

Vol. 28, n° 3

**Les interactions « droit international
et européen » de la propriété
intellectuelle : libre propos sur
une dialectique européenne dans
un contexte global**

Jean-Sylvestre Bergé*

1. Le droit de la propriété intellectuelle dans un contexte global 617
2. L'analyse des cas d'interaction normative dans le contexte européen..... 620
3. Les solutions définies pour les traités internationaux antérieurs aux traités européens 620
4. Une hypothèse de conflit et plusieurs cas d'interprétation convergente 621
5. Interprétations convergentes et jeux de pouvoir 622
6. Les solutions définies pour les traités internationaux postérieurs aux traités européens 623
7. Interprétation conforme des textes en présence 624
8. Combinaison du droit international et européen..... 625

© Jean-Sylvestre Bergé, 2016.

* Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin – Lyon 3 – EDIEC – GDR CNRS ELSJ – IUF).

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

9. Appropriation du droit international par le droit européen. 628
10. La propriété intellectuelle dans un contexte global : un effort nécessaire de contextualisation. 629

1. LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS UN CONTEXTE GLOBAL

Le droit de la propriété intellectuelle baigne dans un fort contexte de pluralisme juridique mondial¹ induit par des processus déjà anciens de globalisation, internationalisation, régionalisation, nationalisation et privatisation de la matière juridique.

Si l'on s'en tient aux sources formelles du droit (lois nationales, textes régionaux, notamment européens (Union européenne), textes internationaux), cette prolifération des textes appelle une réflexion nécessaire en termes de conflit de sources.

En matière de propriété intellectuelle, les hypothèses de conflits entre les diverses sources relèvent des conflits de type positif. À une situation de fait donnée, il n'est pas rare, en effet, que plusieurs règles de sources internationales, européennes ou nationales aient vocation à s'appliquer de manière cumulative. Dans la mesure où les effets de droit produits par les différentes règles ne sont pas exactement identiques, la question se pose de la résolution des conflits. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, de telles situations n'ont rien d'exceptionnel. L'apparition de règles nouvelles n'ayant pas fait disparaître, en principe, les règles anciennes, il est très fréquent qu'une même situation relève de règles tirées des réglementations nationales, des conventions internationales ou du droit européen.

Cependant, l'application concomitante de règles de sources diverses n'est pas nécessairement à l'origine de véritables conflits,

1. Sur lequel notamment Francis Snyder, « Governing Economic Globalisation Global Legal Pluralism and European Law », [1999] *European Law Review* 334. Voir également : Oren Perez, *Ecological Sensivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, coll International Studies in the Theory of Private Law (Oxford R-U, Hart, 2004) ; Paul Schiff Berman, « Global Legal Pluralism », [2007] *Southern California Law Review* 1155 ; Ralf Michaels, « Global Legal Pluralism », [2009] *Annual Review of Law & Social Science* 45 ; Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders* (Cambridge R-U, Cambridge University Press, 2012).

c'est-à-dire d'antinomies entre les règles en présence. Le plus souvent, les différentes règles applicables se complètent, plus qu'elles ne s'opposent. De nombreux facteurs expliquent ce phénomène². Le plus ancien tient probablement au fait que les sources conventionnelles classiques ont été conçues à l'origine comme des outils inachevés de protection de la propriété intellectuelle, appelant ainsi l'application d'autres règles, notamment de source étatique. Ces dernières complètent le plus souvent les droits définis *a minima* par les instruments conventionnels classiques. Par ailleurs, les différentes sources de protection de la propriété intellectuelle portent rarement sur un objet strictement identique. Entre la première génération de textes conventionnels (conventions de Paris, Berne et Rome) et celle plus récente (droit de l'Union européenne, convention CBE, accord ADPIC et traités de l'OMPI), il est clair que la préoccupation des États négociateurs des traités n'a pas été la même. C'est pourquoi, très souvent, le conflit qui peut opposer des générations de textes conventionnels est plus un conflit de méthodes que de solutions. Il est rare, en effet, de constater de véritables points de contradiction entre les textes conventionnels qui ne portent pas strictement sur le même objet.

