

# Chapitre 1.

## La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'« effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le « juste équilibre »

Julien CABAY

*Collaborateur scientifique du Fonds National de la Recherche Scientifique (FRS-FNRS)  
Chercheur post-doc et Lecturer à l'Université libre de Bruxelles (ULB)  
Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège)*

<b>INTRODUCTION.</b> Le risque de confusion, archétype de la concurrence déloyale	41
<b>SECTION I.</b> Précisions relatives au périmètre de l'étude	42
<b>SECTION II.</b> Le risque de confusion, aux confins des droits de la concurrence déloyale, de la propriété intellectuelle et de la consommation	45
<b>SECTION III.</b> La question du cumul des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence déloyale : la théorie de l'« effet réflexe »	47
<b>SECTION IV.</b> Indices tirés de la jurisprudence de la Cour de justice : une théorie de l'« effet réflexe » déduite de l'objectif d'harmonisation	51
<b>SECTION V.</b> À la recherche d'un fondement à la théorie de l'« effet réflexe » dans l'Union européenne : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le « juste équilibre »	57
<b>SECTION VI.</b> Le « juste équilibre », fondement de la théorie de l'« effet réflexe » en droit de l'Union européenne	64
<b>SECTION VII.</b> Conciliation de la théorie européenne de l'« effet réflexe » et de la sanction du risque de confusion prévue à l'article 10 <i>bis</i> de la Convention de Paris	68
<b>SECTION VIII.</b> Conciliation de la théorie européenne de l'« effet réflexe » et de la sanction du risque de confusion prévue par les directives 2005/29/CE (pratiques commerciales déloyales) et 2006/114/CE (publicité trompeuse et comparative)	71
<b>CONCLUSION :</b> le « juste équilibre », fondement cohésif de la sanction du risque de confusion à travers une théorie européenne de l'« effet réflexe »	77



## Introduction. Le risque de confusion, archétype de la concurrence déloyale

1. Classiquement, on renseigne le risque de confusion comme le principal acte constitutif de concurrence déloyale tant en droit belge<sup>1</sup> qu'en droit comparé<sup>2</sup>. Sa sanction est d'ailleurs imposée au niveau international par la Convention de Paris<sup>3</sup>, dont l'article 10bis oblige ses membres à prévoir une « protection effective contre la concurrence déloyale » (al. 1<sup>er</sup>), notamment en interdisant « tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits, ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent » (al. 3, *lit.* i).

Si le risque de confusion apparaît ainsi avec force évidence comme l'archétype de la concurrence déloyale, les contours du régime juridique afférent à sa sanction sont par contre moins aisés à déterminer. Une des raisons réside dans le fait que ce que l'on pourrait appeler le « droit du risque de confusion » est morcelé entre plusieurs ordres juridictionnels et branches du droit. Premièrement, la définition de ses contours convoque à la fois le droit international, le droit de l'Union européenne et le droit national (ou Benelux). Deuxièmement, elle suppose la prise en considération de plusieurs droits, essentiellement les droits de la concurrence déloyale, de la propriété intellectuelle et de la consommation. Troisièmement, elle ne peut faire l'économie d'une analyse au regard des droits fondamentaux.

De ces trois dimensions, imbriquées les unes dans les autres, émerge un schéma complexe dont nous tenterons de rendre compte dans la présente contribution au travers d'une théorie générale qui articule harmonieusement les dispositions pertinentes dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Nous ne tenterons donc pas de répondre à l'ensemble des nombreuses questions qui se posent quant à l'étendue de la protection qui découle de ces différentes dispositions<sup>4</sup>.

- 
- 1 Comme le soulignait encore récemment Bernard Vanbrabant, « [...] la doctrine estime de manière quasiment unanime que la copie cesse d'être licite lorsqu'elle entraîne un risque de confusion », in *La propriété intellectuelle*, t. I : Nature juridique, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 335.
  - 2 Voy. not. l'étude réalisée par Hogan Lovells sur demande de la Commission européenne, *Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/2010/20/D – Hogan Lovells Final Report on Parasitic Copying for the European Commission*, p. 8, n° 49, p. 12, n° 73, disponible sur le site de la Commission : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/parasitic/201201-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/parasitic/201201-study_en.pdf) (11/08/2016).
  - 3 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm le 14 juillet 1967, approuvée par une loi du 26 septembre 1974, *M.B.*, 29 janvier 1975, p. 869.
  - 4 Spécialement dans le cadre de l'obligation générale de l'article 10bis de la Convention de Paris, laquelle apparaît relativement indéterminée ainsi que le relevait encore récemment B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, pp. 337-338. Parmi les questions qui se posent, il liste notamment le « degré de confusion », le « référent », le « moment de l'appréciation » ou encore le « comportement de l'entreprise accusée de concurrence déloyale ».

