

# L'entreprise et la propriété intellectuelle entre exigences territoriales et réalité transfrontière\*

Michel VIVANT  
*Professeur à l'École de Droit de Sciences Po*

Résumé : Si la variété des droits nationaux concerne toutes les branches du droit, le cas de la propriété intellectuelle est singulier car l'objet des brevets, marques, droits d'auteur... est doté d'une ubiquité qui fait qu'une entreprise dont l'activité ne reste pas purement nationale doit gérer en permanence des droits parallèles différents, et cela alors même que la logique de son action est globale. Son activité est ainsi placée sous le signe d'une tension constante entre le global et le local. Du global au local, l'entreprise doit « gérer le multiple » : investigation locale des antériorités, défense sélective sur un nombre de territoires rentables... Mais elle peut aussi tenter de rejoindre le global en utilisant le contrat comme instrument permettant d'ignorer la « fragmentation juridique » tels que *packages* de brevets ou accords transfrontières de coexistence de marques. La question se pose toutefois de savoir si certaines pistes ne s'ouvrent pas pour construire un espace normatif vraiment universel : compétence raisonnée dans le champ du droit international privé et *lex mercatoria* raisonnée dans le champ du droit substantiel.

Mots clé : brevet, marque, droit d'auteur, ADPIC, cyberspace, globalisation, droits nationaux, contrats, transferts de technologie, coexistence de marques, *cybersquatting*, *lex mercatoria*.

1.- Cette prise en « tenaille » entre la dimension transfrontière de l'activité de l'entreprise multinationale (et même de bien des entreprises qui ne reçoivent pas cette qualification) et l'imposition par le droit de règles

---

\* La forme orale de l'intervention a été volontairement conservée.

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)

territoriales, n'est évidemment pas propre à la propriété intellectuelle mais l'opposition a une vigueur toute particulière quand il est question de propriété intellectuelle.

- L'entreprise multinationale a naturellement pour sphère d'activité, sinon nécessairement le monde, au moins un espace ignorant des frontières.

Mais l'entreprise qui peut être de taille modeste mais ne se cantonne pas à un petit marché national, elle aussi, est confrontée à une situation du même ordre.

Or l'une comme l'autre doivent faire face à des droits nationaux (français, allemand, américain...) ou régionaux (de l'Union européenne, de l'ALENA, de l'Ouest africain...) qui sont bel et bien, même au second cas, des droits territoriaux. Au second cas seule l'échelle change : droit de la concurrence de l'Union par exemple, et non plus simplement français. Pour ce qui est de la propriété intellectuelle, il s'agira de titres communs à plusieurs États comme la marque Benelux ou, à plus grande échelle, la marque ou les dessins et modèles communautaires ou encore les divers titres transnationaux africains de l'OAPI. Sans oublier, dans l'attente du brevet unitaire (européen), la voie unique de délivrance de brevets européens qu'offre déjà aujourd'hui la Convention de Munich.

Mais qu'une entreprise puisse disposer par exemple, par la vertu du droit de l'Union, d'un titre dont l'effet s'étend au-delà de Brest, de Thionville et de Menton, n'empêche pas qu'elle soit confrontée au droit chinois ou au droit canadien si ses ambitions dépassent le territoire de l'Europe occidentale.

Or cette réalité demeure même avec le surgissement de ce nouvel espace – nouvel espace d'action – qu'est le cyberspace totalement ignorant des frontières. Son existence ne change pas, en effet, la tension observée, cette problématique du général et du particulier. Au contraire peut-être. Elle a en tout cas le mérite de projeter sur cette tension une lumière crue, d'autant que, si cet espace est bien un nouvel espace d'action pour les entreprises, il est aussi le lieu de toutes les agressions : un site hébergé en un lieu indéterminé pourra détourner une marque, reproduire un modèle, diffuser sans droit une musique, violant ainsi ou pouvant ainsi violer par un seul agissement des droits multiples car l'analyse juridique conduit à juger qu'il s'agit non pas d'une marque, d'un modèle ou d'un droit d'auteur, mais de marques, de modèles, de droits d'auteur.

- Voilà qui me fait dire que l'opposition global-local/local-global présente une vigueur particulière quand il est question de propriété intellectuelle. Il est vrai, pour prendre un exemple également d'ordre patrimonial, que le régime de la propriété – de la propriété traditionnelle, « physique » –

n'est pas le même en France, au Royaume-Uni ou au Japon. Qu'il s'agisse d'acheter un immeuble bâti ou d'exploiter une mine, il faudra bien composer avec les exigences locales... juridiques et autres. Mais l'immeuble sera situé à Paris, à Londres ou à Tokyo. C'est dire que les droits que l'entreprise pourra faire valoir porteront sur un bien localisé en un lieu bien précis. Et, si les responsables de l'entreprise peuvent avoir évidemment une préférence pour tel ou tel régime juridique national, il n'y a rien de choquant ni aucune entrave à l'activité de l'entreprise dans le fait qu'un droit s'applique ici et un autre là pour de tels biens.

Dans l'abstrait, il n'en va certes pas autrement avec la propriété intellectuelle. C'est même le raisonnement (« propriétaire ») que je soutiens personnellement<sup>1</sup>. Mais une chose est l'abstraction juridique, une autre la réalité socio-économique<sup>2</sup>. L'observation que j'ai précédemment faite sur la marque ou les marques, le modèle ou les modèles en est un bon exemple. Dira-t-on qu'il y a une marque *Gucci* ou autant de marques *Gucci* que de territoires de protection ? Dira-t-on qu'il y a une marque *Lancôme* ou autant de marques *Lancôme* que de territoires de protection ? Et un modèle donné de sac *Hermès* ou là encore autant de modèles que de territoires de protection ? Quelle est la bonne proposition ?

À la vérité, l'une n'est pas plus vraie que l'autre. L'ubiquité de la création de l'esprit, qu'elle se concrétise dans une forme qui donnera prise à un droit d'auteur ou à un dessin ou modèle, dans cette « recette technique » qu'est une invention qui donnera prise à un brevet ou dans un signe qui donnera prise à une marque (je pourrais poursuivre la liste), est une donnée majeure qu'on ne peut ignorer, qui a toujours troublé la doctrine<sup>3</sup> et embarrassé les tribunaux<sup>4</sup> et explique que, très tôt, la propriété intellectuelle ait fait l'objet de conventions internationales<sup>5</sup>. La forme, la recette, le signe sont les mêmes

1 M. Vivant, « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle » : *D.* 2011, chr. p. 2351.

2 Car le raisonnement peut être juridiquement correct mais les conséquences concrètes qu'il emporte être insatisfaisantes pour l'entreprise.