Un premier exemple illustrant les relations entre les grandes sources de protection de la propriété intellectuelle peut être tiré des rapports entre les conventions de Paris et de Berne et les conventions plus récentes sur la propriété intellectuelle. Depuis leur origine (1883-1886), les conventions de Paris pour la protection de la propriété industrielle et de Berne pour la protection de la propriété littéraire et artistique ont aménagé la faculté pour les États signataires de déroger au texte conventionnel ou de le compléter par des arrangements particuliers³. Ces deux articles reposent sur deux principes. Le premier selon lequel les conventions de Paris et de Berne sont présentées comme des textes de portée générale qui supportent l'adjonction, par traités particuliers, de règles spéciales. Le second, contenu dans le seul texte de Berne, est un principe *in favorem*. Dans la gradation des protections de la propriété intellectuelle, il est possible de déroger à l'instrument de base dès lors qu'il s'agit de relever le niveau de protection.

Les rapports entre les textes de Paris et de Berne, d'une part, et les autres conventions plus récentes, d'autre part, sont également régis par des dispositions expresses contenues dans ces dernières. Par exemple, la convention universelle sur le droit d'auteur précise

2. Pour une présentation d'ensemble en ce sens, voir notre ouvrage, *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle* (Bruxelles, Larcier, 2015) spécialement aux pp 16 et s.

3. Convention de Paris, art 19 ; Convention de Berne, art 20.

ainsi en son article XVII (1) que : « la présente convention n'affecte en rien les dispositions de la convention de Berne [...] ». Autre exemple, l'accord ADPIC s'inscrit dans la droite ligne des conventions de Paris et de Berne ainsi qu'en témoignent plusieurs de ses dispositions. C'est ainsi qu'il est précisé en son article 2 qu'aucune des dispositions des parties I à IV de cet accord ne déroge aux obligations que les États signataires peuvent avoir les uns envers les autres en vertu des conventions de Paris et de Berne. Mieux encore, l'article 9.1 de l'accord ADPIC prévoit, par exemple, que ses membres, plus nombreux que ceux de la convention de Berne, ont l'obligation de se conformer aux articles 1er à 21 de cette dernière. Dernier exemple, son article 16 renvoie aux dispositions de l'article 6 Bis de la convention de Paris.

Les conventions de Paris et de Berne ne sont donc pas *a priori* affectées par l'accord ADPIC, lequel, de surcroît, étend sensiblement son domaine d'application à tous les pays membres de l'OMC qui n'ont pas adhéré à la convention de Paris ou de Berne. Il ne faudrait pas croire pour autant que l'accord ADPIC est totalement neutre vis-à-vis des conventions préexistantes. Si l'accord ADPIC s'est appuyé sur la convention de Paris et de Berne, c'est pour mieux les dépasser. Sur plusieurs sujets sensibles, liés notamment au développement des nouvelles technologies, il contient des dispositions qui n'existaient pas dans les textes antérieurs.

Ce type de dispositions pose la question plus générale des rapports entre les deux organisations : OMPI et OMC. Conséquence de la signature de l'accord ADPIC, le droit de la propriété intellectuelle a vu apparaître un nouvel acteur sur la scène internationale : l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'OMPI a souffert de l'émergence de cette nouvelle organisation. De fait, l'OMPI a été dépossédée des conventions de Paris et de Berne que l'accord ADPIC a largement reprises à son compte. La réaction ne s'est d'ailleurs pas fait attendre. C'est à ce titre que s'inscrit l'élaboration des deux Traités WCT et WPPT (1996) par lesquels l'OMPI tente de rejouer le rôle moteur qui a toujours été le sien en matière de protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins. L'effort international s'est poursuivi en ce sens avec la récente adoption du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles.

Même si toutes les implications de cette rivalité ne sont pas immédiatement perceptibles pour le justiciable, il ne faut pas sous-estimer leur importance. Le droit de la propriété intellectuelle évolue, y compris au niveau international. Le choix d'un tout économique qui caractérise l'accord ADPIC, qui exclut, par exemple, de son domaine d'application la dimension extrapatrimoniale du droit d'auteur et le

silence gardé par le Traité de l'OMPI WCT sur ce même droit moral ou sur la notion juridique d'auteur, ne sont pas neutres⁴.

2. L'ANALYSE DES CAS D'INTERACTION NORMATIVE DANS LE CONTEXTE EUROPÉEN

Ces jeux d'interactions entre les différentes sources internationales de protection de la propriété intellectuelle méritent d'être précisés à propos des rapports entre le droit international et le droit de l'Union européenne.

