



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de droit européen comparé

Dirigé par M. Louis Vogel

2011

L'Arbitrabilité de la propriété intellectuelle dans l'arbitrage commercial international

Auteur Tatiana Goloubtchikova-Ernst

Sous la direction de Marie Goré

ABREVIATIONS

Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Arb. Int'l	Arbitration International
ASA Bulletin	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral suisse
Berkeley J. Int'l	Berkeley Journal of International Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code)
CA	Cour d'appel (court of appeal)
Cass.	Cour de Cassation française
Cass. Civ.	Cour de cassation (Chambre civile)
Cass. Com.	Cour de cassation (Chambre commerciale et financière)
CC	Code civil
CCI	Chambre du commerce international
CCP	Code of Civil Procedure
CCP	Code de procédure civile
CPS	Cour Populaire Suprême (Chine)
CE	Communauté européenne
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Convention de Washington	Convention de Washington pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements de 1965
CPC	Code de procédure civile
FAA	United States Federal Arbitration Act
ICC Bulletin	Bulletin de la Chambre du commerce international

ICCA	International Council for Commercial Arbitration
JDI	Journal du droit international
JO	Journal Officiel des Communautés européennes
LBI	Loi suisse sur le brevet d'invention
LDIP	Loi suisse sur le droit international privé de 1988
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Model Law	Model Law UNCITRAL on International Commercial Arbitration de 1985
NCPC	Nouveau code de procédure civile français
New York Convention	Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958
OEB	Office européen de brevet
OMPI	Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
RPC	République Populaire de Chine
SIPO	State Intellectual Property Office
SPC	Supreme People's Court of China
TGI	Tribunal de grande instance (français)
UE	Union européenne
UNICITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
USC	United States Code
USPTO	United States Patent and Trademark Office
WIPO	World Intellectual Property Organisation
ZPO	Code de procédure civile allemand

TABLES DES MATIERES

ABREVIATIONS	2
TABLES DES MATIERES	4
INTRODUCTION	5
Partie I : Le Mythe d'Achilles (Αχιλλεύς)	9
§1. La dialectique de l'arbitrabilité	11
A. L'extension de l'arbitrabilité.....	11
<i>α. L'absence de critère unique applicable à la notion</i>	12
<i>β. L'effacement de l'ordre public et la naissance de l'arbitrabilité universelle dans l'arbitrage commercial international</i>	18
B. Le talon d'Achille	24
§2. La propriété intellectuelle : droit spécifique dans l'arbitrage international ? 25	
A. La polyphonie des droits de la propriété intellectuelle.....	26
B. Le domaine de l'arbitrage	29
<i>α. Les droits classiquement arbitrables</i>	30
<i>β. Les aires d'incertitude</i>	32
Partie II : La pomme de discorde : la validité du titre d'un brevet	39
§1. La validité du titre entre ses thèses et antithèses	41
A. Les thèses relatives aux restrictions légales.....	41
B. La thèse relative à l'ordre public.....	43
§2. La dichotomie de l'approche : le droit substantiel	47
A. Le Royaume du libéralisme	47
<i>α. L'effet inter partes de la sentence</i>	48
<i>β. La possibilité de modifier le registre moyennant la sentence reconnue par le juge judiciaire</i>	50
B. Le rempart de la résistance	52
<i>α. La compétence des arbitres à titre incident</i>	52
<i>β. L'inarbitrabilité des litiges impliquant les autorités administratives</i>	53
CONCLUSION	56
BIBLIOGRAPHIE	59

“So far were the ancient Greeks affected by the idea of arbitration that they assumed its existence among the gods¹.”

INTRODUCTION

Depuis son apparition dans la haute Antiquité,² le concept de l'arbitrage s'est considérablement transformé. La mondialisation des échanges commerciaux mais aussi l'apparition du principe de la liberté contractuelle et de la bonne foi ont amplifié le rôle de la justice privée dans le monde et l'ont même, en quelque sorte, banalisée. Aussi, y a-t-il lieu de parler d'une véritable métamorphose de ce moyen de résolution des conflits depuis sa naissance dans le berceau de l'Hellade. En effet, ce qui distingue l'arbitrage d'aujourd'hui de celui de l'Antiquité c'est qu'il est devenu une institution dotée d'un cadre réglementaire national et international, mis en place non pas tant pour faire régner l'harmonie et la paix entre les gens que pour appliquer le droit.³ Ses techniques se sont aussi progressivement sophistiquées et se sont distancées des autres modes de règlement des conflits.⁴

L'objectif de la présente étude est donc de réfléchir d'abord sur la question suivante : de nos jours, l'arbitrage du commerce international aurait-il atteint son apogée, ce point culminant à partir duquel il projetterait la plénitude de sa puissance ? Si oui, dans quel rapport avec cette institution se trouve aujourd'hui la notion de l'arbitrabilité ? La notion qui semble détenir la clé de l'ascension de la justice privée. En effet, les deux sèmes du terme – *arbitr* et *habil* - signifient clairement la faculté, l'aptitude d'une matière d'être réglée par voie d'arbitrage et donc, par effet de miroitement, ce terme signifie également les matières qui ne peuvent pas l'être. Appliquée à notre sujet, l'arbitrabilité devrait donc délimiter un champ d'action effectif de l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle et, du même coup, une sphère d'ombre dans laquelle il devient inopérant. Aussi, si

¹ Ralstone J. H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, California 1929, p. 153.

² David R., *L'Arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, p. 143.

³ Le mot droit doit être entendu ici au sens large et non seulement au sens du droit positif.

⁴ Ainsi, doit-il être distingué de la justice étatique tout d'abord mais aussi de l'expertise, de la conciliation et de la médiation notamment.

l'arbitrage se trouvait au point ultime de son développement, le domaine de l'inarbitrable devrait se réduire à son *minimum*, voire complètement disparaître.

De plus, s'agissant de l'arbitrage commercial international il y a lieu de se poser une question plus générale. Ainsi, étant donné que l'arbitre international n'a pas de for, quels principes et règles de droit doit-il appliquer pour déterminer l'arbitrabilité et partant, sa compétence ? En outre, vu la tendance majeure *in favorum arbitrandum* eu égard à l'effacement de l'ordre public⁵ dans le contexte de l'arbitrage commercial international, le concept même ne doit-il pas être abandonné sinon, reconsidéré ? L'intérêt de débattre du sujet a été remarquablement démontré par les auteurs grecs, L. A. Mistelis et S. L. Brekoulakis, dans un ouvrage entièrement consacré à la question de l'arbitrabilité qui nous tiendra lieu de fil conducteur pour certaines questions.⁶ Les raisons en sont diverses et dépendent des matières juridiques considérées. Cependant, la recherche ne prétend pas aborder tous les aspects de cette notion. Notamment, la question du droit applicable à l'arbitrabilité ne sera par traitée par cette étude. L'accent sera mis plutôt sur la définition de l'arbitrabilité et sa dynamique dans l'arbitrage international au cœur duquel se placera la question des droits de propriété intellectuelle (1^{ère} Partie).

En effet, l'intérêt d'arbitrer les droits de la propriété intellectuelle semble aujourd'hui évident. Premièrement, la valeur économique découlant des transactions portant sur les droits immatériels est considérable. Deuxièmement, la plupart de ces droits peuvent faire l'objet de contrats, le domaine de l'arbitrage par excellence. Troisièmement enfin, une forte internationalisation des litiges impliquant les droits de propriété intellectuelle nécessite un tribunal neutre, capable de rendre une décision définitive et exécutoire dans la multitude de juridictions concernées. En réalité, un nombre important de conflits de propriété intellectuelle sont aujourd'hui résolus par voie d'arbitrage si bien que le problème de l'arbitrabilité en la matière puisse paraître inapproprié ou, à tout le moins, dépourvu d'actualité.⁷ Cependant, l'exercice de l'arbitrage dans ce domaine se heurte à un

⁵ Hanotiau B., *Arbitrabilité et la favor arbitrandum, un réexamen*, JDI 1994, pp. 101 ss.

⁶ Mistelis/Brekoulakis, *Arbitrability : International & Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2009. L'ouvrage est entièrement consacré à la question de l'arbitrabilité en droit comparé. Les auteurs qui ont contribué à sa rédaction ont étudié le concept d'arbitrabilité dans ses différents aspects ainsi que les problématiques y relatives.

⁷ Cook/Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Wolters Kluwer, The Hague 2010, p. 49.

écueil de taille : celui de la validité du titre enregistré qui, selon les pays considérés dans cette étude, est réglé différemment. La 2^{ème} Partie sera donc consacrée à cet aspect spécifique de la propriété industrielle, en particulier au brevet.

Enfin quelques mots sont nécessaires pour préciser le cadre de comparaison de la présente étude. Premièrement, quant au choix des systèmes. Les trois systèmes juridiques, à savoir le droit suisse, américain et français ont été choisis en fonction d'une part, du développement et de l'importance du droit de l'arbitrage dans ces pays et de leur rôle de proue en matière de la propriété intellectuelle, d'autre part. Aussi, eu égard à l'influence qu'exercent ces états sur la pensée et sur la pratique de l'arbitrage dans le monde est-il apparu intéressant de comparer leur approche respective en matière d'arbitrabilité de la propriété intellectuelle. L'intérêt de se tourner vers la République Populaire de Chine s'explique par le nombre considérable de litiges portant sur les droits de la propriété intellectuelle que présente ce pays aujourd'hui.⁸ Selon le dernier rapport de l'OMPI « *by September 2010, SIPO had received a cumulative total of 1 million patent filings from overseas applicants. Half of these were filed in the past five years, making China one of the most active countries in terms of global patenting activity* ». ⁹ D'où l'intérêt pratique de pouvoir arbitrer les litiges portant sur la propriété intellectuelle dans les transactions avec ce pays. Deuxièmement, il a fallu faire le choix quant aux droits de la propriété intellectuelle, et vu leur grande diversité, tous ne feront pas l'objet de la recherche. Ici, le choix a été opéré en raison de leur pertinence dans le contexte d'arbitrabilité dans le commerce international avec focus sur le droit des brevets d'invention et des marques ainsi que sur quelques aspects du droit d'auteur.

En ce qui concerne la méthode de comparaison, elle tend à un certain pragmatisme et, vu l'ampleur et la complexité du sujet, à l'économie de moyens. Elle est donc opposée à ce

⁸ Conformément aux statistiques de la CCI, la Chine représente aujourd'hui le pire environnement en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle dans le monde. L'UE estime que 60% de produits contrefaits sur le marché européen proviennent de Chine. L'Organisation mondiale des consommateurs indique que la Chine serait responsable d'un tiers de toute la contrefaçon dans le monde estimée à 512 billion de dollars en 2004. Cf. Wei-Chi C., *Intellectual Property in China*, Dissertation of Doctor Oeconomia of the University of St. Gallen, Bamberg 2009, p. 10.

⁹ Et en matière de marques: "China hosts the world's largest trademark office, reflecting the size, importance and appeal of the Chinese market. To date, the number of trademark applications in China stands at 7.992 million. Of the 5.285 million trademarks registered, 4.247 million are still active, both measures ranking first in the world." Cf. WIPO Magazine, décembre 2010.

que les comparatistes appellent une approche herméneutique ou rhizomatique¹⁰ c'est à dire une interrogation sociologique qui cherchera dans une réalité juridique la manifestation d'une culture, d'une mentalité propre à la société qui l'a adoptée. Cette dernière approche demanderait inévitablement de réduire la portée du sujet afin d'en mieux explorer le fondement socioculturel. Or, tel n'est pas le but de la présente recherche qui se veut actuelle et pratique avant tout.

Enfin s'agissant des sources qui seront utilisées dans cette recherche. Il nous est apparu judicieux de nous référer à des ouvrages fondamentaux pour des questions générales, telles que la notion de l'arbitrabilité ou le rôle de l'ordre public. Par contre, en ce qui concerne des développements plus récents sur la question de l'arbitrabilité objective, nous nous utiliserons plus volontiers des périodiques du droit de l'arbitrage adressées aux universitaires et praticiens pour garder un lien avec l'actualité. En outre, nous avons essayé autant que possible de faire usage uniquement des ressources originales sans passer par l'intermédiaire de traductions sauf pour le droit chinois. Encore que, pour ce qui le concerne, la traduction en anglais soit-elle officiellement dispensée par les autorités chinoises pour beaucoup de textes législatifs ainsi que pour certaines décisions jurisprudentielles importantes.

¹⁰ Legrand P., *Au lieu de soi*, in *Comparer les droits résolument*, PUF 2009, p.17.

Partie I : Le Mythe d'Achilles (Αχιλλεύς)

Au temps d'Homère, le mythe du talon d'Achilles rappelait à l'homme sa mortalité. Autrement dit, ayant donné à l'homme l'apparence et les capacités divines les Dieux ne l'ont pas pour autant rendu leur égal, c'est à dire immortel. De même, en consacrant la justice privée comme une alternative aux juridictions étatiques, les états en ont en même temps limité la portée. Ils ont ainsi posé nombre de restrictions légales, parmi lesquelles se trouvent les conditions d'arbitrabilité des litiges. En effet, comme toutes les matières ne peuvent pas être réglées par voie d'arbitrage, la liberté des particuliers de recourir à la justice privée est donc limitée. Ainsi, l'arbitrabilité s'adresse aux particuliers en ce qu'elle délimite leur liberté contractuelle. Mais elle s'adresse également aux arbitres car elle conditionne leur compétence. De plus, le respect des conditions d'arbitrabilité est ensuite examiné par les juges soit, comme un moyen d'exception à la compétence des arbitres au cours de l'instance arbitrale soit, comme un motif d'annulation de la sentence au moment de la reconnaissance ou de l'exécution. La possibilité offerte aux juges nationaux de contrôler le caractère arbitral ou non d'une matière réglée par l'arbitrage indique clairement le rapport de dépendance qui lie l'arbitrage à la volonté du souverain de lui reconnaître le rôle juridictionnel sans lui conférer la même plénitude de pouvoirs.¹¹

De nos jours néanmoins, l'arbitrage est devenu un moyen juridictionnel quasi ordinaire du commerce international. Son essor a été d'une progression telle que la comparaison avec le vaillant et intrépide guerrier de la mythologie grecque ne paraît plus si farfelue. En effet, l'arbitrage a pu conquérir des domaines relevant traditionnellement du pouvoir juridictionnel exclusif étatique en peu de temps et avec des acquis considérables.¹² Les

¹¹ Il en est ainsi de l'absence d'*imperium* des arbitres. Bien que la notion de l'arbitrabilité ne se confonde pas avec *imperium* (ce dernier signifie le pouvoir des arbitres de faire exécuter leur sentence alors que la première délimite leur compétence de statuer sur telle ou telle question) les deux éléments sont liés. En effet, le non respect des restrictions relatives à l'arbitrabilité peut entraîner le refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence dans un système législatif donné. Pour autant, bien évidemment, que les parties ne s'exécutent pas spontanément.

¹² En effet, si la conception de l'arbitrage est fort ancienne, son développement notamment dans les rapports commerciaux internationaux est un phénomène relativement récent. Il date du XIX s. seulement et résulte principalement de la globalisation du commerce. Cf. David R., *op. cit.*, p. 39 ss. et Carbonneau T., *Etude comparée de l'arbitrage*, Revue internationale de droit comparé, 36 (4) 1984, pp. 727 ss.

pans entiers du droit : le droit de la concurrence et de la faillite, la responsabilité délictuelle, les litiges impliquant la corruption et les pots-de-vin notamment, sont aujourd'hui arbitrables sous certaines conditions.¹³ Ce qui a fait dire à un éminent penseur de droit qu'aujourd'hui il ne subsistent plus que des « îlots d'inarbitrabilité dans un océan d'arbitrabilité ».¹⁴ Or l'arbitrage, serait-il aussi efficace qu'invulnérable de sorte que plus aucune matière ne puisse lui résister ? Autrement dit, pourrait-on désormais affirmer la thèse selon laquelle l'arbitrabilité est la règle et que l'inarbitrabilité est devenue l'exception ? Pour répondre à cette question il est lieu de suivre la dialectique de l'arbitrabilité dans l'arbitrage international commercial. Et de mettre la notion de l'arbitrabilité face à son reflet de miroir, c'est-à-dire l'inarbitrabilité, pour délimiter les domaines respectifs de l'une et l'autre (§ 1). Et partant des constats qui seront faits à cet égard, il y aura lieu ensuite de se demander si les droits de la propriété intellectuelle représentent quelques spécificités dans l'arbitrage commercial de sorte que la question de l'arbitrabilité s'y pose de façon pertinente (§ 2).

¹³ Brekoulakis S. L., *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, *op. cit.*, p. 100; Kirry A., *Arbitrability: Current Trends in Europe*, *Arb. Int'l* 12 (4) 1996, pp. 373ss.

¹⁴ Racine J. B., *Arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris 1999, p. 26.

§1. La dialectique de l'arbitrabilité

Suivre la dialectique d'une matière c'est d'en relever les certitudes et les controverses dans une sorte de dialogue antithétique afin d'essayer de se rapprocher à la vérité, c'est-à-dire d'en dégager la synthèse. Aussi, sera-t-il question tout d'abord de la thèse de l'extension de l'arbitrabilité en tant que tendance majeure *in favorum arbitrandum* dont s'imprègne volontiers aujourd'hui la doctrine du droit de l'arbitrage (A). L'idée en est même venue d'élaborer le concept d'arbitrabilité universelle prémonitoire de la fin de l'inarbitrabilité dans l'arbitrage commercial international. A l'opposé, il subsiste toujours des raisons qui militent contre l'abandon de toutes les matières à la liberté contractuelle des individus. Ce qui explique le maintien du domaine non-arbitrable (B).