2. Après avoir identifié rapidement les différentes dispositions permettant de sanctionner directement ou indirectement un risque de confusion (section II), nous verrons de manière générale comment la question du cumul des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence déloyale peut être résolue à travers la théorie de l'« effet réflexe » (section III). Au départ de la jurisprudence de la Cour de justice, nous verrons ensuite que plusieurs arrêts fournissent des indices quant à l'existence d'une théorie de l'« effet réflexe » des droits de propriété intellectuelle déduite de l'objectif d'harmonisation (section IV). Nous partirons ensuite à la recherche d'un fondement général à cette théorie en droit de l'Union européenne en l'appréhendant à travers le prisme des droits fondamentaux (section V). Étant parvenu à la conclusion que cette théorie trouve son fondement dans les exigences du « juste équilibre » (section VI), nous verrons comment assurer la conciliation entre celle-ci et la sanction du risque de confusion prévue à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (section VII) et dans le droit de l'Union européenne dans le domaine de la protection du consommateur (section VIII). Nous pourrions alors conclure en ce sens que le « juste équilibre » constitue un fondement cohésif de la sanction du risque de confusion à travers une théorie européenne de l'« effet réflexe » (Conclusion).

Avant de procéder suivant le schéma esquissé, il convient encore de préciser quatre éléments afin de circonscrire le champ de notre étude (section I).

## Section I. Précisions relatives au périmètre de l'étude

3. Premièrement, les développements auxquels nous nous livrons dans la présente contribution sont relatifs à une situation factuelle précise, à savoir celle de la copie par une entreprise de la forme du produit d'une autre entreprise (par hypothèse concurrente) qui génère, par ce seul fait, l'existence d'un risque de confusion. Il est donc fait abstraction de toutes les circonstances, autres que celles qui sont inhérentes à l'acte même de copier (telles que le fait de tirer un avantage direct des efforts et des investissements de l'entreprise copiée ou de ne pas faire le moindre effort créatif pour distinguer sa prestation de celle de l'entreprise copiée<sup>5</sup>) qui peuvent, le cas échéant, accompagner ledit acte de copie.

5 Ces deux circonstances sont listées parmi les éléments qu'il conviendrait de prendre en considération dans l'appréciation du parasitisme suivant la doctrine Londers ; voy. G. LONDERS, « Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken », in J. СРУУСК (éd.), *Handelspraktijken anno 1996*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 204-205. En tant qu'elles découlent du fait même de la copie, nous sommes d'avis que ces circonstances sont dépourvues de toute pertinence. La solution inverse reviendrait à méconnaître le principe de la liberté de copie (sur ce principe en droit de l'Union européenne, voy. *infra*, n° 18). Pour le surplus et la critique de la théorie du parasitisme en tant qu'acte de concurrence déloyale, nous renvoyons vers les contributions d'Andrée Puttemans (« Introduction générale, principes et interrogations – Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation ») et Jean-Ferdinand Puyraimond (« Du parasitisme à l'abus de la liberté de copie ») dans cet ouvrage.

Deuxièmement, au sens de la présente contribution, suivant le droit de propriété intellectuelle en cause, la notion de risque de confusion devra s'entendre comme portant « sur l'origine commerciale » des produits ou « entre les produits ». Le risque de confusion « sur l'origine commerciale » est, sauf certaines hypothèses particulières, le critère de la contrefaçon du droit des marques<sup>6</sup>. Quant au risque de confusion « entre les produits » (qui comprend notamment l'hypothèse de la « copie servile »), il constitue un degré particulièrement avancé de similitudes qui, dans tous les cas, coïncidera avec le critère de la contrefaçon en droit d'auteur et du droit des dessins et modèles<sup>7</sup>. Il convient de garder à l'esprit qu'il n'y a entre le risque de confusion « entre les produits » et les similitudes pertinentes en droit d'auteur et droit des dessins et modèles qu'une différence de degré. À l'inverse, il y a entre lesdites similitudes (en ce compris le risque de confusion « entre les produits ») et le risque de confusion « sur l'origine commerciale » une différence de nature, ce dernier étant propre au droit des marques et étranger à la logique du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles.

Troisièmement, puisqu'il s'agit dans la présente contribution d'appréhender les rapports entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale, nous pensons que le risque de confusion pertinent est essentiellement celui qui intervient dans le cadre de la promotion, de la vente ou de la fourniture d'un produit<sup>8</sup>. En effet, à la différence des droits

6 Voy., au niveau de l'Union européenne, les articles 10, § 2, b), de la directive (UE) 2015/2436 et 9, § 2, b), du règlement (CE) n° 207/2009. Voy., au niveau du Benelux, l'article 2.20.1.b. de la CBPI. Sur les différentes hypothèses d'atteinte au droit de marque (tributaire ou non du risque de confusion), voy. de manière générale Fr. GOTZEN et M.-Chr. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Gand, Larcier, 2016, pp. 215 et s.

7 On relève d'ailleurs que sous l'empire de la législation précédant la transposition de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles, certains auteurs estimaient que la jurisprudence retenait comme critère de la contrefaçon la possibilité de confusion « entre les produits » (non « sur leur origine »), ne serait-ce qu'implicitement ; voy. en ce sens not. A. BRAUN et F. DE VISSCHER, « Benelux », in P. GREFFE et Fr. GREFFE, *Traité des dessins et des modèles*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, p. 731, n° 1874 ; H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Gand, Larcier, 2006, p. 119, n° 269. Formellement, l'ancien article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi uniforme Benelux en matière de dessins ou modèles prévoyait que le titulaire du dessin ou modèle pouvait s'opposer à certains actes portant sur « [...] un produit ayant un aspect identique au dessin ou modèle tel qu'il a été déposé, ou ne présentant avec celui-ci que des différences secondaires ».

