

Quelques observations à propos du projet de l'*American Law Institute* sur les conflits de juridiction et la propriété intellectuelle

Par François Dessemontet, Lausanne

INTRODUCTION

1. Le professeur Jean-Nicolas Druey concilie le goût du secret et le goût des publications.

Aussi a-t-il publié à plusieurs reprises sur la protection des secrets d'affaires et le droit de l'information. Son ouvrage fondamental sur les secrets de l'entreprise¹ traitait déjà en droit suisse d'un thème que j'avais étudié à la même époque en droit américain. C'est pourquoi, fidèle à nos intérêts de toujours, ce sera une étude de droit transatlantique que je soumets ici à sa sagacité.

2. L'avant-projet de l'*American Law Institute* sur la compétence et la reconnaissance des jugements par la propriété intellectuelle a été préparé par les professeurs Rochelle C. Dreyfuss, de New York University, et Jane Ginsburg, de l'Université de

Columbia². Il vise à se substituer dans le domaine de la propriété intellectuelle à la Convention de La Haye qui est en préparation pour l'ensemble des causes civiles et commerciales, à l'exclusion des causes du droit de la famille, des successions et d'autres domaines spéciaux³, et dont l'adoption n'est pas prévisible dans un proche avenir.

3. Pour présenter quelques-unes des questions qu'il suscite, je supposerai comme je le crois que le projet est justifié dans son principe. Ce sont plutôt des questions de fond qui seront discutées (ci-dessous II), mais la forme à donner à ce texte mérite quelques remarques qu'on formulera tout d'abord (ci-après I).

I. UNE CONVENTION OU UNE PROCLAMATION

A. Le Projet de Convention

1. *Forme de la convention*
4. Pour ses auteurs, la forme d'une convention paraît appropriée, du moins au stade actuel de leurs travaux, même si diverses observations les ont convaincues que la question méritait d'être

¹ J.N. Druey, *Geheimsphäre des Unternehmens: Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall*, Bâle et Stuttgart 1977.

² C'est la version de janvier 2002 qui fait l'objet des présentes observations.

³ Voir RSDIE, 1997 p. 110 ss, à p. 126.

examinée⁴. En effet, un certain scepticismisme s'est fait jour dans la communauté académique : créer une nouvelle convention, opérant dans un cadre différent des autres conventions préparées par la Conférence de La Haye, entraînerait des difficultés politiques pour les Etats même s'ils ont la tradition d'étudier la ratification des conventions de La Haye, et il serait peu réaliste d'attendre un plus grand enthousiasme pour cette convention spéciale que pour la convention générale sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale⁵. Dès lors, un autre instrument qu'une convention pourrait couronner les travaux de l'ALI.

2. *Convention parallèle aux ADPICs et la Convention de New York de 1958*
5. L'une des propositions les plus intéressantes des auteurs est de rendre l'adhésion à leur convention conditionnelle à l'adhésion préalable à deux autres conventions ; l'Accord sur les ADPICs et la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

⁴ Voir les déclarations finales du Prof. Ginsburg au Colloque des 18 et 19 octobre 2001, *Chicago-Kent Law Review* [2002].

⁵ A. Kur, Annette Kur, *Immaterialgüterrechte im Vollstreckungs- und Gerichtsstandsabkommen*, *GRUR Int.*, 2001.908.

a) ADPICs

6. Les ADPICs sont formellement un accord annexe à l'accord général sur les tarifs et le commerce (GATT). Conditionner l'accès à une convention sur la juridiction ou l'accession aux ADPIC suppose qu'un Etat a, comme la Chine, résolu toutes les difficultés relatives à l'accession au GATT, dont certaines ne sont évidemment pas en rapport avec la propriété intellectuelle et le fonctionnement des tribunaux. On peut espérer qu'une fois vaincus ces obstacles, l'harmonisation des dispositions de fond en matière de propriété intellectuelle (y compris pour la protection des secrets de fabrication et d'affaires), le respect des règles d'accès à la justice (art. 42 ss ADPIC), l'obligation d'instituer des procédures efficaces et enfin le contrôle que le système de résolution des différends entraîne même pour ces règles de procédure dans tous les membres du GATT assurent une uniformité de base qui alimente la confiance mutuelle. Sans cette confiance, les Etats craindront peut-être de reconnaître les jugements de tribunaux étrangers, dans le domaine sensible de la propriété intellectuelle en particulier. En outre, il n'existe guère de "paradis numérique" parmi les Etats membres de l'ADPIC, ce qui rend plus aisé la reconnaissance de leurs jugements.