A. L'extension de l'arbitrabilité

L'analyse comparative des systèmes démontre que la notion de l'arbitrabilité et son équivalent anglais *arbitrability*¹⁵ sont aujourd'hui consacrés par la majorité des systèmes juridiques pratiquant l'arbitrage.¹⁶ Selon son acception objective elle signifie la capacité d'une matière d'être réglée par voie d'arbitrage alors que selon une acception subjective elle désigne la restriction de compromettre de certaines personnes. Seule la première est considérée dans cette étude. Elle constitue une condition légale de la validité de la clause d'arbitrage et partant, de la compétence des arbitres. En droit américain et en droit chinois, l'arbitrabilité est entendue dans un sens plus large qu'en droit français et suisse. Elle inclut également la portée matérielle de la clause d'arbitrage telle que délimitée par les parties.¹⁷ Ainsi pour qu'une matière soit qualifiée d'arbitrable au regard de ces deux systèmes, il faut qu'une matière soit non seulement conforme aux dispositions légales

¹⁵ Le droit suisse, français, chinois et le droit des Etats-Unis usent du même terme. En Angleterre, cette notion existe également mais on y parle plus fréquemment de «matters capable of settlement by arbitration», Sec. 81 (1) (a) of the Arbitration Act (1996).

¹⁶ Level P., *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1994, p. 213. Cet auteur préfère parler de la restriction à la liberté contractuelle des parties et à la compétence des arbitres plutôt que de l'arbitrabilité ou de non-arbitrabilité.

¹⁷ Poudret/Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London 2007, p. 281, § 326; Fouchard/Gaillard/Goldman, *Traité sur l'arbitrage commercial international*, p. 328, § 532 ss.; Graig /Park/Paulsson, *ICC*, 3rd ed., Oceania Publishing, Paris 2000, p. 60; Jingzhou T., *Arbitration Law and Practice in China*, Wolters Kluwer, The Hague 2008, p. 59; Denhua H., *Arbitrability in China, US- China Law Review*, 3 (4) 2006, p. 45.

d'arbitrabilité mais aussi à la volonté des parties de soumettre cette question à la compétence des arbitres.

Il en résulte donc, que la notion de l'arbitrabilité intéresse à la fois les parties à la clause d'arbitrage, l'arbitre statuant sur sa compétence et les juges appelés à contrôler ou à annuler une sentence arbitrale. D'où le rôle crucial de la question du droit applicable à l'arbitrabilité. Or, presque aucun instrument international ne pose de critère clair quant à son contenu ni ne précise son régime juridique. Par conséquent, la question de l'arbitrabilité sera traitée *de facto* par les états. Ce qui explique l'intérêt et l'importance d'étudier les systèmes législatifs nationaux (α). Cependant, malgré la multitude de critères, la pratique des tribunaux démontre une tendance d'extension généralisée de l'arbitrabilité aux domaines jadis réservés exclusivement aux juridictions étatiques. De sorte que l'idée de la consécration de l'arbitrabilité universelle sort du champ d'une pure hypothèse (β).

α . L'absence de critère unique applicable à la notion

La question de l'arbitrabilité est en effet restée indécise dans les conventions internationales portant sur l'arbitrage commercial international. Ainsi *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* ne contient aucune définition de l'arbitrabilité.¹⁸ Bien au contraire, l'article 1 (5) dispose que la convention n'entend pas affecter les lois nationales des Etats en vertu desquelles une matière ne serait pas arbitrable. La plus importante des conventions internationale à ce jour, la Convention de New-York du 10 juin de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, n'aborde la problématique de l'arbitrabilité que sous l'angle de la loi du for dans lequel la reconnaissance et/ou l'exécution de la sentence sont demandées et oblige les états de reconnaître une convention d'arbitrage « *portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.* »¹⁹ La Convention européenne sur

¹⁸ UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration de 1985 (modifiée en 2006) est une loi modèle élaborée à l'intention des Etats en vu de modernisation et de promotion de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges commerciaux internationaux.

¹⁹ En réalité, les deux articles de la Convention touchent à la question de l'arbitrabilité de manière tangentielle. A ce titre, l'art. II (1) de la Convention de New-York oblige les états de reconnaître la convention d'arbitrage portant sur « *une question pouvant être réglée par voie d'arbitrage* ». Il s'agit donc de la condition de la validité de la convention d'arbitrage. Alors que l'article V (2) (a) de la Convention dispose

l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 reprend la même référence aux droits nationaux et l'étend expressément à l'exception d'arbitrage.²⁰ La consécration de la loi du for a valu aux conventions mentionnées de véhémentes critiques.²¹ Les tribunaux nationaux seraient ainsi habilités à anéantir tout l'effet utile de l'obligation des états de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales étrangères. Même si la pratique a largement démenti les craintes exprimées par la doctrine,²² il n'en reste pas moins que chaque système législatif a défini l'arbitrabilité selon ses propres critères.

Le droit français a adopté le critère d'ordre public international en la matière.²³ Ce critère ne s'applique qu'en matière d'arbitrage international à la différence de l'arbitrage interne qui est soumis à la condition de libre disposition des droits cumulée avec un critère d'ordre public.²⁴ La distinction entre l'arbitrage interne et internationale est une conséquence de la règle d'autonomie de la clause d'arbitrage telle qu'interprétée par la jurisprudence française. L'arbitrabilité des litiges internationaux dépend donc des seules limites tracées par la conception française de l'ordre public international.²⁵ D'après la Cour d'appel de Paris l'inarbitrabilité est désormais limitée aux cas qui « *intéressent au plus près l'ordre public international* » c'est à dire des matières qui ne « *doi[vent] en aucun*

que « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance ou l'exécution sont requises constate :*

a. *Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du litige ne peut pas être réglé par voie d'arbitrage ; »*

²⁰ Art. VI (2) (c) dernière phrase permet au juge de ne pas reconnaître une sentence arbitrale si, à défaut de la loi applicable à la convention d'arbitrage, le litige n'est pas arbitral selon la loi du for.

²¹ Paulsson J., *Arbitrability, Still Through a Glass Darkly*, in *Arbitration in the Next Decade*, ICC Bulletin, Special Supplement 1999, p. 95.

²² Cet aspect sera étudié sous point (β) *infra*.

²³ Il en est ainsi au Québec (art. 2639 CC du Québec), en Algérie (art. 1 du décret législatif sur l'arbitrage du 25 avril 1993), au Maroc (art. 527 du CPC du Maroc), en Tunisie (art. 7 du code de l'arbitrage), en Lybie (art. 740 du CPC), en Egypte (art. 11 de la loi sur l'arbitrage de 1994), au Danemark (art. 1020 al. 3, *Dutch Arbitration Act* de 1986), en Espagne (art. 1 de la loi de l'arbitrage espagnole), au Japon (art. 786 du CPC japonais). Cf. Hanotiau, *op. cit.*, p.97.

²⁴ Art. 2059 et 2060 du CCfr ne s'appliquent désormais qu'à l'arbitrage interne. Cette distinction est un fruit de l'évolution jurisprudentielle qui, après avoir constaté le caractère inapproprié des critères de disponibilité et d'ordre public aux affaires du commerce international, est passée au critère plus général d'ordre public international. Cf. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 345, § 560 ss., ; Hanotiau, *op. cit.*, p. 101.

²⁵ Arrêt *Ganz* rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991, p. 478, note Idot. Dans le même sens, l'arrêt *Labinal* de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993, Rev. Arb., 1993, p. 645. Cf. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 352, § 566.

cas échapper à la juridiction étatique ». ²⁶ Le droit pénal et a capacité des personnes en seraient un bon exemple. Notons que même si la réserve d'ordre public international paraît être plus libérale que la libre disposition des droits, elle peut toutefois créer un climat d'incertitude juridique vu sa nature « *éminemment évolutive* ». ²⁷ Cette référence à l'ordre public est parfois regrettée par la doctrine favorable à l'arbitrage international. ²⁸

A la différence du droit français, les droits suisse et américain sont souvent loués d'avoir adopté un critère clair et univoque d'arbitrabilité. En Suisse cette question est définie selon un critère matériel. La disposition 177 al. 1 de la loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ». ²⁹ La nature patrimoniale de la cause est une notion large et porte sur « *toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties à titre d'actif ou de passif, autrement dit, les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent.* » ³⁰ De plus, le Tribunal fédéral a précisé que ladite disposition opère en tant que règle matérielle de droit international privé et s'applique « *sans égard aux dispositions peut-être plus strictes de la lex causae ou de la loi nationale des parties* ». ³¹ Ainsi l'arbitrabilité d'une matière en Suisse sera examinée au regard de la loi du siège de l'arbitrage uniquement.

Le droit des Etats-Unis dispose lui aussi de la loi sur l'arbitrage qui s'applique dans les litiges interétatiques et internationaux. Hormis ces deux hypothèses, chaque état de l'Union est compétent pour adopter sa propre loi sur l'arbitrage interne. Au sens de *Federal Arbitration Act* de 1925 ³² la clause d'arbitrage a le même effet que qu'un contrat qui « *shall be valid, irrevocable and enforceable save upon such grounds as exist at law or in*

²⁶ Cette précision sur le critère d'ordre public international a été apportée par M. Ancel J.-P., ancien président de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris après la publication de l'arrêt *Ganz*, citée par Racine J. B., *op. cit.*, p. 36.

²⁷ Ancel, *ibid.*

²⁸ Hanotiau, *op. cit.*, p. 97.

²⁹ A l'exemple du droit suisse, le critère de patrimonialité a été également adopté en Allemagne. Cf. § 1030 du nouveau code de procédure civile du 22 décembre 1997.

³⁰ ATF 118 II 353, c. 3 b). Cf. Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 284, § 332.

³¹ ATF 118 II 193, c. 5 c aa). Cf. Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 285, § 333.

³² *FAA* a été codifié sous chapitre 9 de U.S.C., §1- 208 (1988).

equity for the revocation of any contract». ³³ La notion de l'arbitrabilité n'est pas définie par FAA, c'est donc une création jurisprudentielle des tribunaux des Etats-Unis. L'étendue de celle-ci est plus large qu'en droit continental et englobe, comme nous l'avons déjà évoqué, les matières couvertes par la convention d'arbitrage. Elle s'apprécie donc en deux temps. Premièrement, l'arbitrabilité signifie l'accord des parties de soumettre à l'arbitrage tel ou tel objet. Deuxièmement, elle signifie que la matière peut être réglée par voie d'arbitrage au vu des restrictions légales existantes. ³⁴ Néanmoins, la jurisprudence de la Cour Suprême a largement étendu le domaine de l'arbitrabilité et a pris une attitude claire en faveur de l'arbitrage. ³⁵ C'est pourquoi l'arbitrabilité sera refusée uniquement s'il existe un intérêt substantiel exprimé dans une loi fédérale. Le libéralisme en la matière est toutefois tempéré par la *second-look doctrine* développée par la Cour suprême dans *Mitsubishi v. Soler*. Selon cette jurisprudence tous les litiges sont *a priori* arbitrables, le juge américain étant habilité à revoir la cause au stade d'exécution. ³⁶

A l'instar du droit américain, la notion de l'arbitrabilité en droit chinois comprend également la portée matérielle de la clause d'arbitrage. Cependant, eu égard à l'adhésion de la Chine en 1986 à la Convention de New York, la question de l'arbitrabilité sera, rappelons-le, décidée en vertu des dispositions internes d'un état. ³⁷ Ainsi selon l'art. 2 de la loi chinoise sur l'arbitrage du 31 août 1994, sont arbitrables les différends contractuels et non contractuels existant entre les sujets égaux tels que les citoyens, personnes morales, et autres entités. Cependant l'article 3 de la même loi prévoit que les litiges portant sur le mariage, l'adoption, la tutelle, la responsabilité parentale; et les différends administratifs sont exclus de l'arbitrage. Ainsi le droit chinois semble soustraire à

³³ 9 U.S.C. § 2 (1988).

³⁴ Graig /Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 60; Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 282, § 326. Cf. aussi Hanotiau, *op. cit.*, p. 245.

³⁵ *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 US 1 at 24-25 (1983); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614 (1985) cités in McLaughlin: *Arbitrability: Current Trends in the United States*, *Arb. L. Rev.*, 1996, pp.906 ss.

³⁶ Dans *Mitsubishi v. Soler* précité, à la page 614 la Cour Suprême a précisé notamment : « *Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of antitrust laws has been addressed.* » Cf. Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 600, §§ 10-41 ss.

³⁷ II (1) dernière phrase et V (2) (a) de la Convention de New York.

l'arbitrage les matières indisponibles de nature extrapatrimoniale.³⁸ Il est également le seul parmi les quatre systèmes de cette recherche qui interdit expressément l'arbitrage pour les litiges impliquant les autorités administratives. Il faut noter en outre que le droit chinois ne se réfère nulle part à la réserve d'ordre public en tant que critère de l'arbitrabilité.³⁹

A titre de comparaison, la loi russe sur l'arbitrage adopte une approche positive quant à la définition de l'arbitrabilité en désignant comme arbitrables toutes les matières de nature contractuelle et plus généralement celles qui relèvent du droit civil sous réserve des lois qui l'excluent expressément.⁴⁰ D'autres droits ont préféré le critère de disponibilité des droits. Il en est ainsi en droit belge et italien et en droit français mais uniquement dans l'arbitrage interne.⁴¹

L'étude des critères définissant les matières arbitrables du point de vu des lois nationales des états amène logiquement à l'interrogation sur la loi applicable à l'arbitrabilité dans le contexte d'arbitrage international qui implique plusieurs ordres juridiques à la fois. Et comme la question de la loi applicable se posera aux stades différents de la procédure - avant la constitution du tribunal arbitral, au cours de l'instance et au stade post-arbitral - les parties et les arbitres tout comme les juges en sont donc également concernés. Par qui la loi applicable doit-elle être décidée ? De plus, s'agissant des arbitres, sont-ils tenus par les prescriptions légales étant donné que l'arbitre n'a pas de for ? En effet, la Convention de New York s'adresse aux juridictions nationales et non pas aux arbitres, ces derniers doivent-ils s'en sentir néanmoins liés? Comme l'a remarqué un éminent spécialiste de l'arbitrage international M. E. Gaillard, la réponse dépendra inévitablement de la

³⁸ Jingzhou, p.45; Yang C., *Validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international*, thèse de doctorat en droit comparé entre le droit français et le droit chinois, Panthéon-Assas (Paris 2) 2007, p. 77.

³⁹ A ce titre, il est tout à fait remarquable que les deux thèses de doctorat en droit de l'arbitrage en Chine ici présentées s'accordent à dire que l'ordre public comme motif de non exécution d'une sentence étrangère en Chine n'a jamais encore été invoqué avec succès. Yang, *op. cit.*, p. 56 et Wunschheim C. von, *Enforcement of Commercial Arbitration Awards in China*, Thèse de doctorat en droit de l'Université de Fribourg (Suisse), 2010, p. 273 § 8 :45.

⁴⁰ Art. 1 al. 2 et al. 4 de la loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international du 7 juillet 1994. Cf. Söderlund Ch., *A Comparative Overview of Arbitration Laws : The Swedish Arbitration Act of 1999, The English Arbitration Act of 1996 and The Russian Federal Arbitration Law of 1994*, Arb Int'l 20 (1) 2004, p. 75.

⁴¹ Art. 1676 CJB, art. 806 CPCI, et art. 2059 CCfr.

représentation que se fait l'arbitre de son investiture.⁴² Ainsi à supposer qu'un ordre arbitral transnational existe, l'arbitre ne serait tenu par d'autres règles que celles qui relèvent de l'ordre public véritablement international. Notons que même si la tentative d'élaborer un ordre juridique qui ne serait propre qu'à l'arbitrage international détaché de toute loi nationale peut paraître intellectuellement séduisante elle manque d'assise plausible et réaliste. En effet, à l'état actuel du droit international en la matière, une sentence arbitrale est toujours susceptible d'être sanctionnée au stade de son intégration dans un ordre juridique donné que ce soit sur le fondement de l'inarbitrabilité ou sur la base de violation de l'ordre public d'un état.⁴³ Par conséquent, l'arbitre soucieux de l'effectivité de sa sentence portera nécessairement un regard attentif sur les normes législatives pertinentes.⁴⁴

Quoi qu'il en soit, comme l'ont bien exprimé les auteurs : "*Considering the multiplicity of the laws that may define arbitability, one can make only general comments with respect to the categories that give rise to difficulties. [...] there is no substitute to the specific potential applicable national law.*"⁴⁵ Il n'est donc pas possible de considérer que toutes les hypothèses dans lesquelles cette problématique complexe se présente puissent recevoir une réponse incontestable et univoque. Notons qu'une partie de la pensée doctrinale semble définir l'arbitrabilité du point de vu de la *lex loci arbitrii* alors que d'autres prennent en compte *la lex causae*.⁴⁶ Cependant que les juges l'apprécient le plus souvent du point de vu de la *lex fori*.⁴⁷ Ainsi vu la multiplicité de droits potentiellement applicables, tout pronostic à ce sujet est un exercice nécessairement spéculatif.

⁴² Gaillard E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2008. Cf. aussi Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 363, § 580.

⁴³ V (2) (a-b) Convention de New York de 1958.

⁴⁴ La nécessité de tenir compte des lois nationales applicables à l'arbitrabilité est notamment soutenue par : Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 124, § 2.115 ; Lew/Mistelis/Kröll, *op. cit.*, §§ 9-16 ss. Pour une étude approfondie sur la loi applicable à l'arbitrabilité cf. Arfazadeh H., *Arbitrability under the New York Convention : The Lex Fori Revisited*, Arb. Int'l 17 (2001), pp. 73 ss. Le courant opposé soutient que l'arbitrabilité doit être appréciée selon l'ordre public réellement international. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 345, § 559.

⁴⁵ Graig/Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 284 § 332 ; Craig/Park/Paulsson, p. 62.