Il n'est pas certain, en théorie, que le critère d'une « impression globale qui n'est pas différente » employé par la directive et celui d'une « possibilité de confusion entre les produits » antérieurement pratiqué par la jurisprudence belge soient équivalents ; voy. *pro* : A. BRAUN et F. DE VISSCHER, « Benelux », *op. cit.*, p. 731, n° 1874 ; *contra* : H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, *op. cit.*, p. 113, n° 259 (qui estime, à raison à notre avis, que si l'existence d'un risque de confusion suppose une même impression d'ensemble, l'inverse n'est pas vrai).

8 Comp. avec la définition de « pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs » au sens de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales : « toute action, toute omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou

de propriété intellectuelle, le droit de la concurrence déloyale ne confère à celui qui l'actionne aucun droit exclusif, de sorte qu'il ne nous paraît pas constituer un fondement juridique permettant de sanctionner le risque de confusion qui intervient en dehors des hypothèses susmentionnées<sup>9</sup>. Aussi les propos développés dans la présente contribution sont-ils limités auxdites hypothèses. Il n'est toutefois pas exclu qu'ils conservent leur pertinence dans d'autres hypothèses également.

Quatrièmement, dans le cadre de la présente contribution, nous faisons le constat et partons du postulat que dès lors que la sanction tant d'un acte de concurrence déloyale que de la violation d'un droit de propriété intellectuelle réside le plus souvent – et en tout cas en droit belge<sup>10</sup> – dans la cessation du comportement incriminé – à savoir, pour ce qui nous occupe, un acte de copie à l'origine d'un risque de confusion –, la protection offerte par chacun de ces corps de règles apparaît sur ce point équivalente<sup>11</sup>. La cessation d'un acte sur la base du droit de la concurrence déloyale peut même être considérée comme offrant une protection supérieure à la cessation d'un acte sur la base du droit de la propriété intellectuelle, les conséquences de la première n'étant pas limitées dans le temps<sup>12</sup>.

la fourniture d'un produit aux consommateurs » (art. 2, d) (nous soulignons) ; voy., en Belgique, l'article I.8, 23<sup>o</sup>, du Code de droit économique.

Le droit belge de la concurrence déloyale s'applique plus largement aux « pratiques du marché à l'égard de personnes autres que les consommateurs » (art. VI.104 et s. du Code de droit économique), notion qui n'est toutefois pas définie légalement. S'agissant spécialement de l'hypothèse d'un risque de confusion, la notion nous paraît viser essentiellement les pratiques liées à la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit à des personnes autres que des consommateurs.

9 Sur ce point, il n'est pas possible d'admettre le rapprochement qu'opèrent certains auteurs entre le droit des marques et le droit de la concurrence déloyale et suivant lequel il serait possible d'agir sur la base du second pour lutter contre un risque de confusion qui intervient après l'achat (ou « post-sale confusion ») ; voy. not. A. HALLEMANS, « Bescherming van mode op basis van het auteursrecht en de Marktpraktijkenwet », *I.R.D.I.*, 2012, p. 349, n<sup>o</sup> 46 ; Ph. PÉTERS, « L'appréciation du risque de confusion en dehors du moment de l'achat », *Ing.-Cons.*, 2007, p. 479.

En effet, si le droit des marques réserve cette possibilité, c'est précisément en raison de la nature exclusive du droit conféré ; voy. C.J.C.E., 12 novembre 2002, *Arsenal Football Club c. Reed*, C-206/01, §§ 51-57).

10 Voy. l'art. XVII.7 du Code de droit économique.

11 Comp. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 320 : « [...] À l'examen de la jurisprudence en matière de parasitisme, nous ne pouvons pourtant nous départir de cette impression d'avoir affaire à une propriété intellectuelle qui ne dit pas son nom [...] le résultat de l'action – une interdiction de commercialiser une marchandise, d'utiliser un document, de diffuser une communication publicitaire – est encore identique à celui qui s'attache à un constat de contrefaçon. Et, ce résultat, à qui profite-t-il sinon au demandeur en cessation ? ».

12 En ce sens également B. VANBRABANT, *ibid.*, p. 297.

## Section II. Le risque de confusion, aux confins des droits de la concurrence déloyale, de la propriété intellectuelle et de la consommation

4. L'article 10*bis*, alinéa 3, *littera i*, de la Convention de Paris<sup>13</sup> constitue au niveau international le fondement de l'interdiction du risque de confusion. Libellé en des termes tout à fait généraux, il semble avoir vocation à englober tant le risque de confusion « sur l'origine commerciale » que celui qui peut exister « entre les produits ».