3 L'observation qu'il n'y aurait pas de localisation des biens immatériels et qu'il ne saurait y en avoir, revient de manière récurrente sous la plume des auteurs, les conduisant à chercher d'autres voies de rattachement ; par exemple E. Bartin, « Localisations territoriales des monopoles intellectuels », *JDI* 1934. 781.

4 Qu'on songe aux difficultés ressenties encore aujourd'hui par les tribunaux au cas où une contrefaçon est analysée comme étant un délit dit complexe, c'est-à-dire où, dans cette vision des choses du moins (car on peut la discuter), fait générateur et lieu du dommage sont réputés n'être pas semblablement localisés.

5 On peut considérer que la propriété intellectuelle date pour l'essentiel du XVIII<sup>e</sup> même s'il est des législations plus anciennes. La Convention de Paris « pour la protection de la

à Paris, à Tokyo et à Washington, même si Paris, Tokyo et Washington ne les appréhendent pas de la même manière. Et c'est la même forme, la même recette, le même signe qu'une entreprise donnée va exploiter à Paris, à Tokyo et à Washington, même si Paris, Tokyo et Washington ne les appréhendent pas de la même manière.

2.- C'est cette contradiction que je souhaiterais examiner avec vous : cette contradiction entre les exigences territoriales d'un droit toujours conçu selon de vieux modèles et une réalité transfrontière qui, par définition, est étrangère à l'idée de territorialité.

Sans doute, il peut paraître étrange qu'un universitaire vint parler d'un tel sujet quand sont présents tant d'éminents praticiens qui œuvrent sur le terrain et ont certainement une expérience que je n'ai point.

Je pourrais fuir la remarque, en me mettant à l'abri du choix fait par les organisateurs de ces journées (après tout ils ont bien voulu de moi...) mais j'y ferai face en observant tout d'abord qu'il n'est pas interdit à un universitaire de penser..., ensuite qu'il m'a toujours paru bon que les universitaires, pensants, forgent leur pensée dans la pratique<sup>6</sup>. C'est donc – je l'espère du moins – à une réflexion *construite*, et construite tant sur la pratique que sur la théorie (bien que je n'aime guère ce mot) que je vous convie.

3.- En ma qualité d'universitaire, je lui aurais volontiers donné pour sous-titre : *Petit essai de géostratégie dialectique*, mais je ne suis pas assuré que cela aurait grandement séduit des juristes, des juristes praticiens, des praticiens d'entreprise. Et puis, quand il doit être question de territorialité du droit et de réalité transfrontière, le soupçon aurait pu percer chez certains que cette communication se présentât comme *Le Parapluie de l'escouade* d'Alphonse Allais, titre choisi par celui-ci pour l'excellente raison qu'il n'était question dans l'ouvrage ni de parapluie ni d'escouade (l'idée fut reprise par Boris Vian). Délices de la prétérition, je ne retiendrai donc pas ce sous-titre.

---

propriété industrielle » date du 20 mars 1883, la Convention de Berne « pour la protection des œuvres littéraires et artistiques » du 9 mars 1886.

Cf. l'observation de M. Plaisant : « Le juriste de la propriété industrielle est naturellement transporté sur le plan international que nous serions déjà presque tentés de considérer pour lui le droit commun » (M. Plaisant, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Sirey, 1949, p. 5). Le juriste de la propriété littéraire et artistique l'est tout autant.

<sup>6</sup> Ce que je me suis toujours personnellement efforcé de faire, à des titres divers, en France et hors de France.

Et pourtant... Et pourtant, il s'agit bien de géostratégie : une fois le constat fait de cette contradiction entre territorialité du droit et réalité trans-frontière, que peut faire, que doit faire l'entreprise qui veut agir à l'international ? Et la dialectique n'est pas absente : il n'y a pas, comme on le verra, une réponse qui s'imposerait, il n'y a pas non plus d'opposition binaire qui réglerait tout, ce qui me conduira d'ailleurs – ne sommes-nous pas dans un monde global ? – à ignorer le plan en deux parties cher aux universitaires français.

L'entreprise – que cela plaise ou non – est dans la logique du global, dans la réalité du global, mais elle est par la force des choses attraitée dans cette autre réalité qui est celle du local. Il lui faut composer avec le multiple (le droit de là-bas qui n'est pas le droit d'ici) et ce sera tout naturellement le premier point que nous devons aborder.

Mais l'entreprise, enserrée dans des normes locales, ne peut oublier que son activité n'est pas enfermée par des frontières juridico-politiques. Elle ne peut que chercher à dépasser le phénomène de la frontière et ce sera naturellement le deuxième point qu'il nous faudra aborder.

On pourrait en rester là mais ce ne serait guère satisfaisant. La question doit être légitimement posée encore de savoir si, dans l'attente du « brevet mondial » qui n'existe que dans les bandes dessinées, il n'est pas possible, au moins par certains biais, de dépasser l'antagonisme observé. Ce qui sera notre troisième point.

Il y a bien un peu de dialectique dans tout cela... Je vous invite donc à explorer avec moi ces trois thèmes :

Du global au local

Du local au global

Au-delà de l'antagonisme ?

## I.— DU GLOBAL AU LOCAL

### *Composer avec le multiple*

4.- Du global au local, c'est, comme je l'ai dit, composer avec le multiple, accepter (par la force des choses) que l'activité de l'entreprise conçue globalement doive se plier aux exigences locales. En préparant cette intervention, je me faisais d'ailleurs l'observation que le slogan altermondialiste s'appliquait parfaitement ici : « Penser globalement, agir localement ». Ce qui sans doute ne pourra que surprendre les uns – les altermondialistes – comme les autres – les acteurs de la mondialisation marchande – mais me

paraît pertinent. De fait, l'entreprise ne peut penser sa politique que globalement mais est bien obligée, sur le terrain, de revenir au local.

Concrétisons les choses.

Je vois à cela bien des traductions. Je retiendrai ici trois illustrations de cette démarche obligée :

- en amont de la prise de décision, savoir faire preuve d'une vigilance tous azimuts ;
- au stade de la prise de décision, devoir faire des choix ;
- au stade de la mise en œuvre de la décision, assumer les disparités.

#### 5.- Faire preuve d'une vigilance tous azimuts d'abord. Global ? Local ?

• Pensant par exemple à la veille technologique en matière de brevets, on peut soutenir qu'il s'agit là d'une démarche globale par excellence : rechercher précisément tous azimuts quelles antériorités pourraient être opposées à l'invention que l'entreprise entend breveter<sup>7</sup>. Ce n'est pas faux.