⁴⁷ V (2) (a) de la Convention de New York réserve expressément ce principe pour la reconnaissance et l'exécution des sentences. Selon Poudret/Besson, cette réserve doit également jouer lorsque le juge est saisi

Et que l'indécision doctrinale continue à planer sur la notion floue et fuyante qu'est l'arbitrabilité, cela n'a pas empêché d'étendre l'arbitrabilité aux domaines d'ordre public. Ce résultat a été obtenu grâce à deux facteurs. Premièrement, de plus en plus souvent les systèmes législatifs posent des critères d'arbitrabilité larges de manière à admettre l'arbitrage dans un domaine vaste de litiges. Deuxièmement, le rôle de l'ordre public dans la définition des matières non arbitrables a diminué et par conséquent, l'invocation de l'ordre public en tant que motif de sanction d'une sentence s'est extrêmement raréfiée. En réalité, si l'on considère l'arbitrabilité comme une restriction légale à la liberté des parties, l'ordre public sous-tend plus ou moins explicitement à chacun des approches existantes actuellement.⁴⁸ Ainsi la dynamique d'expansion de l'arbitrabilité dans l'arbitrage international est directement proportionnelle à la réduction du domaine d'intérêt public et à l'effacement de l'inarbitrabilité.

β. L'effacement de l'ordre public et la naissance de l'arbitrabilité universelle dans l'arbitrage commercial international

Au cours des trois dernières décennies l'importance d'ordre public s'est d'abord affaiblie dans la détermination des matières qui peuvent être réglées par voie d'arbitrage.⁴⁹ Puis son rôle a diminué en tant que moyen de refus de l'exécution des sentences arbitrales étrangères eu égard à l'article V (2) (b) de la Convention de New-York de 1958. La réduction de l'ordre public a inévitablement augmenté le domaine de l'arbitrable. Bien évidemment cette tendance a été appuyée par des systèmes devenus « [...] *more supportive of the parties' right to elect private dispute resolution [in lieu of courts], even where the public interest might appear to be compromised by the nature of the dispute* ». ⁵⁰

d'un recours en annulation de la sentence ou lorsqu'il est requis d'assister une procédure arbitrale, *op. cit.*, p. 285, § 334.

⁴⁸ Youssef K., *The Death of Inarbitrability*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, *op. cit.*, p. 51. Par exemple, les droits dont on ne pouvait pas disposer librement ont été traditionnellement réservés aux juridictions exclusives étatiques car ils empiétaient sur le domaine public. La méfiance que les arbitres en tant que défenseurs des intérêts privés soient à même de préserver l'intérêt public, était à la base de la soustraction de certains droits à l'arbitrage.

⁴⁹ Kirry, *op. cit.*, p. 121 ss.

⁵⁰ Douglas J., *Arbitration and Party Autonomy: How free is the Choice to Arbitrate?* in *the Commercial Way to Justice*, Kluwer, the Hague 1997, p. 121 ss.

Le mouvement libéral en matière d'arbitrabilité a été lancé par la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique. Tout d'abord, la Cour Suprême a étendu le champ d'application du droit de l'arbitrage aux activités économiques substantiellement imprégnées d'intérêts publics, notamment au droit de la concurrence.⁵¹ En se fondant sur l'argument d'intérêts impérieux de prévisibilité et de sécurité dans la résolution des conflits du commerce international la Cour Suprême a offert un cadre conceptuel nécessaire à l'apparition de l'arbitrabilité universelle. Ensuite, la progression de l'arbitrabilité dans le droit des Etats Unis a marqué, tour à tour, le droit boursier, le droit de la propriété intellectuelle et les litiges impliquant la corruption.⁵² La Cour aurait ainsi souligné la nécessité d'avoir un système juridictionnel propre aux intérêts du marché économique mondial qui seraient supérieurs aux objectifs économiques protectionnistes nationaux. En outre, vu que la clause d'arbitrage est traitée aux Etats-Unis en tant que simple contrat, en cas de doute sur l'arbitrabilité d'une matière le juge américain doit appliquer le principe contractuel fondamental, à savoir la présomption en faveur de l'arbitrabilité.⁵³ Il s'ensuit qu'aux Etats Unis une matière est présumée arbitrale sans égard à la nature du différend.⁵⁴

En droit français, le recul de l'ordre public en matière d'arbitrage a été pour la première fois clairement exprimé par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Ganz* du 29 mars 1991. La Cour a en effet statué qu' « en matière internationale, l'arbitre [...] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de [l']ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ». ⁵⁵ Ainsi sous l'impulsion de la jurisprudence, la conception initialement restrictive de

⁵¹ L'arrêt faitier dans ce sens est incontestablement *Mutsubishi v Soler* (1985) cité *supra*. Dans cet arrêt la Cour Suprême des Etats-Unis a admis la compétence des arbitres d'appliquer les dispositions impératives du droit de la concurrence des Etats-Unis en matière de contrats internationaux.

⁵² *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) en droit boursier ; *Sartuday Evening Post v. Rumbleseat Press Inc.*, 816 F. 2d. 1191 (7th Cir. 1987) en droit de la propriété intellectuelle ; *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490, U.S. 477 (1989) pour les litiges soumis au *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act*.

⁵³ *Moses v. Mercury Corp.*, (1983), cité *supra*.

⁵⁴ McLaughlin, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵ Rev. arb., 1991 p. 478, note L. Idot. La solution a été ensuite confirmée par les arrêts *Beyrard*, CA de Paris, 12 janv. 1993, Rev. arb 1994, p. 685, note de P. Mayer et l'affaire *Labinal*, CA de Paris, 19 mai 1993, Rev. arb., 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson.

l'arbitrabilité du droit français est devenue relativement libérale.⁵⁶ L'exclusion *ex ante* de tous les litiges susceptibles d'intéresser l'ordre public en vertu de l'article 2060 du Code civil français est aujourd'hui dépassée.⁵⁷ Donc, l'inarbitrabilité en droit français serait essentiellement réservée aux causes indisponibles de nature extrapatrimoniale pour lesquelles l'éviction du recours à l'arbitrage est impérative (droit pénal, l'état et la capacité des personnes, par exemple).

La loi chinoise sur l'arbitrage ne retient l'ordre public ni en tant que critère général de l'arbitrabilité ni en tant que cause de nullité de la convention d'arbitrage. Donc, le seul fait que le litige intéresse l'ordre public ne rend pas une question automatiquement inarbitrable. Cependant, la Cour Populaire Suprême de Chine semble avoir retenu récemment la violation de *l'ordre public et social de Chine* comme une cause d'annulation ou de refus d'exécution d'une sentence étrangère en se référant à l'article 258 § 2 du Code de procédure civile chinois.⁵⁸ Cet ordre public et social serait toutefois réduit aux *normes juridiques fondamentales de l'Etat*.⁵⁹ En l'absence de décision sur ce cas, Jingzhou Tao, par exemple, rend attentif à ce que la notion d'ordre public en Chine « *is to a large extent connected to political landscape, which makes it difficult to predict and control the outcome of the enforcement matters* ». ⁶⁰ Selon l'étude de Friven et Yu, la pratique des cours populaires manifeste une attitude généralement favorable à l'arbitrage et correspond à la

⁵⁶ L'on verra par la suite que d'autres ordres juridiques connaissent une approche encore plus ouverte en la matière. Tel est le cas du droit suisse, par exemple.

⁵⁷ De manière étonnante cette évolution libérale a commencé tout d'abord dans l'arbitrage interne marquée notamment par l'affaire *Impex c. Société PAZ* rendu par 1^{ère} civ., Cass., 18 mai 1971, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP, 1972, p. 124. Cf. également arrêt *Tissot*, Cass. 29 novembre 1950 et dans le même sens : CA de Paris 22 mai 1980 et Cass. com., 21 oct. 1981, Rev. arb., 1982, p. 264, note J.-B. Blaise. En matière internationale ce glissement sera annoncé par la décision *Meulemans*, CA de Paris, 21 fév., 1964, JDI 1965, p. 113, note Goldman. Dans cette arrêt la cour a déclaré que tout litige « *relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public ne serait de ce fait être soustrait à l'arbitrage* ».

⁵⁸ Article 258 §2 du code civil chinois du 9 avril 1991(modifié en 2007)dispose : « *If a people's court determines that the enforcement of an award will violate the social and public interest, the court shall make a ruling to disallow the enforcement of an arbitral award.* »

⁵⁹ CPS, 26 décembre 1997, Ta (1997) et CPS, 23 janvier 2006, les deux exemples sont cités dans la thèse de Yang C., *op. cit.*, p. 56. Conformément à l'interprétation de la Cour Populaire Suprême une décision étrangères doit être réputée d'avoir violé l'ordre public de Chine lorsqu'elle est « *(i) in violation of the basic principles reflected/ regulated in the Constitution or Four Fundamental Principles of China ; (ii) will damage the sovereignty or State security of China ; (iii) is in violation of the fundamental rules of Chinese Law ; (iv) is against the obligations that China undertook in international treaties [...]; (v) or against the publicly recognized principle of fairness or justice in international law* ». Les quatre principes fondamentaux de la RPC consistent en l'adhésion aux idées socialistes conformes à la pensée de Marxisme-Léninisme.

⁶⁰ Jingzhou., *op. cit.*, p. 189.

tendance majoritaire en la matière.⁶¹ La preuve en est qu'entre 2000 et 2007, aucune sentence arbitrale étrangère n'aurait été annulée sur le fondement d'ordre public. Et conformément à la recherche qui a été menée par Mme von Wunschheim, cela continuerait même depuis 1995 déjà après la ratification de la Convention de New York par la Chine.⁶² Notons que ces constats doivent être appréciés avec prudence. Premièrement, il y a d'autres fondements de l'inefficacité des sentences étrangères en Chine dont nous ne traitons pas ici. Deuxièmement, la pratique des cours populaires intermédiaires compétentes pour l'exécution des sentences étrangères diffère considérablement de celle de la CPS. Les recours auprès de cette dernière contre les décisions de refus d'exécution par les cours inférieures sont très fréquents. Et enfin il n'existe pas à ce jour de statistiques officielles qui permettraient d'affirmer avec certitude l'état de droit en la matière.⁶³ Ainsi en ce qui concerne le recul de l'ordre public dans l'arbitrage international, la Chine se démontre globalement favorable à l'arbitrage. Néanmoins, cette situation est sujette aux aléas conjoncturels politiques et doit être appréciée avec un certain sens de réalisme. En résumé toutefois, il faut remarquer que la question de l'arbitrabilité est appréhendée de façon large en Chine ce qui permet de soumettre à l'arbitrage une palette vaste de matières juridiques.

En droit suisse l'obstacle de l'ordre public a été résolu avec une simplicité désarmante. En effet, comme le droit suisse admet l'arbitrabilité de toutes les causes de nature patrimoniale, le domaine inarbitrable pour des considérations d'ordre public n'est qu'une peau de chagrin. Dès lors il n'y a pas eu de difficulté pour le Tribunal fédéral d'admettre la compétence des arbitres d'appliquer les règles du droit public. Il en était ainsi dans l'arrêt resté dans les annales de la jurisprudence internationale *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A.*⁶⁴ L'affaire portait sur l'embargo sur des activités commerciales avec l'Irak édicté par les Nations Unies et applicable également à la Suisse. Le Tribunal a confirmé la compétence des arbitres d'appliquer les règles de droit international public sans égard au caractère d'ordre public de l'affaire. De plus, le critère de patrimonialité a le mérite d'être

⁶¹ Friven/Yu, *The Peoples Courts and Arbitration : Snapshot of Recent Judicial Attitudes on Arbitrability and Enforcement*, J.Int'l Arb., 12(4) 2007, p. 637.

⁶² Jingzhou., *ibid.* Et Wunschheim, *op. cit.*, p. 281, § 8 :52.

⁶³ Jingzhou., *op. cit.*, p. 192.

⁶⁴ ATF 118 II 353.

immédiatement et universellement comprise par tous. Il couvre en effet toutes les matières ayant un caractère pécuniaire pour les parties ce qui est, dans le monde de marché globalisé, un point de repère commun. Aussi, si l'arbitrabilité universelle avait à être réellement consacrée en droit de l'arbitrage, son concept existe-il *de jure* en Suisse.

En effet, comme l'a justement noté M. M. Mohamed Salah, « à défaut d'un droit international uniforme, la possibilité offerte aux opérateurs économiques grâce aux effets conjugués de l'autonomie de la volonté et de la libéralisation de l'arbitrage commercial international de développer un espace juridique, dans lequel la distinction entre le national et l'étranger est appelée à disparaître, semble une alternative crédible ».⁶⁵ Dans ces circonstances, le concept de l'arbitrabilité universelle est plus qu'utile, il est tout simplement indispensable à la sécurité des transactions économiques internationales souvent étroitement imbriquées dans le domaine du droit public. Ainsi les penseurs de droit de l'arbitrage s'en sont promptement pris pour essayer d'éliminer l'obstacle d'inarbitrabilité. Même les pays du tiers monde qu'on aurait pu penser les plus restrictifs en la matière, semblent aujourd'hui rapidement évoluer vers une attitude ouverte et tolérante à l'arbitrage commercial international dans les domaines d'intérêt général. La pléthore de facteurs – la protection des investissements étrangers, le besoin de prêts, les contraintes dues à la régulation de l'économie de marché mondial - ont contribué à l'élargissement de la notion de l'arbitrabilité dans ces pays. Même si les restrictions locales continuent à y exister, « *there are more reminiscences of past unpleasant arbitration experiences, than true reflection of present and potentially future attitudes* ».⁶⁶ Le domaine de l'arbitrable s'est ainsi étendu simultanément dans deux directions : il est

⁶⁵ Cités dans Farjat G., *Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économiques et la mondialisation*, Revue international de droit économique, 2003 /3-4 (t. XVII), p. 26.

⁶⁶ Youssef, *op. cit.*, p. 61.

sorti du domaine propre au contrat⁶⁷ et il comprend désormais les matières du droit public.⁶⁸

Là encore la comparaison avec le légendaire héros homérique se révèle opportune. La puissance de la justice au service des personnes privées a accompli des conquêtes remarquables et étonnantes. L'institutionnalisation de l'arbitrage et la performance de ses techniques caractérisent désormais ce mode de justice qui n'a rien à envier aux juridictions étatiques. L'arbitrage a prouvé en effet qu'il peut tout aussi bien se préoccuper de la protection de la partie faible que préserver les intérêts de la société en général. Le standard de conduite de l'arbitre n'a jamais été aussi proche du juge ordinaire.⁶⁹ A l'instar de ce dernier, l'arbitre d'aujourd'hui est appelé à appliquer les normes du droit public, de tenir compte des édictons des lois de police étrangères parfois même des règles du droit constitutionnel et les règles d'équité.⁷⁰ La ligne de démarcation entre le privé et le public s'estompe peu à peu en renforçant du même coup la certitude de ceux qui pensent que l'inarbitrabilité est vouée à disparaître.

Dès lors que l'importance des éventuelles restrictions nationales ne joue plus le même rôle qu'auparavant et parce que les méthodes de la définition de l'arbitrabilité dans le domaine international ont changé, une nouvelle phase de l'existence de l'arbitrage a peut-être commencé, à savoir celle de la fin de l'inarbitrabilité. Cette thèse, comme nous l'avons vu, mérite d'être considérée sérieusement. Néanmoins, poursuivant le raisonnement dialectique de la recherche, essayons d'affronter l'affirmation de la fin de l'inarbitrabilité à son antithèse, à savoir sa pérennité.

⁶⁷ Aujourd'hui les litiges portant sur la responsabilité délictuelle et les droits créés directement par la loi peuvent en principe être arbitrés dans pratiquement tous les systèmes législatifs. Cf. en droit chinois ces litiges sont arbitrables. Friven/Yu, *op.cit.*, *J.Int'l Arb.*, 12(4) 2007, p. 637.

⁶⁸ Kirry, *op. cit.*, p. 374: "in recent years, a marked tendency to reduce the importance of public policy as a test for arbitrability is possible [...] by permitting arbitration even in cases involving to a large extent the application of public policy rules". Mc Laughlin, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁹ Il s'agirait même de l'assimilation de l'arbitre au juge dans certains cas. Cf. Lazareff S., *L'arbitre, est-il juge ?* in *Mélange en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris 1999, p. 173.

⁷⁰ Mayer P., *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec 1991.

B. Le talon d'Achille

Selon le mythe, la mère d'Achilles trempa son fils dans le fleuve Styx pour le rendre invulnérable. Ce faisant elle le tenait par le talon. Le guerrier resta ainsi invincible jusqu'à ce que Amour, seul sachant le mystère de la naissance d'Achilles, eut dirigé la flèche de Pâris à l'endroit où la magie divine s'arrêtait. De même, appuyé par une volonté politique et économique favorable, l'arbitrage semble avoir conquis des domaines traditionnellement réservés aux seules juridictions étatiques. La réduction du rôle de l'ordre public comme critère des matières arbitrables, présage-t-elle la disparition totale de l'inarbitrabilité ? Autrement dit, pourrait-on affirmer que l'arbitrabilité des litiges est devenu « *un principe transnational (universel)*⁷¹, *directement applicable, sans confrontation à une loi étatique quelconque ?* »⁷² A notre avis, rien n'est moins sûr. Quelques facteurs militant contre une telle hypothèse doivent être relevés. Tout d'abord, malgré l'effacement de l'ordre public dans la définition de l'arbitrabilité toutes les approches actuelles en la matière sont imprégnées plus ou moins explicitement d'intérêt public général. Le droit pénal ou le droit administratif ne seraient-ils pas inarbitrables précisément parce qu'ils constituent des piliers fondamentaux de toute société ? L'intérêt de garder le contrôle sur ces matières essentielles à la cohésion sociale par des moyens démocratiquement établis est en effet capital pour celle-ci. La persistance des aires de l'inarbitrabilité dans d'autres domaines du droit – la consommation, le travail, les assurances ou la propriété intellectuelle – sont tous des exemples de la réserve que manifestent les législateurs et les juges à l'égard de l'ouverture totale à l'arbitrage. La thèse de consécration de l'arbitrabilité universelle ou transnationale ne nous paraît pas convaincante pour une autre raison également. A supposer que tous les systèmes s'accordent à établir la présomption de l'arbitrabilité sans égard à la nature du différend, le risque d'exception d'ordre public subsistera toujours au moment du contrôle du contenu de la sentence par le juge judiciaire. Il est difficile d'imaginer en effet l'hypothèse selon laquelle la prérogative de vérifier la conformité d'une décision étrangère aux valeurs fondamentales d'un ordre juridique serait totalement abandonnée à la liberté contractuelle des parties. Dans ces circonstances, la question de l'arbitrabilité peut jouer

⁷¹ Ajouté par l'auteur.