Si singulier soit-il, l'ordre juridique de l'Union européenne n'a pas vocation à être exclusivement tourné vers les rapports internes liant ses vingt-huit États membres et leurs sujets de droit. L'une de ses préoccupations majeures est de s'insérer dans l'économie mondiale. Il a donc naturellement vocation à définir ses rapports avec les États tiers. En droit de la propriété intellectuelle, la question se pose de savoir quels sont les rapports entretenus entre le droit européen, d'une part, et l'ensemble des conventions internationales, d'autre part.

Dans l'espace européen, le seul que nous considérerons ici, la réponse à cette interrogation a été donnée depuis l'origine par le Traité de Rome de 1957 (actuel Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE) qui distingue entre les traités conclus antérieurement à son entrée en vigueur et ceux conclus postérieurement.

3. LES SOLUTIONS DÉFINIES POUR LES TRAITÉS INTERNATIONAUX ANTÉRIEURS AUX TRAITÉS EUROPÉENS

La question des rapports entre les traités européens et les textes internationaux fait l'objet d'une disposition générale dans le TFUE, article 351. Ce texte distingue deux grands scénarios : celui où la convention a été conclue avant l'entrée en vigueur des traités européens ou après.

Selon cet article, les conventions passées entre des États membres et des États tiers ne sont pas affectées par le Traité de Rome (1957), dès lors qu'elles ont été conclues antérieurement à son entrée en vigueur⁵.

4. Voir néanmoins les dispositions consacrées au droit moral des artistes-interprètes d'œuvres audiovisuelles dans le récent Traité de Beijing, art 5.

5. La date d'entrée en vigueur à prendre en considération varie en fonction de la date d'adhésion de l'État membre concerné par son application.

Précisant le sens de l'article 351 TFUE, la Cour de justice a néanmoins considéré que les conventions internationales antérieures devaient être écartées dans le cadre des relations entre les États membres, dès lors qu'elles étaient contraires aux règles définies par le droit européen.

La question a ainsi été régulièrement soumise à la juridiction européenne de la compatibilité des traités européens avec les obligations souscrites par les États membres avant leur entrée dans l'UE (ou, avant elle, la CEE et la CE). La réponse est univoque : dans les rapports intra-européens, le texte international ne saurait priver d'effet les traités européens.

La propriété intellectuelle n'échappe pas au phénomène jurisprudentiel⁶.

4. UNE HYPOTHÈSE DE CONFLIT ET PLUSIEURS CAS D'INTERPRÉTATION CONVERGENTE

L'hypothèse d'un véritable conflit de normes demeure néanmoins tout à fait exceptionnelle. On ne connaît qu'un seul cas où le droit conventionnel a été déclaré contraire au droit de l'Union européenne dans notre matière. La Cour de justice a eu à connaître, en effet, d'un cas de contradiction entre la mise en œuvre d'un texte conventionnel dans un État membre et les traités européens, en l'occurrence un principe général de non-discrimination en raison de la nationalité⁷.

En dehors de ce cas isolé, le plus souvent, le juge européen s'efforce de donner une interprétation convergente ou conciliante des textes en présence. Les exemples sont assez nombreux. Voici quelques cas marquants :

- CJUE 9 fév. 2012, *Luksan*, aff C-277/10⁸ et CJUE 26 avril 2012, *TV2*, aff C-510/10⁹, à propos des rapports entre la Convention de Berne pour la protection de la propriété littéraire et artistique et le droit de l'UE ;

6. CJCE, 6 avril 1995, *Magill*, aff C-241/91 et 242/91P aux §§72 à 87.

7. CJCE, 30 juin 2005, *Tob's*, aff C-28/04 aux §§18 à 36 :

[36] Il convient donc de répondre à la question posée que l'article 12 CE, qui établit le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un État membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet État soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre.

8. §§56 à 62 de la décision.

9. §§25 à 29 de la décision.

- CJUE, 10 juillet 2014, *Netto*, aff C-420/13¹⁰ à propos des rapports entre la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques et le droit de l'UE.