Mais aujourd'hui la recherche ne peut plus se cantonner aux grandes bases de données européennes ou nord-américaines, ou encore japonaises. Le directeur général de l'OMPI, Francis Gurry, dans une conférence donnée à Sciences Po à mon invitation, faisait justement observer que les bases chinoises deviennent incontournables comme mines d'informations alors même que la langue utilisée, quand il s'agit du mandarin, n'est guère accessible aux Occidentaux<sup>8</sup>. Et même phénomène lorsque des « savoirs traditionnels » sont en cause (je pense tout particulièrement à l'Inde et au Brésil)<sup>9</sup>. La politique globale de l'entreprise, si celle-ci ne veut pas voir ses brevets fragilisés, est donc bel et bien tributaire de recherches locales. Il est vrai qu'un juriste très formaliste pourra m'opposer qu'il s'agit ici plus de fait

7 Dès lors qu'une des conditions de la brevetabilité est que l'invention soit nouvelle et que le plus grand nombre des droits nationaux penche pour une nouveauté dite absolue qui suppose que la recherche de possibles antériorités ne soit limitée ni dans le temps ni dans l'espace.

8 F. Gurry, « Les enjeux de la propriété intellectuelle dans l'économie mondiale », Conférence donnée à Sciences Po le 25 novembre 2010.

9 La littérature est abondante sur le sujet ; on signalera notamment parmi les écrits récents en langue française Y. Le Goater, *Ressources biologiques et savoirs traditionnels, Du droit de la propriété intellectuelle au droit de l'OMC*, Thèse Paris 2, 2010 ; R. Roumet, *Le droit international de la propriété intellectuelle à l'épreuve du biopiratage*, Thèse Grenoble, 2012 ; Ch. Dumesnil, « Les savoirs traditionnels médicaux pillés par le droit des brevets ? » : *RIDE* 2012/3, p. 321.

que de droit<sup>10</sup> : savoir s'intéresser à Beijing, à New-Delhi et à Brasilia, et point seulement à Munich ou Washington.

• Mais reprenons cet exemple de la veille en le transposant en droit des marques quand la question se pose à une entreprise d'apprécier la disponibilité du signe qu'elle envisage précisément de se réserver comme marque<sup>11</sup>. S'il s'agit de déposer une marque française, il suffira évidemment de s'attacher au seul marché français. Mais dès l'instant où l'entreprise envisage de s'intéresser à d'autres marchés, alors même qu'elle n'aurait pas encore fait les choix qu'elle devra faire et dont je parlerai dans un instant, elle est bien obligée de rechercher si tel droit préexistant ici ou là, telle ou telle norme constatable ici ou là pourrait rendre le signe indisponible sur un marché donné. Celui-ci, qui, en France ou au Royaume-Uni, ne poserait aucun problème ne pourrait-il pas être tenu pour contraire à l'ordre public en Allemagne (je songe par exemple à cette décision de l'OHMI, « validée » par le Tribunal de l'Union, relative au blason de l'ex-Union soviétique<sup>12</sup>) ou dans une ancienne république soviétique (en extrapolant à partir de l'exemple précédent) et empêcher donc une future exploitation de la marque sur un nouveau marché ? L'anticipation d'une exploitation au-delà de la frontière oblige à examiner comment la question peut être posée de l'autre côté de la frontière.

La question est d'autant plus brûlante que, comme ne manque jamais de le mettre en lumière José Monteiro, que chacun connaît comme le brillant responsable du département marques de *L'Oréal*, quand il existe plus de vingt millions de marques enregistrées à travers le monde, il s'agit moins aujourd'hui, à l'échelle mondiale, de s'assurer d'une véritable liberté d'usage que de s'assurer que raisonnablement le signe choisi pourra être effectivement utilisé comme marque sans risque majeur.

L'investigation locale est bien la condition nécessaire d'une exploitation globale.

---

10 Encore que le partage entre fait et droit, sur le terrain, ait quelque chose d'assez académique.

11 Puisque, entre autres exigences, un signe, pour pouvoir faire l'objet d'une marque, doit être disponible.

12 Jugé, en effet, la marque figurative représentant le blason de l'ex-Union soviétique comme contraire à l'ordre public (au moins pour ce qui est de certains États de l'Union) (OHMI, 2e ch. de recours, 5 mars 2010, aff. R. 1509/2008-2 : *Prop. intell.* 2010, n° 36, p. 891, obs. Bonet, Geoffray et Sabatier), décision confirmée par le Tribunal de l'Union (TUE, 20 sept. 2011, T-232/10, *Couture Tech Limited* : *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 96, note Geoffray).

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)

6.- L'investigation locale est un passage obligé dans la perspective des choix que toute entreprise est nécessairement appelée à faire dès lors que, faute de titres mondiaux, c'est nécessairement territoire par territoire qu'elle devra mobiliser le droit pour se réserver un marché.

- Sans doute, l'observation n'a pas une valeur absolue.

Droit d'auteur et *copyright* ne supposent aucune formalité (celles-ci sont même interdites comme éventuelles conditions de la protection<sup>13</sup>), on sait qu'il est des dessins et modèles communautaires non enregistrés et le droit américain connaît des marques d'usage. Mais s'il n'est pas alors nécessaire d'« élire » *a priori* un marché par une décision d'enregistrement, il n'en reste pas moins qu'un marché ne sera défendu que s'il mérite de l'être.

Cela explique que, propriété littéraire et artistique ou propriété industrielle, sauf contentieux tests (comme, en matière de brevets, le fameux et désastreux « procès de Pretoria »<sup>14</sup>), des marchés entiers (que je me garderai de citer ici) soient abandonnés à la contrefaçon. Le coût pour l'entreprise, victime de celle-ci, serait supérieur au profit qu'elle pourrait éventuellement tirer de procès aux résultats incertains.

- Cette nécessité d'opérer des choix apparaît cependant plus visiblement encore quand il faut *ab initio* en passer par un acte positif de réservation : demande de brevet ou dépôt de marque par exemple. Eu égard au coût des brevets (pour le simple coût des dépôts dans les offices dits « de la coopération trilatérale »<sup>15</sup> plus la Chine on tourne autour des 25 000 €, mais, à mener la procédure à terme, on dépasse facilement les 50 000 ou 60 000 €), il n'est évidemment pas question de déposer des demandes partout<sup>16</sup>. Il faut privilégier les pays où la technique en cause est largement et/ou traditionnellement exploitée, ceux qui constituent un débouché particulier pour celle-ci, de manière plus générale les pays économiquement développés comme étant toujours susceptibles d'être demandeurs de techniques nouvelles. Dans bien des cas, les États-Unis, qui pour beaucoup de produits représentent près de

13 Convention de Berne, précitée, art. 5. 2.

14 Où, comme on le sait, trente-neuf importants laboratoires pharmaceutiques décidèrent en 1998 d'assigner le gouvernement sud-africain en lui reprochant d'avoir adopté des dispositions contraires aux normes internationales contenues dans les Adpic (voir *infra*), avant d'abandonner cette action trois ans plus tard sous la pression de l'opinion publique internationale.