Les effets de cette disposition ne sont pas limités aux États membres de l'Union de Paris. L'Accord sur les ADPIC prévoit en effet que tous les membres de l'OMC devront se conformer aux articles 1<sup>er</sup> à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)<sup>14</sup>. Ainsi, l'Union européenne, qui n'est pas partie à la Convention de Paris mais qui a approuvé l'Accord sur les ADPIC<sup>15</sup>, est indirectement tenue de se conformer à l'article 10*bis*. La Belgique pour sa part est partie à la Convention de Paris et il est en outre bien admis que l'article 10*bis* y est directement applicable<sup>16</sup>.

Ainsi que le précise le *Guide* qui accompagne la Convention, les actes provoquant une confusion seront fréquemment interdits par les législations particulières relatives au droit des marques<sup>17</sup> et aux noms commerciaux et, si tel n'est pas le cas, devront être interdits en tant qu'actes de concurrence déloyale, soit à travers une législation particulière, soit à travers une législation générale (par exemple, les dispositions en matière de responsabilité civile)<sup>18</sup>.

5. De fait, la sanction du risque de confusion trouve différents fondements exprès dans le droit de l'Union européenne.

13 Reproduit *in extenso*, *supra*, n° 1.

14 Voy. l'art. 2, § 1<sup>er</sup>, de l'Accord sur les ADPIC.

15 Voy. la décision 94/800/CEE 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 de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, L 336, 23 décembre 1994, p. 1.

16 Voy. la loi du 26 septembre 1974 portant approbation de divers actes internationaux (dont la Convention de Paris) (*M.B.*, 29 janvier 1975, p. 869), qui prévoit que les Belges peuvent revendiquer l'application des dispositions de la Convention à leur profit en Belgique. Voy. en outre G.H.C. BODENHAUSEN, *Guide de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, Genève, BIRPI, 1969, p. 149.

17 La Convention régit d'ailleurs à travers le droit des marques le cas particulier du risque de confusion d'une marque notoirement connue qui n'est pas enregistrée dans le pays où la protection est revendiquée (art. 6*bis*). Le *Guide* souligne que « [...] [c]ette protection exceptionnelle d'une marque notoirement connue a semblé justifiée pour le motif que l'enregistrement ou l'usage d'une marque similaire susceptible de créer une confusion constitue, dans la plupart des cas, un acte de concurrence déloyale [...] » ; voy. G.H.C. BODENHAUSEN, *ibid.*, pp. 93-94.

18 G.H.C. BODENHAUSEN, *ibid.*, p. 151.

S'agissant du risque de confusion « sur l'origine commerciale », il en va ainsi du droit dérivé en matière de marques<sup>19</sup>, de pratiques commerciales déloyales<sup>20</sup> et de publicité comparative<sup>21</sup> ainsi que dans les dispositions qui le transposent en droit belge<sup>22</sup>. En outre, la sanction du risque de confusion peut être directement poursuivie dans l'ensemble de l'Union européenne sur la base de la norme générale de loyauté à l'égard des consommateurs<sup>23</sup>. En Belgique, elle peut encore être recherchée sur la base de la norme générale de loyauté à l'égard de personnes autres que les consommateurs<sup>24</sup>.

La sanction de ce type de risque de confusion ne peut par contre être poursuivie directement sur la base du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles. Il est en effet bien admis que le risque de confusion ne constitue pas un critère pertinent de la contrefaçon de l'un<sup>25</sup> et l'autre<sup>26</sup> de ces droits. Ceci étant, l'existence d'une même « impression globale » qui gouverne<sup>27</sup> – ou semble gouverner pour ce qui concerne le droit d'auteur<sup>28</sup> – la contrefaçon dans ces domaines pourra, suivant les

19 Art. 10, § 2, b), de la directive (UE) 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques ; art. 9, § 2, b), du règlement (CE) n° 207/2009 sur la marque de l'Union européenne (version codifiée) (tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2424).

20 Art. 6, § 2, a), de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

21 Voy. spéc. l'art. 4, h), de la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée).

22 Voy. pour l'équivalent en droit belge des dispositions précitées aux notes 19-21, respectivement les art. 2.20.b de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques), VI.98, 1°, du Code de droit économique (pratiques commerciales déloyales) et VI.17, § 1<sup>er</sup>, 4°, du Code de droit économique (publicité comparative).

23 Voy. pour l'UE l'art. 5 de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Voy. en Belgique l'art. VI.93 du Code de droit économique.

24 Voy. l'art. VI.104 du Code de droit économique.

25 Cass., 16 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 823 ; Cass., 26 juin 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 748 ; Mons, 3 février 2014, *A. & M.*, 2014, p. 243, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 254, note Th. VAN INNIS, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY ; Bruxelles, 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1837 ; Anvers, 5 février 2007, *A&M*, 2007, p. 352, *Ann. Prat. comm.*, 2007, p. 406, note V. PEDE.

26 D'aucuns estiment toutefois que la distance entre le critère du « risque de confusion » propre au droit des marques et celui de l'« impression globale » du droit des dessins ou modèles ne serait pas si grande ; en ce sens B. MICHAUX, « Cumuls et convergences dans la protection des droits intellectuels », in B. DOCQUIR (coord.), *Actualités en droits intellectuels – L'intérêt de la comparaison*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 107, n° 67.

