

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE A L'EPREUVE DU DIALOGUE INTERCONTINENTAL

Par François Dessemontet, avocat
Professeur aux Facultés de droit de Lausanne et Fribourg

INTRODUCTION

1. Victor Nabhan élève le dialogue entre ses amis et ses amies de divers continents au niveau d'un art, d'un style, d'un raffinement que tout le monde admire. Pour lui témoigner notre affection, quel meilleur exemple de dialogue juridique pourrions-nous prendre que le débat américano-européen suscité par la renaissance du droit international privé de la propriété intellectuelle? Par définition, le droit international privé est une discipline de chacun des ordres juridiques nationaux. Cependant, les grandes codifications de ce droit qu'on voit surgir depuis vingt-cinq ans (en Suisse en 1987, en Autriche en 1978, en Italie en 1995, et maintenant en Belgique) ne seraient pas si heureuses sans l'apport du droit comparé et les conseils internationaux dont s'entourent les auteurs de ces codifications¹.
2. La propriété intellectuelle ne fait pas exception à la règle. Les codifications récentes des règles de conflit ou de juridiction y consacrent d'habitude l'une ou l'autre disposition². Ces normes suivent le "modèle suisse", en Italie et en Belgique sans doute, sauf parfois pour l'art. 122 LDIP sur le droit applicable aux contrats de licence³. On note toutefois

¹ Voir par exemple: Colloque de Fribourg de 1979 pour la nouvelle loi du droit international privé suisse de 1987 (ci-après: LDIP), volume 14 des Etudes suisses de droit international, Zurich 1979.

² Art. 110 et 122 LDIP; § 34 (1) IPRG (Autriche): *Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützung- oder Verletzungshandlung gesetzt wird; (2) Für Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist für das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) maßgebend*, et § 43 (cité ci-dessous, note 4); art. 86, 93 et 95 du Projet de Code belge.

³ L'art. 122 LDIP prévoit, à défaut d'élection de droit, que le contrat de licence est régi par le droit de l'Etat du donneur de licence. Le projet de Code belge n'instaure quant à lui pas de réglementation spécifique en matière de contrat portant sur des bien immatériels; c'est donc la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui déterminera le droit applicable au contrat de licence en l'absence de choix des parties, en vertu du renvoi opéré par l'art. 98 du projet. C'est donc aussi le droit du débiteur de la prestation caractéristique qui sera applicable, à savoir celui du donneur de licence. Le droit italien ne prévoit pas non plus de disposition particulière en matière de contrat de licence. Au niveau des obligations contractuelles, l'art. 57 se borne à renvoyer à la Convention de Rome du 19 juin 1980, entrée en vigueur pour cet Etat de par la loi du 18 décembre 1984. La solution devrait donc être la même qu'en Belgique. L'Allemagne ne semble pas prévoir de règle de conflit de lois particulière en matière de biens immatériels; le § 28 de l'EGBGB prévoit, en matière contractuelle, l'application du droit de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, mais en Allemagne, on considère souvent qu'il

l'existence d'une solution différente en Autriche par exemple dont la législation est plus ancienne⁴.