7. Toutefois, il convient de se demander si la voie du rattachement à l'OMC d'un système de reconnaissance des jugements étrangers dirige l'effort de

négociation du côté de l'instance où la négociation est la plus aisée.

Les discussions sur la propriété intellectuelle entamées au Qatar en novembre 2001 ont manifesté l'opposition politique de nombreux Etats à l'élargissement des obligations des pays du Sud et des autres pays émergents à cet égard.

Les discussions sur la compétence des tribunaux ont intérêt à quitter une scène politisée, sur laquelle s'activent de nombreux acteurs, et non seulement les représentants du commerce des Etats, lesquels n'ont pas toujours l'occasion de s'entourer des compétences nécessaires en matière de procédure civile internationale. Le plus sûr moyen de mener l'avant-projet de l'ALI à sa perte est de l'aborder dans un forum où l'on pourrait ajouter foi à l'argument de l'hégémonie d'un système judiciaire sur les autres.

8. Indépendamment des questions d'opportunité, on observera que 177 Etats font partie de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle [ci-après : OMPI] en octobre 2001, pour 144 Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce. Existe-t-il un bon motif de tenir ces 33 Etats additionnels à l'écart d'une adhésion potentielle à ce système de reconnaissance ?

À notre sens, la confiance se gagnera plutôt par l'expérience des litiges transnationaux convenablement résolus à la suite d'une harmonisation des règles de compétence. On pourrait

également songer à un mécanisme semblable à celui du Protocole N° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano. En vertu de l'art. 1ter de ce Protocole, les Etats parties à la Convention s'engagent à ce que leurs tribunaux tiennent dûment compte des "principes définis par toute décision pertinente rendue par des tribunaux des autres Etats contractants concernant des dispositions de ladite Convention (de Lugano)"⁶.

9. En conclusion, l'appartenance à l'OMC ne devrait pas constituer une condition préalable à la ratification d'un instrument correspondant à l'avant-projet de l'ALI.

b) Convention de New York de 1958

10. La Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales lie 126 Etats. Les auteurs de l'avant-projet de l'ALI souhaitent limiter l'accès à leur convention aux Etats qui sont parties à la Convention de New York, au motif que de nombreux litiges contractuels en fait de propriété intellectuelle mettent en jeu la justice arbitrale⁷.

Cette dernière observation est sans doute exacte. Cependant, convient-il d'en déduire que les

⁶ Voir ATF 123 III 421; A. Bucher, Droit international privé suisse, t. I/1, Bâle 1998, Nos 36-37.

bienfaits de l'avant-projet ALI ne puissent être offerts aux pays qui n'ont pas encore ratifié la Convention de New York ? En réalité, la volonté de reconnaître la justice arbitrale d'une part, et le souci de mieux protéger la propriété intellectuelle de l'autre constituent des questions entièrement séparées. Par exemple, un Etat du Sud peut souhaiter obtenir la protection de certains éléments de son folklore ou de son patrimoine génétique ; à l'heure actuelle, seules des conventions multilatérales lui permettront d'avancer dans cette voie. Le même Etat peut en revanche se méfier d'une justice arbitrale qu'il trouvera trop chère ou trop lente, peu importe, car le bien-fondé de ses préjugés n'est pas en cause ici. De même, un Etat peut refuser d'adhérer à la Convention de New York, par exemple parce qu'il ne souhaite pas que ses entreprises ou ses agences gouvernementales puissent être attirées devant des tribunaux arbitraux sis à l'extérieur de ses frontières, c'est peut-être ce qui explique l'abstention du Brésil ou des Emirats Arabes Unis. Ce qui compte, à notre avis, c'est qu'il est illusoire de tenter de forcer l'adhésion des Etats à la Convention de New York (ou à l'OMC) en faisant une condition préliminaire à l'accession au système de l'ALI : les bénéfices de chaque effort

⁷ Dreyfuss (R.-C) & Ginsburg (J.-C.), *Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters, Introduction, Executive Summary*, N° 3.

d'harmonisation méritent d'être souverainement évalués par chacun des Etats.