15 États-Unis, Europe et Japon.

16 D'autant qu'il faut ajouter à ces coûts les coûts de maintien en vigueur qui, qui plus est, vont croissant d'année en année.

50 % du marché, et l'Europe seront privilégiés mais il n'y a pas de schéma unique. Comme me le faisait observer Pierre Breesé, du cabinet *Fidal Innovation*, pour une *start-up* en phase de levée de fonds, on visera une protection potentiellement très étendue pour séduire les investisseurs. Pour une entreprise qui prévoit un développement international, on protégera par anticipation l'invention faite dans les pays cibles.

En matière de marques où la question du coût ne se pose pas moins (les coûts globaux d'enregistrement pour l'exploitation mondiale d'une marque de parfum peuvent atteindre 100 000 € et il arrive que les chiffres soient plus élevés encore), il faut tout autant opérer des choix. L'existence d'un marché potentiel comme le fait que des concurrents du titulaire soient présents dans un pays donné ou encore que le pays soit connu pour son activité contrefactrice sont ici encore des facteurs déterminants de décision. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, la montée en force des « nouveaux marchés » rend ces choix plus délicats. Quel marché sacrifier ? Quel coût assumer ? Une chose qu'il faut souligner encore est que ces choix sont bien évidemment évolutifs et qu'à l'option faite un jour peut succéder une autre pour la raison que les marchés ont changé.

7.- Ces choix faits, nécessairement faits, il restera à l'entreprise à composer avec la norme locale. Le phénomène est général car, malgré les *Adpic*<sup>17</sup> ou autres textes à vocation d'harmonisation internationale, l'Inde ne conçoit pas son brevet comme les États-Unis, la France son droit d'auteur comme ces mêmes États-Unis leur *copyright* ni même comme nos voisins allemands leur propre droit d'auteur. Sans évoquer même les différences

---

17 Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce signé à Marrakech le 15 avril 1994, annexe de l'Accord instituant l'OMC. Les *Adpic* répondent bien, en effet, à un schéma global qui a consisté à la mise en place d'un « modèle » américano-européen de propriété intellectuelle sur lequel les divers droits nationaux des États membres de l'OMC durent s'aligner. Néanmoins, pour user d'un mot convenu, les « flexibilités » que recèle l'accord offrent beaucoup plus de libertés aux États qu'on n'aurait pu imaginer de prime abord. Pour illustrer ce propos, relevons que les *Adpic* posent qu'une invention doit être nouvelle pour être brevetable mais qu'il n'est dit nulle part comment cette nouveauté doit être comprise : « absolue » (en ce sens que les antériorités susceptibles d'être opposées à une demande de brevet peuvent être recherchées en tous lieux et en tous temps) ou « relative » (un « droit à l'oubli » pouvant par exemple être ménagé). De même, sous couvert d'une exigence d'« activité inventive », l'invention doit ne pas être évidente pour l'homme du métier mais celui-ci peut être conçu comme doté de qualités qui font que tout est évident ou presque pour lui et donc que peu de choses sont brevetables ou, au contraire, que rien n'est vraiment évident pour lui et donc que bien des choses sont brevetables.

d'interprétation quand la base juridique est la même comme dans cette affaire intéressant un certificat complémentaire de protection où le juge français allait juger le titre valable, les juges allemand et néerlandais l'annuler pour défaut d'activité inventive et le juge britannique ne lui adresser aucun reproche au fond mais l'annuler cependant pour insuffisance de description !<sup>18</sup> Il est vrai qu'alors la malheureuse entreprise n'a guère de possibilités d'échapper à cet univers kafkaïen puisque c'est, au final, le juge national, chaque juge national qui « dit le droit »... à sa manière !

Je privilégierai donc un exemple plus illustratif de mon propos tiré du droit des marques car, si, à l'échelle planétaire celui-ci répond à des philosophies très diverses (j'ai ainsi déjà évoqué les marques d'usage<sup>19</sup>), la spécificité affichée de certains systèmes nationaux, comme très emblématiquement le droit chinois, n'empêche pas les entreprises d'adopter des politiques qui leur permettent de défendre efficacement leurs intérêts. Au prix, il est vrai, souvent de coûts considérables et de surinvestissements humains. Le droit chinois présente, en effet, cette particularité d'avoir sa classification propre qui fait que des produits qui relèvent des mêmes catégories générales de la classification de Nice comme étant différents de produits spécifiques qui relèvent de cette même catégorie mais sont rassemblés en Chine dans des sous-classes qui servent de références pour les examinateurs dans leurs prises de décision. Ainsi les « *wedding dress* » sont considérées comme des produits différents des « *clothings* » (catégorie générale de la classe 25 de la classification de Nice<sup>20</sup>) au motif que les « *clothings* » relèvent de la sous-classe chinoise 2501 et les « *wedding dress* » de la sous-classe 2513 ! Le titulaire de marques occidentales se voit en conséquence dans l'obligation de déposer ses marques de telle sorte que soient désignés tous les produits de toutes les sous-classes des classes majeures afin d'occuper tout le champ possible de protection dans chacune des classes et éviter les dépôts indus.

À quoi s'ajoute la question des translittérations en idéogrammes et notamment des translittérations anciennes comme celle qui, si mes informations sont bonnes<sup>21</sup>, permet à un déposant chinois d'opposer « sa » marque, simple translittération d'une marque mondialement connue, déposée il y a une vingtaine d'années, au titulaire premier de cette marque soucieux aujourd'hui (mais bien tard !) de faire procéder à sa translittération.

18 J'emprunte cet exemple inquiétant à Francis Ahner, du cabinet Regimbeau, qui l'a développé notamment lors d'une intervention à Sciences Po, le 28 février 2013 : « Inescapable globalization ? A Practical View of Patent Law Harmonization ».

19 Supra n° 6 in limine.

20 « Classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement international des marques » (disponible sur le site de l'OMPI).

21 Et elles sont bonnes...

Le « local » a un prix !

## II.— DU LOCAL AU GLOBAL

### *Dépasser le phénomène de la frontière*

8.- L'entreprise est enserrée dans le local, dans le droit local, car le droit n'est pas autrement pensé. Ce n'est pas dire qu'elle y soit enfermée. Des instruments juridiques – concrètement dit : le contrat – sont à sa disposition pour dépasser le phénomène de la frontière et, cette fois-ci, non seulement « penser global » mais « agir global » juridiquement parlant.