3. Cependant, le débat progresse à l'échelon international, en raison des travaux qui mèneront en Europe à l'adoption du Règlement sur le droit international privé des obligations non contractuelles ("Rome II"). Pour les licences et autres contrats d'exploitation, les travaux de la conférence de La Haye de droit international privé sur les clauses d'élection exclusive de for animent le débat. Ils intéressent vivement les juristes et les groupes de pression d'autres continents. Enfin, le projet de l'American Law Institute sur des *Principes gouvernant la compétence, le droit applicable et la reconnaissance des jugements dans des disputes transnationales de propriété intellectuelle* donne l'occasion d'élargir le dialogue scientifique entre les continents, loin des lobbies, pour l'instant du moins.
4. L'éclosion aux Etats-Unis d'un projet scientifique détaillé sur le droit international privé de la propriété intellectuelle offre en effet une chance unique de procéder aux comparaisons que la présence d'un texte écrit et raisonnablement clair permet de mener entre le droit des Etats-Unis et le droit des autres pays, qu'ils soient de tradition anglo-saxonne ou continentale. L'extrême détail de ce texte et l'abondance des commentaires et des notes rédigées par les rapporteurs⁵ a conduit à identifier des questions qu'on n'abordait guère jadis, par exemple pour la jonction de causes. Les premières réactions européennes se sont manifestées lors d'un colloque organisé à Hambourg en mars 2004 par les deux Instituts Max-Planck de Hambourg pour le droit international privé et de Munich pour la propriété intellectuelle.
5. Les travaux du Colloque de Hambourg vont être publiés. Il n'est donc pas question de passer au crible les interventions et les observations des différents orateurs, ni de prendre position à propos de leurs suggestions. Cependant, l'un des mérites des orateurs et des participants aura été de mettre en lumière à quel point les fondements d'une codification reposent sur un accord à propos de quelques choix préliminaires que les auteurs du projet de l'American Law Institute (ci-après: Projet ALI) n'ont pas eu l'occasion de soumettre à la communauté scientifique auparavant. C'est à quelques-unes de ces questions préliminaires que l'amateur du dialogue intercontinental, Victor Nabhan va devoir s'intéresser dans la présente contribution, s'il la parcourt.
6. La portée de ces questions préliminaires ne serait sans doute pas compréhensible si un bref aperçu des choix fondamentaux du projet ALI n'était pas présenté. Ces choix sont d'ailleurs susceptibles de révision dans la procédure encore assez longue qui précédera

s'agit du preneur de licence; sur ce point, voir H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2^e éd., Tübingen 2001, pp. 495 ss.

⁴ **§ 43 Verträge über Immaterialgüterrechte**

(1) *Verträge über Immaterialgüterrechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den das Immaterialgüterrecht übertragen oder eingeräumt wird. Bezieht sich der Vertrag auf mehrere Staaten, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Erwerber (Lizenznehmer) seinen gewöhnlichen Aufenthalt (seine Niederlassung, § 36 zweiter Satz) hat.*

(2) *Für Verträge über Immaterialgüterrechte, die mit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, ist die für das Arbeitsverhältnis geltende Verweisungsnorm (§ 44) maßgebend.*

⁵ Les professeurs Jane Ginsburg, de l'Université de Columbia, Rochelle Dreyfuss, de l'Université de New York, et le soussigné, des Universités de Lausanne et Fribourg. Les présentes observations n'engagent que leur auteur.

l'adoption formelle de ce texte, si jamais cet heureux moment est atteint, en 2006 au plus tôt. En première partie, résumons donc les choix des auteurs du projet ALI avant d'examiner les points de friction dans le dialogue transatlantique.

PREMIERE PARTIE : LA PRESTATION CARACTERISTIQUE DU PROJET ALI

1. Ampleur du projet ALI

7. Quant aux conflits de compétence et à la reconnaissance des jugements étrangers, le projet ALI est fondé en grande partie sur les travaux préparatoires de la Conférence de La Haye lorsque subsistait encore l'espoir d'une convention semblable aux Conventions de Bruxelles et Lugano, mais élargie au monde entier. Seize articles sont consacrés aux conflits de compétence et cinq à la reconnaissance des jugements.
8. Quant au droit applicable, le projet se fraye un chemin entièrement nouveau dans la jungle des opinions doctrinales. Douze articles règlent l'ensemble de la matière.
9. Au moment d'écrire ces lignes, en mars 2004, le projet comporte donc 35 articles d'inégale longueur (y compris deux articles introductifs). La longueur de certaines dispositions et la profusion des commentaires masquent peut-être les grands axes du projet. Il n'est donc pas inutile de les restituer ici.

2. Nature des Principes

10. Les Principes ne constituent pas une convention internationale contraignante pour les tribunaux des Etats qui l'auraient ratifiée. Ce n'est pas davantage un *Restatement* du droit existant aux Etats-Unis ou ailleurs. Ce n'est pas non plus une proclamation équivalente à celles que les Etats réunis en Assemblée de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ont adoptées à deux reprises pour les marques notoires (en 1999) et pour les marques sur Internet (en 2001)⁶. C'est un instrument destiné à faciliter la recherche d'une solution juste, de cas en cas, par les tribunaux des cinq continents s'ils se trouvent confrontés à une question de droit international privé que leur loi ou leur jurisprudence ne résoud pas dans le domaine de la propriété intellectuelle.
11. Le projet ALI s'inspire à cet égard des Principes UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux, qui ont vocation à s'appliquer notamment lorsque les parties à un litige ont voulu le soumettre à ces Principes, mais aussi lorsqu'il s'agit de suppléer les lacunes ou les obscurités d'un ordre juridique national applicable par ailleurs.
12. En outre, le projet ALI pourrait servir à la réflexion de législateurs qui viendraient à se saisir de ces questions, que ce soit aux Etats-Unis les législatures des Etats, ou ailleurs dans le monde des législatures nationales. Le succès des lois-modèles de la CNUDCI pour l'arbitrage, ou la signature électronique, par exemple, manifeste que la communauté internationale a besoin d'instruments éducatifs et pédagogiques. Par la force des choses, ces instruments se rattachent au vaste corps de la soft law. EUGEN LANGEN avait il y a trente ans déjà montré que le droit des licences, si essentiel dans les