5. INTERPRÉTATIONS CONVERGENTES ET JEUX DE POUVOIR

Ce travail d'interprétation convergente ou conciliante des sources internationales et européennes ne doit pas masquer de véritables jeux de pouvoir. La CJUE n'hésite pas, dès qu'elle en a l'occasion, à manier son travail d'interprétation des textes de droit dérivé européen pour imposer des solutions uniformes aux États membres, en prenant soin de préciser que ce travail d'interprétation uniforme n'est pas contrarié par les textes internationaux préexistants. Ainsi la CJUE refrène toute tentation pour les juridictions nationales de développer une interprétation divergente des textes internationaux préexistants.

Si l'on reprend les exemples précédents, on observe sans difficulté que, sous couvert d'interprétation convergente, la Cour de justice entend exercer son pouvoir d'interprétation autonome de manière à éviter que les textes conventionnels ne soient interprétés diversement par les juridictions des États membres, ce qui pourrait se traduire par une interprétation divergente des rapports entre les textes internationaux et les textes européens :

- CJUE 9 fév. 2012, *Luksan*, aff C-277/10 :

[64] En prévoyant que le réalisateur principal d'une œuvre cinématographique est considéré comme l'auteur ou l'un des auteurs de celle-ci, le législateur de l'Union a exercé les compétences de l'Union dans la matière de la propriété intellectuelle. Dans ces conditions, les États membres ne sont plus compétents pour adopter des dispositions mettant en cause cette réglementation de l'Union. Dès lors, ils ne sauraient plus se prévaloir de la faculté accordée par l'article 14 *bis* de la convention de Berne.

- CJUE 26 avril 2012, *TV2*, aff C-510/10 :

[31] L'article 11 *bis*, paragraphe 3, de cette convention réserve expressément aux législations des pays de l'Union de Berne

10. §§13 à 41 de la décision.

le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions.

[32] Cela étant, en adoptant la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le législateur de l'Union est réputé avoir exercé les compétences antérieurement dévolues aux États membres dans la matière de la propriété intellectuelle. Dans le champ d'application de cette directive, l'Union doit être regardée comme s'étant substituée aux États membres qui ne sont plus compétents pour mettre en œuvre les stipulations pertinentes de la convention de Berne. (voir, en ce sens, arrêt *Luksan*, précité, point 64)

– CJUE, 10 juillet 2014, *Netto*, C-420/13 :

[39] Sous peine de priver la requérante au principal de la possibilité de faire enregistrer ledit signe en tant que marque pour ce service de regroupement, sa demande d'enregistrement pour la classe 35 de la classification de Nice ne saurait être rejetée au seul motif que l'assortiment de services qu'elle se propose de fournir au consommateur pourrait également inclure des services offerts par elle-même.

[40] Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que les prestations d'un opérateur économique consistant à regrouper des services afin que le consommateur puisse commodément comparer et acquérir ceux-ci peuvent relever de la notion de « services » visée à l'article 2 de la directive 2008/95.

6. LES SOLUTIONS DÉFINIES POUR LES TRAITÉS INTERNATIONAUX POSTÉRIEURS AUX TRAITÉS EUROPÉENS

L'article 351 TFUE pose la règle selon laquelle les conventions conclues postérieurement au Traité de Rome de 1957, qu'elles soient approuvées par l'Union européenne elle-même ou par ses États membres, ne peuvent entrer en contradiction avec le droit européen. Cette règle est la consécration européenne d'un principe bien connu en droit international public selon lequel les États s'engagent, sauf accord de toutes les parties intéressées ou dénonciation, à ne pas déroger par traité aux conventions qu'ils ont antérieurement conclues (*lex posterioris*).

Mais, une fois de plus, en droit de la propriété intellectuelle, ce n'est pas tant sur le terrain du conflit de normes qu'il faut se placer pour comprendre ces jeux complexes d'articulation entre le droit européen et le droit international. D'autres figures que celle du conflit sont, en effet, à l'œuvre. On en donnera trois illustrations.