27 Art. 9, § 1<sup>er</sup>, de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles ; art. 10, § 1<sup>er</sup>, du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires ; art. 3.16.1 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

28 Pour un aperçu de la jurisprudence belge en ce sens, voy. J. CABAY, « “Qui veut gagner son procès ?” – L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A&M*, pp. 15-16, n° 5. Pour un examen plus approfondi, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, ULB, 2016, spéc. pp. 551-555, n° 132, à paraître (2017) chez Larcier sous le titre *La liberté de création – Objet, étendue et limites de la protection du droit d'auteur*.

circonstances de l'espèce, confiner à l'existence d'un risque de confusion « entre les produits » qui pourra donc être directement sanctionné sur la base de l'un et/ou l'autre de ces droits. En outre, cette similitude avancée entre les produits pourra elle-même être source d'un risque de confusion « sur leur origine commerciale », lequel pourra donc être indirectement sanctionné à travers l'action en contrefaçon.

Au vu de la multiplicité des fondements juridiques permettant de lutter contre le risque de confusion, on comprend la nécessité de développer une théorie générale permettant de les articuler harmonieusement entre eux et d'organiser le cumul éventuel des protections.

### Section III. La question du cumul des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence déloyale : la théorie de l'« effet réflexe »

#### § 1. Généralités sur le cumul des droits de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence déloyale

6. Dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle répondent à des logiques et poursuivent des fins différentes, il est communément admis que la protection offerte par ces différents droits peut s'appliquer cumulativement à un même objet<sup>29</sup>. Il en va ainsi spécialement de la forme d'un produit qui, pour peu qu'elle satisfasse aux conditions propres à chacun de ces régimes, peut bénéficier de la protection du droit des marques<sup>30</sup>, du droit des dessins et modèles<sup>31</sup> et du droit d'auteur<sup>32</sup>.

Le principe du cumul de la protection du droit d'auteur et des dessins ou modèles est consacré expressément dans le droit dérivé de l'Union<sup>33</sup>

29 Voy. de manière générale A. CRUQUENAIRE et S. DUSOLLIER (dir.), *Le cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009.

30 Voy. l'art. 3 de la directive (UE) 2015/2436 : « Peuvent constituer des marques tous les signes, notamment les mots, y compris les noms de personnes, ou les dessins, les lettres, les chiffres, les couleurs, la forme d'un produit ou de son conditionnement, ou les sons [...] ». (Voy. également les art. 4 du règlement (CE) n° 207/2009 et 2.1 de la CBPI.)

31 Voy. la définition d'un « dessin ou modèle » au sens de l'art. 1<sup>er</sup>, a), de la directive 98/71/CE : « l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit que lui confèrent, en particulier, les caractéristiques des lignes, des couleurs de la forme, de la texture et/ou des matériaux du produit lui-même et/ou de son ornementation. » (Voy. également l'art. 3, a), du règlement (CE) n° 6/2002 et l'art. 3.1 de la CBPI.)

32 La protection du droit d'auteur ne s'attache qu'à la forme perceptible aux sens. Pour un examen approfondi de cette notion, voy. J. CABAY, « "Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux" – La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur », in A. PUTTEMANS et B. DEMARSIN (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Bruxelles, Larcier, pp. 9 et s., spéc. pp. 17 et s., n° 8 et s.

33 Voy. les art. 17 de la directive 98/71/CE et 96, § 2, du règlement (CE) n° 6/2002.

et dans la jurisprudence de la Cour de justice<sup>3435</sup>. Quant à la possibilité de cumul entre le droit d'auteur et des dessins ou modèles, d'une part, et le droit des marques, d'autre part, on la trouve énoncée dans son principe au niveau de l'Union européenne dans la jurisprudence du Tribunal<sup>36</sup>. Le cas échéant, cette possibilité pourra toutefois être limitée en raison du motif absolu d'exclusion de la protection par le droit des marques pour les signes constitués exclusivement « par la forme ou une autre caractéristique qui donne une valeur substantielle au produit »<sup>37</sup>, lequel est justifié par les impératifs de la liberté de concurrence<sup>38</sup>.

7. Le cumul éventuel de la protection de ces différents droits intellectuels, d'une part, et du droit de la concurrence déloyale, d'autre part, ne fait par contre l'objet d'aucune disposition de droit dérivé. En principe, les dispositions nationales concernant la concurrence déloyale ne sont pas « affectées »<sup>39</sup> par le droit dérivé en matière de propriété intellectuelle. Ceci

34 Voy. C.J.U.E., 27 janvier 2011, *Flos c. Semeraro Casa e Famiglia*, C-168/09, §§ 32 et s.

35 Ce principe était déjà consacré en droit Benelux, voy. C.J. Benelux, 22 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 139, *J.T.*, 1987, p. 570, obs. A. BRAUN, *R.W.*, 1987-1988, p. 14, *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. VAN BUNNEN. Voy. également Cass., 24 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 211, n° 208, *I.R.D.I.*, 1996, p. 28, note I. VERNIMME, *R. Cass.*, 1995, p. 321, note M. BUYDENS, *R.W.*, 1995-1996, p. 433.