⁶ Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires (1999) et Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'internet (2001).

relations d'affaires internationales, se prête particulièrement bien au développement d'un droit transnational, c'est-à-dire non étatique, mais commun aux acteurs du commerce international⁷. Le titre même des Principes ALI contient l'adjectif "transnational" pour mieux faire ressortir cette singularité d'un droit qui n'est pas adopté par les Etats comme tels.

13. Le § 101 (2) du Projet ALI prévoit qu'un tribunal saisi d'une dispute en matière de propriété intellectuelle déterminera à la requête d'une partie si cette dispute tombe sous l'application des Principes. Un tribunal peut aussi les déclarer applicables, s'il en a le pouvoir selon la *lex fori*. On voit donc que le projet ALI est respectueux de l'autonomie des parties, mais s'en rapporte aux traditions nationales pour savoir si, en application du principe "*iura novit curia*", les Principes peuvent s'appliquer à l'initiative du tribunal saisi. C'est d'ailleurs le droit national qui déterminera si les Principes constituent bien une règle de droit. On sait par exemple que l'art. 187 LDIP prévoit qu'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse (dans une cause internationale) "statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits". Cette formulation a été adoptée pour rendre évident que le tribunal peut appliquer non seulement du droit étatique, mais aussi du droit transnational comme les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria*⁸. Les Principes de l'ALI pourraient donc être appliqués par un tribunal arbitral siégeant en Suisse.

3. Branches juridiques couvertes par le projet ALI

14. Les Principes ALI ne visent pas un seul secteur de la propriété intellectuelle. Contrairement à l'art. 60 de la Convention de Munich sur le brevet européen qui vise les inventions d'employés, par exemple, le projet ALI vise tous les secteurs de la propriété intellectuelle dans son acception la plus moderne : droit d'auteur, droits voisins, brevets, marques, dessins et modèles d'ornement ou d'utilité, naturellement, mais aussi les chips, les noms commerciaux, les obtentions végétales, les indications géographiques, le droit à l'image, les secrets de fabrication et de commerce, le droit *sui generis* du producteur d'une base de données [voir § 313 (2)]. Seuls y échappent les droits T.V. sur les événements sportifs, qui paraissent relever de mécanismes essentiellement contractuels.
15. Les Principes ALI échappent ainsi aux difficultés qui menacent Rome II, puisqu'en l'état, les droits de propriété intellectuelle européens se rangent en deux catégories:
- ceux qui possèdent le statut d'un droit unitaire européen de propriété industrielle, pour le moment les marques ainsi que les dessins et modèles : le droit applicable selon le Projet Rome II étant en première ligne le règlement les instituant, subsidiairement le droit du pays de commission de l'acte de contrefaçon;
 - ceux qui ne possèdent pas ce statut : le droit applicable étant alors le droit du pays pour lequel la protection est recherchée (art. 8 du Projet du 22 juillet 2003).
16. La bizarrerie de deux règles de rattachement différentes selon qu'existe ou non un règlement de l'Union européenne est évidemment évitée par le projet ALI, qui introduit

⁷ Eugen Langen, *Transnational Commercial Law*, Leiden 1973, pp. 34 ss.

⁸ B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3^{ème} éd., Bâle 2001, N° 5 *ad* art. 187.

cependant d'autres distinctions selon les droits en cause. Il va de soi qu'une fois adopté, le Règlement "Rome II" l'emportera pour l'Europe sur les Principes ALI.