7. INTERPRÉTATION CONFORME DES TEXTES EN PRÉSENCE

La première est assez banale : elle renvoie au phénomène déjà observé d'une interprétation conforme du droit international et du droit européen. Comme examiné ci-avant, mais cette fois-ci à propos de conventions internationales conclues postérieurement à l'entrée en vigueur des traités européens, on trouve différents exemples en jurisprudence d'interprétation conciliatrice :

- CJCE, 12 septembre 2006, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, aff C-479/04 :

[39] Sur la violation des accords internationaux conclus par la Communauté dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins [...]. Conformément au quinzième considérant de la directive 2001/29, celle-ci met en œuvre les obligations internationales résultant de l'adoption, à Genève, le 20 décembre 1996, sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), à savoir, d'une part, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et, d'autre part, le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, traités approuvés au nom de la Communauté par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000 (JO L 89, p. 6).

[40] À propos du droit de distribution, ni l'article 6, paragraphe 2, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, ni les articles 8, paragraphe 2, et 12, paragraphe 2, du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes n'imposent une obligation à la Communauté, en tant que partie contractante, de prévoir une règle spécifique concernant l'épuisement de ce droit.

[41] En effet, il découle de la finalité desdits traités, telle qu'elle est formulée notamment à leurs premiers considérants, qu'ils tendent à une harmonisation des règles du droit d'auteur et des droits voisins.

[42] Plus particulièrement, s'agissant du droit de distribution, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur satisfait à son objectif

d'harmonisation en énonçant le droit exclusif des auteurs d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci par la vente ou tout autre transfert de propriété. En revanche, concernant l'épuisement de ce droit exclusif, ledit traité ne porte pas atteinte à la faculté dont disposent les parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles ledit épuisement a lieu après la première vente. Ainsi, il permet à la Communauté d'approfondir l'harmonisation des législations nationales également en ce qui concerne la règle d'épuisement. Les dispositions du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur susmentionnées et celles de la directive 2001/29 sont donc complémentaires au regard de l'objectif d'harmonisation poursuivi.

[43] Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la thèse de la violation, par l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29, des accords internationaux conclus par la Communauté dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins ne saurait prospérer.

- Comparer également, à propos de la notion de communication au public et de l'interprétation convergente du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et de la directive 2001/29/CE : CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12.

8. COMBINAISON DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

La deuxième illustration porte sur la situation d'une combinaison du droit international et européen. Un arrêt de la CJUE, rendu dans le domaine des droits voisins du droit d'auteur (CJUE, 15 mars 2012, *SCF*, aff. C-135/10), permet de prendre la mesure d'un phénomène de combinaison du droit international et européen. Dans cette affaire, une juridiction italienne a interrogé la CJUE sur des difficultés d'interprétation soulevées à l'occasion d'un litige national opposant une société de perception des droits de producteurs de phonogrammes et un praticien dentiste ayant refusé de s'acquitter de redevances relatives à la diffusion d'une musique d'ambiance dans son cabinet médical. Le différend, qui posait une question de principe quant à l'identification du débiteur de ces droits voisins du droit d'auteur et donc quant à la nature de l'acte susceptible de déclencher l'exigibilité du droit, mettait en scène l'application de différents textes. Comme elle le fait toujours, il s'est agi pour la Cour de justice de fixer le « cadre juridique » de référence au titre duquel, figurait, outre le droit européen pertinent (essentiellement : Directive 2006/115/CE du

Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, qui a codifié et abrogé la directive 92/100 et, plus accessoirement, Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information) et le droit national applicable à la situation en cause, différents textes internationaux relatifs à la protection de certains droits de propriété intellectuelle. Sur ce dernier aspect, qui seul nous intéresse ici dans les jeux d'interaction qu'il nourrit avec le droit européen, différentes questions ont été posées par la juridiction nationale, notamment :

- 1) La convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961), l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui constitue l'annexe 1C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC – 1994) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT – 1996) sont-ils d'application immédiate dans l'ordre juridique communautaire ?
- 2) Ces instruments de droit international sont-ils également immédiatement obligatoires dans les rapports entre particuliers ?
- 3) Les notions de « communication au public » contenues respectivement dans les instruments précités de droit international conventionnel coïncident-elles avec celles contenues dans les directives [92/100] et [2001/29] et, en cas de réponse négative à cette question, quel texte doit prévaloir¹¹ ?

