

**ARBITRAGE,  
PROPRIETE INTELLECTUELLE  
ET DROIT DE LA CONCURRENCE**

**- Perspective suisse -**

François Dessemontet

Professeur aux Facultés de droit  
de Lausanne et Fribourg

## **SOMMAIRE**

### **INTRODUCTION**

#### **I. TRAITES COMMUNS DE L'ARBITRAGE EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET DE DROIT DE LA CONCURRENCE**

- A. CONNEXITE DANS LES PROCEDURES**
- B. FONDEMENT MIXTE DES LEGISLATIONS**
- C. LIBRE DISPOSITION DES ACTIONS**
  - 1. Propriété intellectuelle
  - 2. Droit de la concurrence
  - 3. Une perspective suisse
- D. ROLE DE L'ORDRE PUBLIC**
- E. TENDANCE A L'UNIVERSALITE**

#### **II. PROPRIETE INDUSTRIELLE**

- A. OBSERVATIONS GENERALES**
  - 1. Technicité et composition du Tribunal arbitral
  - 2. Objets soumis à l'arbitrage
  - 3. Universalité de la propriété intellectuelle
- B. CONCURRENCE DELOYALE**

#### **III. DROIT DE LA CONCURRENCE**

- A. ARBITRABILITE**
  - 1. Par voie d'exception
  - 2. Effet limité
  - 3. Contrôle judiciaire
- B. TRAITE DE ROME**
  - 1. Droit applicable
  - 2. Ordre public
  - 3. Prévision des parties

### **CONCLUSION**

### **BIBLIOGRAPHIE**

## **INTRODUCTION\***

La perspective suisse sur l'arbitrabilité des litiges en fait de propriété intellectuelle et de droit antitrust est simple : **tout est arbitrable**. Cela a été établi sans aucun doute dès 1976 pour la propriété intellectuelle - car cette année-là, l'Office fédéral de la propriété intellectuelle a accepté de transcrire au registre les sentences arbitrales portant sur la **validité des brevets d'invention**. Cette décision va plus loin que le § 294 de la Loi américaine des brevets, introduit en 1982 et qui permet une simple annotation de la sentence au registre américain des brevets.

Pour le droit de la concurrence, les réponses seront différenciées. En droit interne, l'article 18 de la Loi sur les cartels n'interdit pas le compromis en matière cartellaire, mais prive tout simplement la clause compromissoire de force obligatoire en offrant aux intéressés la possibilité de recourir aux tribunaux ordinaires en début d'instance. Le droit de l'arbitrage interne en Suisse ressemble ici depuis 1962 au droit allemand (§ 91 G.W.B.). Il convient de noter toutefois que l'article 18 al. 3 LCart dispense de son application les contestations auxquelles sont parties des personnes domiciliées à l'étranger s'il est prévu qu'un **tribunal arbitral international** en connaîtra.

En revanche, pour l'arbitrage impliquant à un titre ou à un autre le droit communautaire et le droit américain de la concurrence (sans parler encore du droit antitrust du Japon ou d'autres pays), l'évolution est plus récente. L'arbitrabilité n'est pas seule en cause, mais bien la possibilité et l'obligation éventuelle d'appliquer le droit antitrust de l'Union européenne, voire des Etats-Unis.

En 1992, le Tribunal fédéral a requis d'un tribunal arbitral siégeant en Suisse l'application de l'article 85 CEE pour

---

\* L'auteur remercie vivement M. Michel Jaccard, assistant au CEDIDAC, Lausanne, pour son aide dans la préparation de cette conférence.

l'examen de la validité d'un contrat de joint venture soumis au droit d'un pays membre de l'Union européenne<sup>1</sup> ! En 1993, un tribunal arbitral siégeant en Suisse et saisi d'une cause mettant en jeu un contrat de licence de savoir-faire a considéré qu'il devait entrer en matière sur l'application de l'article 86 CEE lors même que le contrat en cause était soumis au droit suisse.

La perspective suisse en fait d'arbitrabilité est donc claire. Toutefois, l'arbitrage en Suisse ne se fonde pas uniquement sur des considérations propres à notre pays.

L'Union européenne et d'autres Etats d'Europe et d'outre-mer sont concernés par des décisions qui peuvent porter soit sur les droits de propriété intellectuelle qu'ils décernent à leurs inventeurs, leurs fabricants ou leurs commerçants, soit sur l'effet dans leur territoire de certaines pratiques restrictives de la concurrence.

Pour étudier ces questions, nous considérerons dans une première partie les **traits communs** de l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle et de droit antitrust. Une seconde partie présentera à titre préliminaire les particularités de chacune de ces branches dans l'arbitrage, que d'autres conférenciers développeront. Enfin, pour conclure, quelques observations tenteront de cerner l'apport de la propriété intellectuelle au droit de la concurrence : les défis techniques et commerciaux qu'encourage la propriété industrielle feront-ils évoluer le droit de la concurrence vers un ordre public économique transnational, plus simple et plus libéral, mais mondial ?

---

<sup>1</sup> ATF 118 II 193 = Bull. ASA 1992 (10), pp. 368 ss. Le texte publié aux ATF ne précise pas à quel droit était soumis le contrat, ce qui est peut-être symptomatique de la portée générale qui s'attache au considérant publié ou alors des difficiles exigences de la confidentialité.

## **I. TRAITS COMMUNS DE L'ARBITRAGE EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET DE DROIT DE LA CONCURRENCE**

On peut distinguer cinq traits communs en tout cas :

- une certaine connexité dans les procédures
- le fondement mixte des législations
- la libre disposition des actions
- le rôle joué par l'ordre public
- une tendance marquée à l'universalité.

### **A. CONNEXITE DANS LES PROCEDURES**

Tout d'abord, les questions de propriété intellectuelle et de droit de la concurrence surgissent fréquemment au cours du **même litige**. Souvent, la pratique des tribunaux américains et celle des arbitres européens en attestent, le défendeur répond à une action en contrefaçon ou à une action en violation d'un contrat de licence par une action reconventionnelle ou des exceptions dérivées du droit antitrust<sup>2</sup>.

Un exemple pris parmi tant d'autres : la cause *Litton Sys. Inc. vs. Honeywell Inc.*, en Californie<sup>3</sup>. Au début de cette année, le jury a accordé US\$ 1.2 mia à Litton pour la violation de ses brevets sur des gyroscopes, mais Honeywell a déposé une demande antitrust visant à faire condamner Litton pour un essai de monopolisation du marché des gyroscopes et pour avoir interféré indûment avec les relations d'affaires entre Honeywell et ses fournisseurs.

### **B. FONDEMENT MIXTE DES LEGISLATIONS**

Du point de vue des individus en présence, le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle reposent

---

<sup>2</sup> Voir déjà la sentence CCI no. 1397, Clunet 1974 p. 878.

<sup>3</sup> Affaire introduite le 8 février 1991 devant la Cour de District ouest (Santa Monica), Civil Case Number SC 006591. Voir aussi *Telex Corp. vs. IBM Corp.*, 184 USPQ 52 [10th Cir., 1975].

tous deux sur un **fondement mixte**. D'une part, l'équité joue un rôle essentiel pour la propriété intellectuelle plus que pour la propriété ordinaire (qualité d'auteur; droit moral). Il ne faudrait pas lire l'affaire *Magill*<sup>4</sup> en croyant que le Tribunal de première instance a voulu réduire le droit d'auteur à un droit de redevances uniquement. Le droit antitrust aussi veut souvent protéger la partie la plus faible; c'est la cas dans la jurisprudence américaine en particulier<sup>5</sup>. D'où sa similitude avec certaines figures du droit des contrats (lésion, abus de droit).

D'autre part, la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence découlent de politiques publiques bien définies.

A cet égard, le conflit entre les droits exclusifs de la propriété intellectuelle et les politiques concurrentielles que recherche le droit antitrust est dans la nature des choses. C'est un conflit de **politiques publiques**, car l'Etat encourage de deux manières le progrès des arts utiles et la diffusion des inventions et des produits : en créant des monopoles - brevets, marques, mais aussi droits d'auteur<sup>6</sup> -, ainsi qu'en luttant contre les monopoles et les positions dominantes.

Alors que durant deux cents ans, les lois de propriété industrielle contenaient elles-mêmes toutes les délimitations jugées nécessaires pour le fonctionnement efficace du système, le droit antitrust ajoute maintenant de nombreuses restrictions à l'exercice de ces droits et à la liberté des contrats. La

---

<sup>4</sup> Arrêt *Radio Telefis Eireann c. Commission*, du 10.07.91, aff. T-69/89, Rec. 1991 II pp. 485 ss (sp. cons. 95 *i.f.*, 98, 101).

<sup>5</sup> Voir par ex. les arrêts cités par Baker/Stabile, pp. 398-400.

<sup>6</sup> Les droits d'auteur sont considérés comme monopoles dès l'arrêt *U.S. vs. Paramount Pictures Inc.*, 334 US 131 (1948); les affaires GEMA, l'affaire GVL ont montré l'importance du monopole exercé par les sociétés de gestion: arrêt *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-Tel International c. GEMA*, du 20.01.81, aff. jointes 55 et 57/80, Rec. 1981 p. 147; arrêt *GEMA c. Commission*, du 18.10.79, aff. 125/78, Rec. 1979 p. 3173; arrêt *Deutscher Komponistenverband E. V. c. Commission*, aff. 8/71, Rec. 1971 p. 705; arrêt *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH c. Commission*, du 02.03.83, aff. 7/82, Rec. 1983 p. 483.

notion de *patent misuse* (§ 271 de la Loi américaine sur les brevets) montre d'ailleurs que la réflexion juridique est analogue dans les deux domaines. Cependant, la différence des sanctions est remarquable. Aux Etats-Unis, le *patent misuse* paralyse l'exercice des actions en contrefaçon. Aussitôt arrêté, il est oublié ou pardonné. En revanche, le droit antitrust est assorti de sanctions positives - et il ne pardonne pas. Malgré ces différences, il existe une profonde similitude entre les voies de la propriété industrielle et celles du droit antitrust : leur source historique est pour tous les deux le *Statute on Monopolies* de Jacques Premier, promulgué en 1623.

### **C. LIBRE DISPOSITION DES ACTIONS**

Un troisième trait commun est en rapport direct avec l'arbitrabilité objective en droit interne suisse et dans de nombreux ordres juridiques nationaux. C'est la libre disposition des actions.

#### **1. Propriété intellectuelle**

L'arbitrage est donné en matière de propriété intellectuelle dans la mesure où les droits en cause sont à la libre disposition des parties. Cet argument, présenté par plusieurs commentateurs<sup>7</sup>, a fini par décider l'Office fédéral de la propriété intellectuelle à revenir sur sa décision négative de 1948 et à autoriser la transcription de sentences arbitrales au registre des brevets<sup>8</sup>.

En fait, aucun fonctionnaire de l'OFPI ne peut se rappeler la communication d'une sentence arbitrale.

---

<sup>7</sup> Blum/Pedrazzini, *Das Schweizerisches Patentrecht*, 2ème éd., Berne 1975, vol. II, pp. 208 ss et réf.; Briner p. 169.

<sup>8</sup> Communication in RSPI 1976 p. 37, FBDM 1976 I 9-10; Blessing, p. 25. Pour les Etats-Unis, voir Plant, pp. 88-89.