4. Rapport avec l'arbitrage

17. Le Projet ALI est désormais muet quant à l'arbitrage international. Un premier avant-projet avait prévu que l'instrument international alors en discussion soit réservé aux Etats parties à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Cette restriction est maintenant évacuée. En effet, il n'est pas nécessaire de priver les Etats qui ne seraient pas convaincus des bienfaits de l'arbitrage pour les disputes de propriété intellectuelle du bénéfice des Principes ALI⁹.
18. La conséquence de ce choix est qu'aucune dérogation quelconque n'est faite, dans les Principes ALI, aux règles établies par la Convention de New York ou à d'autres règles éventuellement applicables en matière d'arbitrage. Néanmoins, rien ne prohibera un tribunal arbitral de se référer aux Principes ALI s'il est appelé à connaître d'une question de droit applicable, comme il arrive fréquemment à titre préliminaire. La supériorité d'une norme précise sur les raisonnements approximatifs qui ont pu être avancés dans certaines sentences¹⁰ rend même souhaitable que les tribunaux arbitraux recourent dans ce cas aux Principes ALI.
19. Après ce bref exposé des choix de méthode fondamentaux à l'origine du Projet ALI, il convient d'examiner quelques points qui ont déjà suscité des réflexions critiques auprès des juristes européens confrontés à Hambourg aux grands traits de ce projet.

DEUXIEME PARTIE : LES PRESTATIONS CRITIQUES DES OBSERVATEURS

1. Neutralité

20. Les universitaires ont été frappés par le déchaînement des intérêts commerciaux qui ont entouré les travaux préparatoires de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, maintenant abandonnés. Il était donc nécessaire au succès du dialogue intercontinental que l'American Law Institute reprenne la question dans un esprit de neutralité par rapport aux intérêts économiques. La personnalité des auteurs du projet et de leurs Conseillers réunis au sein du conseil consultatif ("Advisers" à

⁹ Voir notre contribution, "Quelques observations à propos du projet de l'American Law Institute sur les conflits de juridiction et la propriété intellectuelle", in *Mélanges Jean-Nicolas Druey*, Zurich 2002, pp. 83 ss.

¹⁰ Voir en particulier la sentence CCI N° 5314 de 1988, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XX (1995), p. 35, cons. 11-16, rendant applicable le droit du preneur de licence, contrairement au droit international privé suisse (art. 122 LDIP, entré en vigueur il est vrai après que la sentence a été rendue). D'autres sentences, rendues postérieurement à l'adoption de la Convention de Rome du 19 juin 1980, auraient pu tenir compte de l'effet sur les contrats de licence de son art. 4, imposant comme droit applicable le droit de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du débiteur de la prestation caractéristique, mais ne l'ont pas fait, voir par exemple les sentences CCI n° 4132, 4650 et 5460. Pour une sentence antérieure à la Convention de Rome, voir la sentence CCI n° 2114. Le nombre de sentences arbitrales discutables sur ce point (en opposition par exemple à la sentence CCI n° 4599, résumée par S. Jarvin, *Arbitrating International Disputes*, in *les Nouvelles*, vol. XXIII (mars 1988), pp. 15 ss (22-23) qui est assez isolée mais correcte, correspondant plus exactement aux conceptions actuelles du droit des conflits) montre que la force des précédents en arbitrage dépend davantage de la notoriété des arbitres que du nombre des prononcés, voir notre article "Arbitration and Precedent", in *Fordham International Law Journal* (printemps 2004).

distinguer du "Members Consultative Group") devrait garantir que les lobbies n'interfèrent pas avec les travaux. Sur 24 Conseillers, 13 sont étrangers aux Etats-Unis, ce qui évite une prépondérance des intérêts ou des méthodes américaines. Cinq sont par formation des juristes continentaux. Le système garantit donc un certain équilibre entre les points de vue des grandes familles juridiques.