Encore faut-il bien sûr qu'une liberté lui soit reconnue. Ayant été l'expert dit « scientifique » du Conseil de l'Europe lors de l'élaboration de la Convention sur la criminalité dans le cyberspace<sup>22</sup>, j'avais été frappé de voir à quel point les experts nationaux convenaient qu'il fallait dépasser une pure approche nationale... mais cela jusqu'à l'instant où cette vision trans-frontière aurait remis en cause leurs choix nationaux !

En l'occurrence, il s'agissait bien sûr de droit pénal, mais sans envisager cet aspect des choses (bien que ce droit ne soit pas absent du champ de la propriété intellectuelle) avec l'« hyper-territorialité » qui est la sienne, encore faut-il qu'une marge de manœuvre soit reconnue aux rédacteurs de contrats. Ce n'est pas toujours le cas.

Ce peut l'être néanmoins heureusement. Ainsi, dans un domaine aussi fortement formaliste que le droit d'auteur, à la question de savoir que penser d'un contrat d'auteur qui relèverait sans fraude d'un droit étranger qui ne respecterait pas les exigences françaises (ce qui, par hypothèse même, sera le cas le plus fréquent), s'il faut le tenir pour valable comme échappant au droit français ou non comme heurtant une disposition de police, les auteurs – du moins les auteurs non dogmatiques – paraissent juger que cette qualification doit être écartée<sup>23</sup> sur l'idée raisonnable avancée par Goldman que « le souci de protection d'une des parties ne saurait revêtir le caractère d'intérêt hautement collectif » qui la justifierait<sup>24</sup> mais aussi parce que, comme je l'ai écrit, « une autre solution constituerait pour les contrats une

22 Convention signée à Budapest le 23 novembre 2001.

23 Par exemple P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8e éd., 2012, n° 457 ; M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation en droit international privé*, Joly éd., 1995, n° 375 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2e éd., 2013, n° 643.

24 Note sous CA Paris, 29 avr. 1959 : *JDI* 1960, p. 128.

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)

source de fragilisation extrême »<sup>25</sup>. La cour de Lyon devait d'ailleurs juger, dans un arrêt de 1989, que l'absence d'écrit qu'admet le droit anglais devait être sans incidence en France<sup>26</sup>.

Dans cette liberté contractuelle point toujours reconnue, mais qui peut l'être donc, je vois, en tout cas, pour moi, le moyen

- de « gérer le pluriel »
- et peut-être parfois de dépasser les disparités (mais de cela je suis moins assuré).

9.- « Gérer le pluriel » : j'entends par là appréhender globalement des situations disparates puisque mettant en jeu des droits différents. Le contrat permet, en effet, alors de raisonner sur l'économie *d'ensemble* de l'opération, en ignorant, mais en ignorant de propos délibéré, ce qu'on pourrait appeler la « fragmentation juridique ».

Les exemples sont foison.

Même dans ce domaine des irréductibles différences qui est celui du droit d'auteur et de son cousin le *copyright*, les exploitations internet conduisent les rédacteurs de contrats à concevoir ceux-ci comme à effet mondial et à les présenter comme tel, alors même que les autorisations données ne peuvent juridiquement l'être que par empilement d'autorisations locales, par nature différentes donc, et multiples.

Mais qu'on songe plus classiquement à ces contrats de transferts de technologie qui prennent la forme de *packages*, portant par exemple sur un ensemble de brevets de pays différents (sud-est asiatique, zone Mercosur,...), qui comportent généralement une dimension de savoir-faire et souvent une strate de marques. Ce sont des contrats techniquement « éclatés » : objets juridiques divers, implantations diverses,... mais qui vont bel et bien être construits comme un tout, c'est-à-dire répondant bien à ce qui est économiquement attendu d'eux.

La figure est classique et voilà pourquoi je voudrais un instant m'arrêter à un cas plus singulier qui est celui des accords de coexistence de marques<sup>27</sup>. Certes eux aussi sont classiques et il est d'usage de les analyser – ce qui

25 M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op.cit.*, *ibid.*

26 Lyon, 16 mars 1989 : *RIDA* avr. 1990, 227.

27 Que la Cour de Justice a défini en ces termes : « Accords servant à délimiter, dans l'intérêt réciproque des parties, les sphères d'utilisation respectives de leurs marques, en vue d'éviter des confusions ou des conflits » (CJCE, 30 janv. 1985, *BAT : RTDE* 1987, 349).

mériterait certainement d'être nuancé – comme des transactions<sup>28</sup>. Mais l'originalité, rarement prise en compte, des accords contemporains est qu'ils ne sont plus, ne peuvent plus être limités à un cadre strictement territorial : marque française contre marque française, marque allemande contre marque allemande... C'est en référence à tout un marché que ces accords doivent désormais être pensés. Or, outre les évidentes questions de droit international privé et par voie de conséquence de qualification que cela pose (la qualification de transaction convaincra-t-elle le juriste suédois ou le juriste japonais ?), cette nouvelle approche suscite des questions originales que le rédacteur du contrat doit avoir présent à l'esprit au moment de son élaboration. Comme je l'ai écrit dans un article aux *Mélanges Schmidt*, en pareil cas, l'exercice « gagne singulièrement en complexité mais aussi voit sa fragilité accrue : *quid*, en effet, des effets de l'accord quand, dans un territoire donné, il n'existe pas ou il n'existe plus de marque(s) susceptible(s) de justifier cet aménagement de la coexistence qui est l'objet même d'un tel accord ou qu'au moins certaines ont disparu ? Comment faut-il appréhender les choses ? » Le devenir des marchés en cause et des titres couvrant ces marchés doit impérativement être intégré comme composante de contrats évolutifs. Ce qui, j'en conviens, n'est pas simple mais ne constitue pas une difficulté insurmontable<sup>29</sup>.

10.- Le contrat peut-il plus ? Peut-il dépasser les disparités ? La chose est moins sûre.

- Ce n'est pas exclu mais encore faut-il reconnaître au contrat l'emprise qui est vraiment la sienne. À cet égard, la Cour de cassation, par trois arrêts récents du 10 avril 2013 concernant le droit d'auteur, a envoyé un message, *selon moi*, fortement négatif aux entreprises. En effet, celle-ci a jugé de manière lapidaire que « la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée »<sup>30</sup>. Le visa de ce texte est très discutable mais je relèverai surtout ici que la solution donnée implique que, pour une même création, l'entreprise soit reconnue, par exemple, titulaire des droits aux États-Unis mais que ce soit son salarié qui soit jugé tel en France.