Néanmoins, les pays qui nous entourent sont plus réservés à cet égard. Ainsi, une sentence CCI no 6097 rendue en 1989 rappelle que :

*"d'après l'opinion générale (cit. omises), il n'est pas possible en droit positif allemand ... de donner compétence à un tribunal arbitral pour déclarer nul un brevet"<sup>9</sup>.*

Cependant, le pouvoir de disposer du droit matériel issu du brevet est reconnu à son titulaire, qui peut l'exercer par exemple dans une **transaction** sur l'étendue de la protection que confère le brevet. Et ce pouvoir contractuel de disposition peut être conféré au tribunal arbitral. L'ayant constaté, la sentence no 6097 conclut que :

*"rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que le tribunal arbitral auquel les parties ont conféré cette compétence statue, à titre de question préalable, sur la validité matérielle d'un brevet, pour autant qu'il n'existe aucun obstacle légal"<sup>10</sup>.*

La doctrine allemande récente va dans le même sens<sup>11</sup>.

Depuis 1978, une solution analogue devrait être possible en France, à titre incident<sup>12</sup>.

## 2. Droit de la concurrence

---

<sup>9</sup> Bull. CCI 4 no. 2, à p. 83.

<sup>10</sup> *Eo loc.*

<sup>11</sup> Fritze, p. 218; von Zumbusch, pp. 547-548; Ochmann, p. 257.

<sup>12</sup> Un tribunal arbitral pourrait même statuer à titre principal sur le titre au brevet et la contrefaçon. Selon M. Rubino-Sammartano, à pp. 104-105, d'autres pays seraient plus stricts, comme le Japon et l'Argentine. Il est intéressant de relever que les causes de propriété intellectuelle et de droit antitrust sont toujours évoquées ensemble, à propos des restrictions à l'arbitrabilité qui y sont mises, mais non quant à la validité du brevet (cf. Moitry, p. 6).

Or, la compétence des arbitres internationaux en droit antitrust a été reconnue par la Cour Suprême des Etats-Unis en vertu d'un raisonnement semblable : les actions privées du droit antitrust sont à la disposition des parties; dans la cause *Mitsubishi*, c'est même le premier argument cité par la majorité<sup>13</sup>.

Et on sait que *Mitsubishi* a exercé une double influence :

a) aux Etats-Unis, où plusieurs arrêts se sont fondés sur cette décision pour admettre l'arbitrage interne en matière de concurrence<sup>14</sup> ou d'autres lois, telles RICO<sup>15</sup>, Securities Act de 1933<sup>16</sup> et 1934<sup>17</sup>, etc.

b) En Europe, parce que le droit antitrust y fut importé des Etats-Unis en 1945-47<sup>18</sup>. Ainsi, la Cour d'Appel de Bologne vient d'accepter l'arbitrabilité de l'article 85 CEE<sup>19</sup>.

Au Canada toutefois, on note un jugement en sens contraire dans l'Alberta<sup>20</sup>. Les **réticences** face à ce

---

<sup>13</sup> Arrêt *Mitsubishi Motors vs. Soler Chrysler Plymouth*, 473 US 628 (1985), passage reproduit in Rev. arb. 1986, p. 278. De même, les dispositions du § 294 Patent Act ont été appuyées sur l'idée que les parties peuvent librement disposer de leur droit de brevet.

<sup>14</sup> L'arbitrage fut d'ailleurs étendu à une société mère alors que seules ses filiales avaient passé des contrats avec une clause compromissoire (*J. J. Ryan & Sons, Inc. (US) vs. Rhône Poulenc Textile, SA et al. (France and FR Germany)*, 863 F 2d pp. 315-322 [4th Cir., 1988]); voir aussi *Kowalski and Hoffman News Agency et al. vs. Chicago Tribune Company*, 854 F 2d 168 [7th Cir., 1988]; *Cindy's Candle vs. WNS Inc.*, 714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989). Voir encore D. Rivkin, *The US Situation*, in Rapport CCI, pp. 134-138.

<sup>15</sup> *Shearson/American Express, Inc. vs. McMahon*, 482 US 220 (1987).

<sup>16</sup> *Rodriguez de Quijas vs. Shearson/American Express, Inc.*, 490 US 477 (1989).

<sup>17</sup> *Shearson/American Express, Inc. vs. McMahon*, précité. Voir aussi un commentaire par Hoellering, pp. 155-156, pour les implications internationales de ce jugement.

<sup>18</sup> En France, art. 59bis Ordonnance No. 45-1483 du 30 juin 1945; en Allemagne, Dekartellierungsgesetz No. 56 de 1947 (zone d'occupation américaine); au Japon, Antimonopoly Law No. 54 de 1947.

<sup>19</sup> Yearbook 1993 pp. 422 ss.

<sup>20</sup> Yearbook 1993 pp. 346 ss.

développement sont **communes** aux deux domaines. Ainsi, on a critiqué l'arrêt de la CJCE *Bayer c. Süllhöfer*<sup>21</sup> en disant que dans le cas des licences gratuites, il permet d'introduire une clause de non-contestation du brevet (*licence estoppel*) - ce qui revient à laisser subsister extérieurement des brevets qui sont peut-être invalides<sup>22</sup>. Or c'est la grande crainte de ceux qui mettent en avant la confidentialité et l'effet limité, *inter partes*, des sentences arbitrales. Le système suisse, le système américain permettent la notification des sentences touchant à la validité des brevets précisément pour **généraliser la portée d'une déclaration d'invalidité**.

La libre disposition des prétentions des parties en matière de droit antitrust est un concept qui pourrait étonner les Européens. Imposée par un Gouvernement très interventionniste dans la France de 1945, imposée en février 1947 par des administrations d'occupation en Allemagne, imposée par la Commission des Communautés pour favoriser le marché commun, l'application du droit antitrust européen ne pouvait d'abord être confiée aux particuliers. D'où la notion de non-disponibilité des actions antitrust<sup>23</sup>. Dans un stade historique ultérieur, il pourra en aller autrement. Les actions privées de droit antitrust et leur cortège de *treble damages* sont déjà devenues l'un des piliers de l'application du droit de la concurrence aux Etats-Unis<sup>24</sup>. Il est naturel qu'étant désormais incorporé aux moeurs, le droit antitrust soit appliqué sur requête des intéressés, avec un contrôle sporadique de l'Administration, dont le zèle et la philosophie varient d'ailleurs selon les constellations du pouvoir. Parallèlement, en étant rémunéré *de quota litis*, les avocats des Etats-Unis se transforment en une police privée - rejoignant le souci de

---

<sup>21</sup> Arrêt *Bayer AG et Maschinentabrik Hennecke GmbH c. Heinz Süllhöfer*, du 27.9.88, aff. 65/86, Rec. 1988, p. 5249.

<sup>22</sup> Voir Singleton, *Intellectual Property Disputes: Settlement Agreements and Ancillary Licences under EC and UK Competition Law*, EIPR 1993 no. 2, p. 49.

<sup>23</sup> Voir Goldman, in Rapport CCI, pp. 334-335 et note 26 ci-dessous.

<sup>24</sup> Baker/Stabile, p. 397 note 16.

protection de la partie la plus faible, ou qui se prétend telle. Ceci explique l'allocation automatique de *treble damages* dans les causes internes<sup>25</sup>.

Le même phénomène a été observé pour les brevets. Si les souverains pouvaient jadis retirer les privilèges octroyés mais laissés en jachère, les licences obligatoires délivrées à la demande d'un particulier ont pris depuis longtemps le relais des mesures spontanées du Gouvernement. C'est ce que les Anglais entendent par "*abuse of patent*", permettant l'octroi d'une licence obligatoire.

Ainsi, la propriété industrielle et le droit antitrust vont-ils se **privatisant**<sup>26</sup>. Cette évolution les rend accessibles à l'arbitrage. Aux Etats-Unis, le passage du § 294 du Patent Act en 1982 frayait le chemin à la jurisprudence *Mitsubishi* de 1985<sup>27</sup>. Il est frappant de constater que les milieux hostiles à l'arbitrage dans le droit des brevets étaient les mêmes que ceux qui étaient hostiles à l'arbitrage en matière antitrust<sup>28</sup>. L'arbitrage a gagné sur les deux fronts, et sur d'autres encore<sup>29</sup>. L'arbitrabilité objective va être reconnue en raison de la libre disposition des actions.

---

<sup>25</sup> Toutefois, ne pas accorder de *treble damages* (comme dans *Fahnestock vs. Waltman*, 935 F. 2d 512 à 517 [2nd Cir., 1991], cf. Baker/Stabile, p. 407) est parfois avantageux dans les causes internationales, vu les mesures législatives prises en Grande-Bretagne, en Australie, au Canada contre l'effet extra-territorial du droit américain (limité depuis 1982, cf. note 87 ci-dessous).

<sup>26</sup> Pour une analyse des divers droits privés disponibles, voir J.-C. Maire et D. Hahn, in Rapport CCI, pp. 85-86. Ils précisent que certaines facultés échappent à la libre disposition des parties. Il en va ainsi du droit de dénoncer un comportement à la Commission; voir Goffin (1989) p. 178.

<sup>27</sup> Field, p. 247.

<sup>28</sup> Field, pp. 241-242; Ovington, pp. 53-60.

<sup>29</sup> Baker/Stabile, à p. 404, note 59, citent notamment la Section 10(b) du Securities Exchange Act de 1934, les dispositions civiles du RICO, le §12(2) du Securities Act de 1933 et l'Employment Act de 1967. Voir D. Rivkin, in Rapport CCI, pp. 132-134.

### 3. Une perspective suisse

Assurément, la solution qui se dégage de l'article 177 LDIP est **différente**. Le critère de l'arbitrabilité n'est plus comme dans l'article 5 du concordat intercantonal de 1969 la libre disposition de l'objet du litige, mais son **caractère patrimonial**. Est arbitrable tout ce qui est patrimonial, tout intérêt affectant la situation pécuniaire d'une partie. La plupart des commentateurs s'accordent à souligner les différences existant entre ces deux critères<sup>30</sup>, bien que l'unanimité ne se soit pas faite<sup>31</sup>.

Si certains droits de la personnalité ou certaines composantes morales du droit d'auteur semblent de prime abord échapper à la notion de droit patrimonial<sup>32</sup> alors qu'ils sont inclus dans les droits librement disponibles, peut-être devrait-on les analyser plus en profondeur pour leur reconnaître la qualité d'un droit subjectif patrimonial<sup>33</sup>. Quoi qu'il en soit, les litiges de concurrence déloyale demeureront arbitrables quand bien même la loi sur la concurrence déloyale ne consacre pas, selon l'opinion dominante, des droits subjectifs sur les secrets de fabrication (art. 4 et 6 LCD) - au coeur de nombreux arbitrages impliquant le savoir-faire industriel. Cet exemple montre que la notion de "cause de nature patrimoniale" concerne en réalité :

*"toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif"*<sup>34</sup>,

---

<sup>30</sup> Lalive/Poudret/Reymond, pp. 305-306 et 308-309; Bucher/Tschanz, p. 101; Walter/Bosch/Brönnimann, p. 57; Blessing p. 25; tout récemment, Vischer, in IPRG Kommentar, Zurich 1993, p. 1499. Voir cependant Moitry, p. 17.

<sup>31</sup> Voir Rüede/Hadenfeldt, p. 55; Habscheid (1989), p. 585; le même (1988), p. 768.