21. Cependant, il arrive qu'on fasse un procès d'intention aux auteurs de ce projet. En somme, la volonté de simplifier les procédures internationales en matière de propriété intellectuelle, qui s'exprime dans les règles sur les jonctions de cause, couplée avec le désir de rendre applicable un droit et un seul à la question de la titularité des droits non enregistrés et à la reconnaissance du droit du donneur de licence ou du cessionnaire comme droit applicable aux contrats en cause, aboutirait dit-on à faire appliquer le droit américain par des tribunaux américains dans de plus nombreux cas que selon les règles ordinaires.
22. Cette argumentation est digne de retenir l'attention. Du fait que les Etats-Unis créent de nombreux biens intellectuels, il n'est pas contestable que le pays du créateur sera souvent les Etats-Unis. Dans l'industrie phonographique, ce sera d'ailleurs fréquemment l'Angleterre. Dans la plupart des domaines, à l'exception peut-être des indications d'origine, l'Europe n'est pas encore si active dans les nouvelles technologies et la production de biens intellectuels qui s'y rapportent.
23. Néanmoins, un principe cardinal des règles de droit international privé réside dans leur *neutralité*. Une règle de droit international privé ne doit pas faire pâtir le ressortissant d'un certain pays, par exemple les Etats-Unis ou la Grande-Bretagne, de son appartenance à une nation riche et puissante. La délocalisation des services de télécommunication et d'informatique à travers le monde, suivie demain par la délocalisation de nombreux services considérés traditionnellement comme attachés à un certain territoire, à l'instar des services légaux, d'assurances, d'architecture, etc. fera nécessairement se développer les pays du Sud. La règle de conflit ne peut donc tenir compte des particularités de l'industrie actuelle. Elle doit être bilatérale, assurant l'équité des solutions de rattachement à travers les décennies. Un pays peut aussi abriter des entreprises qui possèdent un portefeuille important de droits de propriété intellectuelle pour des raisons tenant à la fiscalité internationale, et il peut perdre ces entreprises pour le même motif. Bref, supputer les effets économiques concrets des normes de conflits, c'est se perdre en conjectures et s'écarter de ce qui a fait la force de cette science en Europe, son esprit de système.

2. Dépeçage, petite coupure et grande coupure

24. Une autre observation récurrente concerne le dépeçage des litiges, qui pourraient relever de règles de conflits de loi différentes selon le type de droits invoqués. Par exemple, le projet ALI impose pour les marques déposées le principe de territorialité au sens de la *territorialité juridique*, c'est-à-dire du pays dans lequel ou pour lequel le droit est enregistré¹¹. Pour les marques non enregistrées, comme les "common laws trade marks", les noms utilisés comme marques ou les situations de concurrence déloyale proches du "passing-off", c'est le rattachement au pays du marché affecté, soit la *territorialité*

¹¹ On distingue ici entre les pays d'enregistrement direct et les pays d'enregistrement secondaire, en raison de l'Arrangement de Madrid et du Protocole de Madrid.

économique, qui a prévalu. Pour l'instant, le projet n'a pas retenu directement l'exception prévue par exemple à l'art. 136 LDIP suisse pour les actes de concurrence déloyale affectant exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, comme la violation de secrets d'affaires, la corruption ou le débauchage d'employés, ou encore l'incitation à rompre un contrat¹²; pour ces délits sans impact majeur sur les consommateurs, la même solution pourra cependant être atteinte selon la clause d'exception spéciale du § 302 (2) (a) du projet ALI, qui recommande d'appliquer dans un cas exceptionnel le critère du centre de gravité des affaires du contrefacteur supposé, ainsi qu'il ressort de facteurs objectifs, de même que la localisation des activités et des investissements du titulaire des droits en cause. Cette solution mène à appliquer le droit commun des parties.