Répondant à cette série d'interrogations, la Cour de justice décide que : « les dispositions de l'accord ADPIC et du WPPT sont applicables dans l'ordre juridique de l'Union », que « la convention de Rome ne faisant pas partie de l'ordre juridique de l'Union elle n'est pas applicable dans celle-ci, mais, toutefois, elle y produit des effets indirects ; les particuliers ne peuvent se prévaloir directement ni de ladite convention ni de l'accord ADPIC non plus que du WPPT » et que

la notion de « communication au public » doit être interprétée à la lumière des notions équivalentes contenues dans la

11. CJUE, 15 mars 2012, *SCF*, aff C-135/10 au §35.

convention de Rome, l'accord ADPIC ainsi que le WPPT et de telle manière qu'elle demeure compatible avec lesdites conventions, en tenant compte également du contexte dans lequel de telles notions s'inscrivent et de la finalité poursuivie par les dispositions conventionnelles pertinentes en matière de propriété intellectuelle.¹²

Pour comprendre cette motivation et le recours à la notion « d'effet indirect », il faut se représenter le contexte réglementaire international dans lequel baigne le droit européen dérivé en cette matière. L'Union européenne et, avant elle, les Communautés européennes, n'ont pas adhéré à l'ensemble des instruments internationaux en matière de propriété intellectuelle, notamment ici la Convention de Rome. Les pays membres de l'Union européenne n'ont pas toujours tous adhéré auxdits instruments de sorte que la théorie de la succession des États, appliquée à propos du GATT de 1947 par la célèbre jurisprudence *International Fruit Company*¹³, n'est pas opérationnelle ici. Il en résulte que certains instruments internationaux de propriété intellectuelle n'ont pas d'effet contraignant dans le système juridique de l'Union européenne. N'étant pas applicables, ils ne devraient pas, en bonne logique, pouvoir être invoqués. Or, la Cour de justice vient ici dire qu'ils produisent malgré tout un « effet indirect ».

Pour fonder la nature de cet effet, on peut raisonner en termes d'opposabilité. Le traité international ne liant pas formellement l'Union européenne fait partie d'un ensemble réglementaire auquel se réfère volontiers le droit européen dérivé, de sorte qu'il produit un effet d'opposabilité au sein de l'Union européenne, notamment quand il s'agit d'interpréter le droit dérivé européen à la lumière des traités internationaux existants¹⁴. Mais on peut également proposer de penser la question en termes de dissociation de l'applicabilité et de l'invocabilité. Cette dissociation se justifie par le fait que les situations présentées à titre préjudiciel baignent dans un contexte réglementaire national qui est potentiellement différent de celui qui existe au niveau européen. Dès lors que les deux contextes sont compatibles l'un avec l'autre, ce qui est le cas en l'espèce, puisque le droit européen n'a jamais entendu écarter la convention de Rome, mais au contraire, n'a eu de cesse de s'appuyer sur elle, la Cour de justice développe

12. *Ibid* au §56.

13. CJCE, 12 décembre 1972, aff 21 à 24/72.

14. Pour une démonstration en ce sens, voir la thèse de K. Ben Dahmen, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne : expression d'un pluralisme juridique rénové en matière de protection de la propriété industrielle* (Paris, L'Harmattan, 2013) avec notre préface.

cette intelligence de rendre une interprétation du droit européen qui tienne complètement compte du contexte réglementaire dans lequel elle sera mise en œuvre par le juge national¹⁵.

9. APPROPRIATION DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE DROIT EUROPÉEN

Une troisième affaire – CJUE, 18 juillet 2013, *Sankyo*, aff C-414/11, – illustre l'importance de ce travail du juge européen quand il est amené à interpréter un texte international : on peut parler dans certains cas d'appropriation pure et simple.

Dans cet arrêt la question était posée de savoir si la CJUE est à même de donner une lecture uniforme d'une disposition de l'accord ADPIC (art. 27) sur la notion d'invention brevetable. Sur ce point, il n'existait pas, au moment de l'affaire, de législation dérivée européenne abordant cette question générale de la brevetabilité (hors cas particulier des inventions de biotechnologie). Il n'était donc pas possible pour la CJUE de se livrer, comme dans les affaires précédentes, à une interprétation du droit international sous couvert de celle du droit dérivé. Pour contourner l'obstacle, la CJUE va asseoir sa compétence interprétative sur un autre fondement que la législation dérivée intervenue dans le marché intérieur. Il s'agit de la politique commerciale commune qui relève des attributions exclusives de l'UE :