⁷² Les propos de M. Goldman cités in Hanotiau, *op. cit.*, p. 253.

un rôle de dénominateur commun permettant aux juges et aux arbitres de mesurer la portée de l'autonomie de la volonté des parties et en cas de la violation manifeste des restrictions légales de déclarer une matière inarbitrable avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. En dernier lieu enfin, n'oublions pas que si la notion de l'arbitrabilité connaît actuellement une très grande extension c'est précisément parce que les systèmes progressistes en soutiennent cette trajectoire. Aussi, suffit-il que les raisons impérieuses de protectionnisme réapparaissent dans tel ou tel domaine économique, pour que le l'espace des matières arbitrables se réduise en conséquence. Le choix de l'approche à l'arbitrabilité dépend donc largement des circonstances conjoncturelles politique, économique et bientôt peut-être écologique. La résurrection récente de l'affaire *Tapie* relative à la violation des intérêts économiques importants de l'Etat français en est, semble-t-il, l'une des manifestations.

Au vu de tous les facteurs évoqués ci-dessus, il semble douteux que la thèse de l'arbitrabilité universelle puisse être raisonnablement soutenue. Et comme en effet, « *l'étendue de la non-arbitrabilité est[-t-elle] très dépendante de la confiance que l'on peut avoir en ce mécanisme de règlement des différends qu'est l'arbitrage* », ⁷³ la notion de l'arbitrabilité sera donc une sorte de constante à l'étendue variable directement proportionnelle de la confiance plus ou moins grande que les états placent dans la justice privée. La dialectique de l'arbitrabilité opère donc dans un monde antithétique entre, d'une part, le concept d'arbitrabilité tendant vers l'universalisme dans l'économie globalisée et la pérennité de l'inarbitrabilité teintée d'ordre public, de l'autre.

§2. La propriété intellectuelle : droit spécifique dans l'arbitrage international ?

« *To date, the issue of arbitrability has never been raised in any arbitrations administered by WIPO Center.* » ⁷⁴ Ce bilan de l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle sur l'arbitrabilité des droits de la propriété industrielle nous tiendra lieu d'introduction à ce paragraphe. En effet, au vu de ce que nous avons constaté ci-dessus, la problématique de

⁷³ Fouchard/Gaillard/Goldman, op cit., p. 347, § 562. Dans le même sens David, op. cit., p. 259 : « *L'arbitrage est facilement soupçonné d'être au service des [puissants]* » ce qui expliquerait selon l'auteur des restrictions de recourir à l'arbitrage en matière de concurrence notamment. Or, l'évolution de la jurisprudence française a pris une position diamétralement inverse à la thèse de R. David, en autorisant dans ce domaine la compétence des arbitres sous le seul contrôle du juge de l'annulation ».

⁷⁴ WIPO Arbitration and Mediation Center Report 2009, p. 51.

l'arbitrabilité n'est-elle pas désormais dépourvue d'intérêt du moins dans ce domaine-là? Dans la négative, pourrait-on dire que la propriété intellectuelle est un droit spécifique dans l'arbitrage commercial international? Et dans l'affirmative, quelle incidence cette spécificité aura-t-elle sur la question de l'arbitrabilité particulièrement? Il s'agira donc, de relever d'abord le particularisme des droits de la propriété intellectuelle en général (A) et puis ensuite d'étudier les droits qui sont arbitrables et ceux qui ne le sont éventuellement pas (B).

A. La polyphonie des droits de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle est une notion juridique relativement récente.⁷⁵ Les premières lois en la matière portaient d'abord sur la protection de la propriété industrielle. La protection des pures créations de l'esprit n'ayant pas d'application industrielle est apparue plus tard.⁷⁶ Il en résulte que le terme de la propriété intellectuelle n'a pas d'acception universelle commune à tous les systèmes juridiques. L'approche la plus compréhensive est peut-être celle de l'article 2 (viii) de la Convention établissant l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle dénombrant à l'heure actuelle 184 Etats signataires.⁷⁷ La disposition est rédigée de façon large et non exhaustive. S'y sont énumérés « *les droits relatif:*

- *aux oeuvres littéraires, artistiques et scientifiques,*

⁷⁵ La première loi française sur le brevet date du 7 janvier 1791. Aux Etats-Unis, elle est consacrée le 10 avril 1790. En Suisse le droit de la propriété industrielle n'a pas bénéficié d'une loi fédérale uniforme jusqu'en 1954 en raison de la structure fédéraliste particulière de ce pays. C'est pourquoi la première source de la propriété intellectuelle est d'origine internationale en Suisse. Ainsi la Confédération a été parmi les onze premiers états signataires de la convention de Paris de 1884 pour la protection de la propriété industrielle. Avant 1980, l'année de l'entrée de la Chine à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le droit de la propriété intellectuelle est presque méconnu dans la République populaire de Chine. Et ce n'est qu'en 1985 que la première loi sur les brevets d'invention est adoptée dans cet état.

⁷⁶ Selon Galloux J.-Ch., *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?* in *Liber amicorum G. Bonet*, LexisNexis, Paris 2010, p. 204, la conception qui a présidé à la reconnaissance de ces droits à la fin du XVIII^e siècle a été façonnée à l'image de la propriété corporelle tout d'abord. Le caractère tangible de la propriété industrielle se prêtait donc plus facilement à cette conception. En effet, il y a eu une hésitation de la jurisprudence et de la doctrine à ériger le droit d'auteur en droit de propriété à cause de sa nature immatérielle.

⁷⁷ La Convention établissant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle du 14 juillet 1967 signé à Stockholm. La liste complète des Etats membres est disponible sur le site de l'OMPI.

- aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine,
- aux découvertes scientifiques,
- aux dessins et modèles industriels,
- aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et aux dénominations commerciales,
- à la protection contre la concurrence déloyale,
- et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.⁷⁸

La convention ne donne donc pas de définition de la propriété intellectuelle dans le sens qu'elle ne contient pas de critère conceptuel qui pourrait s'appliquer à tous ces droits en tant que propriété intellectuelle.⁷⁹ Aussi, le terme de propriété intellectuelle est-elle une *notion de commodité*⁸⁰ qui, sous une dénomination commune, couvre la diversité complexe de réalités juridiques et socioculturelles. Il existe en effet une multitude de droits de la propriété intellectuelle ayant des objets de protection et des régimes juridiques différents. Si certains d'entre eux sont des droits de propriété au sens classique du terme car ils confèrent à leur propriétaire le régime légal complet tels que le brevet, les marques, les dessins et modèles industriels ou encore le droit d'auteur. D'autres se bornent à ne présenter que quelques caractéristiques du droit de la propriété. Ainsi les noms de domaine, les secrets de commerce ou les bases de données⁸¹ n'offrent pas la même étendue de protection. En effet, la protection de ces droits n'est généralement pas assurée contre le découvreur indépendant, et ne peut être invoquée que contre des actes limités.⁸² C'est dire que tous les droits de la propriété intellectuelle ne peuvent pas être caractérisés

⁷⁸ A titre de comparaison, l'Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce de 1994 élaboré sous l'égide de l'Organisation Mondiale du Commerce définit également la propriété intellectuelle de manière catégorielle et non exhaustive.

⁷⁹ Gurry F., *Specific Aspects of Intellectual Property Disputes*, in ASA Bulletin, Special Series (6) 1994, p. 113.

⁸⁰ Gurry F., *ibid*, p. 113 : « *the term of "IP" itself is a term of convenience.* »

⁸¹ La protection des bases de données est un droit *sui generis* créé par la directive européenne 96/9/EC du 11 mars 1996. C'est une particularité du droit européen qui n'existe ni aux Etats-Unis ni en Suisse pas plus qu'en Chine.

⁸² Selon Galloux, la différence entre le régime juridique complet et incomplet réside dans la possibilité de protéger le droit par une action en contrefaçon dont certains droits de propriété intellectuelle ne bénéficient pas. Le régime de propriété complet doit être exclusif de tout usage non autorisé des tiers.

de monopolistiques. Encore que la durée du monopole lui-même est différente selon l'objet du droit. Un autre facteur de diversité des droits de la propriété intellectuelle découle des conditions de leur naissance. Les uns sont soumis à l'enregistrement public, d'autres n'en ont pas besoin et existent du seul fait de leur création.⁸³ Il s'ensuit que la propriété intellectuelle est administrée de façon protéiforme et complexe. Ce qui, dans le contexte de l'arbitrabilité, donne lieu à la différenciation de régimes applicables en la matière.⁸⁴

Il en va sans dire que la polyphonie des droits de la propriété intellectuelle se reflètera également dans la multitude des relations et des litiges qui peuvent en résulter. En effet, les différends relatifs à la propriété intellectuelle sont très divers et peuvent découler de différents contrats : contrats de licences, contrat de transfert de technologie de propriété intellectuelle, contrats relatifs au développement, à la recherche et à l'investissement ainsi qu'aux contrats de travail. Par exemple, les contrats de recherche et de développement peuvent donner lieu à des litiges relatifs à l'attribution de la propriété du titre ou encore aux indemnités dues à l'inventeur, employé de l'entreprise.⁸⁵ Ce qui peut impliquer, le cas échéant, l'application des règles impératives en matière de travail, de concurrence déloyale, etc. D'autre part, il est courant que le contrat de vente d'un brevet, par exemple, soit assorti de garantie sur validité ou sur l'étendue du droit en question. Les litiges peuvent donc surgir sur l'invalidité subséquente d'un titre de propriété industrielle. Hormis la question d'indemnisation dans ce dernier cas de figure, l'arbitrage sur la validité du titre peut interférer avec les autorités administratives du lieu de l'enregistrement. Certains de ces litiges peuvent donner lieu à des actions civiles tandis que d'autres sont protégés par des actions pénales. De plus, étant donné le caractère immatériel de l'objet de protection ce qui la rend facilement « transportable » par delà des frontières. Des nouveaux modes de communication permettent désormais un transfert instantané et presque imperceptible du savoir. Ce qui aboutit à l'internationalisation des pratiques illégales. Par conséquent, la régulation au niveau national ou même régional de

⁸³ C'est une distinction fondamentale entre la propriété industrielle et le droit d'auteur notamment.

⁸⁴ Grantham W., *The Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, Berkeley J. of Int'l Law 1996, p. 195.

⁸⁵ Cook/Garcia, *op. cit.*, p.12. Cf. également, Hanotiau, *op. cit.*, p. 199.

ces litiges peut amener à des conflits de juridictions et aux décisions jurisprudentielles contradictoires.⁸⁶

La diversité des droits de propriété intellectuelle combinée à la multitude de situations juridiques qui en résultent constitue donc, la spécificité propre à ce domaine de droit. Certains droits sont des monopoles avec l'effet *erga omnes*, d'autres ne le sont pas, certains sont soumis à enregistrement, nombre d'autres existent *per se*, les autorités publiques y étant impliquées à des degrés divers. De plus, le progrès technologique devient si rapide que les nouveaux objets immatériels issus de l'intelligence humaine apparaissent sans qu'un système juridique ait le temps de changer sa législation de façon adéquate. Dès lors il n'existe pas de prévisibilité juridique absolue quant aux nouvelles formes de propriété intellectuelle comme les procédés d'affaire ou *genetic mice*, par exemple. La propriété intellectuelle implique en outre les matières hautement techniques et demande, par conséquent, un encadrement juridique très complexe.

Vu cette diversité extraordinaire ou, métaphoriquement parlant, cette polyphonie d'objets et de formes de la propriété intellectuelle, vu également l'étendue de protection différente des droits y afférents, il n'est pas possible de répondre de façon univoque quant au régime d'arbitrabilité applicable. Pour déterminer le domaine et les limites de l'arbitrage en la matière, il faudrait en effet examiner la question en fonction de la nature des litiges où les droits de la propriété intellectuelle sont en cause.

B. Le domaine de l'arbitrage

Nombre d'études portant sur la propriété intellectuelle démontrent que la quantité importante de litiges relatifs à ce domaine se résout actuellement par voie d'arbitrage.⁸⁷ La plupart des litiges portent sur le droit des brevets et les marques. De manière générale, la question de l'arbitrabilité objective de ces litiges ne s'est posée que rarement.⁸⁸ En effet,

⁸⁶ Notons à cet égard que l'existence des brevets, marques et designs européens n'assure pas une juridiction unique en cas de litige. Chaque Etat membre de l'UE dispose de son propre système de protection de la propriété intellectuelle. Le principe de territorialité s'applique donc à l'UE également. *Cf. Cook/Garcia, op. cit.*, p. 9.

⁸⁷ Dès le début de l'année 2010, Le Centre de Médiation et de l'Arbitrage de l'OMPI a instruit 110 arbitrages relatifs à la PI. Rapport du Centre cité in *Cook/Garcia, op. cit.*, p. 49.

⁸⁸ *Cook/Garcia, ibid.*

la grande majorité des différends en propriété intellectuelle résulte des obligations contractuelles qui sont traditionnellement arbitrables (α). Les aspects qui ont parfois soulevé des hésitations quant à l'arbitrabilité sont relativement rares et relèvent d'habitude des domaines entachés d'ordre public tels que le droit du travail, la validité du titre de la propriété industrielle ainsi que l'attribution des licences obligatoires (β).

α. Les droits classiquement arbitrables

Le contrat est le domaine de l'arbitrage par excellence. Les restrictions à la compétence des arbitres y sont en effet difficilement envisageables. Le contrat implique généralement des droits disponibles des parties. De plus, ces droits ont une valeur patrimoniale certaine de sorte que la plupart des systèmes admet l'arbitrage dans ce domaine sans d'autre restriction que la libre disponibilité du droit, l'objet du contrat.⁸⁹ En Suisse, par exemple, des litiges portant sur la propriété intellectuelle sont pleinement arbitrables en vertu du critère de patrimonialité.⁹⁰ Ainsi tous les aspects de la propriété intellectuelle, le droit moral de l'auteur et les litiges d'expropriation de brevet y compris, peuvent faire l'objet de la clause d'arbitrage. En France, l'arbitrabilité en la matière a été affirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 1994 en ces termes : « *les litiges portant les contrats relatifs à l'exploitation des brevets, qu'il s'agisse d'interprétation ou d'exécution du contrat, sont arbitrables* ». ⁹¹ Dans la logique de l'arrêt précité, rien ne s'opposerait à ce que les arbitres soient saisis de la question de la validité d'une cession, de l'exécution ou de la résiliation d'un contrat de licence de droit de la propriété industrielle. Le même principe est transposable au droit des marques et au droit d'auteur.⁹² En Chine, les lois relevant du droit des brevets d'invention et des marques ne font pas référence à l'arbitrage. Depuis le 27 octobre 2001 la loi sur les marques ouvre la voie de recours devant les tribunaux judiciaires aussi bien pour les actions civiles en contrefaçon ou concurrence déloyale pour des actions pénales. La loi sur les brevets fait pareil. Avant seule la voie administrative était possible. Faut-il en déduire que l'arbitrage est exclu de ces matières ? Pour certains,

⁸⁹ Hanotau, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁰ Art. 177 al. 1 LDIP. ATF 118 II 356 b). Cf. Poudret/Besson, *op.cit.*, p. 303, § 354.

⁹¹ L'arrêt *Sté Déko c/C. G. Dingler et Sté Méva*, Rev. Arb., 1994, p. 515, note Jarrosson. Cf. ICC Award No 6709, ICC Bulletin 1994, p. 69.

⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 366, § 583. Bonet/Jarrosson, *op. cit.*, p. 67. Fortunet E., *op. cit.*, Arb. Int'l 26 (2) 2010, p. 293.

il faut nuancer cette exclusion. « Si l'action sur la validité des titres est réservée à la compétence exclusive des autorités administratives concernées, l'action civile en contrefaçon ne devrait pas l'être. De plus, en vertu de la loi sur l'arbitrage, l'arbitrage devrait être admis dans tous les litiges qui relèvent des différends contractuels ou patrimoniaux. » Donc, en ce qui concerne la Chine, en vertu de la nouvelle loi sur l'arbitrage et conformément à la Convention de New York, les litiges résultant des contrats ou de la violation des droits de propriété intellectuelle sont arbitrables. La solution d'arbitrabilité des contrats a été par ailleurs expressément consacrée dans la loi chinoise sur le droit d'auteur.⁹³ L'arbitrabilité des litiges portant sur la violation des droits de la propriété y est également admise.⁹⁴ La réserve doit être faite quant au transfert de technologie. Conformément à la législation chinoise actuelle, les contrats de transfert à titre d'investissement sont soumis à approbation des autorités publiques au niveau local, régional ou étatique suivant le montant et la nature de l'investissement en cause. Ainsi la soumission de ces contrats à la clause d'arbitrage peut s'avérer problématique.⁹⁵ Aux Etats-Unis tous les litiges de la propriété intellectuelle sont en principe arbitrables. Le Parlement a expressément prévu cette possibilité en matière de validité, d'opposabilité et de contrefaçon des brevets.⁹⁶ Quant au droit d'auteur, il n'existe pas de disposition légale semblable au droit des brevets. Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine transposent la même règle à ce domaine également et admettent la compétence des arbitres en ce qui concerne la cession de licence, la violation des droits de l'auteur et la validité du droit, à titre incident.⁹⁷

Dès lors dans tous ces systèmes les droits et les obligations découlant des contrats ayant pour l'objet la propriété intellectuelle sont *en principe* très largement arbitrables. Il en est ainsi des litiges portant sur l'attribution et le montant des redevances, du transfert de droit de propriété ainsi que les accords de développement conclus sur les droits de la

⁹³ Art. 2 de la loi sur l'arbitrage de 1994 et 49 de la loi d'auteur de 1991.

⁹⁴ Grantham, *op. cit.*, p. 204 ; Jingzhou, *op. cit.*, p. 61 ; Yang C., *op. cit.*, p. 106.

⁹⁵ Grantham, *ibid.*

⁹⁶ 35 U.S.C. § 294. Cf. Hanotiau, *op. cit.*, p. 208.