25. Toutefois, il est certain que la méthode de rattachement par type de droit [enregistré, non-enregistré] et, dans le cas de la titularité, la présence d'une liste de rattachement énonçant onze types de droit [§ 313 (2) (a-k)] pourrait conduire à un rattachement différent selon les aspects du dossier dont un tribunal devrait connaître. C'est un "dépeçage" possible.
26. Faut-il le regretter? D'abord les tribunaux comme les arbitres sont habitués à ces références à des ordres juridiques différents pour différents points d'une dispute. Ainsi, selon la "grande coupure", il arrive fréquemment que la conclusion du contrat, sa formation soit soumise au droit de l'Etat de conclusion, ses effets l'étant à un autre droit, en principe celui du prestataire de l'obligation caractéristique. Selon la "petite coupure", ce sont les effets du contrat qui peuvent être jugés selon deux droits différents¹³.
27. La simplification des litiges internationaux est d'abord affaire de jonction de cause. Elle suppose la foi dans la *capacité d'un tribunal d'appliquer un droit étranger*. Le § 102 le rappelle: "As a rule, the choice of forum does not imply a choice of law". Le choix dont il est question n'est pas seulement la convention de prorogation de for conclue par les parties, mais aussi la détermination du for compétent par le tribunal.
28. Cette foi dans la capacité des tribunaux chargés d'appliquer un droit étranger se fonde non seulement sur la pratique des tribunaux américains et européens, mais aussi sur l'expérience des arbitres internationaux. A l'aide d'avis de droit et de témoignages d'experts, le droit étranger peut être appliqué par le juge saisi. Dès lors, le dépeçage ne comporte que des inconvénients limités. Au cas où l'application des dispositions de divers pays amèneraient à des résultats contradictoires sur les divers chefs des demandes et demandes reconventionnelles, le tribunal pourra faire jouer la clause d'exception.
29. Le § 302 (1) précise ainsi qu'à part pour les prétentions relatives à la validité des droits enregistrés, le tribunal peut s'écarter de la règle de la territorialité lorsqu'il est manifeste, en vertu de toutes les circonstances de l'espèce, que ce cas est lié de plus près au droit d'un autre Etat; de même au cas où le jugement pourrait déployer des effets sur les territoires en dehors de sa juridiction et qu'il est exagérément onéreux de décider sur la base de tous les droits des divers territoires impliqués.

¹² Voir B. Dutoit, *op. cit.*, N° 7 *ad* art. 136 LDIP.

¹³ Par exemple, selon la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, la forme et les délais pour l'examen des objets reçus et les notifications qui y sont relatives, de même que les mesures à prendre en cas de refus de la marchandise, sont assujettis au droit du pays où cet examen et ces mesures doivent être prises aux termes du contrat, tandis que les autres effets du contrat sont soumis au droit du vendeur.

30. Enfin, la "grande" coupure entre les divers *types* de droits en cause se double d'une coupure (la "petite" coupure si l'on veut) entre les divers *effets* des droits en cause, ou des diverses questions soumises au tribunal. Or, il est dans la nature des choses que des droits aussi différents que le brevet d'invention, le droit d'auteur, les obtentions végétales et le droit européen sur des dessins et modèles non enregistrés, pour ne pas mentionner le droit à l'image, répondent à des critères de rattachement différents. De même, il est naturel que les questions de validité et d'effets des droits enregistrés soient étroitement liées au droit de chaque pays qui les confère, tandis que la titularité de ces droits varie, d'autant plus qu'elle dépend souvent d'un accord contractuel préalable à la création des biens intellectuels en cause. La convention de Munich, à son art. 60, a d'ailleurs reconnu que la titularité du droit au brevet obéit aux règles d'un autre ordre juridique que celui de l'enregistrement (voir également le § 34(2) du IPRG autrichien cité ci-dessus note 2).
31. Le dépeçage résulte encore d'autres dispositions. Le respect de l'ordre public et des lois de police, de même que les normes qui imposent aux tribunaux de prendre en compte la situation de la partie la plus faible amèneront un autre type de dépeçage, qui est dû à la nature des intérêts publics et privés en présence. Les contrats de licence en particulier mettent souvent en jeu les dispositions du droit de la concurrence. On ne peut se refuser à les prendre en compte, puisqu'elles s'imposent même dans les arbitrages internationaux¹⁴.
32. Finalement, les observations faites au sujet du dépeçage attirent l'attention sur la complexité de situations de fait et les conflits entre les diverses valeurs des ordres juridiques qui prétendent régir certains aspects des litiges internationaux. Le dialogue entre les juristes des cinq continents tiendra compte de la complexité de ces conflits. Le monde moderne est plus complexe, par exemple à cause des nouvelles technologies, d'Internet, de la globalisation de l'économie. Un projet de règles de conflit ne peut simplifier à l'extrême sans se perdre dans l'irréalisme. La complication des 35 articles du projet n'est pas supérieure à celle de la Convention de La Haye avortée sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. L'impression de complexité provient de l'ampleur des matières abordées et d'une certaine volonté de nuancer les solutions. On se rappellera cependant que dans un cas particulier, ce ne seront pas toutes ces dispositions qui s'appliqueront à la fois, mais seulement quelques-unes. Le juge, lui, pourra donc simplifier comme il l'entend.
3. Les points de rattachement : territorialité et universalité
33. Quelques observateurs ont souligné l'importance de distinguer entre les droits de propriété industrielle et les droits d'auteur, plutôt qu'entre les droits enregistrés et ceux dont l'existence est indépendante de l'enregistrement. En particulier, les droits d'auteur ne seraient pas soumis à la doctrine du fait du Prince ("Act of State"). De surcroît, seul le droit d'auteur susciterait réellement des problèmes en relation avec la protection de la partie la plus faible. Un observateur, citant Frank Vischer¹⁵, a fait remarquer que la formulation du projet Rome II (art. 8 al. 1) ["la loi du pays pour lequel la protection est

¹⁴ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral suisse 118 II 193.