36 Voy. spéc. T.P.I.C.E., 30 juin 2009, *Danjaq c. OHMI*, T-435/05, § 26 (à propos d'un titre).

37 Voy. les art. 4, § 1<sup>er</sup>, e), iii), de la directive (UE) 2015/2436 et 7, § 1<sup>er</sup>, e), iii), du règlement (CE) n° 207/2009. Voy. également, en droit Benelux, l'art. 2.1.2 de la CBPI (qui doit être interprété à la lumière du nouveau libellé de la directive). On relèvera que la protection du droit d'auteur et/ou d'un dessin ou modèle n'empêche pas nécessairement l'applicabilité du motif d'exclusion ; voy. A. QUAEDEVLIËG, « Absolute merkuitsluitingen : wezenlijke waarde en aard van de waar in het licht van de anti-monopolieratio », *I.R.D.I.*, 2016, pp. 54 et 57.

38 À proprement parler, il ne s'agit pas d'une règle de cumul, ainsi que l'avait déjà énoncé la Cour de justice Benelux en son temps ; voy. C.J. Benelux, 14 avril 1989, *Superconfex c. Burberrys*, aff. A 87/8, § 15 : « [...] [cette disposition] n'a pas pour objet de régler le cumul des protections dérivant du droit des marques et des autres droits de la propriété intellectuelle, mais vise à protéger la liberté de chacun, face à un concurrent qui emploie une forme déterminée comme signe distinctif de ses produits, de donner à des produits similaires – afin d'en accroître la valeur – la même forme ou une forme ressemblante ».

La Cour de justice retient une approche un peu différente, estimant que l'objectif immédiat de cette disposition « [...] est d'éviter que le droit exclusif et permanent que confère une marque ne puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits que le législateur de l'Union a voulu soumettre à des délais de péremption » ; voy. C.J.U.E., 18 septembre 2014, *Hauck c. Stokke e.a.*, C-2015/13, § 19.

À notre avis, et avec Antoon Quaedvlieg, il nous paraît que le motif d'exclusion renferme en réalité (entre autres) une règle limitative du cumul, fondée sur le « ratio anti-monopole » qui le sous-tend ; voy. A. QUAEDEVLIËG, « Absolute merkuitsluitingen : wezenlijke waarde en aard van de waar in het licht van de anti-monopolieratio », *op. cit.*, p. 57.

39 L'impact de l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle sur le droit de la concurrence déloyale n'est pas évoqué dans des termes identiques dans le cadre de la réglementation de ces différents droits. Ainsi, en droit des marques, l'harmonisation « ne devrait pas exclure » ou « n'exclut pas » l'application du droit de la concurrence déloyale ; voy. respectivement le considérant 40 de la directive (UE) 2015/2436 et l'art. 14, § 2, du règlement (CE) n° 207/2009. En droit des dessins et modèles, on retrouve ce rapport avec la concurrence déloyale exprimé dans les mêmes termes dans les considérants mais libellé différemment dans les dispositions de droit substantiel, où il est

étant, il nous paraît qu'un éventuel cumul des droits intellectuels et du droit de la concurrence déloyale doit procéder de la même logique que celle qui autorise le cumul des droits intellectuels entre eux, et donc n'être possible que parce que les modalités et finalités de chacun sont différentes<sup>40</sup>.

Ainsi, le droit de la concurrence déloyale ne devrait pouvoir jouer un rôle supplétif ou cumulatif que dans les hypothèses qui ne sont pas déjà régies par un droit de propriété intellectuelle. Lorsqu'à l'inverse, une situation de concurrence déloyale relève du champ d'action d'un droit de propriété intellectuelle, elle ne devrait pas pouvoir être appréhendée à travers le droit de la concurrence déloyale. C'est l'idée au cœur de la théorie dite de l'« effet réflexe ».

## § 2. Généralités sur la théorie de l'« effet réflexe » des lois de propriété intellectuelle

8. Suivant la description générale qu'en a donnée Andrée Puttemans, « [...] la règle de l'effet réflexe [...] veut, en matière de propriété intellectuelle, qu'une création intellectuelle ou un signe distinctif ne puisse bénéficier, par la seule application de dispositions générales (comme celles qui régissent la responsabilité civile ou la concurrence déloyale), et en dehors des conditions d'application de la législation spécifique, d'une protection équivalente ou comparable à celle qui est organisée par cette législation spécifique »<sup>41</sup>.

L'« effet réflexe » qui s'attache à une norme de propriété intellectuelle est donc « limitatif », en ce sens qu'il exclut du champ d'action d'une norme l'application complémentaire de toutes autres normes<sup>42</sup>. Aussi, ces autres normes ne pourront le cas échéant trouver à s'appliquer de manière « complémentaire » qu'à la périphérie de la sphère de protection spécifique organisée par la norme de propriété intellectuelle, et donc en dehors de celle-ci<sup>43</sup>.

mentionné que le premier s'applique « sans préjudice » du second ; voy. le considérant 7 et l'art. 16 de la directive 98/71/CE et le considérant 31 et l'art. 96, § 1<sup>er</sup>, du règlement (CE) n° 6/2002. Enfin, en droit d'auteur, il est précisé dans les différentes directives qu'elles « n'affecte[nt] pas » le droit de la concurrence déloyale ; voy. les art. 9 de la directive 2001/29/CE, 8 de la directive 2009/24/CE et 13 de la directive 96/9/CE.