28 Ainsi P.-Y. Gautier, « Des transactions en propriété intellectuelle (accords de coexistence de marques) », *Mélanges Bonet*, Litec, 2010, p. 239.

29 Sur tout cela, V. M. Vivant, « Réflexion sur les accords de coexistence en matière de marques à l'heure de la globalisation » : *Mélanges Schmidt*, à paraître.

30 Cass. civ., 1re ch., 10 avr. 2013, *ABC News : D.* 2013, 2004, note Azzi ; *JCP G* 2013. 493, obs. A. Lucas-Schloetter, et 701, note E. Treppoz.

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)

Comme je l'ai écrit dans un article récemment paru au *Dalloz*, je souhaite « bien du plaisir aux praticiens appelés à gérer des dossiers trans-frontières » !<sup>31</sup> Voilà une territorialité poussée jusqu'à l'absurde !

Or l'absurde tient précisément, du moins toujours selon moi, au fait que la dimension contractuelle du problème est totalement gommée par la Cour. À considérer *fonctionnellement* la règle légale, qui, dans une perspective de relations interpersonnelles, pose en droit français que le droit d'auteur revient à l'auteur même salarié et dit autre chose ailleurs, il est clair que celle-ci fonctionne comme un substitut de ce que pourrait être une norme contractuelle librement posée. Raisonner en termes de territorialité n'a pas de sens. Voilà qui est bien clair<sup>32</sup>.

Mais, au visa des arrêts cités, ma conclusion est évidemment ambivalente : le contrat peut être un véritable instrument de dépassement des disparités si on lui reconnaît son emprise « naturelle », si cette emprise lui est déniée il se voit privé de cet effet.

- La question se pose dans des termes voisins mais pas tout à fait semblables quand les parties choisissent de recourir à l'arbitrage.

On sait, en effet, qu'en notre domaine les solutions nationales sont extraordinairement diverses : du droit qui rejette l'arbitrage (comme on le voit dans tel pays arabe) à celui qui, comme il en va du droit belge ou du droit suisse, a une attitude intelligemment libérale, en passant par les situations médianes que représentent de par la loi le droit japonais ou de par une première avancée jurisprudentielle (avec l'arrêt *Hidravlika* de la cour de Paris de 2008<sup>33</sup>) le droit français.

Le succès de la solution arbitrale dépend ainsi non seulement du choix formellement fait en sa faveur mais de la volonté, et de la volonté persistante en cas de contentieux, des parties de jouer le jeu d'une règle commune qu'on dira en termes pudiques *praeter legem*. De manière directe et avec un brin de cynisme ou de réalisme (comme on voudra), un auteur américain observait ainsi qu'il importait peu que telle question ne soit pas arbitrable si les parties acceptaient de voir leur litige arbitré et de s'incliner devant la sentence... Ce qui est fort possible dans la logique d'entreprises ayant choisi une voie alternative (de fait voie majeure) pour le règlement de leurs litiges.

31 M. Vivant, « Droit d'auteur : déroutante territorialité » : *D.* 2013, chr. 1973.

32 Pour aller plus loin : M. Vivant, art. précité.

33 Paris, 1re ch., 28 févr. 2008, *Sté Hidravlika* : *D.* 2009, pan. p. 457, obs. Raynard ; *JCP E* 2008, 1582, note Caron, et *JCP E* 2009, 1020, § 6, obs. Caron ; *Propr. intell.* 2009, no 29, p. 443 et les obs. ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 75, note Caron ; *Propr. ind.* 2009, comm. 2, note Raynard ; *JurisData* no 2008-359055.

Il y a là un parfum de *lex mercatoria*. Ce qui me conduit tout naturellement au troisième point de cette réflexion : ne serait-il pas possible de dépasser l'antagonisme local – global ?

### III.— DÉPASSER L'ANTAGONISME ?

#### *Une autre approche*

11.- Dépasser les antagonismes par la recherche de solutions communes : telle a bien sûr toujours été l'ambition des textes internationaux et tout particulièrement en 1994 des fameux Adpic ou *Trips* qui, dans la traque des « passagers clandestins » du marché, se sont efforcés de dessiner une propriété intellectuelle universelle sur les bases d'un même « patron »<sup>34</sup>. Les Adpic ont effectivement bousculé le droit de la propriété intellectuelle dans ce sens de la convergence mais pareille démarche appelle toutefois une interrogation qui est de savoir s'il est vraiment légitime de soumettre les États-Unis et Haïti ou le Burkina-Faso à la même règle. La question n'a peut-être pas, d'ailleurs, à considérer le terrain, la pertinence qu'elle semblerait avoir au premier regard. En effet, il y a bel et bien désormais un « patron » commun sur lequel sont taillés les divers droits nationaux mais, comme je l'ai déjà relevé, nous sommes loin de règles véritablement communes. Ce qu'il est convenu d'appeler les « flexibilités » des Adpic laisse aux législateurs nationaux une marge de manœuvre non négligeable et il est toujours possible de voir par exemple ceci breveté ici et non breveté là<sup>35</sup>.

La question posée (dépasser les antagonismes ?) – et vous voyez bien, à la formulation même adoptée, qu'il s'agit réellement d'une question – sera donc ici envisagée d'un autre point de vue, celui consistant à se demander ce qu'il est possible de faire dès à présent, *hic et nunc*, pourvu cependant que le juge ait une oreille attentive à une analyse réaliste. Rien n'est certes gagné mais tout espoir n'est pas interdit comme en témoignent certaines options jurisprudentielles positives. Il est en tout cas permis de plaider :

- pour une compétence raisonnée (dans le champ du droit international privé) ;
- pour une *lex mercatoria* raisonnable (dans celui du droit substantiel).

---

<sup>34</sup> Cf. *supra* n° 7 et la note.

<sup>35</sup> *Supra* *ibid.*

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)

12.- Compétence raisonnée dans le champ du droit international privé : je voudrais évoquer ici tout ce courant jurisprudentiel qui, d'abord sur le terrain du conflit de juridictions, mais aussi plus discrètement sur celui du conflit de lois, s'est détaché d'une vision mécaniste des choses conduisant à tenir pour compétents juges et/ou lois d'un État donné dès l'instant où un lien formel, fût-il tout à fait ténu, pourrait être établi entre un agissement et cet État. Soyons concrets : il s'agissait, il s'agit de savoir si un juge national peut se dire compétent et/ou si la loi d'un État donné peut se voir reconnaître compétence quand, par exemple, un site internet reproduit une marque sans qu'une autorisation ait été donnée pour cet État. Plus concrètement encore : *Hugo Boss* peut-il poursuivre en contrefaçon en France tout site sur lequel son nom apparaît sans qu'il l'ait autorisé ?<sup>36</sup>

Il me semble que la réponse a été donnée, avec beaucoup de sagesse selon moi, par la cour de Paris dans ces différentes affaires intéressant aussi bien le droit des marques que le droit d'auteur où elle devait affirmer que « sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont pour support technique le réseau internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits ou actes et le dommage allégué »<sup>37</sup>. Et l'on sait que la Cour de cassation a entériné cette démarche<sup>38</sup>.