⁹⁷ *Sartuday Evening Post v. Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F. 2d. 1191, 1998-99 (7th Cir. 1987).

propriété intellectuelle et de la violation des obligations découlant de cession et d'exploitation de licences.⁹⁸

Si l'action civile en contrefaçon est également considérée comme relevant du domaine classique de l'arbitrabilité⁹⁹ le recours à l'arbitrage paraît peu probable dans ce cas. Deux raisons militent contre une telle hypothèse. Premièrement, les litiges relatifs à la contrefaçon surgissent sans qu'il y ait une convention d'arbitrage préexistante entre les parties. Ce qui rend le recours à l'arbitrage d'un commun accord par un compromis extrêmement difficile. Deuxièmement, le contrefacteur invoquera le plus souvent l'invalidité du titre pour contester la compétence des arbitres devant les juridictions étatiques.¹⁰⁰ Ce qui peut ruiner, du moins provisoirement, la compétence des arbitres.

En ce qui concerne la responsabilité délictuelle qui peut résulter par exemple de l'usage non conforme aux conditions d'exploitation d'un brevet, il est désormais largement reconnu que ces litiges sont arbitrables.¹⁰¹ Par conséquent, l'interprétation de la convention d'arbitrage aura un rôle déterminant pour établir la compétence des arbitres.¹⁰²

β. Les aires d'incertitude

La tendance à l'extension de l'arbitrabilité correspond à « *un vaste mouvement* » en droit comparé.¹⁰³ Ce constat est pleinement applicable en matière de la propriété intellectuelle.

⁹⁸ Lew/Mistelis/Kröll, *op. cit.*, p. 209, ch. 9.64. Ainsi que Lew D. M., *Intellectual property disputes and Arbitration*, Final Report of the Commission on International Arbitration, 9 (1) ICC Bulletin (37) 1998 p. 41 ss.; Perret F., *l'Arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit comparé : Suisse/Allemagne/Italie*, in *Arbitrage et la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois, Librairies techniques 1994, p. 77.

⁹⁹ Mantakou A. P., *Arbitrability and Intellectual Property Disputes*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁰⁰ Bonet/Jarrosson, *op. cit.*, p.67. La question de l'arbitrabilité du titre de la propriété industrielle sera étudiée dans la partie II *infra*.

¹⁰¹ Graig/Park/Paulsson, *op.cit.*, p. 65, § 5.07. Et Youssef, *op. cit.*, p. 51. Pour le droit chinois cf. Friven/Yu, *op. cit.*, 638.

¹⁰² Selon la Convention de New York, Article 2 II (1), la convention d'arbitrage doit être reconnue au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou *non contractuel*, susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. En vertu de la Convention donc, l'arbitrabilité du litige fondé sur la responsabilité délictuelle doit être accordée. Cf. Graig/Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 66, § 5.07.

¹⁰³ Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 353, § 568.

Cependant, quelques aspects de celle-ci soulèvent encore des difficultés et constituent des aires d'hésitation quant à l'arbitrabilité. Il en est ainsi du droit moral de l'auteur, par exemple. Les quatre systèmes juridiques qui consacrent le droit d'auteur - la Suisse, la France et la Chine et les Etats-Unis, - ne résolvent pas cette question de la même manière. Ainsi, selon la nouvelle loi suisse sur le droit d'auteur, le droit moral est un droit extrapatrimonial.¹⁰⁴ Il s'ensuit que l'arbitrabilité de cette question doit être soustraite à l'arbitrage international en vertu du critère de patrimonialité.¹⁰⁵ Néanmoins, étant donné le caractère cessible et transmissible des droits personnels de l'auteur - le droit moral de l'auteur, droit à l'intégrité de l'œuvre - doivent être arbitrables selon l'opinion de Mme Troller.¹⁰⁶ Sans précision jurisprudentielle, il faudra donc attendre un précédent pour savoir la position des arbitres et des tribunaux sur ce sujet.

La doctrine française est plus réticente en la matière. Un spécialiste du droit international privé a pu remarquer par ailleurs que ce droit ne devrait pas être arbitrable à cause du caractère non aliénable et donc non disponible de ce droit.¹⁰⁷ En ce qui concerne les Etats-Unis, le droit moral n'est pas un attribut du *Copyright* qui a été totalement construit à partir du droit de la propriété et de ce fait est un droit exclusivement économique. De surcroît, le droit d'auteur aux Etats Unis, comme nous l'avons déjà pu observer, ne font exception à la règle d'arbitrabilité. Dans l'arrêt *Saturday Evening Post Co. Rumbleseat Press, Inc.*, la Cour d'appels des Etats-Unis a ainsi statué qu'un arbitre pouvait connaître de la validité du *copyright*. En se référant à l'affaire *Mitsubishi*, La Cour a notamment retenu qu'étant donné que l'arbitrage des litiges impliquant le monopole économique n'étaient pas considérées comme un danger pour d'ordre public, l'arbitrage impliquant un monopole de moindre danger, c'est-à-dire *Copyright*, doit être admis *a fortiori*.¹⁰⁸

¹⁰⁴ La loi suisse sur le droit d'auteur(LDA) du 9 octobre 1991 (dernière modification du 1^{er} janvier 2011).

¹⁰⁵ Art. 177 al 1^{er} LDIP. Cf. Perret Fr., *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁶ Troller, K., *Specific Aspects of Intellectual Property Arbitration*, ASA Bulletin (6), p. 157. Dès lors que tous les droits découlant du seul fait de la création appartiennent à l'auteur, à tout le moins s'il n'est pas lié à un contrat de travail, ce dernier doit pouvoir en disposer librement. Il doit ainsi pouvoir rendre publique son œuvre ou la tenir en secret, la vendre ou en faire un autre usage. Il peut également y renoncer. Cette liberté de disposer du fruit intangible de son travail intellectuel a par ailleurs une valeur pécuniaire et, partant, souligne Mme Troller, ces droits doivent pouvoir faire l'objet de négociations.

¹⁰⁷ Oppétit B., *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins*, précité, p. 121 ss.

¹⁰⁸ 816 F. 2d 1191, 1198-99 (7 Cir. 1987).

En Chine, la distinction entre le droit moral et les droits patrimoniaux de l'auteur existent comme en France. Cependant, les deux aspects du droit d'auteur semblent susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage. En effet, l'article 45 de la loi chinoise sur les droits d'auteur du 7 septembre 1990, modifiée le 27 octobre 2001, soumet tous les différends découlant des droits d'auteur à la conciliation et, en cas d'échec, à une commission d'arbitrage. Ainsi les actions contractuelles et délictuelles sont-elles désormais arbitrables en Chine. Selon Yang, le droit chinois démontre un certain libéralisme en la matière¹⁰⁹ ce qui n'est pas encore le cas en droit de la propriété industrielle (*infra*).

La question de licences obligatoires constitue un deuxième domaine de réticence dans le contexte d'arbitrage. Généralement, la doctrine propose d'exclure de l'arbitrabilité les licences imposées ou obligatoires car elles impliquent l'intervention des autorités judiciaires. Dès lors que les autorités publiques y soient directement en cause « *ce domaine paraît donc relever intégralement de l'ordre public* ». ¹¹⁰ La réserve doit éventuellement être faite quant au droit de redevances et de modalités d'exploitation des licences obligatoires qui relèvent incontestablement de la matière contractuelle. L'inarbitrabilité des litiges portant sur l'attribution de licences obligatoires est également avancée par la doctrine suisse. Il y est ainsi observé, par exemple, qu'étant donné l'absence de la volonté des parties dans le processus de décision sur ce type de licences, l'arbitrage en est par conséquent, exclu. Seules les autorités compétentes sont habilitées de définir les conditions et le champ d'attribution de telles licences. A l'instar de la procédure d'expropriation et de restrictions à l'export, le domaine réservé de l'état, l'attribution de licences obligatoires n'est pas arbitrable.¹¹¹ De même, en Chine, l'attribution de licence obligatoires implique nécessairement l'intervention de l'autorité administrative ce domaine est expressément exclu de l'arbitrage.¹¹²

En droit du travail, il subsiste également quelque incertitude quant à l'arbitrabilité des litiges y relatifs. Nombreux sont les systèmes législatifs qui restreignent ou interdisent le

¹⁰⁹ Yang, *op. cit.*, p. 118.

¹¹⁰ Bonet/Jarrosson, *op. cit.*, p. 66.

¹¹¹ Troller, *op. cit.*, p.160.

¹¹² Art. 3 de la loi sur l'arbitrage de 1994 et 48 ss de la loi sur les brevets d'invention de 1984 (dernière modification de 2000). La décision de l'autorité administrative compétente est désormais susceptible de recours judiciaire. Cf. article 55 de la loi sur les brevets d'invention.

recours à l'arbitrage dans les litiges impliquant une partie considérée faible. Ainsi, les litiges relatifs aux inventions des salariés ne seraient pas arbitrables en droit français sur le fondement d'une clause compromissoire sous motif d'ordre public dont relève le droit du travail. Néanmoins, selon la doctrine française rien ne s'opposerait à ce qu'un tel litige puisse devenir arbitral une fois les relations du travail sont rompues. Ainsi les conséquences juridiques et pécuniaires qui s'attachent au contrat de travail peuvent être réglées par voie d'arbitrage sur la base d'un compromis.¹¹³ Cela correspondrait en effet à la logique de l'arrêt *Ganz* précité selon laquelle les arbitres d'aujourd'hui peuvent faire application de règles tirées du droit de la concurrence, du droit des brevets et des marques, du droit des procédures collectives et du droit des sociétés notamment, en dépit du caractère sensible (lire d'ordre public) de ces matières.¹¹⁴ A titre d'exemple, dans deux jugements, la Chambre sociale de la cour de cassation de France rendus en 1999, a décidé qu'une clause d'arbitrage contenu dans contrat international de travail n'était pas nulle et non avenue mais simplement inopposable à l'employé qui a saisi les juridictions françaises en vertu des règles de procédure applicables.¹¹⁵ En Belgique également, les parties peuvent conclure un compromis une fois les relations du travail sont terminées mais ils ne le peuvent *pro futuro* par une convention d'arbitrage.¹¹⁶ En suisse, en dépit des restrictions au niveau cantonal en la matière, l'arbitrabilité des litiges relevant de contrats du travail internationaux est admise sur le fondement du critère de patrimonialité de ces litiges (article 177 LDIP). Aux Etats-Unis la nature du droit du travail ne s'oppose pas à l'arbitrabilité des litiges en découlant. Selon la doctrine américaine, premièrement l'arbitre international n'a pas à tenir compte des prohibitions des lois nationales de l'une des parties pour autant qu'elle ait librement consenti à la convention d'arbitrage. Deuxièmement, dans le contexte de contrats internationaux, le concept d'ordre public

¹¹³ Bonet/Jarrosson, *ibid*, p. 67. Néanmoins, selon Craig/Park/Paulsson « *[t]he arbitrability of employment agreements ... may generally be viewed as doubtful* ». *Op. cit.*, p. 342. S'agissant des autres pays européens, Kirry A., *op. cit.*, p. 386 va dans le même sens. Dans le contexte des contrats de travail conclus avec les artistes-interprètes, M. Oppéit fait remarquer « *qu'en matière internationale il y a lieu d'exclure le recours à l'arbitrage dès lors que le contrat est soumis à la loi française, car la jurisprudence ne fait pas ici jouer la règle matérielle consacrant la validité propre de la clause compromissoire indépendamment de toute norme de rattachement.* » Cf. Cass soc., 12 février 1985, Rev. Arb. 1986.47.

¹¹⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 357, § 574.

¹¹⁵ Arrêts cités in Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 313, § 366. Rev. Arb., 1999, p. 290 note Moreau.

¹¹⁶ Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 313, § 366.

international est bien établi, aussi les dispositions d'ordre public nationales n'ont pas vocation à s'y appliquer. Donc, le principe est que la liberté des parties à un contrat international de recourir à l'arbitrage ne doit pas être restreinte au vu des lois nationales plus restrictives. C'est une règle matérielle d'ordre public international favorisant la sécurité des transactions internationales.¹¹⁷ Dès lors, pour ces auteurs rien ne devrait faire obstacle à l'arbitrabilité des litiges entre les parties ayant un pouvoir de négociation inégal, le droit de la consommation et le statut personnel y compris. Le droit du travail en Chine, peut-il être soumis à l'arbitrage ? Les deux parties à la clause d'arbitrage doivent être égales selon l'article 2 al. 1 de la loi sur l'arbitrage. Dans le cas des relations de travail il y a, en règle générale, un rapport de subordination, ce qui exclue, à l'état actuel du droit, ces litiges du domaine de l'arbitrage.

En ce qui concerne le droit de propriété, la distinction doit être faite entre les droits de la propriété intellectuelle qui sont soumis à l'enregistrement, et ceux qui ne le sont pas. La première catégorie comprend notamment le brevet, les marques, les dessins et modèles industriels ainsi que les obtentions végétales. Alors que la dernière catégorie porte sur le droit d'auteur et les droits voisins. L'arbitrabilité peut poser problème en ce qui concerne le titre de propriété enregistré car il s'agit là de l'intervention dans le domaine des autorités publiques. Par contre, une décision arbitrale sur le titre de propriété littéraire et artistique, vu l'absence de registre public en la matière,¹¹⁸ devrait être possible étant donné que la sentence n'aura d'effet qu'*inter partes*.¹¹⁹ Et une contestation portant sur le même titre de propriété pourra ultérieurement être intentée par un tiers non partie à l'arbitrage.

Pour des raisons de complétude, il y a lieu de poser la problématique de l'arbitrabilité du validité du titre dans ce chapitre déjà, la deuxième partie de l'étude y sera par ailleurs entièrement consacrée. Pour résumer cette question à ce stade, notons que le sujet de la validité de titres de propriété industrielle est l'objet de restrictions dans la plupart des

¹¹⁷ Graig/Park/Paulsson., *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁸ La Convention de Berne, en effet, ne soumet l'existence du droit d'auteur à aucune formalité. *Cf.* article 5 al. 1 de la Convention. L'enregistrement du droit d'auteur est longtemps resté obligatoire aux Etats-Unis. Depuis 1978, il est facultatif mais comme il joue le rôle de preuve d'antériorité, l'enregistrement en est indirectement encouragé. *Cf. Copyright Act* § 408.

¹¹⁹ Cook/Garcia, *op. cit.*, p. 51. *Cf.* également Gurry F., *op. cit.*, p. 119.

systèmes législatifs. Ces restrictions sont justifiables non pas tant en raison de l'importance des règles légales en question qu'en raison du *caractère absolu* de la protection conférée par ces droits.¹²⁰ Cette protection est quelquefois appelée « *le monopole d'Etat* » qui relève des juridictions exclusives de l'état. En outre, les droits de la propriété industrielle ont l'effet *erga omnes*, ce qui est souvent considéré comme un obstacle majeur à l'arbitrabilité de ces litiges.¹²¹

La loi suisse est la plus libérale au monde dans ce domaine. Ainsi le tribunal arbitral peut statuer sur la validité d'un brevet ou d'une marque et sa sentence peut servir de demande de modification du registre des brevets auprès l'Office Fédéral pour la Propriété Intellectuelle.¹²² En Angleterre et aux Etats Unis, cette possibilité est également prévue mais la sentence n'aura d'effet qu'*inter partes*.¹²³ En Allemagne, l'arbitrage est exclu pour les questions de validité, de révocation et l'attribution de licences obligatoires. Cette solution est toutefois controversée dans la doctrine étant donné la nouvelle loi sur les brevets d'invention.¹²⁴ Alors qu'en France, l'attribution de brevet ou de marque ainsi que leur validité, intéressant les tiers, aucune convention d'arbitrage ne peut donner à des arbitres la compétence de se prononcer utilement sur ces questions.¹²⁵ La même retenue s'observe en droit italien et néerlandais. En outre, sous la réglementation européenne, les litiges sur la validité des titres de propriété industrielle sont inarbitrables.¹²⁶ Les

¹²⁰ Graig/Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 67; Poudret/Besson, *op.cit.*, p.303, § 354. A titre de comparaison, on notera qu'il y a des systèmes qui interdisent l'arbitrage dans toutes les questions relevant du droit des brevets. Cf. 18 (1) *Patent Act* de 1978 de l'Afrique du Sud.

¹²¹ Poudret/Besson, *op.cit.*, p.303, § 354.

¹²² Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 303, § 355. Cf. RSPI 1976, p. 36 ; CJ GE SJ 1977, p. 186 (relative à la validité d'un brevet) ; Handbook III, Switzerland-Briner, Ch.II.3 a. Cf. Lew/Mistelis/Kröll, *op. cit.*, p. 209, ch.9.64.

¹²³ Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 304, § 357. Handbook II, England-Veeder, Ch.II.3 (a), Mustill and Boyd 2001, p. 73. Et en droit des Etats Unis cf. 35 U.S. C. § 294(a).

¹²⁴ Poudret/Besson, *ibid.*

¹²⁵ Arrêt *Deko*, Rev. Arb., 1994, p. 515 note Jarosson. Cf. également, le refus d'un tribunal arbitral de juger de la validité d'un brevet français, sentence CCI no 1912 (1974), citée par Derains Y., *L'expérience de la Cour d'arbitrage de Commerce International en matière de propriété industrielle*, Rev. Arb., 1977, p. 46. Une autre sentence de refus de statuer sur l'utilisation autorisée ou non du nom de la marque, affaire CCI no 4491, 1984.