40 C'est d'ailleurs l'argument généralement soulevé par ceux qui entendent donner une large place au droit de la concurrence déloyale. Comme l'indiquait encore récemment Bernard Vanbrabant (tout en mettant en doute cette assertion), « [i] est souvent souligné que le droit de la concurrence déloyale se meut "sur un autre plan" que la propriété intellectuelle parce qu'il poursuit pour objectif non la protection d'intérêts individuels mais la *régulation du marché en tant que tel* [...] », in *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 320.

41 A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 13, n° 8.

42 A. PUTTEMANS, *ibid.*, p. 14, n° 11.

43 A. PUTTEMANS, *ibid.*, p. 15, n° 11.

9. La théorie de l'« effet réflexe » des normes de propriété intellectuelle reste à faire. Elle s'entoure en effet de plusieurs incertitudes. Quant à son fondement d'abord, que l'on trouve généralement dans la « liberté de copie »<sup>44</sup>, lequel semble approprié pour les droits de création (droit des brevets, droit d'auteur, droit des dessins et modèles), mais apparaît moins évident pour ce qui concerne les signes distinctifs (droit des marques)<sup>45</sup>. Quant à son champ d'application ensuite, la théorie n'ayant vocation à déployer ses effets que dans les situations où « [...] l'auteur de la norme [spécifique] a entendu, par l'adoption de celle-ci, vider entièrement un point de droit [...] », ce qu'il n'est pas évident de déterminer en l'absence d'une volonté explicite de cet auteur<sup>46</sup>. Quant à ses effets enfin, qui varient suivant la norme et la situation considérées de sorte qu'il est possible de parler avec Bernard Vanbrabant d'un « effet réflexe à géométrie variable »<sup>47</sup>.

Au-delà de ces incertitudes, la théorie de l'« effet réflexe » reçoit une application certaine en droit Benelux<sup>48</sup> – ainsi qu'il ressort notamment de son interprétation par la Cour de justice Benelux<sup>49</sup> – et nous pensons avec Andrée Puttemans<sup>50</sup> qu'il faut voir dans l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation<sup>51</sup> (amplement commenté dans cet ouvrage) une consécration implicite de cette théorie. Ceci étant, eu égard à l'harmonisation importante du droit de la propriété intellectuelle, nous pensons que c'est au niveau de l'Union européenne qu'il convient de se situer aujourd'hui pour envisager son éventuel « effet réflexe ». Et de fait, on croit pouvoir trouver dans la jurisprudence de la Cour de justice les indices d'une théorie européenne de l'« effet réflexe », principalement fondée sur l'objectif d'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle poursuivi par le législateur européen.

44 Voy. de manière générale A. PUTTEMANS, *ibid.*, pp. 234-242, n<sup>os</sup> 143-145.

45 En ce sens, voy. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 298 et la note 1198.

46 A. PUTTEMANS, *ibid.*, pp. 14-15, n<sup>o</sup> 11.

47 B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 402. À l'origine, Andrée Puttemans a proposé de distinguer entre un effet réflexe « formel » et « de fond » ; voy. A. PUTTEMANS, *ibid.*, p. 13, n<sup>o</sup> 9. On retrouve cette distinction générale entre un effet réflexe qualifié de « formel » et « matériel » chez B. VANBRABANT, *ibid.*, pp. 295-297 et pp. 308 et s.

48 Voy. spéc. l'art. 2.19.1 de la CBPI qui consacre (au niveau du Benelux) l'effet réflexe formel en matière de marques. Sur cette règle, voy. la seconde contribution d'Andrée Puttemans dans cet ouvrage, « L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », chapitre 4.

49 C.J. Benelux, 23 décembre 2010, *Engels c. Daewoo Electronics Europe*, aff. A 09/3. Voy. spéc. la contribution d'Andrée Puttemans citée à la note précédente, chapitre 4, n<sup>o</sup> 7.

50 Voy. sa première contribution dans cet ouvrage, « Introduction générale, principes et interrogations – Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation », n<sup>o</sup> 16.

51 Cass., 29 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1374, n<sup>o</sup> 359, *A&M*, 2009, p. 534, *Ann. Prat. comm.*, 2009, p. 325, note H. DE BAUW, *R.A.B.G.*, 2011, p. 3, note A. CLERENS, *R.D.C.*, 2010, p. 873, *R.W.*, 2010-2011, p. 1561, note D. MERTENS.