<sup>32</sup> Lalive/Poudret/Reymond, pp. 308-309.

<sup>33</sup> Voir par exemple Dessemontet, *Le droit à l'image*, in Mélanges Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, pp. 41 ss.

<sup>34</sup> ATF 118 II 356 cons. 3 b); Bull. ASA 1993 p. 59 = SJ 1993 p. 5.

sans qu'il soit nécessaire d'ajouter comme croit devoir le faire le Tribunal fédéral

*"autrement dit les **droits** qui présentent pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent"*<sup>35</sup>.

Au moment d'examiner l'arbitrabilité d'un litige, il ne convient pas d'aborder la question dogmatique et difficile de l'existence de droits subjectifs en matière de concurrence déloyale. Pourquoi une situation de **fait** protégée par la loi contre la concurrence déloyale ne serait-elle pas arbitrable ?

En définitive, on donnera probablement raison aux commentateurs qui considèrent que l'intérêt pécuniaire est le critère essentiel, et qu'il recouvre tout ce que recouvrait l'article 5 CIA, tout en allant au-delà (droits de la personnalité). En présence d'un droit d'auteur, il conviendra de voir ce à quoi tend la demande : un but économique ou une satisfaction morale; les deux étant liés (comme pour les "grands droits"), l'exercice est délicat. Une prétention pécuniaire en réparation de tort moral devrait suffire pour admettre l'arbitrabilité.

#### **D. ROLE DE L'ORDRE PUBLIC**

Les litiges en droit de la propriété intellectuelle et en droit de la concurrence possèdent un autre point commun : l'**ordre public** est souvent concerné.

Dans certains pays comme la France, l'Italie, le Danemark, l'Inde et le Québec, l'on ne peut compromettre sur des matières d'ordre public<sup>36</sup>. Des obstacles semblables se dressent donc à l'arbitrabilité des litiges en propriété intellectuelle et en

---

<sup>35</sup> *Eo loc.*

<sup>36</sup> Voir L. Idot, in Rapport CCI, p. 20 no. 29. Pour l'Italie, voir P. Bernardini, in Rapport CCI, pp. 121-123.

droit antitrust. Cette difficulté est inconnue en droit suisse pour ces deux domaines<sup>37</sup>.

En second lieu, l'ordre public étranger, les lois de police et l'ordre public véritablement international seront parfois évoqués dans les causes de propriété intellectuelle, et le droit de la concurrence de l'Union européenne appelle nécessairement des questions de ce genre pour les arbitres suisses. Sur ce point, on trouvera quelques réflexions plus loin<sup>38</sup>.

#### **E. TENDANCE A L'UNIVERSALITE**

Il convient enfin de signaler brièvement un dernier trait commun entre la propriété intellectuelle et le droit antitrust. Il s'agit d'une tendance intrinsèque à l'universalité en matière de conflits de lois. Dans les deux domaines, le principe de territorialité demeure le fondement des solutions adoptées en droit international privé. Cependant, l'internationalisation des affaires contractuelles et la nécessité de s'attaquer à la contrefaçon conduisent toutes deux à réexaminer la portée exacte de la territorialité. C'est ce qui sera esquissé plus loin<sup>39</sup>.

Ayant présenté ces traits communs, il convient d'introduire quelques particularités de l'arbitrabilité en fait de propriété intellectuelle, puis de droit de la concurrence.

## **II. PROPRIETE INDUSTRIELLE**

### **A. OBSERVATIONS GENERALES**

Les problèmes généraux que pose l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle sont de divers ordres.

---

<sup>37</sup> Voir Jolidon (1984), pp. 43 et 154.

<sup>38</sup> Voir ci-dessous, texte à note 79 ss.

<sup>39</sup> Voir ci-dessous, texte à note 55 ss.

## 1. **Technicité et composition du Tribunal arbitral**

Il convient tout d'abord de noter la **technicité** des questions soulevées dans certains litiges<sup>40</sup>. Cette technicité exige la mise en oeuvre d'expertises. Rappelons la jurisprudence fédérale à ce propos, qui requiert l'administration d'une expertise aussitôt que le Tribunal arbitral ne possède pas en son sein les connaissances techniques nécessaires<sup>41</sup>.

A cet égard, on notera que les Américains et les Japonais insistent souvent pour que le Tribunal arbitral soit composé de telle sorte qu'un de ses membres au moins comprenne les questions techniques en jeu. Ceci est un avantage particulier pour le Tribunal, même si le professeur Claude Reymond a signalé les difficultés qui peuvent être liées à l'information privilégiée<sup>42</sup>. Il en va de même en droit antitrust. Relevons enfin qu'en raison de la multiplicité des licences, des droits concédés et des territoires visés, il arrivera que plusieurs tribunaux arbitraux soient compétents en parallèle.

## 2. **Objets soumis à l'arbitrage**

Une seconde remarque générale portera sur la variété des **objets** susceptibles de donner lieu à un arbitrage. Si les contrats de licence se rencontrent dans le domaine des brevets, des marques et signes distinctifs, du droit d'auteur et des dessins et modèles, on trouve aussi des litiges portant sur la validité de tous ces droits, des

---

<sup>40</sup> Voir Clark/Fenwick, p. 22; May p. 7 ss; Mackie K. (1992).

<sup>41</sup> Cf. Bull. ASA 1992 p. 397, cité par Poudret, *Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 614; voir également ATF 102 Ia 496, cons. 8 (non publié); sur la distinction entre expertise et expertise-arbitrage, voir Jolidon (1984) pp. 35, 63-66, 241.

<sup>42</sup> Reymond, pp. 3 ss.

obtentions végétales, des créations de la mode, des programmes d'ordinateur<sup>43</sup> et des raisons sociales.

Un arbitrage en cette dernière matière pourrait poser en fait quelques difficultés d'exécution. Pour prendre un exemple, le préposé au registre du commerce accepterait-il de modifier une raison sociale sur simple communication d'une sentence ? L'inscription d'une modification due à une sentence n'est pas exclue pour autant. Ainsi, lorsque la partie tenue de modifier sa raison sociale devrait requérir pareille modification, mais ne le fait pas, une sentence définitive pourrait tenir lieu de déclaration de volonté. La voie de l'article 193 LDIP devrait-elle être empruntée pour la sentence mettant fin à un arbitrage international ?

Le contentieux administratif n'est pas arbitrable : restitution de délai, paiement d'annuités, exigences de forme. Mais qu'en est-il d'une **opposition** pour des marques ou des brevets ? La réponse paraît négative en Suisse comme en France ou en Allemagne. Toutefois, les transactions sont possibles, conduisant à un retrait ou une limitation de l'opposition. Si la transaction est possible, pourquoi pas l'arbitrage, du moment que les parties s'engagent à restreindre leur dépôt en concordance avec la sentence ?

Même pour les contrats, le droit des pays de l'Union européenne n'est pas harmonisé. Des difficultés peuvent surgir, par exemple lorsqu'on transposera en droit national les dispositions de l'article 8 al. 2 de la Directive du 21 décembre 1988 sur les marques<sup>44</sup>. Cet article ouvre les actions en contrefaçon de marque au donneur de licence pour la violation des obligations du licencié ayant précisément trait à la marque. Un arbitre pourra-t-il alors connaître, dans tous les pays membres, des conclusions en contrefaçon à titre direct, et non seulement incident ?

---

<sup>43</sup> Voir MacKie K. (1992) et l'arbitrage relaté in JPOS 1980, pp. 337 ss.

<sup>44</sup> Première Directive du Conseil no. 89/104/CEE du 21.12.88, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, JOCE No. L 40 du 11.2.89, p. 1.

Si l'on se place au niveau international, le Tribunal fédéral a raison d'affirmer que les difficultés d'exécution, voire son impossibilité dans certains pays n'empêchent pas l'arbitrabilité du litige<sup>45</sup>. On pourrait naturellement observer que l'arbitre a le devoir moral de veiller à l'exécutabilité de sa sentence (voir par exemple l'art. 26 du Règlement CCI). Pourtant l'opinion du Tribunal fédéral rejoint la pratique de certains arbitres<sup>46</sup>. On notera aussi un autre cas dans lequel les arbitres ont rejeté les arguments déduits d'éventuelles difficultés à l'exequatur<sup>47</sup>. Cette opinion me paraît fondée pour plusieurs raisons.

- a. D'une part, chacun relève que la plupart des sentences sont exécutées spontanément<sup>48</sup>. La situation pathologique des quelques sentences qui ne le sont pas ne devrait pas dominer la réflexion au moment de juger de l'arbitrabilité.
- b. D'autre part, même si les difficultés d'exécution sont insurmontables dans un pays tiers, des contrats de licence portent souvent sur plusieurs pays ou des continents entiers. L'affirmation de la validité ou de l'invalidité d'un droit de propriété industrielle pourra jouer un rôle dans la plupart d'entre eux, alors même que l'un ou l'autre pays refuse de tenir compte de la sentence.

---

<sup>45</sup> ATF 118 II 196; ATF 118 II 357. Dans le même sens, voir Goldman, in Rapport CCI, p. 114; Derains, in Rapport CCI, pp. 254-255.

<sup>46</sup> Cf. dans un cas de distribution exclusive la sentence CCI no 6379, Yearbook 1992, à p. 219 no 24, arbitrage à propos de la résiliation du contrat de distribution entre l'Italie et la Belgique; l'arbitre n'applique pas le droit impératif belge mais uniquement le droit italien, en rejetant les arguments pris de l'application du droit belge comme loi de police, la Convention de Rome n'étant pas encore entrée en vigueur au moment de la sentence.

<sup>47</sup> Sentence reproduite in Yearbook 1983, p. 158; l'affaire mettait en jeu la législation autrichienne sur les devises.

<sup>48</sup> Cf. Derains (1977) p. 43.

D'ailleurs, en Suisse, une reconnaissance partielle paraît concevable. On cite à cet égard une affaire *Kyriakos*<sup>49</sup> dans laquelle un Tribunal arbitral à Chypre avait accordé des intérêts moratoires incompatibles avec le droit du pays d'exécution; le reste de la sentence a reçu l'exequatur. Dans une procédure récente à Hongkong, le juge d'exequatur a scindé la cause en deux éléments, une condamnation pécuniaire concernant la non-livraison de marchandises, et des prétentions dérivant du prétendu kidnapping du témoin, afin de reconnaître l'efficacité de la condamnation pécuniaire<sup>50</sup>.

- c. Enfin, la doctrine française a eu raison de parler de l' "**effet déstabilisateur**" d'un rejet unilatéral, par un ordre juridique national, des sentences arbitrales rendues en matière de propriété intellectuelle<sup>51</sup>. Nous sommes maintenant à l'époque où les procédures d'octroi du brevet se sont régionalisées (Convention de Munich) ou mondialisées (Patent Cooperation Treaty): l'ancienne opposition entre le monde anglo-saxon et l'Europe continentale s'efface pour les marques internationales grâce au Protocole apporté à l'Accord de Madrid sur l'enregistrement des marques; les Etats-Unis ont enfin accédé à la Convention de Berne sur la propriété littéraire et artistique. La Chine a rejoint le système. L'Uruguay Round du GATT a promulgué un Code mondial de la propriété intellectuelle. Il est temps que l'arbitrage international se trouve reconnu pour ces nouveaux droits intellectuels à vocation planétaire. A cet égard, on se libérera d'une approche trop territoriale.