11. Peut-être la liaison nécessaire établie par l'avant-projet de l'ALI a-t-elle encore un autre but : il s'agirait de persuader les Etats qui accepteraient ce projet qu'ils sont en bonne compagnie. Alors que les ADPICs donnaient une définition toute faite des droits en cause et en assureraient une protection minimale, la Convention de New York rallie les Etats qui tiennent à ouvrir leurs frontières aux commerçants et aux multinationales. À cet égard, il est vrai que l'arbitrage marque une certaine supériorité au stade de la reconnaissance des jugements⁸. Toutefois, la propriété intellectuelle paraît avoir un intérêt plus universel encore que l'arbitrage. De plus, l'avant-projet de l'ALI concerne les décisions rendues par les tribunaux ordinaires, c'est-à-dire la solution de rechange à l'arbitrage. On ne voit donc pas pourquoi il serait interdit à un Etat de rallier le système justement en raison des préventions que ses autorités nourrissent envers l'arbitrage. La communauté des ordres juridiques se construit aussi en ouvrant des choix d'égale valeur entre les institutions rivales, comme le sont (à partir d'un certain montant en

⁸ Voir *Committee on Foreign and Comparative Law, Association of the Bar of the City of New York, July 31, 2001, Survey on Foreign Recognition of the U.S. Money Judgments* qui énumère les nombreux obstacles pour la

dispute) les procès ordinaires et les procédures arbitrales.

B. Proclamation, Déclaration et Soft Law

12. Il convient maintenant de réfléchir à une autre voie que la voie traditionnelle de la convention, puisque la procédure de délibération et de ratification paraît longue et incertaine. Lorsque la révision de la Convention de Paris a échoué à Nairobi en 1981, de nombreux spécialistes ont ressenti comme la fin d'un monde : les développements des mentalités avaient jusque-là trouvé leur expression dans une révision de la Convention de Paris et de la Convention de Berne. Dorénavant, la multiplicité des Etats et des groupes de pression mettrait obstacle aux révisions périodiques ordinaires. Pour un temps, l'OMC s'y est substituée, avec l'attrait que représentent les arguments dérivés de l'exportation des textiles ou des produits agricoles lorsqu'il s'agit de mettre à jour le droit de la propriété intellectuelle ! Mais les négociations d'une convention sur les conflits de compétence n'auraient guère de contrepartie à offrir aux Etats hésitants. Il convient donc d'examiner d'autres voies. J'en aborderai ici trois qui paraissent possibles à plus ou moins long terme.

1. *Recommandation de l'Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle*
13. C'est l'OMPI qui a pris l'initiative d'étudier le sujet des conflits de lois à l'époque d'Internet, par des études confiées à des spécialistes et la réunion de deux colloques. Il est vrai que, par déférence pour les travaux de la Conférence de La Haye, l'OMPI n'a pas encore adopté un programme d'action en ce domaine.

L'échec de certaines conférences diplomatiques (sur la protection des bases de données et sur les droits des interprètes) rend l'OMPI prudente. Cependant, l'échec ne serait pas certain si les travaux de l'ALI formaient le point de départ d'une délibération dont le point d'arrivée prendrait la forme d'une Recommandation commune des Etats membres de l'OMPI.
14. Cette forme a été adoptée à deux reprises déjà, pour accroître la protection des marques notoires (1999)⁹ et reconnaître les licences de marques (2000)¹⁰. Elle est choisie en raison du caractère non contraignant de cette forme de consentement.
15. Assurément, on peut se demander si le domaine des conflits de compétence peut être régi par des normes de *soft law*. En fixant la compétence directe

⁹ Recommandation commune concernant les dispositions relatives à la protection des marques notoires, 20 - 29 septembre 1999, Publication de l'OMPI N° 833(F).

d'une certaine juridiction, on consacre aussi les règles de compétence indirecte, celles qui fondent la reconnaissance des jugements étrangers. Or un instrument non-obligatoire sur la compétence directe ne peut donner aux parties la certitude d'une reconnaissance du procès entrepris. Une convention multilatérale - si elle était fidèlement appliquée - leur donnerait l'assurance d'avoir ouvert leur action au bon for. Toutefois, une recommandation ou une proclamation améliore leur chance d'obtenir la reconnaissance d'un jugement qui respecte en fait les règles de compétence auxquelles se sont ralliés les 177 Etats membres de l'OMPI. C'est une *soft law* plus utile que la Convention que n'aurait signée qu'une poignée d'Etats.

16. De plus, en raison du prestige de l'OMPI et de l'ALI, on pourrait attendre que la Recommandation contribue à l'établissement d'une "*common law*" transnationale dans le domaine de la propriété intellectuelle¹¹. On ne négligera pas le fait que de nombreux pays ne possèdent qu'une expérience limitée dans le domaine des compétences judiciaires pour les litiges internationaux impliquant la

¹⁰ Recommandation commune concernant les licences de marques, 25 septembre - 3 octobre 2000, Publication de l'OMPI N° 835(F).