[84] (1) L'article 27 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, qui constitue l'annexe 1C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), relève de la politique commerciale commune.¹⁶

Grâce à ce fondement juridique, la CJUE s'autorise à interpréter l'accord ADPIC et à en donner une lecture uniforme qui s'impose aux États membres de l'UE. Elle se l'approprie, ni plus ni moins :

[84] (2) L'article 27 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce doit être

15. Sur cet effort nécessaire de contextualisation, voir également *infra*, le développement final.

16. CJUE, 18 juillet 2013, *Sankyo*, aff C-414/11 au §84.

interprété en ce sens que l'invention d'un produit pharmaceutique, tel que le composé chimique actif d'un médicament, est, en l'absence d'une dérogation en vertu du paragraphe 2 ou 3 de cet article, susceptible de faire l'objet d'un brevet dans les conditions énoncées au paragraphe 1 dudit article¹⁷.

[84] (3) Un brevet qui est obtenu à la suite d'une demande revendiquant l'invention tant du procédé de fabrication d'un produit pharmaceutique que de ce produit pharmaceutique en tant que tel, mais qui a été délivré uniquement pour ce qui concerne ce procédé de fabrication, ne doit pas, en raison des règles énoncées aux articles 27 et 70 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, être considéré, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, comme couvrant l'invention dudit produit pharmaceutique.¹⁸

10. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS UN CONTEXTE GLOBAL : UN EFFORT NÉCESSAIRE DE CONTEXTUALISATION

L'analyse des jeux d'interaction entre le droit international et européen dans le domaine de la propriété intellectuelle est riche de plusieurs enseignements.

Tout d'abord, il faut considérer que la partie se joue ici bien souvent à trois. La Cour de justice s'approprie le droit international pour mieux contrôler l'interprétation qui peut en être donnée par les États membres. L'interprétation uniforme du droit européen, qui est la condition même de son existence sur la scène interne et internationale, passe nécessairement par une relégation des États membres de l'Union européenne à l'arrière-plan et une intercalation de cette dernière entre les instruments internationaux et les États européens parties.

Ensuite, ce jeu ne peut être compris que de manière dynamique. La Cour de justice n'a pu déployer des efforts importants en ce sens qu'à la condition préalable que les États membres dotent l'Union européenne d'une compétence en ce domaine. Cette compétence, partagée dans la lettre des traités européens, a été peu à peu préemptée au niveau européen, chaque fois que des directives et des règlements sont intervenus. Cette préemption a eu pour effet de transformer la nature de la compétence européenne. De partagée, elle est devenue exclusive.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

Par un phénomène bien connu en droit de l'Union européenne et au-delà en droit international (théorie des compétences implicites), cette compétence exclusive propre à l'espace interne européen s'est déployée dans les rapports externes.

Enfin, on ne peut maîtriser convenablement ces jeux d'interactions que si l'on définit au préalable très précisément le ou les contextes dans lesquels il convient de porter l'analyse. La contextualisation des cas de pluralisme juridique mondial est une opération essentielle qui est trop rarement explicitée par les acteurs¹⁹. Cette contextualisation nous a amené ici à considérer les jeux d'interaction, pour l'ensemble des cas cités²⁰, dans le contexte spécifiquement européen (UE) et, pour l'un des cas étudiés²¹, dans un contexte spécifiquement national (Italie). Un travail resterait à accomplir, s'il n'a déjà été fait, d'une appréciation des jeux d'interactions dans le contexte d'un Etat tiers, par exemple, le Canada !

19. Pour une recherche menée en ce sens, d'abord en français, puis en anglais, dans une perspective d'adaptation du travail pour une audience internationale, voir Jean-Sylvestre Bergé, *L'application du droit national, international et européen – Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, collection Méthodes du droit (Paris, Dalloz, 2013) ; Jean-Sylvestre Bergé et Geneviève Helleringer, *Operating Law in a Global Context – Comparing, Combining, Prioritizing*, (Cheltenham UK, Edward Elgar, parution février 2017).

20. *Magill*, supra note 6 ; *Tod's*, supra note 7 ; *Luksan*, supra note 8 ; *TV2*, supra note 9 ; *Netto*, supra note 10 ; CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, aff. C-479/04 ; *Sankyo*, supra note 16.

21. CJUE, 15 mars 2012, *SCF*, aff. C-135/10.