---

<sup>49</sup> *N. V. Marketing Ltd. of Nicosia c. Kyriakos Mavronicolas of Nicosia*, Cour de District de Nicosie, 5 mai 1984, affaire citée par Rubino-Sammartano, à pp. 111-112.

<sup>50</sup> Yearbook 1993 pp. 396 ss. Voir en général L. Idot, in Rapport CCI, p. 34 no. 38 avec réf., et p. 277 (soulignant certaines difficultés pratiques); L. Idot (1989), p. 302 (avec cit.).

<sup>51</sup> Voir Moitry, p. 28. Sentence CCI, no 1397, publié in *Clunet* 1974 pp. 878 ss. En sens contraire voir cependant Motulsky, p. 397 et Fouchard, no 200, cités in *Rev. arb.* 1977, p. 17.

En revanche, l'impossibilité d'exécuter jouera un rôle si l'on examine quelles sanctions le Tribunal arbitral peut imposer. On ne voit pas nos tribunaux prononcer des condamnations pénales pour contrefaçon, par exemple<sup>52</sup>. Un problème plus délicat concerne les sanctions pour **refus de renseigner** (art. 66 b LBI, art. 61 al. 2 LPM). Là encore, seules les règles de procédure régissant le déroulement de la procédure arbitrale paraissent à première vue applicables. D'ailleurs, même les tribunaux ordinaires ne seront pas en mesure de condamner une partie récalcitrante car l'infraction ne sera pas réalisée : le Tribunal arbitral exerce bien une compétence juridictionnelle, il ne représente pourtant pas une "autorité compétente" au sens de la loi sur les marques<sup>53</sup> et de celle sur les brevets (art. 66 b LBI).

Au demeurant, le Tribunal arbitral peut condamner une partie à s'abstenir de violer un droit de propriété intellectuelle<sup>54</sup>.

### 3. Universalité de la propriété intellectuelle

Il est certain qu'en droit international privé de la propriété intellectuelle, le principe de territorialité est dominant. Ainsi l'annulation d'un droit de propriété intellectuelle n'a normalement d'effet que dans un seul pays à la fois (sauf pour les marques internationales, dépendantes de l'enregistrement d'origine pendant cinq ans, et sous réserve du système du Protocole de Madrid).

En application de ce principe, une sentence rendue pour une technologie concernant le traitement des eaux usées a constaté à juste titre que dans le cas où un Etat n'a pas de

---

<sup>52</sup> Jolidon (1984), p. 154.

<sup>53</sup> Cf. Message du Conseil fédéral du 21 novembre 1990, FF 1991, I, à p. 44 : "cette obligation de renseigner existe dans chaque cas d'espèce à l'endroit du juge compétent **selon le droit et la procédure du canton**".

<sup>54</sup> CCI no 6752, Yearbook 1993, p. 57 no 9.

législation sur les brevets, il ne peut tout simplement pas reconnaître l'effet sur son territoire des brevets délivrés à l'étranger<sup>55</sup>. Néanmoins, un arbitre peut reconnaître la décision d'un autre arbitre sur l'existence ou le transfert des droits de propriété intellectuelle<sup>56</sup>.

On peut en revanche considérer que le droit d'auteur et le droit sur les secrets de fabrication obéissent au principe d'universalité, de même que le **titre préférable** à une raison sociale.

Il est aussi possible d'illustrer l'**universalité** de la propriété intellectuelle dans le droit d'auteur en rappelant l'ancien article 44 de la loi sur le droit d'auteur, qui permettait au juge suisse de connaître des violations apportées au droit d'un auteur établi en Suisse même si l'infraction avait été commise à l'étranger. Et la doctrine récente accepte qu'aux termes de l'article 8 LDIP, la nullité des brevets ou des marques étrangères soit prononcée par un tribunal suisse<sup>57</sup>. Selon les cas, ce qui vaut pour une juridiction ordinaire peut valoir *a fortiori* pour un tribunal arbitral.

La territorialité permettait de cloisonner les marchés et d'interdire les importations parallèles; c'est un concept au coeur de l'**abus** des droits de propriété intellectuelle<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> CCI no 6363, Yearbook 1992, à p. 203.

<sup>56</sup> *Eo loc.*, p. 192.

<sup>57</sup> Vischer, GRUR Int. 1987, p. 675 (distinguant cognition à titre préliminaire et action reconventionnelle). Aux Pays-Bas, diverses décisions reconnaissent qu'un tribunal peut délivrer des mesures provisoires contre des actes de contrefaçon se produisant à l'étranger. Voir par ex. *Diesel-Units* (marque de fabrique, 1989), *Philips c. Hemogram* (brevet violé en Argentine, Brésil, Australie, 30 décembre 1991), *Rhône-Poulenc c. Prographarm* (brevet, 5 janvier 1993); *Pipeliners* (savoir-faire, injonctions dans huit Etats), cf. Patent World, Octobre 1993, No. 56, pp. 20-22.

<sup>58</sup> La sentence CCI no 5314 sur le droit applicable à un contrat de licence vient illustrer à quel point les règles de conflit en matière de propriété intellectuelle sont encore méconnues. Cette sentence a refusé d'appliquer le droit du pays du donneur de licence pour lui préférer celui du pays du preneur. Il est toujours licite en un cas particulier de déroger au rattachement au droit du donneur de licence que consacre

Tous les arbitrages en fait de propriété industrielle ne visent pas des droits exclusifs, comme nous allons le voir en abordant la concurrence déloyale.

## **B. CONCURRENCE DELOYALE**

Assurément, les règles sur la concurrence déloyale font partie de la propriété industrielle, comme le manifestent l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris, l'adoption des TRIPS au sein du GATT et les négociations bilatérales entre les Etats-Unis et divers pays pour prévenir la contrefaçon.

En Suisse, le droit des marques se complète de la protection des signes distinctifs par l'article 3 *litt. d* LCD; l'article 5 LCD complète à la fois le droit des contrats et des précontrats et la protection des prestations industrielles *erga omnes*; l'article 8 LCD complète même le droit des contrats internationaux soumis au droit suisse lorsqu'ils font l'objet de conditions générales.

Dans cette perspective, il convient de relever que la loi sur la concurrence déloyale est la soeur jumelle du droit de la concurrence. Les deux régissent le marché des biens et des services dans une volonté d'assurer sa liquidité et sa transparence, qui suppose la loyauté. Le droit du **Fair Trading**

---

l'article 122 LDIP, par exemple en arguant de l'article 15 LDIP, la clause d'exception - si l'on dénie son application directe dans l'arbitrage international soumis au chapitre XII de la LDIP, on l'appliquera par analogie car la clause d'exception incorpore un principe général. En revanche, il est proprement inconcevable d'appuyer une solution contraire sur une jurisprudence fédérale ancienne, rendue pour l'essentiel avant le triomphe de la notion de rattachement au siège du débiteur de la prestation caractéristique. Et ceux qui mettent en doute le bien-fondé de l'article 122 LDIP ou des théories qu'il reflète (voir Patocchi, pp. 123 ss) devraient en particulier répondre à l'argument suivant : comment mieux assurer la coïncidence entre le droit applicable à la responsabilité contractuelle du débiteur de la prestation caractéristique et le droit applicable à sa responsabilité patrimoniale, c'est-à-dire aux procédures d'exécution forcée ?

sera essentiel à l'avenir. Le lien avec le droit antitrust est évident<sup>59</sup>.

D'ailleurs, certains domaines sont régis par la LCD en Suisse, et le droit de la concurrence en France ou aux Etats-Unis<sup>60</sup>. Plus, les travaux préparatoires de la nouvelle LCD prévoyaient une action de l'Etat, comme en droit antitrust. Pour les sentences de tribunaux arbitraux siégeant en Suisse qui devraient être exécutées à l'étranger, il n'est toutefois pas sans intérêt de noter que l'arbitrabilité de litiges de concurrence déloyale peut susciter des difficultés comparables à celles des litiges en matière de marque<sup>61</sup>; en revanche, l'arbitrabilité des litiges en fait de concurrence est admise en Suisse sans restriction<sup>62</sup>. Dans les faits, l'arbitrage n'empêche pas les autorités publiques d'intervenir dans l'intérêt public pour sauvegarder la loyauté en affaires.

On admettra volontiers qu'une clause compromissoire sera exceptionnelle entre concurrents usuels. Cependant, une convention portant par exemple prohibition de concurrence en faveur du distributeur de certains biens ou du partenaire dans une joint venture peut servir quelquefois de fondement à une action arbitrale dans laquelle, à part la violation du contrat, le demandeur va invoquer le non-respect des règles contre la concurrence déloyale<sup>63</sup>. Se posera alors le problème - familier dans les causes antitrust aux Etats-Unis - de l'interprétation de la clause compromissoire. Sauf si celle-ci est clairement limitative (par exemple visant seulement l' "interprétation et

---

<sup>59</sup> Ainsi, dans la décision BPB, le dumping en provenance d'Espagne a été invoqué pour se disculper d'un abus de position dominante, mais avec un succès partiel : l'amende a seulement été réduite (Décision de la Commission 89/22/CEE du 5 décembre 1988 relative à une procédure d'application de l'article 86 CEE, *BPB Industries Plc.*).

<sup>60</sup> Ex. : art. 3 f LCD; titre IV Ord. fr. de 1986; *pricing below cost* aux Etats-Unis.

<sup>61</sup> Voir en France les affaires *Soc. Aplix c. Velcro*, Cour d'appel 15.6.81 et *Soc. Velcro c. Aplix*, Trib. grande instance 17.3.81, reproduites in *Rev. arb.* 1983, pp. 89-103.

<sup>62</sup> Voir SJ 1950, p. 500; Briner, p. 174; Jolidon (1984) p. 156.

<sup>63</sup> Cf. le cas des grues en Alberta, arrêt du 14 mai 1991, reproduit in *Yearbook* 1993, pp. 346 ss.

l'exécution du contrat"), le critère devrait être qu'il existe une relation raisonnable entre le contrat et les actes de concurrence déloyale - ou les actes contraires au droit antitrust<sup>64</sup>. On devra, surtout pour le droit antitrust, admettre, à l'instar des juges dans la cause *Shearson/American Express, Inc. vs. McMahon* qui emportait l'application du RICO<sup>65</sup>, que l'arbitre peut tenir compte de faits constituant un ensemble dont ressort la loyauté ou l'illicéité du comportement du défendeur.

Avant de nous tourner entièrement vers le droit de la concurrence, mentionnons encore deux observations sur le futur de la propriété intellectuelle.

- a. La propriété intellectuelle s'harmonise lentement dans le cadre de l'Union européenne. Fait-on autre chose que de codifier l'acquis ?

La plus intéressante des nouveautés sans doute est celle qui mènerait au certificat d'innovation, au petit brevet. De fait, les produits modernes auraient en moyenne une vie utile de sept ans. Or les procédures devant l'OEB pour obtenir un brevet durent en moyenne quatre ans et demi. Bien que le point de départ soit rarement identique, on peut se demander si un titre dont l'obtention serait plus simple, mais dont la durée serait variable selon les secteurs techniques ne rendrait pas de meilleurs services<sup>66</sup>. Pareil système pourrait éliminer certains conflits avec le droit antitrust, en raison de la brièveté des délais.