¹⁵ F. Vischer, Das Internationale Privatrecht des Immaterialgüterrechts nach dem schweizerischen IPR-Gesetzentwurf, in GRUR International 1987, pp. 670 ss.

demandée", suivant l'art. 5 (2) de la Convention de Berne] remettait entre les mains du demandeur le choix du droit applicable, puisqu'il possède toute liberté de formuler ses conclusions – au risque, il est vrai, de perdre son procès et, cas échéant, d'assumer des frais de procès élevés et inutiles. Le projet ALI échappe à ce reproche [cf. § 301 (1) et (2)].

34. Toutefois, deux observations plus radicales méritent l'attention.
35. D'une part, on a soutenu l'idée que, la contrefaçon comportant parfois des actes qui interviennent dans plusieurs pays, il est essentiel que l'on échappe à la dichotomie régnant en droit international privé de la responsabilité délictuelle entre le lieu de l'acte et le lieu du résultat. Le projet ALI est fondé sur l'idée que le marché touché est le lieu déterminant. Il rend donc applicable le droit du lieu du résultat, de préférence à celui du lieu de l'acte. En ceci, le projet ALI se rapproche de l'art. 3 al. 1 du projet de Règlement "Rome II". Le projet ALI se détourne clairement des arrêts les plus récents de la Cour de cassation française¹⁶.
36. On voit ainsi apparaître une correspondance dans les solutions applicables en droit international privé de la propriété intellectuelle et celles qui prévalent en droit des conflits généralement. Cette compatibilité des règles est la bienvenue, surtout dans les domaines des droits non enregistrés dont l'appartenance au domaine de la propriété intellectuelle n'est pas bien affirmée partout, comme le droit à l'image ou le droit "*sui generis*" sur les bases de données. Qu'on qualifie les actes de contrefaçon ou de délit ordinaire au sens de la responsabilité civile ne changera rien au droit applicable. On possédera aussi une seule règle de rattachement pour les actes de contrefaçon principaux et les actes de complicité. Eliminer les problèmes de qualification dans des zones grises du droit en développement sera très heureux.
37. Une seconde observation concerne le droit applicable à la possibilité de transférer les droits ("transferability of rights"). L'opinion d'un connaisseur allemand s'est exprimée en faveur d'une loi unique, celle du pays régissant l'acquisition du titre original en droit de propriété intellectuelle non enregistré. L'unité de statut est désirable, selon ce spécialiste, parce que les questions d'acquisition de titre et de transfert du titre sont très liées, et parce que le droit devrait appartenir, dans la mesure du possible, au même titulaire à travers le monde entier. Venant de celui qui a joué un certain rôle dans l'adoption du § 32 (b) de la loi allemande sur les contrats d'auteur, il serait heureux que cette réflexion influence le sort des propositions de l'ALI sur ce point (§ 314, Alternative B).

CONCLUSION

38. Victor Nabhan se sera amusé à voir ci-dessus converser les spécialistes allemands, français et américains du droit international privé de la propriété intellectuelle. L'Amérique du Nord est sa deuxième patrie, la Suisse sa troisième, et notre monde a besoin d'interlocuteurs comme lui dans tous les pays pour que progresse le droit, la justice et l'art de vivre ensemble.

¹⁶ Voir Civ. 1^{re}, 14 janvier 1997, Gordon and Breach, Rev. crit. DIP 1997, p. 504; D. 1997, p. 177 et Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, Mobil North, J.D.I. 1999, p. 1048, note Légier, D. 1999, somm., p. 295, obs. B. Audit (la concurrence entre la loi du lieu du fait générateur du dommage et la loi du lieu de ce dernier doit se résoudre conformément au principe de proximité).