¹²⁶ La Directive de l'UE 44/2001 Article 22 al. 4 confère des questions portant sur la validité de brevets et de marques enregistrés aux juridictions exclusives étatiques. Cf. Lew/Mistelis/Kröll, *op. cit.*, p. 209, ch. 9.64.

restrictions les plus « sévères » en la matière sont constatées en Afrique du Sud, en Israël et dans la Corée du Sud.¹²⁷

En guise de conclusion, l'on notera que les droits de propriété intellectuelle sont arbitrables dans une très large mesure et que dans le contexte de l'arbitrage commercial international, ce domaine juridique n'est pas substantiellement différent des autres domaines du droit. En effet, le nombre écrasant de litiges résulte, en général, des problèmes d'ordre contractuel et patrimonial qui portent sur les droits librement disponibles. Par conséquent, un arbitre peut connaître de la mauvaise l'exécution, de l'inexécution ou de la résiliation des contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle. Il peut en outre déterminer s'il y a eu violation des droits du propriétaire d'un titre de propriété intellectuelle et statuer éventuellement sur les dommages et intérêts. Les aires d'incertitude quant à l'arbitrabilité sont plutôt résiduels. Ils sont dûs au caractère spécifique de la propriété industrielle, à savoir au caractère de droit de monopole opposable à tous, conféré par une autorité publique et soumis à l'enregistrement. Ainsi en est-il de la validité du titre. Néanmoins, dans la partie suivante nous verrons sur l'exemple du droit des brevets que cette question peut être résolue différemment selon les considérations que l'on décide d'avancer. Et qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de consensus majoritaire en la matière.

¹²⁷ Hanotiau, *op. cit.*, p. 205.

Partie II : La pomme de discorde : la validité du titre d'un brevet

La question de l'arbitrabilité serait dépourvue de son intérêt si, comme l'on a vu plus haut, tous les litiges portant sur la propriété intellectuelle étaient incontestablement arbitrables. En effet, la tendance majeure en faveur de l'arbitrage et l'extension progressive de l'arbitrabilité aux aspects relevant d'ordre public réduisent le champ d'inarbitrabilité. Cependant, en ce qui concerne la propriété industrielle la problématique de l'arbitrabilité n'a pas perdu de son acuité ou, du moins, de son actualité pour deux raisons. Premièrement, la propriété industrielle est soumise au principe de protection territoriale. Ainsi, dans le contexte des litiges internationaux cela peut poser le problème d'arbitrabilité dans le cas où une loi nationale prohibe le recours à l'arbitrage en la matière. Dès lors, même si l'on considère que l'arbitre international n'est pas tenu des prohibitions d'une loi étatique quelconque et qu'en vertu du principe *Kompetenz-Kompetenz* il peut déterminer sa propre compétence, la question de l'arbitrabilité peut réapparaître au stade de l'annulation ou de l'exécution de la sentence pour autant que les parties ne s'exécutent pas spontanément. Deuxièmement, l'existence de la propriété industrielle, et particulièrement des brevets, est soumise à l'enregistrement dans tous les systèmes ici étudiés. La publicité rend le droit de propriété opposable aux tiers et acquiert l'effet *erga omnes*. Ce dernier élément est souvent évoqué en tant qu'obstacle à l'arbitrage, qui est une justice établie sur un strict consensus des parties.¹²⁸

En effet, les litiges de propriété intellectuelle pleinement arbitrables ont cela de commun qu'ils ne mettent en cause que les droits des parties au litige. Ainsi les différends sur l'attribution des redevances, les conditions d'exploitation et d'exécution du contrat de licence, les conséquences civiles de la contrefaçon, les indemnités dues à l'employé pour son invention peuvent être arbitrées sans affecter des droits des tiers. Alors qu'une contestation sur le titre de propriété enregistré - marques, brevets, dessins et modèles - peut potentiellement intéresser le tiers, par hypothèse, le vrai propriétaire du brevet ou son licencié. En effet, comme l'invalidation d'un brevet entraîne automatiquement la

¹²⁸ Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 125, §§ 2.188-2.119.

nullité des licences y afférentes, faute d'objet, toutes les parties au contrat de licence en seront concernées. De plus, la validité du titre est attribuée par une autorité publique. La justice privée saurait-elle intervenir dans le domaine de droit public ? Dans l'affirmative, quelle étendue de ce pouvoir peut-on conférer à l'arbitre ? Autrement dit, saurait-on envisager de lui accorder la plénitude juridictionnelle en la matière, avec comme conséquence, le pouvoir d'invalider le titre de propriété industrielle ? Ou alors, ne peut-on admettre qu'une compétence limitée de l'arbitre de statuer sur la validité d'un brevet à titre incident ? Et finalement, la prohibition totale qui subsiste dans certains systèmes est-elle justifiable et au regard de quels principes ? Il faudra donc, opposer les thèses relatives à l'inarbitrabilité de la validité d'un brevet aux antithèses pertinentes (§ 1). Ensuite, nous compareront les droits nationaux étudiés en appliquant le même raisonnement (§ 2).

§1. La validité du titre entre ses thèses et antithèses

L'autonomie de la volonté des parties est un principe fondamental dans le droit du commerce international. Néanmoins, en règle générale, l'autonomie des personnes privées s'arrête là où commence l'ordre public.¹²⁹ Par conséquent, les parties sont *a priori* habilitées à conclure n'importe quel accord pourvu qu'il n'empiète pas sur le domaine réservé de l'état. Dans le cas contraire, cet accord pourra être déclaré nul et non avenu. Aussi la prohibition en matière d'arbitrabilité des titres de propriété industrielle est-elle parfois justifiée par l'existence des restrictions légales, d'une part (A). D'autre part, l'inarbitrabilité en la matière est parfois fondée exclusivement sur le critère d'ordre public (B).

A. Les thèses relatives aux restrictions légales

Le premier argument relatif à l'inarbitrabilité de la validité de titres de la propriété industrielle – ou de manière plus large, de toute la propriété intellectuelle soumise à l'enregistrement – se fonde sur la compétence étatique exclusive d'attribution, de modification et de révocation de ces droits. Dès lors le pouvoir des arbitres de statuer sur ces questions dérogerait à la compétence exclusive desdites autorités et empiéterait sur le domaine public.¹³⁰ Cette opinion est controversée. Par exemple, selon M. Bonet et M. Jarrosson, il n'y a pas de lien nécessaire entre compétence exclusive d'une juridiction et l'exclusion d'arbitrage.¹³¹ La constatation d'existence d'une compétence exclusive légale ne signifie pas que l'arbitrage est automatiquement évincé dans le domaine en question. Selon les auteurs suisses également, « *seule l'interprétation de la disposition en cause et la détermination des valeurs qu'elle vise à protéger permettront de dire si l'arbitrage [y] est prohibé* ». ¹³²

¹²⁹ Cook/Trevor, *op. cit.*, p. 50 : « [...] *under the law of most countries, party autonomy finishes where public interest begins.* »

¹³⁰ Cette compétence exclusive, comme il a été évoqué plus haut, est quelquefois expressément prévue par les lois nationales, par exemple, par la loi allemande, *Patentgesetz* du 16 décembre 1980, BGBl 1981 1.1 § 65.

¹³¹ Bonet/Jarrosson, *op. cit.*, p. 64.

¹³² Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 282, § 326.

Deuxième argument, plus abstrait cette fois-ci, repose sur l'attribution souveraine d'un brevet ou d'une marque par l'état. C'est une thèse dite de souveraineté. Si l'état accorde un droit, seul lui-même peut, par conséquent, l'éteindre.¹³³ Cet argument se heurte tout d'abord à l'objection suivante : le titulaire de propriété industrielle dispose du droit de renoncer à son titre, de le vendre ou d'en faire l'objet d'un contrat. Il peut tout simplement ne pas en faire usage. Pour ce faire, il n'a pas besoin de l'accord de l'état. En bref, le titulaire d'un brevet ou d'une marque peut en disposer librement et, de son propre chef, modifier l'étendue des droits qui lui ont été conférés par le souverain. Une telle latitude de liberté de disposition ne doit-elle pas nécessairement impliquer la liberté de soumettre ces droits à l'arbitrage ? Rien n'est moins sûr. Cependant, la thèse de souveraineté n'emporte pas conviction pour une deuxième raison. En effet, même si l'on admet que seul le souverain a le pouvoir d'accorder des droits et donc, de les éteindre alors, ceci peut être valablement invoqué pour tout type de droit privé indépendamment de son objet. Ainsi l'effectivité de *n'importe* quel droit dans un système donné relève *in fine* de la volonté de l'état. Par conséquent, il suffit que le souverain veuille reconnaître à l'arbitre le pouvoir de statuer sur la validité du titre et de coopérer avec la justice privée pour que cet obstacle soit également surmonté. Au fait, une fois confrontée à une analyse plus critique et impartiale, il devient plus difficile de défendre la thèse de souveraineté, fondée principalement sur des considérations de purs choix politiques.¹³⁴ De plus, une telle thèse pêche par une autre incohérence. Etant donné que l'attribution du titre est, en général, un acte formel qui n'a aucun effet constitutif, lorsque l'arbitre se prononce sur la validité du titre, il ne s'agit pas de défaire ce que l'état a prétendument créé. Au contraire, en vérifiant les conditions matérielles de l'existence d'un monopole, l'arbitre pourrait en faire bénéficier la société s'il constatait que celui-ci est en réalité n'a pas lieu d'être.¹³⁵

¹³³ Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 125, § 2.118; Hanotiau, *op. cit.*, p. 202.

¹³⁴ Smith, p. 307; Hanotiau, *op. cit.*, p. 203.

¹³⁵ En effet, un tant que monopole le brevet restreint la liberté du commerce et de l'industrie. Par conséquent, le maintien d'une restriction injustifiée porte atteinte à la société dans son ensemble, en empêchant d'autres inventeurs et entrepreneurs d'opérer librement dans le domaine protégé par un monopole. Cf. Perret Fr., *L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention*, in *Mélange en l'honneur de B. Dutois*, Librairie Droz, Genève 2002, p. 239 ; Smith, *op. cit.*, p. 306.

B. La thèse relative à l'ordre public

Certains systèmes ont adopté une autre approche. Ils ont complètement séparé la question de l'inarbitrabilité de la validité de propriété industrielle des restrictions légale et l'ont entièrement fondé sur la prémisse d'inarbitrabilité *per se* des droits de propriété industrielle et partant, sur un caractère inadapté de l'arbitrage en la matière. En règle générale, les adhérents de cette thèse se réfèrent à la nature d'intérêt général de ces droits sans définir précisément quels sont ces intérêts qui distingueraient la propriété industrielle des autres droits et particulièrement de la propriété réelle. Cette approche a été bien résumée par M. Grantham « *even though the state usually remains in the background in other types of private disputes, whether similar - in the case of contract actions - or analogous - as with real property arbitration - intellectual property has certain intrinsic features that compels the state into the foreground, and thereby, invokes the ordre public.* »¹³⁶ Le même auteur poursuit avec justesse que cette théorie manque de fondement plausible puisque l'arbitrabilité de titres de propriété réelle, par exemple, n'a jamais soulevé d'objection d'ordre public alors que la nature de propriété n'est pas fondamentalement différente dans les deux cas.¹³⁷ A cet égard, le droit de la concurrence en arbitrage international a eu au moins le mérite de susciter de sérieuses discussions quant à l'intérêt public de limiter la liberté des parties. Alors que les restrictions à l'arbitrabilité de la propriété intellectuelle n'ont jamais provoqué la même exubérance doctrinale et jurisprudentielle.¹³⁸

C'est pourquoi pour admettre l'inarbitrabilité de la propriété intellectuelle basée sur la prémisse de son soi-disant caractère d'intérêt public, il faudrait répondre aux questions suivantes. Quels intérêts publics implique la validité du titre ? Ces intérêts peuvent-ils être représentés de façon adéquate par une instance arbitrale ? Et dans la négative, l'inarbitrabilité est-elle un moyen approprié pour protéger ces intérêts ?

¹³⁶ Grantham, *op.cit.*, p. 183. Cette thèse est très répandue dans la doctrine française. Par exemple, Bonet/Jarrosion soulignent que « *l'organisation de délivrance des titres concerne l'intérêt général dont l'arbitre n'est pas le gardien* », *op. cit.*, p. 64 ainsi que Level, *op. cit.*, p. 228.

¹³⁷ Grantham, *op. cit.*, p. 119.

¹³⁸ Grantham, *op. cit.*, p. 183 et Smith, *op. cit.*, p. 310. Cf. également Mantakou, *op. cit.*, p. 268 : « *It is difficult to see the exact legal basis upon which this type of disputes are non arbitrable* ».

Selon l'étude de Harvard University relative à l'arbitrabilité de la validité des brevets dans les systèmes législatifs différents, l'intérêt qu'aurait la société de conférer un droit exclusif à l'inventeur réside dans l'incitation à inventer, à investir et à rendre l'invention publique.¹³⁹ Les deux premiers objectifs sont atteints par le droit à la rémunération de l'inventeur. Par contre, le devoir de rendre l'invention publique est ce que doit ce dernier à la société pour pouvoir bénéficier du monopole sur son invention. Là gît donc l'intérêt du public : octroyer le monopole sur les titres de la propriété industrielle pour accéder à une information technologique nouvelle qui, autrement, aurait pu rester secrète. Le monopole est ainsi considéré comme un mal nécessaire à l'avancement du progrès technologique. La question est donc, de savoir si le profit que peut avoir la société sous forme d'avancée technologique est mieux assuré par le maintien ou l'invalidation subséquente du monopole accordé.¹⁴⁰ A cet égard, il est tout à fait contradictoire que l'état veuille contrôler la validité du monopole au stade du litige sans vérifier les conditions au fond au moment de sa constitution. Or en France, par exemple, l'examen des conditions de brevetabilité se borne à la vérification de la régularité matérielle des pièces déposées ainsi qu'à quelques conditions de brevetabilité: défaut manifeste d'invention, contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, absence manifeste de nouveauté.¹⁴¹ Dans ce contexte, le droit suisse a le mérite d'être plus cohérent en admettant l'arbitrabilité de la validité du titre d'un brevet dont il n'examine que les conditions formelles.¹⁴² Par contre, cette même thèse serait défendable au regard du droit des Etats-Unis et du droit chinois qui pratiquent un examen complet de brevetabilité d'une invention. En effet, dans ces pays le contrôle porte non seulement sur la régularité formelle de la demande mais aussi sur les conditions de fond de la validité du titre déposé. Cela inclut la recherche des éventuelles antériorités, de la nouveauté et de l'activité inventive. Les mécanismes de recours administratifs internes sont prévus contre les décisions de rejet de la demande auprès des autorités administratives compétentes puis,

¹³⁹ Smith, *op. cit.*, p. 309.

¹⁴⁰ Smith, *op. cit.*, p. 310.

¹⁴¹ Art. 612-12 al. 5-7 CPI. Cf. Mousseron J-M., *Commentaire du décret du 5 octobre 1993 relatif aux brevets d'invention*, JCP éd. E, 1994, no 6, I-330.

¹⁴² Les demandes de brevet suisse ne sont soumises qu'à un examen de forme. Même les demandes manifestement dépourvues de nouveauté peuvent être acceptées. La validité d'un brevet issu d'une telle demande pourra toutefois être contestée par des tiers au moyen d'une action judiciaire en nullité. Cf. L'article 59 al. 4 LBI.

auprès des autorités judiciaires.¹⁴³ Or, la validité de la propriété industrielle est pleinement arbitrale aux Etats-Unis. En Chine cependant l'arbitrabilité en matière de validité de titre de la propriété industrielle est interdite pour d'autres raisons.¹⁴⁴ C'est pourquoi la thèse d'ordre public se révèle inconsistante étant donné que les systèmes du contrôle restreint de la validité du titre lors de sa délivrance invoquent l'intérêt public pour la rendre inarbitrable au moment du litige alors que les systèmes du contrôle complet de la validité admettent l'arbitrage dans ce domaine.¹⁴⁵

A supposer toutefois que les intérêts publics dont la propriété industrielle serait imprégnée lui soient si fatals, voyons si ces intérêts peuvent quand bien même être réglés par l'arbitrage de façon appropriée. En effet, selon les propos de M. Canivet, le juge de la Cour de cassation française: « *Le recours au juge ne vise pas à la proclamation d'une vérité abstraite, mais à la construction de solutions concrètes répartissant au mieux les intérêts des parties pour régler leur différend.* »¹⁴⁶ Dès lors dans les litiges portant sur la validité du titre de propriété industrielle il faut répartir les intérêts dans une relation tripartite: la partie qui invoque la nullité du titre, la partie défenderesse et la société dont les intérêts y seraient directement en cause. Est-ce que l'arbitrage peut constituer un mécanisme adéquat pour « *répartir* » les intérêts de toutes les parties potentiellement affectées par sa décision? Trois ordres d'observation peuvent être faits à cet égard. Premièrement, la possibilité de choisir les arbitres hautement qualifiés dans un domaine scientifique particulier permet d'augmenter les gains d'efficacité de la justice des nouvelles technologies. En effet, le recours à une juridiction spécialement confectionnée pour un litige donné pourrait s'avérer plus rapide et efficace que la justice étatique. Cela permettrait d'éviter des recours inutiles aux experts et hommes de l'art pour des questions sur lesquelles les arbitres possèdent déjà des connaissances nécessaires. Deuxièmement, en ce qui concerne la répartition des intérêts en présence, la pratique a

¹⁴³ §§ 131-135 U.S.C. Les Articles 34 à 40 de la loi chinoise sur le brevet d'invention de 1984 énoncent les conditions de délivrance du titre. Alors que les articles 41, 55 et 57 de la même loi précisent les voies de recours.

¹⁴⁴ En vertu l'art. 3 (2) de la loi sur l'arbitrage de 1994, les litiges impliquant les autorités administratives sont exclus de l'arbitrage.

¹⁴⁵ Sur cette question notamment, cf. de Mello X. A., *L'expérience des arbitres (ou l'« espérance » des arbitres)*, Arbitrage et la Propriété industrielle (12) 1994, pp. 93 ss.

¹⁴⁶ Canivet G., *Le juge entre le progrès scientifique et la mondialisation*, RTD Civ. 2005, p. 33.

démontré que l'arbitrage n'est pas forcément indifférent aux objectifs publics.¹⁴⁷ L'on revient alors à la suggestion des auteurs français sur une étroite dépendance du pouvoir de l'arbitrage de la confiance que l'on place dans ce mode de résolution des conflits.¹⁴⁸ Et troisièmement enfin, à prendre en compte le coût élevé de la preuve d'invalidité du titre, la société aurait tout l'avantage de laisser la justice privée d'en supporter le prix. Quitte à obliger les arbitres de notifier leur décision au registre public. En effet, à supposer que l'arbitre soit compétent d'invalidiser le titre, il se pose un problème délicat de la volonté des parties de ne pas divulguer la sentence. Et le monopole pour un titre, en réalité, invalide pourrait être maintenu. Pour remédier à cela, une notification obligatoire de toute sentence portant sur les titres de propriété industrielle pourrait être exigée comme c'est le cas aux Etats Unis actuellement (§ 2 (A) *infra*).