- b. Le principe de la subsidiarité s'applique aussi en ce domaine. A quel niveau convient-il de protéger la propriété intellectuelle ? Si les décisions tombent en faveur des

---

<sup>64</sup> Voir Yearbook 1990 à p. 590, no. 10; cf. Derains, in Rapport CCI, pp. 255-256.

<sup>65</sup> Cf. note 15 ci-dessus.

<sup>66</sup> Voir J. H. Reichmann, *Electronic Information Tools - The Outer Edge of World Intellectual Property Law*, IIC 1993 (24) no. 4 pp. 472 ss.

Etats membres plutôt que de l'Union, alors les articles 30 et 36 CEE continueront de s'appliquer souvent à côté des articles 85 et 86 CEE, dont nous allons parler maintenant.

### III. DROIT DE LA CONCURRENCE

#### A. ARBITRABILITE

##### 1. Par voie d'exception

En droit de la concurrence, la jurisprudence des pays européens semble tolérer qu'une exception d'invalidité du contrat soit soumise à la juridiction arbitrale<sup>67</sup>.

Ainsi, accepter une question à titre incident ou préjudiciel constitue une étape intermédiaire dans la reconnaissance de l'arbitrabilité. On a fait la même constatation en droit de la propriété intellectuelle<sup>68</sup>. On ne comprend pas réellement quelle nécessité impérieuse imposerait de s'arrêter là et d'interdire aux tribunaux arbitraux de connaître d'**actions** fondées sur le droit antitrust<sup>69</sup> - si une clause compromissoire ou un compromis leur en donne le pouvoir. Cette action peut aussi être intentée par le dépôt de conclusions reconventionnelles, et elle le sera souvent en fait. Dans les deux cas, le dispositif de la sentence pourra porter sur les prétentions civiles en droit de la concurrence, non pas les sanctions - amendes ou astreintes.

##### 2. Effet limité

En droit antitrust, le tribunal arbitral ne pourra pas rendre une sentence ayant d'autre effet qu'**entre parties** - mais entre ces parties l'effet sera celui de la chose jugée si le

---

<sup>67</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris (1ère Ch. suppl.), 20 janvier 1989, *Société Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ Société Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.)*, in Rev. arb. 1989 p. 294; arrêt de la Cour d'appel de Paris (1ère Ch. suppl.), 22 mai 1980, *Société J. C. Decaux Paris Publicité Abribus c/ Sociétés Avenir Publicité et Dauphin O.T. A.* & arrêt de la Cour de Cassation (Chambre commerciale), 21 octobre 1981, *Société Dauphin O. T. A. c/ Société Decaux Paris Publicité Abribus*, in Rev. arb. 1982 pp. 272 ss. Pour des commentaires, voir les Rapports CCI de L. Idot, p. 25, Maire/Hahn p. 86, Goldman, p. 112.

<sup>68</sup> Voir par ex. Schweyer (1981) p. 124 n. 70 pour un arrêt fondamental de la Cour de cassation italienne du 3 octobre 1956, reproduit in Riv. dir. ind. 1959 II p. 59; pour la pratique de l'arbitrage, voir les sentences CCI no 1912 et no 6097 *i.f.*

<sup>69</sup> Kovar, pp. 213-215.

dispositif porte sur la question de droit antitrust, sous réserve, le cas échéant, d'une intervention de l'autorité nationale ou communautaire lorsque le droit de la concurrence l'exige<sup>70</sup>. Le problème est spécialement délicat dans l'application de l'article 86 CEE.

### 3. Contrôle judiciaire

Le contrôle des juridictions ordinaires statuant sur recours quant à l'arbitrabilité peut se doubler d'un contrôle de nature différente exercé sur la sentence au moment d'une procédure d'exequatur. Le juge s'impose alors parfois une très grande réserve (système américain<sup>71</sup> ou suisse) ou se contraint à un réexamen au fond.

Ainsi, l'arbitrabilité sera distinguée de la nullité éventuelle d'une sentence pour violation de l'ordre public<sup>72</sup>, comme cela se passe dans tous les domaines conformément à la logique qui a présidé à la rédaction de l'article 190 al. 2 *litt. c* d'une part, *litt. e* d'autre part de la LDIP.

On constatera que le contrôle étatique à l'exequatur, sur recours ou pour délivrer une attestation du type de celle prévue à l'article 193 LDIP<sup>73</sup> est un élément essentiel à la fois dans la jurisprudence américaine<sup>74</sup>, la jurisprudence allemande<sup>75</sup> et la doctrine française<sup>76</sup>. En général, l'on préconise un contrôle selon le critère de l'ordre public international (pour reprendre la terminologie usuelle en France) ou transnational<sup>77</sup>, encore que

---

<sup>70</sup> En France, cf. de Mello, p. 374. En Suisse, voir BlZR 1982, no 95, p. 228; ATF 118 II 353. En Allemagne, voir von Zumbusch, p. 552.

<sup>71</sup> Janicke & Borovoy, à pp. 348-349.

<sup>72</sup> Voir Derains (1977), p. 58; Goldman, in Rapport CCI, pp. 337-338; Idot, in Rapport CCI, pp. 276-278.

<sup>73</sup> Voir Rüede / Hadenfeldt, pp. 323-324.

<sup>74</sup> Arrêt *Mitsubishi*, précité.

<sup>75</sup> Arrêt *Fruchtsäfte*, BGH, 27 février 1969, WuW/E 1000, 1001, cité par von Zumbusch, p. 548 no. 98.

<sup>76</sup> Cf. de Mello, p. 382 et cit.

<sup>77</sup> Cf. Moitry, pp. 33 ss; Walter/Bosch/Brönnimann, pp. 186.

certains auteurs ne désirent pas favoriser la distinction entre ordre public suisse et international<sup>78</sup>.

Quant au droit antitrust, cette question est fondamentale pour des raisons évidentes. Il en va de même pour la propriété industrielle, puisque les politiques publiques alimentant l'ordre public des pays en développement peuvent aboutir à des institutions de propriété industrielle propres (contrôle des échanges techniques, brevets d'importation, licences d'office). Il va de soi que cet ordre économique a vocation à recouvrir des principes fondamentaux plus nombreux que l'ordre public en procédure, ou l'ordre public s'occupant au fond de l'expropriation, de la corruption ou des trafics divers. Il conviendra donc de conclure par l'examen de cette notion d'ordre public économique transnational.

Dans l'immédiat, consacrons encore quelques observations à l'arbitrabilité objective des litiges relevant du Traité de Rome, dans la perspective suisse.

## **B. TRAITE DE ROME**

Le droit de l'Union européenne ne s'impose pas toujours comme tel à un tribunal arbitral international siégeant en Suisse. Il convient de distinguer à cet égard quel est le droit applicable au litige et quelles sont les dispositions du Traité de Rome ou d'un autre texte européen qui ont vocation à s'appliquer.

### **1. Droit applicable**

- a.** S'agissant d'un contrat, le droit applicable peut avoir été choisi par les parties. Dans la cause jugée par le Tribunal fédéral à propos de l'article 85 CEE, le droit applicable était le droit d'un pays de l'Union européenne. Ceci n'a peut-être pas été assez noté dans les premiers commentaires. En effet, le droit de l'Union européenne fait nécessairement

---

<sup>78</sup> Lalive/Poudret/Reymond, pp. 427-430.

partie du droit choisi par les parties<sup>79</sup>. Le résultat est probablement le même pour le droit d'un pays membre de l'Espace économique européen.

En d'autres termes, aucun raisonnement quelconque de droit international n'est alors nécessaire pour constater que le droit communautaire est applicable. Dans ce premier cas, il ne fait donc guère de doute que le tribunal arbitral puisse appliquer l'article 85 CEE. Quant au fond, il est vrai, l'article 85 al. 3 CEE et le règlement no 17/62<sup>80</sup> autorisent uniquement la Commission à exempter une entente de l'application de l'article 85 al. 1<sup>81</sup>. Cependant, le Tribunal fédéral et la doctrine récente<sup>82</sup> n'y voient pas d'obstacle pour le Tribunal arbitral, qui peut connaître d'une action sur la validité ou la nullité du contrat. Le justiciable a même le **droit** qu'on constate qu'une convention échappe à la menace de la nullité<sup>83</sup>. De nombreux accords dans le domaine de la propriété intellectuelle relèvent d'une des exemptions par catégorie<sup>84</sup>. Le Tribunal arbitral est compétent pour appliquer ces dispositions. Si une convention est dispensée de la notification à la Commission, les arbitres pourront en constater la validité ou l'invalidité<sup>85</sup>.

- b.** Les parties peuvent aussi faire élection du droit suisse ou du droit d'un autre Etat non membre de l'Union européenne ou

---

<sup>79</sup> Weigand, p. 251 et les arrêts cités à pp. 253-254; Idot, in Rapport CCI, p. 16 et pp. 277-278; Derains, in Rapport CCI, p. 257.

<sup>80</sup> JOCE no 13 du 21.2.1962, p. 204. L'art. 9 al. 3 du Règlement 17/62 vise seulement une autorité spécialement chargée de statuer en droit de la concurrence; cf. Goffin (1990); Kaplan, p. 414; Kovar, p. 332.

<sup>81</sup> Van Hecke (1973), p. 7.

<sup>82</sup> Cf. Maire/Hahn, in Rapport CCI, p. 83 et p. 86.

<sup>83</sup> Hahn, p. 95. Pour l'examen d'office, voir Moitry, pp. 11-12; de Mello, p. 383; Derains, p. 52.

<sup>84</sup> Voir Dessemontet (1993), pp. 52-55.

<sup>85</sup> Van Hecke (1973), p. 10. En ce qui concerne l'art. 86 CEE, il semble admis que des actions en dommages-intérêts ou des injonctions puissent être fondées directement sur cette disposition: voir Kapteyn/Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer 1990, p. 555.

de l'Espace économique européen. Dans ce cadre, le droit de la concurrence européen ne va pas s'appliquer sans qu'on fasse jouer une règle de conflit de lois. Mais laquelle ?

Il convient tout d'abord de noter l'existence d'une première école; elle considère que les critères de rattachement sont déterminés par le droit européen. Il décide quand il a vocation à s'appliquer. Il pose lui-même des règles unilatérales d'application, tel que l'effet sur le marché ou le comportement des parties - ou de l'une d'entre elles - sur le territoire de l'Union européenne<sup>86</sup>. Rappelons que le droit antitrust américain avait lui-même une vocation extraterritoriale marquée jusqu'à ce que les dispositions adoptées en 1982 viennent en limiter la portée<sup>87</sup>. Or chacun conviendra que les agents économiques ne peuvent se soustraire à ces règles en soumettant leur litige à l'arbitrage<sup>88</sup>.

Dans une seconde école, on persiste à se demander au nom de quelle règle l'arbitre décidera si le droit de la concurrence s'applique. L'article 137 LDIP ne sera probablement pas applicable directement dans un arbitrage international, en raison de l'article 187 LDIP. Il consacre une méthode bilatéraliste qu'un spécialiste renommé a d'ailleurs recommandée<sup>89</sup>.

- c. Dans quelle mesure le droit européen ou américain va-t-il s'appliquer ? Dans ses principes généraux ? Dans certains de

---

<sup>86</sup> En général, voir Idot, in Rapport CCI, p. 24 et p. 35. Pour un exemple, arrêt *Woodpulp I*, aff. jointes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125-129/85, du 27.9.1988, Rec. 1988, p. 5193, confirmé sur ce point par l'arrêt *Woodpulp II*, du 31.3.1993, cons. 139-144, 164-167. Voir toutefois Derains, in Rapport CCI, p. 255.