¹¹ Voir G.B. Dinwoodie, *A New Copyright Order : Why National Courts should Create Global Norms*, 149 V. Pa. L. Rev. (2000) 469.

propriété intellectuelle¹². Aux tribunaux et aux législateurs sans expertise particulière, la Déclaration donnerait une solide assise pour les solutions concrètes qu'ils voudraient étudier dans leur ordre interne. L'information est l'une des fonctions du droit.

2. *Proclamation d'une Politique de type ICANN*

17. On pourrait aussi songer à la proclamation d'une Politique comme celle que l'Administration des adresses du Net¹³ a consacrée et qui a permis à quatre juridictions spécialisées, au premier rang desquelles le Centre d'arbitrage de l'OMPI, de résoudre trois mille litiges en deux ans quant au piratage de marques et de patronymes par des noms de domaine. Ce succès étonnant montre en soi la nécessité de procédures simples et rapides dans le domaine de la propriété intellectuelle.

18. Est-il possible de donner à une proclamation l'effet de la Politique ICANN sans avoir pour les conflits de compétence le fondement contractuel qui unit les requérants d'une adresse Internet et l'un des organes qui attribue cette adresse ? C'est en effet sur la vue de cet accord (imposé comme une condition générale aux requérants par les donneurs

¹² Voir même pour les causes purement patrimoniales le Rapport du Barreau de New York cité ci-dessus note 8.

¹³ ICANN - *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. Voir en général L. R. Helfer & G. B. Dinwoodie, *Designing Non-National Systems : The case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, 43 William & Mary L. R. (2001) 141.

d'adresse associés à l'ICANN) que les panels de résolution des différends peuvent rendre leur décision.

19. À la forme, il ne serait peut-être pas inconcevable qu'une Proclamation de l'OMPI portant Politique de résolution des différends puisse former la base d'un accord susceptible d'être souscrit par les requérants d'un droit de propriété intellectuelle au moment de formuler leur requête, un contrat type. Pour respecter le principe de la légalité des actes de l'administration publique, il conviendrait naturellement que des dispositions législatives domestiques soient prises à cet égard. De tels développements sont concevables en dehors de toute convention internationale lorsque les milieux intéressés le souhaitent, comme on l'a vu pour les certificats protégeant la validité des brevets sur les médicaments.

Dans l'ensemble, il suffirait que les pays développés donnent l'exemple pour faire démarrer un pareil mécanisme. À défaut, les Agents de propriété industrielle pourraient provoquer une adhésion contractuelle volontaire aux règles de pareille Proclamation.

20. Ce qui manque toutefois le plus, c'est précisément une opinion générale selon laquelle l'avant-projet de l'ALI réglerait des questions urgentes. L'effet d'une Proclamation de l'OMPI pourrait être de créer cette opinion globale, mais on ne se dissimulera pas qu'en l'absence d'un consensus fort auprès des

utilisateurs de la propriété intellectuelle, il est peu probable que l'OMPI – finalement gouvernée par les Etats – passe une pareille Proclamation. La situation est différente à cet égard de l'ICANN, qui a pu faire triompher une solution plaisant aux Etats-Unis d'Amérique parce que les Centres de contrôle du Net y étaient localisés.

21. Il reste donc à la science juridique de montrer en quoi les propositions de l'ALI méritent de rencontrer un large soutien. Les observations de détail qui viennent confirment d'ailleurs la qualité des travaux préparatoires de ce projet.

II. LES NOUVELLES REGLES DE COMPETENCE

A. Généralités

22. Les dispositions de l'avant-projet de l'ALI font naturellement du for du défendeur le for principal de tout procès en propriété intellectuelle (art. 3). Elles respectent la volonté des parties en cas de prorogation de for (art. 4), y compris une volonté implicite qui se déduit du choix d'un for par le demandeur et d'une comparution sans réserves par le défendeur (art. 5). L'avant-projet de l'ALI évoque diverses raisons de décliner la compétence d'un tribunal dans des circonstances exceptionnelles – une adaptation plutôt restrictive de la théorie du *forum non conveniens* qui satisfera peut-être les Européens, partisans du droit écrit

et de règles de conflits de compétence qui conduisent à un résultat prévisible¹⁴, et qui ne s'applique pas au for choisi par les parties. Enfin, l'avant-projet ALI connaît également une liste de compétences exclues (art. 16) semblable à l'article 3 de la Convention de Bruxelles.