L'argument le plus convaincant d'écarter l'arbitrabilité du titre de brevet est lié à l'effet relatif de la chose jugée d'une sentence opposé à l'effet absolu d'une décision judiciaire d'annulation. En effet, l'arbitrage étant une justice contractuelle, établie sur le consensus des parties, ne serait affecter les droits des tiers non partie à la convention d'arbitrage. Là aussi, il existe des contre arguments. Premièrement, la confusion semble être opérée entre l'autorité absolue d'une décision d'annulation et son opposabilité aux tiers.¹⁴⁹ L'antithèse repose donc sur cette confusion. En effet, une décision d'annulation acquiert l'autorité absolue du fait de l'anéantissement d'une situation juridique préexistante. Or, tout état de droit modifié ou nouveau n'est en principe pas opposable aux tiers tant et aussi longtemps que ces derniers n'en ont pas pris connaissance. Cela découle du principe fondamental de tout état de droit à savoir la publicité d'actes juridiques. Aussi, toute décision juridictionnelle, qu'elle soit d'effet relatif ou absolu, doit-elle être respectée dès qu'elle est portée à la connaissance du public. Donc, une simple publicité des décisions juridictionnelles est une « *condition suffisante pour permettre [son] opposabilité aux tiers*

¹⁴⁷ Sur l'admission de l'arbitrage dans les domaines relevant de la compétence des pouvoirs publics, cf. notre §1 de la 1^{ère} Partie.

¹⁴⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p 363, § 580.

¹⁴⁹ Duclos J., dans *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ 1984, écrivait que « *l'opposabilité d'un acte, quelle que soit sa nature, ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire. S'agissant d'un jugement, seules les parties au débat peuvent être atteintes, personnellement ou dans leur patrimoine, par la sanction décidée en justice* », p. 140.

et l'effet qui s'ensuit pour eux. »¹⁵⁰ De sorte que si l'on écarte du vocabulaire le terme « *ambigu et finalement trompeur d'autorité absolue* », l'on voit que la thèse de l'effet strictement relatif des sentences arbitrales n'est pas une assise sérieuse pour fonder l'inarbitrabilité de la validité du titre, il suffit à soumettre l'effectivité des sentences d'annulation à la condition de publicité pour écarter cet obstacle.¹⁵¹

En résumé, les « insuffisances juridictionnelles » de l'arbitrage en matière de validité des titres de propriété industrielle ne s'avèrent pas aussi irrémédiables une fois les thèses relatives à l'inarbitrabilité se trouvent confrontées à une analyse attentive. En outre, les limites de l'arbitrage relatives à sa nature strictement contractuelle peuvent être surmontées si l'état décide de coopérer avec la justice privée. Par exemple, il est envisageable d'instaurer un système de publication des sentences portant sur la validité ou l'invalidité des titres dans un registre officiel afin de permettre aux tiers de s'y opposer en justice. Une autre solution serait de faire reconnaître la sentence par le juge naturel avant de porter sa mention dans le registre. C'est par ailleurs la solution du droit suisse (§ 2 (A) β , *infra*). L'on pourrait aussi envisager de limiter l'effet de la sentence aux parties à l'arbitrage sans préjudice aux droits des tiers comme aux Etats Unis (§ 2 (B) α , *infra*).

§2. La dichotomie de l'approche : le droit substantiel

A. Le Royaume du libéralisme

Notre royaume du libéralisme est partagé entre deux systèmes juridiques qui autorisent les arbitres à connaître de la validité d'un titre de brevet. Ces derniers sont ainsi habilités à examiner si un brevet remplit toutes les conditions matérielles de brevetabilité et si ce n'est pas le cas ils pourront l'invalider. Cependant, les deux approches ne sont pas totalement identiques. Le droit suisse, par exemple, est allé jusqu'à permettre la modification du registre de propriété industrielle moyennant une sentence en nullité reconnue par le juge judiciaire (β). Le droit américain, par contre, n'admet que l'effet *inter partes* de la sentence arbitrale (α).

¹⁵⁰ Duclos, *ibid.*, p. 140 poursuit qu' « *il est impropre d'user de l'expression « autorité absolue pour traduire l'opposabilité d'un acte juridictionnel. Cette notion ne fait qu'exprimer un rayonnement virtuel de toute décision vers les tiers* ». Cf. aussi, De Mello, *op. cit.*, p. 110.

¹⁵¹ De Mello, *op. cit.*, p. 110.

α. L'effet inter partes de la sentence

L'arbitrage portant sur la propriété industrielle est réglé par la loi sur l'arbitrage, Federal Arbitration Act (FAA), intégré dans le chapitre 9 du code des Etats-Unis en 2000.¹⁵² La plupart des Etats ont leur propre loi sur l'arbitrage. Cependant, ces lois n'ont pas lieu à s'appliquer aux affaires qui impliquent les règles matérielles de la loi sur les brevets d'invention.¹⁵³ En vertu de *FAA*, en présence d'une convention d'arbitrage une cour judiciaire des Etats-Unis doit renvoyer les parties à l'arbitrage sauf si l'une des parties ne soulève un motif d'invalidité substantielle de la convention d'arbitrage elle-même.¹⁵⁴ En outre, *FAA* autorise les arbitres à émettre des assignations à témoigner, à présenter des preuves matérielles par des moyens d'exécution ordinaires. Même si *FAA* n'aborde pas la question de mesures provisoires, l'expérience a démontré une très large coopération des cours judiciaires à rendre exécutoires les mesures provisoires ordonnées par les arbitres pour autant que les mesures en question soient couvertes par la convention d'arbitrage.¹⁵⁵

En ce qui concerne le brevet, la loi sur les brevets des Etats-Unis permet l'arbitrage dans toutes les questions relevant du droit des brevets, la validité du titre y comprise.¹⁵⁶ Une sentence en résultant sera définitive et exécutoire entre les parties. Il n'y a pas d'exigence légale quant à la forme de la sentence.¹⁵⁷ La notification de la sentence concernant le brevet doit être portée à *United States Patent and Trademark Office*.¹⁵⁸ Tant que la notification n'est pas effectuée, la sentence sur la validité du titre n'aura pas de force exécutoire.¹⁵⁹ Une fois la notification parvenue, la mention sera inscrite sur le dossier du

¹⁵² 9 U.S.C. §§ 1-14.

¹⁵³ 9 U.S.C. §§1-2 et 35 U.S.C. §294 (b) respectivement.

¹⁵⁴ 9 U.S.C. §§ 3-4. Cf. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 403-04 (1967).

¹⁵⁵ *Island Greek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Fla.*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984) ; *Sperry Int'l Trade, Inc. v. Israel*, 689F.2d 301 (2d Cir. 1982).

¹⁵⁶ 35 U.S.C. § 294 (a).

¹⁵⁷ 35 U.S.C. § 294 (c).

¹⁵⁸ 37 C.F.R. §§ 1.335 (a)-(b) du *Code of Federal Regulations* de 2005.

¹⁵⁹ 35 U.S.C. § 294 (e). Cf. Park, *op. cit.*, p. 151 : « if an award by an arbitrator is modified pursuant to 35 U.S.C. § 294 by court, the party requesting the modification must file in the Patent and Trade Mark Office, a notice of modification for placement in the file of each patent to which the modification applies. »

brevet concerné et son contenu sera accessible au public.¹⁶⁰ Les procédures administratives relatives au brevet ne sauraient être suspendues du fait de l'instance arbitrale pendante.¹⁶¹ Néanmoins, les parties ne pourront plus recourir au juge judiciaire en présence d'une convention d'arbitrage valable couvrant la question de validité.¹⁶²

La révision de la sentence est relativement limitée.¹⁶³ Une sentence arbitrale internationale sera examinée au regard de l'article V de la Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ainsi la cour fédérale n'annulera une sentence qu'en cas de fraude, en cas de violation des règles de la procédure ou des droits de la défense¹⁶⁴ ainsi qu'en cas de méconnaissance manifeste de la loi des Etats-Unis.¹⁶⁵ En outre, c'est un principe bien établi dans l'arbitrage commercial international que l'exception d'ordre public doit être interprétée étroitement.¹⁶⁶ Par exemple, les matières qui ne sont pas arbitrables dans les affaires domestiques sous réserve d'ordre public, le sont dans l'arbitrage commercial international.¹⁶⁷

En général, la sentence acquiert *res judicata* tout comme un jugement judiciaire et les questions y relatives ne pourront plus faire l'objet d'une procédure ultérieure.¹⁶⁸ Cependant, la loi sur les brevets d'invention dispose que « [a patent arbitral award] *shall be final and binding between the parties to arbitration but shall have no force or effect on any other person.* »¹⁶⁹ Par voie de conséquence, la sentence ne lie que les parties à l'arbitrage et non pas les tiers.¹⁷⁰ Il reste incertain si et dans quelle mesure un tiers, non partie au

¹⁶⁰ 35 U.S.C. § 294 (d).

¹⁶¹ *Farrel Corp. v. International Trade Commission* (1991), 949 F.2d Fed. Cir. Sur la répartition de compétence et la litispendance relative aux autorités administratives. Cf. Plant D. W., *Arbitrability of Intellectual Property Disputes: the US Perspective*, ASA Bulletin (6) 1994, pp. 127 et 154 (d).

¹⁶² 19 U.S.C. § 1337 (3) (c).

¹⁶³ *First Options v Kaplan* (1995) précité : « [The] court must give considerable leeway to the arbitrator, setting aside his or her decision only in certain narrow circumstances. »

¹⁶⁴ 9 U.S.C. § 10 (a) (1)-(4).

¹⁶⁵ *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953), *Flex -Food, Inc., v CRP, Inc.*, 238 F.3d 1362, 1365 (Fed. Cir. 2001).

¹⁶⁶ *Fotochrome, Inc., v. Copal Co., Ltd.*, 517 F.2d 512, 516 (2d Cir. 1975).

¹⁶⁷ *Mitsubishi Motors Corp., v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, précité.

¹⁶⁸ *Am. Renaissance Lines, Inc., v. Saxis S.S. Co.*, 502 F.2d 674, 678, (2d Cir. 1974).

¹⁶⁹ 35 U.S.C.A. §294 (c).

¹⁷⁰ 35 U.S.C.A. § 294 (c).

procès, peut utiliser la sentence comme un moyen de preuve dans une autre procédure. Par exemple, la sentence pourrait servir de preuve de la connaissance de l'invalidité du titre par le défendeur.¹⁷¹

Quant au choix de la loi applicable à un titre de propriété intellectuelle américain, il est incertain si les parties peuvent choisir une seule loi à une « famille de brevets » internationale. L'avantage serait ici d'opter pour une loi unique régissant les conditions de brevetabilité de tous les brevets de la « famille » et de faciliter du même coup, l'examen de leur validité. Cependant, il n'y aurait pas encore eu de jurisprudence pour une telle hypothèse. Ainsi le plus souvent le tribunal arbitral procède à une étude comparative de tous les systèmes juridictionnels applicables. En l'absence de choix de la loi applicable par les parties, la loi américaine doit être présumée.¹⁷² Alors que la méconnaissance de la volonté des parties quant à la loi applicable est une cause d'annulation de la sentence.¹⁷³

β. La possibilité de modifier le registre moyennant la sentence reconnue par le juge judiciaire

En ce qui concerne le droit suisse, les règles sur l'arbitrage international sont fixées dans le chapitre XII de la loi fédérale sur le droit international privé, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.¹⁷⁴ Selon l'article 176 de cette loi, l'arbitrage est international si l'une des parties au moins n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse. La nationalité des parties ne joue pas de rôle, pas plus que le caractère international du litige.¹⁷⁵ Ainsi, par exemple, un litige portant sur la partie française d'un brevet international entre deux personnes domiciliées en Suisse sera soumis aux règles sur l'arbitrage interne nonobstant l'objet international du litige.¹⁷⁶ Alors qu'en droit français ce litige sera très vraisemblablement qualifié

¹⁷¹ Smith, *op. cit.*, p. 324.

¹⁷² *Deprenyl Animal Health, Inc., v. Univ. Of Toronto Innovations Found.*, 297 F.3d 1343, 1357-58 (Fed. Cir. 2000).

¹⁷³ *Wilko v. Swan* précité.

¹⁷⁴ Art. 176 LDIP.

¹⁷⁵ Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international*, Payot, Lausanne 1989.

¹⁷⁶ Art. 5 du Concordat intercantonal d'adhésion sur l'arbitrage suisse permet l'arbitrage de toutes les matières dont les parties ont la libre disposition et ne s'applique qu'aux parties dont la résidence se trouve

d'international en vertu de l'article 1492 NCPC. En revanche, si l'une des parties est domiciliée en dehors de la Suisse, le litige portant sur un brevet suisse est international au sens de la loi.

Comme l'arbitrabilité est définie en fonction d'un critère matériel de patrimonialité¹⁷⁷ l'arbitrage d'un titre de propriété industrielle est pleinement autorisé. La sentence étrangère portant sur un titre suisse sera examinée et reconnue en Suisse au regard de l'article V (2) de la Convention de New York.¹⁷⁸ S'agissant de la loi applicable à la question de l'arbitrabilité, les arbitres siégeant en Suisse devraient se déclarer compétents même si la cause porte sur la nullité d'un brevet dont la loi nationale prohibe l'arbitrabilité.¹⁷⁹ A cet égard, la compétence exclusive d'une loi étrangère ne relèvera vraisemblablement pas de l'ordre public international de la Suisse.¹⁸⁰ La sentence arbitrale acquiert *res judicata* dès sa communication aux parties.¹⁸¹ Elle peut faire l'objet d'un recours limité auprès du Tribunal fédéral suisse aux conditions énoncées à l'article 190 al. 2 (a-e) LDIP et conformément aux règles de procédure judiciaire de la loi sur Tribunal fédéral du 17 juin 2005, article 77 et ss. Le caractère extrêmement libéral du droit suisse réside en outre dans la possibilité d'obtenir la radiation du titre inscrit dans le registre de l'Office fédéral de la Propriété industrielle moyennant une reconnaissance par l'autorité judiciaire compétente de la sentence¹⁸² avec l'effet *erga omnes*.¹⁸³

Selon M. Perret la question touchant à l'expropriation d'un brevet et plus précisément à l'indemnité due à l'exproprié peut être soumise à l'arbitrage selon l'article 32 de la loi

en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Perret, *op. cit.*, p. 76 ; Troller, *op. cit.*, p.156.

¹⁷⁷ Art. 177 LDIP.

¹⁷⁸ Art. 194 LDIP.

¹⁷⁹ ATF 118 II 193 b) : « L'arbitrabilité d'une cause en matière internationale est traitée à l'**art. 177 LDIP** qui constitue une règle matérielle de droit international privé [...]. Elle est, en conséquence, régie par la *lex arbitrii* sans égard aux dispositions peut-être plus strictes de la *lex causae* ou de la loi nationale des parties, ce qui peut entraîner des conséquences quant à la reconnaissance à l'étranger d'une sentence rendue en Suisse ». Cf. également, Perret, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁰ Perret, *ibid.*

¹⁸¹ Art. 190 LDIP.

¹⁸² Art. 193 LDIP. Cette possibilité est ouverte également en ce qui concerne l'arbitrage interne en vertu de l'art. 44 se référant à l'art. 3 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage.

¹⁸³ Art. 60 al. 2 LBI.

suisse sur les brevets d'invention (LBI).¹⁸⁴ En effet, la cause présente ici une valeur patrimoniale même s'il s'agit des droits indisponibles.

B. Le rempart de la résistance

Le libéralisme des droits américain et suisse n'est pas partagé par tous. Il existe en effet des pays qui n'ont pas encore ouvert le domaine de la validité des titres à l'arbitrage. Sur l'exemple des systèmes de brevets français et chinois, nous verrons qu'il est possible de conférer aux particuliers une très large liberté contractuelle tout en préservant des intérêts jugés sensibles de la société. Ainsi il est envisageable d'admettre la compétence des arbitres en matière de nullité à titre incident (α) ou soustraire complètement les matières administratives du domaine de l'arbitrage (β).

α . La compétence des arbitres à titre incident

En France une sentence portant sur la validité du titre d'un brevet français ne pourra pas être exécutée. Cette règle s'applique également à l'action pénale en contrefaçon. Cette exclusion est due aux restrictions d'ordre public.¹⁸⁵ Les Tribunaux de Grande Instance et les cours d'appels associées sont exclusivement compétents en la matière.¹⁸⁶ Toute tentative de faire exécuter une sentence étrangère touchant à la validité d'un titre sur la base de l'article V de la Convention de New York sera très probablement rejetée en vertu de son inarbitrabilité et sur le fondement d'ordre public. Néanmoins, une politique d'ouverture en la matière a été annoncée par la première chambre civile de la Cour d'appel de Paris dans une décision du 28 février 2008. Pour la première fois la cour a considéré que les arbitres pouvaient, à titre incident, se prononcer sur la validité d'un brevet, leur décision ne liant que les parties.¹⁸⁷ Notons que la nouvelle attitude des juridictions françaises n'est pas totalement satisfaisante et peut conduire à des conséquences regrettables. Ainsi, dans l'hypothèse selon laquelle un licencié qui voit la validité du titre, l'objet de sa licence, confirmée par une sentence incidente ne pourra plus

¹⁸⁴ Perret, *op. cit.*, p. 77 ; Troller, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁵ Art. 2059 et 2060 CCfr.

¹⁸⁶ Art. 615 -17 CPI.