<sup>87</sup> Cf. Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C. § 6 a, qui exclut du champ d'application du *Sherman Act* les comportements anticoncurrentiels relatifs au commerce international. Voir van Hecke (1993), pp. 73 ss. Cf. cependant Griffin, *US Supreme Court Encourages Extraterritorial Application of US Antitrust Laws*, in Int. Bus. Lawyer Sept. 1993, p. 391.

<sup>88</sup> Cf. Mayer, p. 209.

<sup>89</sup> Derains, in Rapport CCI, p. 258.

ses textes d'application comme les Règlements ? Dans la jurisprudence entière de la Cour de Justice ? Oui c'est évident. Mais *quid* des observations que la Commission présente dans une autre affaire devant la Cour ? *Quid* de politiques et de déclarations contradictoires<sup>90</sup> ? *Quid* si un arrêt de la Cour semble plus libéral que les décisions antérieures de la Commission<sup>91</sup> ? Mais *quid* s'il s'agit d'une Communication de la Commission<sup>92</sup> ou même d'un simple document de travail<sup>93</sup> ? La question est délicate parce que la sentence arbitrale peut être en elle-même constitutive d'une entente indûment restrictive, ce qui fait perdre à un contrat de licence par exemple le bénéfice du règlement d'exemption selon son article 9 ch. 1<sup>94</sup>. Il s'agit donc d'une question de source du droit, mais aussi d'une question d'efficacité et d'effets secondaires de la sentence arbitrale. Il existe naturellement un rapport entre la règle de droit permettant l'application du droit européen et l'étendue de cette application.

## 2. Ordre public

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, le mécanisme d'application du droit antitrust a été celui de toutes les lois de police. En fait, pour les contrats de concession commerciale ou de licence, le droit de la concurrence était le meilleur

---

<sup>90</sup> Absence de protection des données brutes dans l'arrêt *Magill* précité (voir note 4 ci-dessus) alors que la proposition modifiée de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données l'accepte précisément (COM (93) 464 final - SYN 393).

<sup>91</sup> Aff. Volvo (*AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, du 5.10.88, aff. 238/87, Rec. 1988 p. 6211) et aff. Hilti (*Hilti AG c. Commission*, du 12.12.91, aff. T-30/89, Rec. 1991 II p. 1439): le refus d'accorder une licence constitue-t-il un abus de position dominante selon l'art. 86 CEE ?

<sup>92</sup> Par exemple, la Communication de la Commission du 18 décembre 1978 sur les contrats de sous-traitance, JOCE no. C 1 du 3 janvier 1979.

<sup>93</sup> Comme celui concernant les entreprises communes au titre du droit de la concurrence.

<sup>94</sup> D'après Knapp, p. 94 n. 44, les organes de la CCI soumettent les sentences arbitrales rendues sous ses auspices à la Commission si les règles communautaires de la concurrence en sont affectées, et cela que le droit applicable soit suisse ou étranger; cf. Moitry, p. 20.

exemple d'une loi de police<sup>95</sup>. En Allemagne, une sentence portant sur un accord incluant une protection territoriale absolue s'est vu refuser l'exequatur pour contrariété avec l'article 85(1) CEE<sup>96</sup>.

L'entrée en vigueur de la LDIP modifie-t-elle cette notion ?

Devant une juridiction interne, la réponse (négative) ne fait aucun doute, l'article 19 LDIP s'appliquant certainement<sup>97</sup>.

En revanche, une doctrine brillante soutient que l'article 19 LDIP ne s'applique pas en cas d'arbitrage international lorsque le Tribunal siège en Suisse. En effet, l'article 187 LDIP serait la seule source de droit international privé pour ces arbitrages<sup>98</sup>. Ferait défaut le lien matériel de rattachement entre l'Etat du siège et sa conception de l'ordre public international<sup>99</sup>.

En réalité, il convient de se demander si la notion de loi d'application immédiate ou de loi de police, simultanément consacrée à l'article 19 LDIP et à l'article 7 de la Convention de Rome, suppose nécessairement le soutien d'un corps de règles étatiques sur les conflits de lois pour imposer l'application du droit antitrust. En d'autres termes, la notion de loi de police transcende les ordres juridiques nationaux ou régionaux. Il s'agit d'une notion transnationale; car, de même qu'on peut discuter s'il existe une *lex mercatoria*, mais difficilement dénier que le droit des licences est transnational<sup>100</sup>, de même on peut discuter de l'application du chapitre premier de la LDIP à

---

<sup>95</sup> En général, voir L. Idot, in Rapport CCI, p. 16. Pour le contrat de concession, Derains, *Chroniques des sentences arbitrales*, in Clunet 1979, p. 987; pour les licences, voir Dessemontet (1990), pp. 725 ss; le même (1985), pp. 435 ss.

<sup>96</sup> NJW 1969, pp. 978-980 = Gaz. Pal. 1970.2.139.

<sup>97</sup> Cf. Bosch, p. 76.

<sup>98</sup> Cf. Lalive/Poudret/Reymond, n. 12 ad art. 187, pp. 396 et 398.

<sup>99</sup> Bucher, n. 255, p. 89.

<sup>100</sup> Cf. Langen, *Transnationales Recht*, Heidelberg 1981, notamment pp. 33-34.

l'arbitrage international, rejeter avec de bons motifs l'application des articles 17 et 18 LDIP dans ce cadre, et pourtant suivre le professeur François Knoepfler quand il déclare que le principe contenu à l'article 19 LDIP n'est pas étranger à l'arbitrage. La sentence CCI no 6294 va dans le même sens, appliquant l'article 19 LDIP bien qu'elle déclare que l'arbitre international n'est pas tenu de respecter les règles de droit international privé du lieu de son siège. Il s'applique donc comme une directive générale à l'arbitre, "*que celui-ci siège en Suisse ou ailleurs*"<sup>101</sup>.

Il est intéressant de constater que la doctrine voit dans le droit européen de la concurrence un cas typique d'application directe d'une loi de police<sup>102</sup>. Un texte multinational en tout cas renforce ce point de vue, l'article XI de la charte instituant le Centre d'arbitrage de l'Agence internationale de l'Energie<sup>103</sup>.

Ceci ne supprime peut-être pas tout conflit de loi, comme le montre l'affaire *Woodpulp II*<sup>104</sup>, considérant que le comportement d'un cartel d'exportation américain est contraire au droit de l'Union européenne. La doctrine européenne de l'arbitrage considère par exemple que le juge américain va appliquer le droit européen de la concurrence<sup>105</sup>. Or le droit de la concurrence américain peut exempter expressément certaines concertations, vu la loi Webb Pomerene de 1918 ou la loi limitative de 1982<sup>106</sup>. Par conséquent, le juge américain ne va

---

<sup>101</sup> Knoepfler, p. 541. A p. 540, il considère que l'art. 19 LDIP pourrait être élevé au rang de règle appartenant à la *lex mercatoria* en matière d'arbitrage international, ce qui rejoint les observations faites ci-dessus.

<sup>102</sup> Idot (1989), n. 302, p. 306; Derains, *Chroniques des sentences arbitrales*, in Clunet 1979, p. 987; le même (1982, in Etudes Goldman), pp. 29 ss; Matray, p. 245; Prujiner, in Rapport CCI, pp. 289-290.

<sup>103</sup> Voir de Mello, p. 377. Cette disposition déclare que l'ordre public comprend "le droit des Communautés européennes dans la mesure où il est partie intégrante de la politique de cet Etat en tant qu'Etat membre des Communautés européennes".

<sup>104</sup> Voir note 86 ci-dessus.

<sup>105</sup> Voir par ex. Goffin (1990), p. 324.

<sup>106</sup> Voir note 87 ci-dessus.

pas nécessairement reconnaître le bien-fondé de la position de la Cour européenne dans l'arrêt *Woodpulp II*. Il ne va pas appliquer la loi de police étrangère contraire à sa propre loi de police.

Comment l'arbitre devrait-il raisonner dans une situation analogue ? Il devra chercher une solution dans la *lex causae* - et non dans la loi de l'arbitrage. En d'autres termes, lorsque deux lois de police concourent, les règles de conflit sont indispensables<sup>107</sup>.

A long terme, les partisans du droit transnational devraient souhaiter, à côté de la notion d'ordre public transnational, l'adoption de lois de police transnationales uniformes.

### **3. Prévision des parties**

Une autre avenue s'offre sans doute pour justifier l'application du droit antitrust européen ou américain au litige tranché par les arbitres internationaux. La doctrine l'a empruntée alors que la notion de loi de police était moins solidement assise que de nos jours<sup>108</sup>. Il s'agit de considérer que les parties ont d'emblée prévu que leur convention pourrait appeler, le cas échéant, l'application du droit antitrust; en rédigeant une clause compromissoire, elles ont donc implicitement donné mandat aux arbitres de trancher aussi les questions de droit antitrust.

Pour élégante que soit cette construction, réussissant à fonder sur l'autonomie des parties l'arbitrage destiné à apporter les restrictions les plus sérieuses à la liberté des conventions, elle ne convaincra pas nécessairement ceux qui ont observé en Suisse le développement de la jurisprudence. S'attendait-on vraiment à ce que le Tribunal fédéral rende

---

<sup>107</sup> D'où la thèse de M.-A. Renold, *Les conflits de lois en droit antitrust*, Zurich 1991. Voir aussi Grossen, p. 39; Moitry, p. 19; Cloud, à n. 133.

<sup>108</sup> Derains (1982), p. 56; voir aussi von Zumbusch, p. 552; de Mello, p. 354.

obligatoire l'examen de la validité des conventions au sens de l'article 85 CEE<sup>109</sup> ? A propos de la sentence intérimaire acceptant d'entrer en matière sur les moyens dérivés de l'article 86 CEE, croit-on véritablement que les parties l'ait prévue ? Peut-être avaient-elles exclu cette possibilité à l'époque de la signature de la Convention, peut-être n'y ont-elles pas songé, une des parties étant extérieure à l'Union européenne. Il paraît frêle de s'appuyer sur la volonté des cocontractants dans une situation de ce genre.

L'application directe du droit antitrust en vertu de l'immédiateté de la loi de police ou de l'ordre public transnational paraît préférable, plus certaine, plus équitable si l'on pèse les intérêts en présence comme l'article 19 LDIP y invite.

Cette certitude est fondamentale. Les critiques les plus vives de la décision *Mitsubishi* ont précisément mis en relief l'impossibilité dans laquelle seraient les tribunaux arbitraux d'appliquer l'ordre public et le droit antitrust à l'encontre des parties<sup>110</sup>; on fait resurgir le spectre d'une conspiration des parties pour éviter de soulever les points de droit antitrust. En réalité, quand on considère l'acharnement des plaideurs lorsqu'ils résilient un contrat de licence ou veulent se soustraire aux reproches de violation d'un droit de propriété intellectuelle, la probabilité qu'ils n'invoquent pas les moyens libérateurs du droit antitrust paraît assez ténue. De surcroît, il va de soi que les parties demeurent maîtresses de l'instance. Lorsqu'elles ne donnent pas les indications nécessaires au tribunal arbitral, l'instruction ne sera pas possible<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Voir les craintes exprimées suite à cet arrêt, in Bull. ASA 1992, pp. 379-380.