23. Il va de soi qu'à cet ensemble de règles de compétence directe correspond un chapitre sur la connaissance et l'exécution des jugements. Le chapitre diverge des solutions intra-européennes de Bruxelles et Lugano en permettant au juge d'examiner la compétence du tribunal de l'Etat d'origine, comme dans le projet de La Haye – admis par chacun sur ce point. La question des "*punitive*" ou "*exemplary damages*" est traitée à l'article 30 de l'avant-projet ALI de la même façon que dans le projet de La Haye, qui a été admis par consensus à cet égard : il n'est pas nécessaire de reconnaître une condamnation à des dommages intérêts qui veulent offrir une compensation à un demandeur sans que la preuve d'un dommage effectif ait été apportée. Quant aux jugements interdisant tel ou tel comportement, ils seront reconnus comme les jugements pécuniaires, sauf si des motifs déduits de la santé et de la sécurité conduisent à refuser leur exécution, ou des motifs déduits de politiques culturelles fondamentales de l'Etat d'exécution, ou

¹⁴ Cf. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, Droit international privé suisse, 2^{ème} éd., Berne, 1995 pp. 263-264 N° 598 a.

encore si des dommages intérêts suffisaient en l'espèce dans le territoire de l'Etat d'exécution.

24. Dans la présente contribution, je n'évoquerai que trois articles essentiels de l'avant-projet ALI :

- L'article sur les actions en contrefaçon, spécialement dans son rapport avec l'article 8 sur les jugements en constatation de droit et avec l'article 9 sur les conclusions reconventionnelles.
- La jonction de cause entre plusieurs défendeurs (art. 10), et enfin
- Les actions contre des tiers (art. 11)

B. Les actions en contrefaçon

1. Les solutions proposées en général

25. Le demandeur peut introduire action au for du défendeur, ou à un for conventionnel.

De plus, il se voit reconnaître trois fors alternatifs à son choix :

- a) n'importe quel Etat dans lequel le défendeur a commis des actes importants pour la contrefaçon, y compris des actes préparatoires ;
- b) n'importe quel Etat envers lequel les actes de contrefaçon étaient intentionnellement dirigés, y compris les Etats à propos desquels le défendeur n'a pris aucune mesure raisonnable pour éviter la contrefaçon ;

c) n'importe quel Etat dans lequel la contrefaçon s'est produite de façon prévisible, à moins que le demandeur n'ait pris des mesures raisonnables pour éviter d'y agir ou d'y diriger ses activités (art. 6 (1)).

26. Dans les cas b et c, la compétence des tribunaux sera donnée uniquement pour les dommages causés dans ces Etats.

27. Ces solutions sont intéressantes, car elles se fondent sur une conception nouvelle qui tend à se faire jour dans plusieurs pays : les solutions des conflits de loi et de juridiction se trouvent dans la **focalisation** des activités du défendeur, spécialement lorsqu'il s'agit d'activités sur le Net¹⁵. Cette notion se retrouve dans l'article 15 du Règlement européen concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁶. On

¹⁵ L'expression de "focalisation" est due à M. Olivier Cachard, La régulation internationale du marché électronique, thèse Paris II, 2001, 623 p.

¹⁶ Article 15 du Règlement (CE) N° 44/2001 :

"1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et l'article 5, point 5:

- a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;
- b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;

vient de le réviser pour mieux protéger les consommateurs dans les causes du commerce électronique.

28. La notion de focalisation peut être rapprochée de celle de "Loi du pavillon", c'est-à-dire la loi de la juridiction du marché pour lequel une entreprise s'est organisée, et qui correspond en général à la loi du marché de la prestation caractéristique.

En réalité, dans l'économie de demain, on distinguera deux types d'entreprises :

- les entreprises disposant d'un établissement stable réel, comportant un certain nombre d'actifs, et
- les entreprises virtuelles, établies parfois dans les Antilles, le Pacifique, l'Océan indien ou d'autres paradis législatifs.

Seules ces dernières entreprises suscitent une certaine interrogation par rapport aux solutions choisies dans l'avant-projet ALI, et la notion de focalisation ou celle de Loi du pavillon sont utiles à cet égard.

29. En effet, lorsqu'on consacre comme le for principal le for du défendeur (art. 3 ALI), on confirme une solution généralement acceptée. Elle ne cause guère

c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat

plus de trouble dans les activités de contrefaçon que dans les autres, pour autant que l'on soit en présence d'une activité réellement exercée en ce lieu, avec un investissement qui offre quelque surface financière, et donc des actifs sur lesquels une condamnation pourra être suivie de saisie, afin de faire respecter le jugement.