Bien sûr, pareille solution n'est pas une panacée. Il y a derrière ces décisions l'idée qu'il faut se livrer à une « analyse fine » pour reprendre un mot de Tristan Azzi<sup>39</sup> et examiner si le site « cible » ou non le pays où réparation est demandée. La chose est relativement facile en matière de marques : le site qui reproduit la marque *Hugo Boss* prétend-il offrir (avec ou sans droits) les

36 Cf. les deux arrêts *Boss* : Cass. com., 11 janv. 2005 : *D.* 2005, p. 428, note Manara ; *JCP E* 2005, jurispr. 571, note Castets-Renard ; *JCP G* 2006, I, 103, § 21, obs. Caron ; *JCP E* 2006, no 1195, avec obs. Vivant ; *Prop. intell.* 2005, no 15, p. 203, obs. Buffet-Delmas ; *RLDI* févr. 2005, no 57, p. 27, obs. Costes ; *Légipresse* 2005, no 221, III, p. 77, note Passa ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 35, note Caron.

37 Par exemple en matière de droit d'auteur : Paris, 4e ch., 26 avr. 2006, Scherrer et N. : *RLDI* 18/2006, no 523, obs. Pech ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 106, obs. Caron ; 2007, chron. 1, § 8, obs. M.-E. Ancel ; *JurisData* no 2006-302856 ; ou en matière de marques : Paris, 4e ch., 18 mars 2009, *eBay* : *PIBD* 2009, 898, III, 1135 ; *Comm. com. électr.* 2010, chron. 1, no 4, obs. Ancel. — Paris, 4e ch., 22 mai 2009, *eBay* : *Comm. com. électr.* 2010, chron. 1, no 4, obs. Ancel ; *JurisData* no 2009-378872.

38 Cass. com., 23 nov. 2010, *Axa* : *D.* 2011, étude 908, obs. Durrande ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 11, note Caron ; *PIBD* 2011, 931, III, 13 ; *JurisData* no 2010-022143. — Cass. com., 29 mars 2011 : *RLDI* mai 2011, no 2356, obs. Costes.

39 T. Azzi, « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois, De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II » : *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 324., spéc. p. 336.

produits de la marque sur le territoire français ? Mais que penser quand sont en cause des droits d'auteur susceptibles de porter sur une musique diffusée en ligne ? Une musique peut être inégalement appréciée d'un pays à l'autre (il n'est pas certain que la musique inuit ait beaucoup d'adeptes à l'échelle de la planète...) mais elle est partout également accessible et n'a besoin pour cela d'aucune intermédiation.

Bien sûr encore, certains seront enclins à critiquer non pas seulement les difficultés de mise en œuvre de cette solution mais son principe même. Certains responsables d'entreprise peuvent, en effet, percevoir cette solution comme fragilisant leur position. On peut toutefois exprimer la solution examinée, comme l'ont fait certaines juridictions, dans un langage plus économique qui en souligne, à mon sens, le bien-fondé : juge et loi d'un État ne sont légitimes à intervenir que si l'agissement considéré a un impact local<sup>40</sup>. Or cela, qui est raisonnable, vaut dans un sens comme dans l'autre. Sans doute, l'entreprise qui voit sa marque ou plus justement le signe qui lui sert de marque utilisé sur un site ne peut agir contre le site là où cet usage n'a aucun impact mais précisément parce qu'il n'y a aucun impact. Mais symétriquement cette même entreprise ne pourra se voir reprocher d'utiliser le signe d'un concurrent sur son propre site ou un site qui lui est lié là où l'usage fait par elle du signe du concurrent n'a pas d'impact local. Concrètement, elle ne pourra pas se voir reprocher dans le pays B d'avoir utilisé sur le site destiné au pays A la marque X pour laquelle elle a obtenu licence pour le pays A si le site est dépourvu d'ambiguïté et comporte par un exemple un *disclaimer* territorial.

Du moins pour autant que les juges saisis adhèrent à cette analyse... Car, pour raisonnable que me paraisse cette voie, il n'est pas certain qu'on puisse toujours l'emprunter, du moins dans la zone Europe. En effet, dans un arrêt récent, la Cour de Justice paraît bien condamner la technique du ciblage ou de la focalisation s'agissant des conflits de juridictions<sup>41</sup> alors qu'elle l'a, implicitement au moins, consacré s'agissant des conflits de lois<sup>42</sup> – ce qui

40 Cf. par exemple, parlant d'« impact économique sur le public français », Cass. com., 23 nov. 2010, *Axa* : D. 2011, étude 908, obs. Durrande ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 11, note Caron ; *PIBD* 2011, 931, III, 13 ; *JurisData* no 2010-022143.

41 CJUE, 3 oct. 2013, *Pinckney*.

42 V. CJUE, Gde ch., 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal c. eBay* : D. 2011, 1965, obs. Manara ; *JCP* 2011, act. 875, obs. Picod ; *JCP E* 2011, n° 1818, § 14, obs. Caron ; *Rev. Lamy Dr. immat.* août-sept. 2011, n° 2444, obs. Costes ; *Propri. ind.* 2011, comm. 71, obs. Folliard-Monguiral.

(oserai-je le dire ?) est un assez remarquable gage d'incohérence et risque fort de donner du travail aux juristes<sup>43</sup>.

13.- C'est pourtant sur le juge qu'il faudra compter encore pour donner vie, cette fois-ci dans le champ du droit substantiel, à ce que j'ai appelé une *lex mercatoria* raisonnable<sup>44</sup>. Nous devons cette riche idée de *lex mercatoria* à Goldman et, s'il est vrai qu'on peut lui reprocher son imprécision<sup>45</sup>, il me paraît également vrai que dans un monde global elle est le moyen d'imaginer des règles de raison qui puissent trouver écho à Beijing, Brasilia et Bruxelles.