<sup>110</sup> Cf. von Zumbusch, p. 544; Carbonneau, p. 135.

<sup>111</sup> De même, si elles donnent trop de renseignements: dans l'affaire *Woodpulp*, plus de cent mille factures ont été transmises à la Commission (*Woodpulp II*, cons. 19). Les problèmes liés à l'instruction de la cause ne sont probablement pas différents dans le cadre de l'article 86 CEE. Par exemple, des comptes rendus analytiques de factures seront admissibles, alors qu'ils ne suffisent pas nécessairement en droit privé.



## CONCLUSION

L'arbitrage international s'ouvre à l'examen du droit de la concurrence, pour conserver son importance dans la résolution des litiges commerciaux et singulièrement dans le domaine de la propriété industrielle. Il n'en ressortira pas indemne. On le voit à l'apparition de la notion d'ordre public international incorporant le droit antitrust. Il y a moins de dix ans, le professeur Jolidon pouvait écrire en substance que l'ordre public est très limité; il ne joue pas de rôle pour déterminer ce qui peut être soumis à l'arbitrage<sup>112</sup>. Le rapport est maintenant inversé. L'ordre public force l'arbitre à se saisir des questions de droit de la concurrence. Mais c'est une autre notion de l'ordre public. On parle d' "ordre public transnational<sup>113</sup>, de *lex mercatoria* incorporant les lois de police<sup>114</sup>, d' "ordre public économique"<sup>115</sup>, ou encore d' "ordre public international de la concurrence"<sup>116</sup>.

La liberté des parties dans la conduite de l'arbitrage s'en ressentira peut-être. Réciproquement, le point de vue des arbitres s'en trouvera changé peu à peu. Leur responsabilité juridictionnelle, leur souci d'équilibre entre l'autonomie contractuelle et le bien commun des nations en seront renforcés. En effet, si on leur reconnaît le pouvoir de délivrer des "injonctions" comme les cours d'*equity*, les arbitres devront comme ces cours prendre d'office en considération l'**intérêt public**.

D'un autre côté, l'arbitrage avait comme principe l'extrême discrétion de la procédure. Le secret demeure l'un de ses avantages essentiels, notamment pour les litiges de propriété

---

<sup>112</sup> Cf. Jolidon (1984), p. 154.

<sup>113</sup> Cf. Walter, p. 186.

<sup>114</sup> Knoepfler, p. 540.

<sup>115</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris (1ère Ch. suppl.), 20 janvier 1989, *Société Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ Société Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.)*, précité, p. 295; Moitry, p. 23.

<sup>116</sup> Moitry, p. 5.

intellectuelle. Or les renseignements économiques sont indispensables pour comprendre les jugements en droit antitrust. Ces renseignements pourraient cependant dévoiler l'identité des parties, les actes incriminés, d'autres pratiques qui mettent en jeu des tiers. L'exigence de confidentialité rend donc difficile la publication intégrale des sentences, et une publication partielle ne sera guère utile. Cependant, les milieux opposés à l'arbitrage des litiges en matière de concurrence ont précisément attaqué cette confidentialité<sup>117</sup>. On ne peut dissocier l'esprit d'une loi du système des sources de droit dans lequel elle s'est développée. Sans précédent faisant autorité, le droit antitrust se desséchait, tomberait dans l'incertitude et les contradictions. Or le secret des sentences tarit la source des précédents. On peut donc pronostiquer une pression encore plus forte pour la publication des sentences à l'avenir. Ceci ne changera guère la motivation des sentences européennes, mais pourrait altérer passablement les traditions des arbitres américains.

En second lieu, si l'arbitrage va se ressentir de son extension au droit antitrust, il est probable aussi que le droit antitrust se modifie dans la pratique arbitrale internationale. L'extrême soin apporté aux questions de procédure dans l'arbitrage international devrait bénéficier aux parties. La nécessité de dégager un nouvel ordre transnational de la concurrence économique pourrait conduire à une prédominance plus marquée de la *Rule of Reason*. Vu de loin, c'est l'évolution la plus frappante du droit antitrust américain en une quinzaine d'années<sup>118</sup>. L'abandon des interdictions absolues pourrait logiquement en découler. Le mécanisme des règlements d'exemption serait ainsi mis en cause, l'énoncé de clauses rigoureusement défendues s'avérant une méthode conservatrice et désuète. Sur ce point, la décision de la Cour de Justice dans *Consten-Grundig*<sup>119</sup> mériterait réexamen.

---

<sup>117</sup> Cf. Derains (1977), p. 41-42.

<sup>118</sup> Voir *Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania, Inc.*, 433 US 36 (1977); *FTC vs. Indiana Fed. of Dentists*, 476 US 447 (1986).

<sup>119</sup> Arrêt *Etablissements Consten Sàrl et Grundig-Verkaufs GmbH c. Commission*, du 13.7.66, aff. jointes 56 et 58/64, Rec. 1966 p. 429.

Pour prendre un autre cas relevant de la propriété intellectuelle, l'arrêt *Hag II*<sup>120</sup> manifeste une évolution bienvenue de la philosophie de la Cour de Justice dont les arbitres tiendront nécessairement compte.

Enfin, de deux choses l'une : soit le droit antitrust se mondialise, la planète étant considérée comme un marché géant soumis au même droit de la compétition; il convient alors d'en convaincre les pays de l'Est, de l'Extrême-Orient et du Tiers-Monde qui n'appliquent guère les maximes du *Sherman* et du *Clayton Act*. Ce pourrait être l'objet d'un prochain round du GATT. Soit les blocs japonais, américains et européens renforcent l'autonomie de leur politique industrielle; il faudra alors repenser ce que le droit antitrust a de contraignant pour les très grandes entités qui doivent s'assurer de positions dominantes dans leur pays ou leur région pour mieux s'affirmer au dehors. Dans l'affaire *Michelin*<sup>121</sup>, la Cour avait été indifférente à ces considérations, pourtant plaidées devant elle. En sera-t-il toujours ainsi ?

\* \* \* \* \*

---

<sup>120</sup> Arrêt *CNL-SUCAL c. Hag GF AG*, du 17.10.1990, aff. C-10/89, Rec. 1990 I p. 3711.

<sup>121</sup> Arrêt *N. V. Nederlandsche Banden - Industrie - Michelin c. Commission*, du 9.11.83, aff. 322/81, Rec. 1983 p. 3461.

**ARBITRAGE, DROIT DE LA CONCURRENCE ET PROPRIETE**  
**INTELLECTUELLE**

**BIBLIOGRAPHIE**

- \*\*\* *L'entreprise multinationale face au droit*, Recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris 1977.
- ANAND P. *Arbitration in the Context of Technology Transfer Agreements : The Case of India*, in *Journal of Int. Arb.* 1990 (7) no. 2 pp. 87-91.
- ARNOLD T. *Arbitration ? Here Are Real Recommendations*, in *Les Nouvelles, Journal of the Licensing Executives Society* 1993 (XXVIII) no. 1 pp. 24-29.
- BAKER D. I./ STABLEM. R., *Arbitration of Antitrust Claims : Opportunities and Hazards for Corporate Counsel*, in *The Business Lawyer* 1993 (48) no. 2 pp. 395-436.
- BEBR G. *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review* 1989 (22) pp. 489-504.
- De BERTI G. *Arbitrage et transfert de brevets, know how, marques de fabrique et droits semblables en vue de promouvoir la coopération industrielle internationale. Aperçu de la position italienne*, in *Rev. arb.* 1977 no. 1 pp. 93-96.
- BISCHOFF J.-M./ KOVAR R. *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, in *Clunet* 1975 pp. 675-727.
- BLAISE J.-B. *Note sous Dauphin/Decaux*, in *Clunet* 1982 pp. 275-282.
- BLESSINGM. *The New International Arbitration Law in Switzerland : A Significant Step towards Liberalism*, in *Journal of Int. Arb.* 1988 (5) no. 2 pp. 9-87.
- BÖCKSTIEGEL K.-H. *Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat*, in *Arbitrage international, 60 ans après : regard sur l'avenir*, Paris 1984, pp. 127-190.
- BONASSIES P. *Arbitrage et droit communautaire*, in *L'Europe et le droit - Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris 1991, pp. 21-33.
- BOSCH W. *EG-Kartellrechtliche Probleme von Vertriebsverträgen in der Schweiz*, in *Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein*, Zurich 1993, pp. 73-89.

- BOWES T. L. *Arbitration of Patent Disputes*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 49ss.
- BRINER A. E. *Arbitration on Industrial Property in Switzerland*, in Beiträge zu Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes, Zurich 1978, pp. 169-179.
- BRISENO SIERRA H. *L'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des litiges de transfert de technologie*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 20-32.
- BROWN W. J.T./  
HOUCK S. D. *Arbitrating International Antitrust Disputes*, in Journal of Int. Arb. 1990 (7) no. 1 pp. 77-90.
- BUCHER A./  
TSCHANZ P.-Y. *International Arbitration in Switzerland*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1988.
- BURCKHARDT T. *Zum Anwendungsbereich des interkantonalen Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969*, Thèse Bâle 1978.
- BURSTJ.-J. *L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes*, in Rev. arb. 1979 pp. 105-115.
- CARBONNEAU T. *Mitsubishi, The Folly of Quixotic Internationalism*, in Arb. Int'l 1986 (116) pp. 116-139.
- CCI *Competition and Arbitration Law*, ICC Publication No. 480/3, Paris 1993 (cité : Rapport CCI).
- CHAVANNEA. *Arbitrage et transfert de brevets, savoir-faire, marques de fabrique et de commerce et autres droits de nature à promouvoir la coopération internationale*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 5-19.
- Arbitrage, propriété industrielle et ordre public*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Paris 1981, pp. 51-56.
- CLARK K. B./  
FENWICK W. A. *Structuring an Arbitration Agreements for High Technology Disputes*, in The Computer Lawyer Sept. 1992 (9) no. 9 pp. 22-26.
- CLOUD S. L. *Mitsubishi and the Arbitrability of Antitrust Claims : Did the Supreme Court Throw the Baby Out With the Bathwater ?*, in Law and Policy in International Business 1986 (18) pp. 341-369.
- CONTINIS. *L'arbitrage en procédure vaudoise : arbitrage légal, contrat d'arbitrage, relations entre parties et arbitres : étude des art. 499 à 509 CPC*, Thèse Lausanne 1951.
- CREMADES B. M. *L'arbitrage dans les contrats internationaux de transfert de technologie passés par des entreprises espagnoles*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 72-92.
- CURLEY J. A. *Arbitration of Patent-Antitrust Disputes : Business Expediency vs. Public Interest*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 107-112.
- DERAINS Y. *L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en matière de propriété industrielle*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 40-60.