On peut tout au plus se demander si la possibilité d'envahir aisément les marchés mondiaux en se rendant sur les territoires pour lesquels un titulaire de droits de propriété intellectuelle a obtenu des droits exclusifs ne justifierait pas, également en cas d'établissement stable dans un seul pays, que l'intrus soit mis en demeure de répondre pour l'entier du dommage dans chacun des fors dans lesquels il agit en contrefaçon. En tout cas, cette solution serait la seule équitable pour le titulaire des droits de propriété intellectuelle lorsqu'au domicile ou à l'établissement principal du défendeur n'existe aucune loi sérieuse de propriété intellectuelle, chaque fois par exemple que la garantie des droits minimaux définis dans l'ADPIC n'est pas assurée (il s'agit tout de même d'un tiers des Etats de la planète). Pour le moment, l'avant-projet ALI ne tient pas compte de cette situation, peut-être parce qu'il a été conçu en fonction d'une adhésion limitée aux seuls membres du GATT. Encore pourrait-on y voir un cas

membre ou vers plusieurs Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ..."

d'exception, qui n'infirmes pas la justesse de la solution posée en général.

30. En revanche, la solution retenue paraît inappropriée lorsque le défendeur est bel et bien une entreprise virtuelle. Dans ce cas, la compétence exclusive à son for pour la généralité du dommage méconnaît la situation de fait, à savoir que l'entrepreneur virtuel est actif à l'échelle de la planète et qu'il n'a pas de centre physique effectif de ses affaires dont il puisse légitimement invoquer la protection. Certes, plusieurs décisions récentes de tribunaux néerlandais limitant la compétence de leur for aux dommages intervenus aux Pays-Bas¹⁷, à moins que le centre de leurs affaires n'y soit situé¹⁸, reposent sur la conception classique de l'entreprise réelle. De même, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans les causes Fiona Shevill¹⁹ et Marinari²⁰ mettent en jeu un individu face à une société de l'économie réelle, dans les media ou dans la banque. Cependant, on ne devrait

¹⁷ Cour d'appel de La Haye, 23 avril 1998, RD prop. int. 1999, vol. 95, p. 28.

¹⁸ Président du Tribunal de La Haye, 16 février 2000, Scimed, non publié; voir P. Véron, Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention, JDI, 2001, p. 821 et N° 20.

¹⁹ Fiona Shevill c. Presse Alliance SA, Aff. C-68/93, 7 mars 1995, Rec. 1995, p. I-415.

²⁰ Antonio Marinari c. Lloyd's Bank pic et a., Aff. C-364/93, 19 septembre 1995, Rec. 1995, p. I-2719.

pas suivre cette jurisprudence lorsque le défendeur est une entreprise virtuelle.

31. Mais l'on pensera peut-être que dans pareille hypothèse, on arriverait au résultat voulu par la notion de fraude à la loi ou d'abus de droit : l'entreprise virtuelle s'est mise au ban de la société internationale, en fuyant les horizons traditionnels de la vie économique pour se réfugier dans un "paradis" dépourvu de propriété intellectuelle, elle ne pourrait donc invoquer la juridiction exclusive de son Etat paradisiaque pour décliner la compétence des tribunaux d'un autre pays, aptes alors à juger de l'entier du dommage. Malheureusement, cette hypothèse n'est pas envisagée à l'article 14 de l'avant-projet ALI, et les juges traditionnellement manient avec la plus grande prudence l'*ultima ratio* de la fraude à la loi, quand ils ne le déclinent pas carrément²¹. La combinaison d'une position essentiellement française (laquelle a influencé la cour de justice des Communautés dans les causes Fiona Shevill et Marinari) et d'une retenue exagérée dans l'application de la théorie française de la fraude à la loi pourrait déboucher, dans d'assez nombreux pays, à une situation injuste pour le titulaire des droits de propriété intellectuelle.

²¹ ATF 117 III 494, pour un commentaire critique voir : F. Dessemontet, La responsabilité des organes en droit international privé, *in* Aspects du droit international des sociétés, Zurich 1995, p. 166.

Les auteurs de l'avant-projet ont cependant fait observer à bon droit que cette critique est inopérante dans le cas où l'action est ouverte devant le tribunal du lieu où se trouve le marché visé par le défendeur si le demandeur y a sa résidence (art. 6.2), une situation qui sera fréquente lorsque le demandeur réside dans un grand et vaste pays dont le marché attire les contrefacteurs du monde entier. Mais dans les autres cas également il peut se justifier de centraliser au *forum actoris* la réparation du dommage dans son entier.

Au demeurant, la position de la Cour de justice se comprend mieux à l'égard d'un espace juridique communautaire relativement homogène qu'à l'échelon du monde entier.

32. Par conséquent, dans les cas de multilocalisation du dommage, la meilleure solution nous paraît être la solution d'inspiration allemande et suisse : ouvrir le choix au lésé entre tous les fors substantiellement concernés, pour l'**entier du préjudice**. Si l'on s'y refuse, on pourrait en tout cas admettre la notion de focalisation du dommage et ouvrir la loi du marché principalement touché pour l'entier du dommage, même si le défendeur n'y réside pas.