¹⁸⁷ *Sté Hidravlika DOO v. SA Diebolt*, CA Paris, 1^{ère} ch. Civ., 28 février 2008, Juris Data no 2008-359055.

l'opposer à un contrefacteur présumé dans une procédure judiciaire en nullité du même titre. Il en résulte que si le même titre est ultérieurement annulé par une juridiction étatique, le licencié sera contraint à continuer à payer les redevances en vertu de la sentence arbitrale tandis que le « contrefacteur » pourra en bénéficier légalement en pleine gratuité.

Toutefois, l'on peut constater un début d'une évolution favorable à l'arbitrabilité de la validité des titres de propriété industrielle en France. De plus, un des récents arrêts de la Cour d'appel de Paris a confirmé que les litiges fondés sur la propriété de brevet, par exemple, peuvent être soumis à l'arbitrage.¹⁸⁸

β. L'inarbitrabilité des litiges impliquant les autorités administratives

D'emblée, l'exemple d'un arbitrage sur un brevet enregistré en Chine est pratiquement méconnue à ce jour.¹⁸⁹ Il semble que cela est dû à l'inarbitrabilité générale des litiges administratifs dans ce pays.¹⁹⁰ En effet, la gestion de toutes les questions relevant des brevets ou des marques est exclusivement du ressort des autorités administratives compétentes de Chine. En appliquant par analogie, la situation en droit des marques au droit des brevets d'invention, on constatera qu'aucun différend portant sur les matières réglées directement par ces autorités ne peut être soumis à l'arbitrage.¹⁹¹ Selon Jingzhou Tao, toute atteinte au droit d'une marque doit être portée devant *TRAB* (*Trademark Review and Adjudication Board*) ou devant le tribunal judiciaire.¹⁹² Ainsi toutes ces matières sont exclues de l'arbitrage. Cependant, il faut nuancer cette exclusion. Dans le §2 de la 1^{ère} Partie, nous avons déjà constaté que l'arbitrabilité en Chine est admise pour des litiges de nature contractuelle et non contractuelle. Cela implique qu'une large palette de matières est susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. La contrefaçon, la

¹⁸⁸ CA 1^{ère} Ch. Civ., 31 octobre 2001 note Raynard, in *Propriété Intellectuelle* no 20, 2002.

¹⁸⁹ Smith., *op. cit.*, p. 345.

¹⁹⁰ L'article 3 de la loi sur l'arbitrage de 1994 de la PRC.

¹⁹¹ Jingzhou, *op. cit.*, p. 61 : « *In no instance may any of the foregoing disputes [i.e. cancellation of a registered trademark, adjudication of it, etc.] be resolved by arbitration* ».

¹⁹² Cette dernière possibilité a été ouverte par une modification de la loi sur les brevets d'invention du 25 août 2000. Avant cela, seul le recours administratif était possible. La situation est la même en droit des marques.

responsabilité délictuelle et la propriété du titre y comprises.¹⁹³ Nous ne revenons donc plus sur ces aspects. Dès lors, tous les différends peuvent être divisés en deux catégories : les actions administratives et les actions civiles. Les matières relatives à la validité du titre sont de la compétence des autorités administratives et des cours populaires et, par conséquent, ne sont pas arbitrables. Donc, les sentences arbitrales étrangères relatives à la validité d'un titre chinois seront refusées au moment de l'exécution sur la base de la Convention de New York de 1958.¹⁹⁴ En théorie il serait envisageable de référer la question de validité d'un titre aux autorités compétentes chinoises¹⁹⁵ et de suspendre la procédure arbitrale pour autant, bien sûr, que les parties manifestent clairement une telle intention. Rappelons que l'arbitrabilité au sens de la loi chinoise comprend la portée matérielle de la clause d'arbitrage.

En matière de validité des titres de propriété industrielle, la situation en Chine n'est pas fondamentalement différente des autres pays asiatiques. En effet, la possibilité d'arbitrer la question de validité n'y est pas encore ouverte à ce jour. Ainsi en Inde et au Singapour, par exemple, ni la loi sur les brevets d'invention, ni la loi sur l'arbitrage ne règlent cette question. Néanmoins, une disposition spéciale traitant de l'utilisation d'une invention brevetée par le gouvernement permet aux juges de référer tout litige relatif au droit des brevets à l'arbitrage. En l'absence de cas pratique, la situation reste toutefois ambiguë.¹⁹⁶ L'interdiction de recourir à l'arbitrage pour toutes les matières relevant de la propriété intellectuelle s'observe dans la Corée du Sud.¹⁹⁷

Notons finalement que la conciliation en Chine représente un mode alternatif de résolution des conflits parfois plus efficace que les moyens juridictionnels à proprement

¹⁹³ Le terme contractuel ou non contractuel doit être examiné au regard de la réserve chinoise à la Convention de New York de 1958. Il signifie tous les droits et obligations économiques résultant des contrats, de la responsabilité délictuelle ou en vertu des dispositions d'une loi. Il en est ainsi du transfert de technologie. Jingzhou, *op. cit.*, p. 61. Ainsi que l'article 2 de la loi sur l'arbitrage de 1994 de la RPC.

¹⁹⁴ Art. (2) (a-b) de la Convention de New York de 1958, en vigueur depuis 1986 en Chine.

¹⁹⁵ *Patent Reexamination Board* et les Cours Populaires sont compétents pour connaître des questions relatives à la validité des brevets conformément aux art. 45 et 46 de la loi sur les brevets d'invention de 1984. Cette voie est également appréhendée, en cas de litiges impliquant les ressortissants étrangers *cf.* art. 239 CPC.

¹⁹⁶ Pour la situation en droit indien *cf.* Smith., *op. cit.*, p. 340 ; et pour le droit de Singapour *cf.* Blessing, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁷ Hanotiau, *op. cit.*, p. 206.

parler. Ainsi si toutes les parties au procès y consentent, une tentative de conciliation peut être délenchée à tout moment.¹⁹⁸ Et si, à l'issue de la conciliation, les parties acceptent la décision, cette dernière aura le même effet qu'un jugement judiciaire.¹⁹⁹ En effet, toutes les décisions en conciliation ont force exécutoire en Chine, les décisions sur la validité et sur la contrefaçon y comprises.

En résumé, l'on voit que les approches à l'arbitrabilité de la validité de propriété industrielle dans les pays asiatiques est plus restrictive que dans les droits occidentaux. Si en France il est désormais possible qu'un arbitre annule un titre de brevet à titre incident, le rempart de résistance n'est pas encore près de succomber et tient sa force grâce aux pays où la propriété intellectuelle est un droit qui se trouve sous la compétence administrative et juridictionnelle exclusive des autorités publiques.

¹⁹⁸ Art. 85 et 89 §3 du CPC de RPC.

¹⁹⁹ *Ibid.*

CONCLUSION

Tout comme le mythe d'Achille rappelle à l'homme sa finitude, la notion de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international indique les limites de la justice privée qui, à l'heure actuelle, ne saurait se comparer à la justice étatique. En faisant le parallèle avec la fameuse épopée homérique, nous aurions voulu avancer l'hypothèse selon laquelle, l'élargissement du domaine de l'arbitrage serait inévitablement dépendant de la volonté des états d'abandonner telle ou telle matière à la liberté des particuliers. Ainsi opérant dans un environnement international, le concept d'arbitrabilité puise paradoxalement son origine dans les systèmes nationaux. La bipolarité qui en résulte met l'arbitre international face à un dilemme presque philosophique : quelle loi doit régir la question de l'arbitrabilité en matière internationale? Doit-elle être définie en fonction de la *lex causae*, de la *lex loci arbitrii* ou en fonction des règles et des principes d'ordre transnational? L'arbitre, doit-il enfin tenir compte de la *lex fori* des systèmes dans lesquels sa sentence aura à déployer ses effets? Cette question est restée indécise dans cette étude et pour cause. En effet, comme nous l'avons souligné en traitant des critères d'arbitrabilité, la problématique de la loi applicable est un exercice nécessairement spéculatif et théorique. Vu la multitude d'hypothèses et de réponses possibles, cette matière dépasserait de loin le cadre limité de cette recherche, nous reconnaissons donc, l'avoir sciemment éludée. Cependant, comme la plus importante des conventions internationales en matière d'arbitrage commercial à ce jour, la Convention de New York de 1958 autorise les états à refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère qui porterait sur une matière inarbitrable d'après la loi de l'état requis, nous sommes d'avis que l'arbitre devrait tenir compte des lois nationales pouvant influencer sur l'efficacité de sa sentence.

Par ailleurs, la comparaison des droits nous a permis de constater que l'arbitrabilité est définie différemment dans les systèmes juridiques ici présentés. L'approche progressiste du droit suisse, par exemple, consiste en un critère matériel de patrimonialité consacré directement par la loi. En France, l'arbitrabilité des litiges internationaux est délimitée en fonction de l'ordre public international apprécié au regard de la *lex fori* du juge français. Le droit américain et chinois ont une vision plus large de la même notion. La matière y est considérée comme arbitrable non seulement si elle est conforme aux restrictions légales de ces pays mais aussi si elle tombe dans le champ de la convention d'arbitrage tel que

délimité par les parties. Depuis l'arrêt *Mitsubishi*, la Cour Suprême a en quelque sorte abandonné la définition de l'arbitrabilité à la compétence souveraine des arbitres, les tribunaux nationaux américains ayant le pouvoir de revoir la cause au stade post arbitral. Du côté de la Chine, le critère des litiges arbitrables est également très large. Toutefois, la réserve d'ordre public et social énoncée par la Cour Populaire Suprême crée une ambiance d'incertitude et d'ambiguïté quant à l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans ce système. De manière globale, nous avons constaté que le domaine de l'arbitrage connaît une extension généralisée au niveau international, l'espace occupé par l'ordre public et l'inarbitrabilité se réduit en conséquence. Et la propriété intellectuelle n'y fait pas exception. L'analyse de cette matière en droit de l'arbitrage comparé démontre clairement que la propriété intellectuelle est aujourd'hui arbitrable dans une très large mesure. Cependant, il subsiste des aires d'incertitude dans lesquels l'arbitrabilité n'est pas encore universellement admise. L'un d'entre eux est la question de la validité du titre de propriété industrielle ou, comme nous l'avons métaphoriquement appelée, la pomme de discorde.

En effet, l'exemple du titre de brevet met en exergue l'importance des divergences existantes en matière d'arbitrabilité. Etant donné que la validité du titre constitue un moyen défensif principal à l'instance arbitrale portant sur la propriété industrielle, il est donc crucial de connaître les approches nationales à cette question pour assurer à la fois l'efficacité de l'instance arbitrale et celle de la sentence. A supposer, par exemple, que l'arbitre siégeant en Suisse décide de statuer sur la validité d'un brevet enregistré en Chine sur le fondement des dispositions de la *lex loci arbitrii* du droit suisse, il est absolument improbable que cette décision soit reconnue et exécutée en Chine où ces litiges sont considérés comme inarbitrables. De l'autre côté, un arbitrage mettant en cause un brevet américain entre, par hypothèse, le propriétaire chinois et un licencié suisse pourra invalider le titre *inter partes* avec, le cas échéant, la mention de la sentence dans le registre de l'Office des brevets. En France, la même situation doit désormais être atténuée au vu de la dernière décision de la Cour d'appel de Paris qui admet la compétence des arbitres en matière de nullité des titres de propriété industrielle à titre incident ne liant que les parties. Dans l'hypothèse d'invalidation d'un brevet français par un arbitre étranger, le juge français devrait reconnaître la décision arbitrale incidente avec comme conséquence l'impossibilité d'invoquer la même question par les mêmes parties devant le

juge judiciaire. La détermination de l'arbitrabilité est donc, indispensable pour pouvoir assurer le bon déroulement de l'instance arbitrale d'une part, et apprécier l'aptitude d'une sentence à déployer tous ses effets dans un système juridique donné, d'autre part. Là gît donc ce fameux talon d'Achille : l'arbitrabilité opérant en tant que restriction légale définie par les Etats fera buter toute décision arbitrale contre la conception nationale sur la liberté des parties. Le droit comparé permet alors d'élaborer une réponse peut-être la plus acceptable pour les parties, les arbitres et les juges pour surmonter la faille d'une justice dotée de pouvoirs et d'avantages incontestables mais néanmoins, dépourvue d'*imperium*.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

COOK/GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer International, The Hague 2010.

CORNISH/LLEWELYN/ALPIN, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 7th ed., Sweet & Maxwell, London 2010.

CRAIG/PARK/PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Oceania Publ., Paris 2000.

DAVID R., *Arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982.

DERAINS Y., *Arbitrage et brevets d'invention*, DPCI, 1975.

DOUGLAS J., *Arbitration and Party Autonomy: How free is the Choice to Arbitrate?*, in the *Commercial Way to Justice*, Kluwer, the Hague 1997.

FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Kluwer, The Hague 1999.

GAILLARD, *Aspects philosophiques de l'arbitrage*, Martinus Nijhoff Publ., Boston 2008.

HALPERN/CRAIG/KENNETH, *Fundamentals of United-States Intellectual Property Law*, 2nd Kluwer International Law 2007.

JIGZHOU T., *Arbitration Law and Practice in China*, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business, Austin 2008.

LEW/MISTELIS/KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003.

MATHELY P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Editions du J.N.A., Paris 1991.

MULLER CH., *International Arbitration, A Guide to The Swiss Case Law*, Schultess, Genève 2004.

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris 1998.

PLANT D. W., *Resolving International Intellectual Property Disputes*, ICC Publishing S.A., Paris 1999.

POUDRET/BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London 2007.

RACINE J. B., *Arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris 1999.

RALSTONE J. H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, 1925.

REDFERN/HUNTER, *On International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford 2009.

SERAGLINI, *Lois de police et la justice arbitrale internationale*, Dalloz, Paris 2001.

VIVANT M., *Juge et loi du brevet*, Collection du CEIPI, Litec, Paris 1977.

Mélanges et colloques:

Arbitrability, International & Comparative Perspectives, by Loukas A. MISTELIS & Stavros L. BREKOULAKIS, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2009.

Arbitrage et Propriété Intellectuelle, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris 26 janvier 1994), Librairies techniques, 1994.

Chinese Intellectual Property Law and Practice, by Mark A. Cohen, A Elizabeth Bang, Stephanie J. Mitchell, Kluwer Law International, The Hague 1999.

La propriété intellectuelle entre autres droits, Colloque du 19 novembre 2008 à Grenoble organisé par le CERPI, sous direction de J-M Bruguière, Dalloz, Paris 2009

LAZAREFF S., *L'arbitre est-il juge ?* in Mélanges en hommage à François Terré, Schultess, Genève 1999.

GALLOUX J.-CH., *Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ?* in *Liber amicorum* G. Bonet, LexisNexis, Paris 2009, pp.199 ss.

Mélanges en l'honneur de B. Dutoit, Librairie Droz, Genève 2002.

Mélanges en l'honneur de Fr. Dessemontet, CEDIDAC, Lausanne 2009.

Droits de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Actes de colloque du Centre Européen de Droit et d'économie, ESSEC 2010.

FOYER J., *Effets des jugements et autorités de la chose jugée en matière de propriété intellectuelle*, in Mélanges dédiés à Paul Mathély, Litec 1990, p. 157.

MAYER P., *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec 1991.

Articles et thèses :

ARFAZADEH H., *Arbitrability under the New York Convention : The Lex Fori Revisited*, Arb. Int'l no 17, (2001), pp. 73 ss.

BLESSING M., *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, Arb. Int'l (1996), pp. 191ss.

CARBONNEAU T., *Etude historique et comparée de l'arbitrage ; vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondée sur la motivation des sentences*, Revue internationale de droit comparé, vol. 36, no 4 1984, pp. 727 ss.

CHANG W. S., *A Comparative Survey of the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce and Arbitration Rules of the CIETAC*, J. Int'l Arb. no 4 (1992).

FORTUNET E., *Arbitrability on Intellectual Property Disputes in France*, Arb. Int'l. no 26 (2) (2010), pp. 281 ss.

FRIVEN/YU, *The People's Court and Arbitration : Snapshot of Recent Judicial Attitude on Arbitrability and Enforcement*, J. Int'l Arb. 24 (6) (2007), pp. 635 ss.

GRANTHAM W., *The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes*, Berkeley J. Int'l no 14 (1996), pp. 173 ss.

HANOTIAU B., *L'Arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen*, JDI (1994), pp. 899 ss.

HASCHER D., Arbitrage du commerce international

JAROSSON C., *L'Arbitrabilité : présentation méthodologique* in *RJ comm* no 1 (1996) p. 1 ss.

JURAS C., *International Intellectual Property Disputes and Arbitration : Comparative Analysis of American, European and International Approches*, thèse de doctorat en droit, McGill University 2003.

KIRRY A., *Arbitrability : Current Trends in Europe*, Arbitration Int'l, no 12 (4) (1996), pp. 373 ss.

LEVEL P., *L'Arbitrabilité*, Rev. Arb. (1992) pp. 213 ss.

Mc LAUGHLIN J. T., *Arbitrability : Current Trends in the United States*, Arb. L. Rev. (1996), pp. 906 ss.

OPPETIT B., *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, JDI (1993) pp. 811 ss.

PARK W., *Irony in Intellectual Property Arbitration*, Arb. Int'l no 19 (2003), pp. 451 ss.

PAULSSON J., *Arbitrability, Still Through a Glass Darkly*, in *Arbitration in the Next Decade*, ICC Bulletin, Special Supplement (1999) pp. 95 ss.

PAVAGEAU S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, thèse de doctorat en droit, L'Université de Poitiers, LGDJ 2006.

SMITH M. A., *Arbitration of Patent Infringement and Validity Issue Worldwide*, Harvard Journal of Law and Technology 2006, pp. 299 ss.

WEI-CHI C., *Intellectual Property Protection in China*, Dissertation of *Doctor Oeconomiae* of the University of St. Gallen (CH), Bamberg 2009.

WUNSCHHEIM C. von, *Enforcement of Commercial Arbitration Awards in China*, Thèse de doctorat en droit de l'Université de Fribourg (Suisse), 2010.

YANG C., *La validité de la convention d'arbitrage*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2006.