- Arbitrage et droit de la concurrence*, in *Revue suisse du droit international de la Concurrence* 1982 no. 14 pp. 39-58.
- Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*, in *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris 1982, pp. 29-46.
- DESSEMONTET F. *Les contrats de licence en droit international privé*, in *Mélanges Flattet*, Lausanne 1985, pp. 435-453.
- L'harmonisation du droit applicable aux contrats de licence*, in *Mélanges von Overbeck*, Fribourg 1990, pp. 725-746.
- Les licences de brevet d'invention et de savoir-faire en droit européen de la concurrence*, in *Dossier CEDIDAC - Droit européen de la propriété intellectuelle*, Lausanne 1993, pp. 50-78.
- FIELD Jr. T. G. *Patent Arbitration : Past, Present and Future*, in *IDEA - The Journal of Law and Technology* 1984 (24) no. 4 pp. 235-248.
- FIELD Jr. T. G./  
ROSE M. *Prospects for ADR in Patent Disputes : An Empirical Assessment of Attorneys' Attitudes*, in *IDEA* 1992 (32) no. 4 pp. 309-325.
- FOUCHARD P. *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965.
- Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, in *Rev. arb.* 1977 no. 1 pp. 63-71.
- L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981*, in *Clunet* 1982 pp. 374-420.
- FRANÇON A. *L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence*, in *Rev. arb.* 1975 pp. 143-153.
- Note sous Velcro c. Aplex*, in *Rev. arb.* 1983 pp. 98-103.
- FRITZE U. *Zulässigkeit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums*, in *GRUR International* 1992 no. 3 pp. 218-221.
- GAMBRELL J. B./  
KIMBALL A. B. Jr. *Arbitration and Antitrust : A Marriage of Convenience or Necessity ?*, in *IDEA* 1976 (18) no. 4 pp. 119-142.
- GOFFIN L. *Arbitrage et droit communautaire*, in *L'Arbitrage : travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles 1989, pp. 159-191.
- L'arbitrage et le droit européen*, in *RIDC* 1990 pp. 315-338.
- GOLDMANB. *L'arbitrage international et le droit de la concurrence : communication faite à Berne par le Prof. Goldman à l'Assemblée Générale de l'ASA du 19 mai 1989*, in *Bulletin ASA* 1989 (7) no. 3 pp. 260-302.
- GOLDSMITHH. *Addendum : Patent, Trademark and Copyright Arbitration Guide*, in *IDEA* 1976 (18) no. 4 pp. 29-37.

- GROSSEN J.-M. *Arbitrage et droit de la concurrence*, in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich 1984, pp. 35-43.
- GUYET J. *La propriété industrielle et l'arbitrage en Suisse*, in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zürich 1984, pp. 45-56.
- HABSCHEID W. J. *Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*, in RIW 1988 pp. 766-772.
- Die Schiedsgerichtsbarkeit und der Ordre public*, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, pp. 575-587.
- HAHN D. *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de la concurrence de la CEE*, Etudes suisses de droit international, Genève 1986.
- VanHECKE G. *Arbitrage et restrictions de la concurrence*, in Rev. arb. 1973 pp. 3-16.
- Arbitrage et règles de concurrence*, in Rev. arb. 1978 pp. 191-195.
- L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 73-79.
- HOELLERING M. *Shearson/American Express v. MacMahon - Broadened Domain of Arbitration in the USA*, in Journal of Int. Arb. 1987 (4) no. 3 pp. 153-156.
- IDOT L. *Arbitrabilité et application du droit de la concurrence par l'arbitre, note sous Paris (1ère Ch. suppl.), 28 avril 1988 et 29 janvier 1989*, in Rev. arb. 1989 pp. 280-308.
- Note*, in Rev. arb. 1993 pp. 128-136.
- JANICKE P./BOROVOY R. *Resolving Patent Disputes by Arbitration : an Alternative to Litigation*, in Journal of the Patent and Trademark Office Society 1980 (62) no. 6 pp. 337-360.
- JARROSSON C. *Arbitrage et droit de la concurrence (compte rendu du séminaire de l'institut de la CCI)*, in Rev. arb. 1990 pp. 947-951.
- JARVIN S. *Arbitrability of Anti-Trust Disputes : The Mitsubishi v. Soler Case*, in Journal of Int. Arb. 1985 (2) no. 3 pp. 69-81.
- JOLIDON P. *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984.
- A propos de l'arbitrabilité objective en matière de brevets d'invention et de concurrence*, in Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence, Genève 1986, pp. 117-126.
- KAPLAN C. *L'arbitrabilité des litiges commerciaux en matière de droit de la concurrence*, in Droit et pratique du commerce international 1988 (14) no. 3 pp. 403-426.

- KEUTGEN G. *Arbitrage et propriété intellectuelle*, in Rev. arb. 1978 pp. 175-190.
- KNAPP B. *Le droit suisse est applicable au présent contrat*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 81-96.
- KNOEPFLER F. *L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ?*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 531-541.
- KOVAR R. *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman, Paris 1982, pp. 109-124.
- KÜHN W. *Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany*, in Arb Int. 1987 pp. 226-239.
- LALIVE P./  
POUDRET J.-F./  
REYMOND C. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989.
- LECUYER-THIERRFYC. *Un nouveau domaine pour l'arbitrage aux Etats-Unis : la validité et la contrefaçon des brevets*, in Rev. arb. 1985 pp. 405-413.
- LEDOUX R. *L'arbitrage en matière de concession de vente*, in Rev. arb. 1978 pp. 156-174.
- LOWIN D. A. *Whether Patented or Unpatented : A Question of the Economic Leverage of Patents to Coerce Tie-Ins*, in IDEA 1982 (23) pp. 77-106.
- MacKIE E. F. Jr. *A Practical Look at Arbitration in Trade Secrets and Know How Cases*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 55-60.
- MacKIE K. *ADR in Europe - Lessons from a Classic US Case : IBM v Fugitsu*, in EIPR 1992 no. 5 pp. 183-186.
- MATRAY L. *Arbitrage et ordre public transnational*, in The Art of Arbitration - Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders, Deventer 1982, pp. 241-251.
- MAYR. A. *Resolving Highly Technical Disputes : A Survey of Alternatives*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 7-12.
- MAYER P. *Le contrat illicite*, in Rev. arb. 1984 pp. 205-223.
- De MELLO X. *Arbitrage et droit communautaire*, in Rev. arb. 1982 pp. 349-403.
- MOITRY J.-H. *Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la Lex mercatoria ?*, in Rev. arb. 1989 pp. 3-36.
- MOORE D. R. *Resolving Highly Factual Disputes : Judicial Perspectives*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 13-18.

- MOTULSKY H. *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris 1974.
- NEWMAN P. *Pacific Industrial Property Association : Non-binding Conciliation Between Japanese and American Companies*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 91-100.
- NUBER J. *Die objektive Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht) und mit der Vollstreckung (Ordre public)*, Thèse Zurich 1986.
- OCHMANN R. *Das schiedsrichterliche Verfahren unter Berücksichtigung der gewerblichen Schutzrechte und seine Vor- und Nachteile gegenüber dem staatlichen Gerichtsverfahren*, in GRUR 1993 no. 3 pp. 255-260.
- OPPETIT B. *L'arbitrage en matière de brevets d'invention d'après la loi du 13 juillet 1978*, in Rev. arb. 1979 pp. 83-94.
- OVINGTON J. P. *Arbitration and US Antitrust Law : A Conflict of Policies*, in Journal of Int. Arb. 1985 (2) no. 2 pp. 53-60.
- PATOCCHIP. M. *Characteristic Performance : A New Myth in the Conflict of Laws ?* in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 113-139.
- PEDRAZZINI M. M. *L'arbitrage et le transfert de techniques : notes de droit suisse*, in La Prop. ind. 1978 pp. 271-276.
- PFAFF D. *Die Aussenhandelschiedsgerichtbarkeit der sozialistischen Länder im Handel mit der Bundesrepublik Deutschland : unter Berücksichtigung des internationalen Privatrechts*, Heidelberg 1973.
- Grenzbewegungen der Schiedsfähigkeit - Patentnichtigkeit im Schiedsverfahren -*, in Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1987, pp. 278-293.
- PISAR S. *Transactions entre l'Est et l'Ouest - Le cadre commercial et juridique*, Paris 1972.
- PLANT D. W. *Binding Arbitration of US Patents*, in Journal of Int. Arb. 1993 (10) no. 3 pp. 79-93.
- PTC Research Report *Alternatives To Court Litigation in Intellectual Property Disputes : Binding Arbitration And/or Mediation - Patent and Nonpatent Issues*, in IDEA 1981 (22) no. 4 pp. 271-281.
- RAHMANN D. *Arbitrability of Antitrust Issues*, in Comparative Law Yearbook of International Business 1990 (12) pp. 97-118.
- RANSOM A. A. *Policy Issues in Using Arbitration To Resolve Patent Antitrust Problems*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 113-118.
- RECCHIA G. *Nouvelles questions constitutionnelles sur les droits de propriété industrielle et l'arbitrage en Italie*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 97-101.
- RENOLD M.-A. *Les conflits de lois en droit antitrust*, Thèse Zurich 1991.

- REYMOND C. *Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée - Réflexion sur quelques arrêts récents*, in Rev. arb. 1991 no. 1 pp. 3-18.
- ROBERT J. *Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi c/ Soler*, in Rev. arb. 1986 pp. 173-189.
- RUBINO-SAMMARTANO R. *International Arbitration Law*, Deventer 1990.
- RÜEDE T./HADENFELDT R. *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2ème édition, Zurich 1993.
- SCHWEYER A. B. *Patentnichtigkeit und Patentverletzung und deren Beurteilung durch internationale private Schiedsgerichte nach dem Recht der Schweiz, Deutschlands, Italiens und Frankreichs*, Thèse Munich 1981.
- Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte zur Entscheidung über Fragen der Nichtigkeit und Verletzung von Patenten*, in GRUR International 1983 no. 3 pp. 149-156.
- SEBESTYEN G. *Arbitrage et coopération industrielle internationale*, in Rev. arb. 1977 no. 1 pp. 33-39.
- SMIT H. *Mitsubishi : It is Not What it Seems To Be*, in Journal of Int. Arb. 1987 (4) no. 3 pp. 7-24.
- SUCKER M. *Immaterialgüterrechte (Art. 85 - Fallgruppen)*, in Groeben, Thiesing, Ehlermann : Kommentar zu EWG-Vertrag, Artikel 85-109, 4ème édition, Baden-Baden 1991, pp. 1730-1782.
- WALTER G./BOSCH W./BRÖNNIMANN J. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Berne 1991.
- WEHRINGERC. K. *Amendment to "Arbitration in Intellectual and Industrial Property Sub-areas - A Practical Look - Copyright & Trademark"*, in IDEA 1976 (18) no. 4 pp. 39-48.
- WERNER J. *A Swiss Comment on Mitsubishi*, in Swiss Review of International Competition Law Oct 1986 (28) pp. 101-103.
- WILKINSON M. D. *Judicial Review of Foreign Arbitral Awards on Antitrust Matters After Mitsubishi Motors*, in Columbia Journal of Transnational Law 1988 (26) pp. 407-427.
- WIPO *Informal Working Group on Mechanisms for the Resolution of Intellectual Property Disputes between private parties, Zurich, October 10 and 11, 1991, Observations on a possible role for WIPO.*
- Wipo Asian sub-regional seminar on industrial property licensing and technology transfer agreements, Dhaka, November 2 to 4, 1992, Litigation and dispute settlement; applicable law; external procedures for resolving differences; arbitration; judicial proceedings.*

Von ZUMBUSCH L.

*Die Schiedsfähigkeit privatrechtlicher Kartellrechts-streitigkeiten nach US-, deutschem und EG-Recht, in GRUR International 1988 no. 7 pp. 541-558.*