2. *Actions en constatation et conclusions reconventionnelles*

33. L'une des questions les plus épineuses du moment est le sort qu'il convient de réserver aux actions

en constatation négative, visant par exemple à faire constater que tel acte ne constitue pas un acte de contrefaçon. On prendra pour exemple la cause Doyle²², dans laquelle un producteur de film américain ouvrirait action en Angleterre pour faire constater qu'il ne violait pas les droits d'auteur de l'héritière de Sir Arthur Conan Doyle aux Etats-Unis. En raison des règles sur la litispendance, de pareilles actions sont de bonne guerre, même si elles posent une foule de questions dans les ordres juridiques continentaux.

34. La solution de l'avant-projet de l'ALI est d'admettre les mêmes fors pour l'action en constatation et en contrefaçon. La conséquence logique en est que les tribunaux d'un pays étranger qui n'a pas enregistré ce droit pourront être saisis pour juger de l'exception d'invalidité d'un droit de propriété intellectuelle à l'encontre d'une action en constatation de violation de ce droit. Encore faut-il qu'ils acceptent cette compétence, déclinée par exemple en Suisse par l'art. 109 al. 1 2^{ème} phrase LDIP. Cette position rendrait inapplicable la proposition de l'ALI dans le domaine des marques, des circuits semi-conducteurs enregistrés, des dessins et modèles d'ornement enregistrés, et des modèles d'utilité étrangers, sans compter les brevets d'invention, de toute manière exclus de l'avant-projet ALI. Pour

²² Tybun Productions v. Doyle [1990] R.P.C. 185.

les droits non enregistrés, la doctrine suisse admet cependant en marge de la loi qu'existe un for subsidiaire au domicile du demandeur ou au lieu de publication de l'œuvre²³.

C'est à une pareille discordance entre une loi relativement récente (la LDIP date de 1987), fondée sur la territorialité absolue, et l'avant-projet de l'ALI qu'on peut remarquer à quel point ce projet est innovateur.

35. Pour le droit des brevets, les auteurs proposent au suffrage une disposition particulière, créant un for exclusif dans le pays qui a délivré le brevet pour toute action en nullité²⁴. Ce texte est bien conçu, tenant compte en particulier du *Patent Cooperation Treaty* de Washington extrêmement populaire en ce moment. Convient-il pourtant de créer un statut particulier pour les brevets ?
36. La réponse est plus politique que juridique. Il semble que les spécialistes en matière de brevet ne fassent guère confiance aux tribunaux des autres pays pour juger de la validité des brevets. Ils voudraient faire accroire que la question de la validité dépend à ce point des traditions nationales qu'un tribunal étranger, en dépit de

²³ Voir A. Bucher, N° 122 avec cit.; R. Bär, *Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts*, in *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, t. I/1, Bâle et Francfort sur le Main 1995, pp. 115-116; Dessemontet, *Le Droit d'auteur*, Lausanne 1999, pp. 650-651.

l'aide des experts et des conseils des avocats, ne pourrait pas la trancher avec sûreté.

Il est curieux que cet argument soit propagé aux Etats-Unis, alors que les Etats-Unis et la Suisse ont été les deux premiers pays à admettre l'arbitrabilité de la validité des brevets (avec une possibilité de transcription de la sentence au registre des brevets)²⁵. Or il arrive à des arbitres internationaux de se prononcer à titre préliminaire²⁶ sur la validité d'un brevet, et l'on ne voit pas pourquoi des tribunaux ordinaires le feraient avec moins d'autorité ou de compétence.

37. De plus, la proposition de l'ALI, comme de nombreux compromis, souffre d'une contradiction interne : pourquoi accepter alors qu'un tribunal étranger connaisse de la validité ou de l'invalidité d'un brevet quand la question est soulevée par voie d'exception ?
38. En réalité, si l'opposition des milieux de praticiens est due à la crainte de voir les procédures se déplacer à l'étranger, aucun compromis n'achètera leur accord. L'irruption du GATT devrait d'ailleurs s'accompagner d'une véritable concurrence entre les bureaux d'avocats, qui ne peuvent espérer conserver les prééminences

²⁴ Et non toute exception, bien que le terme de "*proceedings*" soit imprécis, mais le sens ressort de la suite.

²⁵ F. Dessemontet, Arbitrage, Propriété intellectuelle et droit de la concurrence, in ASA Special Series, 1994, vol. 6, spéc. pp. 60 ss.

locales fondées sur des traditions ésotériques. Et si une tradition n'est pas ésotérique, elle peut être expliquée au juge d'un autre pays.