C'est l'option qui, d'une certaine manière, fut la nôtre au sein du *think tank* « *Droit de marques et internet* » dont l'*Institut Montaigne* m'a fait l'honneur de me confier la présidence, auquel participait Julien Cantegreil, ici présent, l'actif directeur juridique adjoint du *Groupe Kering* et à qui Marie-Anne Frison-Roche, ici présente elle aussi, a également apporté sa contribution : ne pas préconiser une dangereuse et utopique table rase quand le droit est là mais essayer de discerner ce qu'à travers textes et jurisprudences divers on peut en raison considérer comme les fonctions fondamentales de la marque dans une économie de marché et plus précisément dans le marché tel qu'il est construit aujourd'hui. Notre sentiment a été que la marque assurait deux grandes fonctions : sa fonction classique d'indication d'origine par quoi elle remplit le rôle qui est économiquement le sien, de transmission des informations aux consommateurs ; une fonction « d'attraction » ensuite correspondant au pouvoir propre qu'elle a de « capturer » et conserver une clientèle. En raison, si l'on nous suit, et quoi que disent le droit américain, le droit européen ou tel ou tel autre droit, c'est là ce qui devrait appeler partout protection, sous un habillage juridique ou un autre<sup>46</sup>.

Laissez-moi vous dire que je ne suis évidemment pas naïf au point de croire que les juges de la planète vont se précipiter sur le rapport de l'*Institut Montaigne* pour le mettre en œuvre (même s'ils seraient bien inspirés de le faire...). Mais je veux montrer, par la mise en avant de ces travaux, qu'il est possible de privilégier le convergent plutôt que le divergent. C'est

43 La Cour de cassation, elle, fait preuve de cohérence en admettant le jeu de cette focalisation aux deux hypothèses. Mais avec la primauté du droit de l'Union, il faut craindre que cette intelligente position ne puisse plus être tenue.

44 *Supra* n° 11.

45 Cf., par exemple, P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Mélanges Goldman*, Litec, 1982, p. 125.

46 Ce travail de réflexion a débouché sur un rapport dont la publication est annoncée. Cf. aussi M. Vivant, « Revisiting trade marks », *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2013, Vol. 3 No. 4, p. 307 – 312.

l'option de toute démarche internationaliste constructive et cela passe toujours par une analyse fonctionnelle : que recherche-t-on ?

Une dernière touche d'optimisme : en notre domaine, l'élaboration par l'ICANN et l'OMPI d'un droit spécifique des noms de domaine<sup>47</sup> est, dans la perspective qui est celle de cette communication, une formidable réussite. La construction ne manque certes pas de défauts mais son exceptionnel mérite est qu'il s'agit d'une réponse véritablement internationale (je démarque ici une formule de Goldman à propos de la *lex mercatoria*) à un double phénomène (positif : l'enregistrement des noms de domaine ; et négatif : le *cybersquatting*<sup>48</sup>) lui aussi international. La marque est alors protégée suivant des mécanismes qui ne sont ni ceux du droit américain des marques, ni ceux du droit français, du droit canadien ou d'un autre droit national, qui, à la vérité, ne sont même pas vraiment des mécanismes qui relèvent du droit des marques mais plutôt des mécanismes de lutte contre le parasitisme pour utiliser un vocabulaire européen, des mécanismes qui, en d'autres mots, sont bel et bien pensés comme globaux.

Preuve qu'il y a place pour un « *Think Global* » et un *Think Global* raisonnable.

14.- Reste que la dernière note, optimiste, ne doit pas faire oublier que l'entreprise est bel et bien prise dans ce jeu du global et du local que j'ai tenté de dessiner tout au long de cette communication, ce jeu qui n'est pas un jeu pour elle, lui coûte cher et est source d'insécurité.

- Cela ne veut pas dire que la logique de l'entreprise doive s'imposer aux sociétés dans lesquelles elle s'implante car je persiste à penser que Montesquieu est dans le vrai quand il prône une adéquation de la loi et du lieu (le local n'est pas condamné à s'effacer derrière le global).

- Il serait sage, en revanche, que le cadre juridique soit pensé, par législateurs, juges, universitaires, praticiens, dans le respect de ces sociétés, de leurs valeurs, comme excluant toute barrière injustifiée. Au fond qu'il soit pensé dans sa fonction de juste régulation puisqu'il s'agit ici d'appréhender

---

47 Principes directeurs du 26 août 1999 « régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine », adoptés par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (« ICANN ») ; et « Règles supplémentaires » de l'OMPI du 1er décembre 1999.

48 Qu'on peut définir comme la pratique consistant à enregistrer un nom de domaine semblable à une marque, avec l'intention d'en tirer un profit indu, spécialement en monnayant la rétrocession dudit nom auprès du titulaire de la marque.

des activités qui sont, « naturellement » et légitimement, transfrontières, qui devraient donc être saisies comme telles, mais sans que, pour autant, soit ignoré le fait que la règle de droit s'applique à des « acteurs » (préférons ce mot à celui de sujets) très différents dont certains sont ancrés, et tout aussi légitimement, dans le local.

La combinaison de ces impératifs est certes délicate. Sans doute le guide à suivre pourrait-il être, comme je l'ai exprimé précédemment, de donner le pas à la convergence sur la divergence.

En technique juridique mais teintée de philosophie, c'est ainsi que je comprends la notion d'ordre public au sens international que connaît le droit international privé, non pas le rejet brutal de la solution de l'autre, déniée par ce que venant de l'autre, mais tout au contraire la manifestation de ce que, le droit international postulant l'acceptation de la différence, vient un moment où il faut reconnaître que cette différence se mue en divergence dont il reste seulement à prendre acte<sup>49</sup>.

À conserver une référence au Siècle des Lumières, puisque je viens d'évoquer Montesquieu, on pourrait en appeler ici à Turgot et aux physiocrates. Je lui préférerais Condorcet, esprit d'exception, tout autant pétri de modernité notamment économique que d'humanisme soucieux des droits de chaque homme. Ce qui est une belle synthèse.

Les esprits sont-ils prêts à pareille démarche qui suppose que les deux pôles du local et du global soient également pris en compte ? Voilà peut-être une question à ne pas poser car cela c'est parier sur la raison. Mais est-il si raisonnable que cela de croire à la raison ?

Responsable de la spécialité « Propriété intellectuelle » du master de droit économique

Docteur *h.c.* de l'Université de Heidelberg

*Senior Counsel* Cabinet Dentons Paris

[mvivant@aol.com](mailto:mvivant@aol.com)

---

<sup>49</sup> Droit international privé et réflexions philosophiques : que ce soit l'occasion pour moi de rendre hommage à H. Batiffol en citant son ouvrage : *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.

[p. 229-248]

Michel VIVANT

*Arch. phil. droit* 56 (2013)