39. Il conviendrait donc d'abandonner le statut spécial des brevets.
40. Une toute autre question concerne l'effet pratique des procédures en constatation et la litispendance qui en résulte au cas où la juridiction saisie en premier lieu est notoirement plus lente que celle d'un autre pays²⁷. On peut placer ses espoirs dans l'application rigoureuse d'une norme semblable à celle de l'article 9 LDIP, instituant l'exception de litispendance à condition que le premier tribunal saisi puisse rendre sa décision dans des *délais raisonnables*. Une simple modification du texte de l'art. 12 (4) *in fine* de l'avant-projet de l'ALI permettrait au tribunal saisi en second d'anticiper les délais déraisonnables du tribunal saisi en premier – lorsque pareil jugement paraît concevable en fait entre tribunaux de nations souveraines. Si un tel jugement de valeur sur le fonctionnement des tribunaux étrangers paraît exclu en pratique, rien alors dans le texte d'une convention ne permettra d'améliorer la situation.

²⁶ Sent. CCI N° 6097, Bull. CCI vol. 4 N° 2, p. 83.

²⁷ Voir M. Franzosi, in *Les Nouvelles*, 1999, vol. 34, p. 24 : 4/5^{ème} des causes de brevets introduites à Milan ne sont pas jugées après cinq ans; 4/5^{ème} des causes de brevet introduites à Düsseldorf sont jugées dans les 12 mois.

C. La jonction de la cause et les actions contre les tiers

1. *La jonction de la cause*

41. Deux propositions sont formulées, l'une pour les jonctions de cause dues à la présence de défendeurs multiples (art. 10), l'autre pour les jonctions au cas où un tribunal considère qu'une résolution du différend à l'échelle du monde serait favorable aux intérêts des parties (art. 13).
42. Seule cette possibilité de jonction apparaît véritablement novatrice, la jonction de cause contre plusieurs défendeurs étant connue sous l'empire de la Convention de Bruxelles. Certes, on eut pu profiter de prendre position par rapport à la pratique néerlandaise qui exige que le défendeur auprès duquel on attrait les autres soit le preneur de décisions dans un groupe donné. Néanmoins, la "relation la plus étroite" (l'une des conditions de la jonction au for saisi) existe-t-elle uniquement dans ce cas ? Lorsqu'un délit Internet met en jeu divers intéressés (le pirate qui copie sur son site, l'hébergeur du site, un tiers qui signale à d'autres qu'on peut y trouver les biens piratés), il n'y a guère de "relation plus étroite" qu'une autre, ni de "centre de décision". Pour faire régner l'ordre sur le réseau, une assez grande latitude mériterait d'être accordée aux titulaires de droit dans leur forum-shopping. Il est donc malheureux de maintenir l'exigence sous sa forme

absolue ("*the forum is the most closely related to the entire dispute*"), mais les auteurs considèrent que c'est nécessaire pour répondre aux exigences américaines de "*due process of law*" lesquelles entraînent l'obligation qu'existe un rapport assez étroit entre un for, un défendeur et l'action introduire à son encontre.

43. Quant à la jonction mondialisante, on la saluera vivement. La norme de l'article 13 est détaillée, mais assez large pour couvrir l'ensemble de la propriété intellectuelle. Tout au plus peut-on se demander si le critère de "jugements inconciliables" ("inconsistent") n'est pas trop strict : ne suffit-il pas qu'il y ait risque de contradiction en l'un ou l'autre point du dispositif ? En somme, les articles 21 et 22 CB [= Règlement] sont de mauvais modèles ici, puisqu'il s'agit non d'exclure la reconnaissance d'une décision étrangère²⁸, mais de favoriser la jonction de cause.

CONCLUSION

44. L'étude de quelques solutions particulières fait apparaître que le chemin sera long, menant des premières propositions pour résoudre les conflits de compétence en fait de propriété intellectuelle à

²⁸ Un cas dans lequel une définition stricte de l'inconciliable peut se justifier; cf. A. Bucher, *op. cit.*, N° 762.

des textes définitifs et reconnus par la communauté internationale.

45. Un chemin n'est pas ardu que par son but. Pourtant lorsque le but est motivant, les difficultés s'allègent. En atteignant la maison de Jean-Nicolas Druey perchée sur sa colline saint-galloise, combien d'entre nous n'avons d'ailleurs pas songé : *"Le chemin qui monte à la maison d'un ami descend"*. Que les années bâloises soient à nouveau longues et charmantes à nos amis !