## Section IV. Indices tirés de la jurisprudence de la Cour de justice : une théorie de l'« effet réflexe » déduite de l'objectif d'harmonisation

### § 1. L'arrêt *Football Dataco* : consécration implicite de la théorie de l'« effet réflexe »

10. Interrogée par une juridiction anglaise sur la question de savoir si la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données fait obstacle aux droits d'auteur nationaux sur les bases de données, autres que ceux prévus par ladite directive, la Cour de justice a estimé dans un arrêt *Football Dataco* que cette directive doit être interprétée en ce sens qu'elle « [...] s'oppose à une législation nationale qui accorde à des bases de données relevant de la définition contenue à son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, une protection par le droit d'auteur à des conditions différentes de celles prévues à son article 3, paragraphe 1 »<sup>52</sup>. Dans le raisonnement de la Cour, la solution est fondée sur l'objectif d'harmonisation aux fins de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur<sup>53</sup>, qui a par ailleurs justifié l'adoption des directives en matière de propriété intellectuelle<sup>54</sup>.

11. Il est donc possible de généraliser l'enseignement de cet arrêt à l'ensemble du droit dérivé de la propriété intellectuelle et de poser le principe suivant lequel le droit national ne peut offrir la protection d'un droit de propriété intellectuelle harmonisé à un objet qui relève du champ d'application dudit droit, à des conditions autres que celles prévues par la réglementation dudit droit. Par ailleurs, sauf à méconnaître la logique de cet arrêt et, partant, l'objectif d'harmonisation qui sous-tend l'ensemble de la matière, il faut admettre que l'enseignement de la Cour doit s'étendre à l'hypothèse où la loi nationale accorde une protection équivalente ou comparable à celle du droit de propriété intellectuelle<sup>55</sup>, le cas échéant dans le cadre des dispositions relatives à la concurrence déloyale<sup>56</sup>.

52 C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo ! UK e.a.*, C-604/10, § 52.

53 Voy. les §§ 48-49.

54 Ainsi qu'il ressort des considérants des différentes directives, le fondement de l'action de l'Union européenne en la matière réside en effet dans l'actuel article 114, § 1<sup>er</sup>, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

55 La Cour semble admettre la possibilité d'une protection par un arrangement contractuel, ce qui nous paraît critiquable (voy. *infra*, n° 17, à propos de l'arrêt *Ryanair*). Ceci étant, on relèvera que limitée par le principe de la relativité des conventions, la protection contractuelle n'est pas tout à fait équivalente à celle d'un droit exclusif de propriété intellectuelle.

56 Voy. dans le même sens E. DERCLAYE, « Le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur les bases de données – Quinze ans plus tard : un succès ou un échec ? », *Cah. doc.*, 2012/4, p. 43 : « [...] Qu'en est-il des protections "comme le droit d'auteur", telles que la protection contre le parasitisme ou

On rejoint donc ici très clairement la théorie de l'« effet réflexe », que la Cour paraît implicitement consacrer dans cet arrêt en se fondant sur l'objectif d'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle.

## § 2. L'arrêt *Lego* : pas de remise en cause de la théorie de l'« effet réflexe »

12. D'aucuns pourraient être tentés de contester l'existence d'un « effet réflexe » dans la jurisprudence de la Cour de justice en excipant d'un autre arrêt antérieur rendu par celle-ci dans une affaire *Lego*<sup>57</sup>. En effet, quelques auteurs belges<sup>58</sup> remettent en cause la validité de l'article 2.19.1 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (CBPI)<sup>59</sup> qui – à travers la règle « Pas de protection sans enregistrement » – consacre l'« effet réflexe formel » du droit des marques. Au soutien de leur argumentation, ils font grand cas d'un *obiter dictum* de cet arrêt *Lego*, suivant lequel l'hypothèse de la copie servile de la forme d'un produit incorporant une solution technique non susceptible de protection par le droit des marques « [...] peut, le cas échéant, être examinée à la lumière des règles en matière de concurrence déloyale »<sup>60</sup>.

13. Cet arrêt – qui est antérieur à l'arrêt *Football Dataco* et qui à la différence de celui-ci, a été rendu non pas sur question préjudicielle (art. 267 TFUE) mais sur pourvoi (art. 56 du statut de la Cour de justice) – n'a toutefois aucunement la portée que les opposants à la disposition précitée de la CBPI croient pouvoir lui donner et ne contredit en rien la théorie de l'« effet réflexe ».

---

la copie servile, que beaucoup de droits nationaux prévoient dans leur droit de la responsabilité ou bien dans leurs lois spéciales sur la concurrence déloyale ? [...] La réponse de la Cour n'est pas totalement claire sur ce point, mais en interprétant le § 49 de sa décision, on peut logiquement présumer que ce type de protection est aussi aboli. En effet, le fonctionnement du marché intérieur et la libre circulation des marchandises et des services seraient affectés négativement si les bases de données pouvaient obtenir une protection identique au droit d'auteur par le biais des dispositions sur la concurrence déloyale. »

57 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego c. OHMI*, C-48/09 P.

58 Voy. spéc. A. HALLEMANS, « De onwettigheid van het principe “geen bescherming zonder merkinschrijving” uit artikel 2.19.1. BVIE », *BMM Bull.*, 2015/1, pp. 31 et s. ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de “parasitisme” redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques », note sous Bruxelles, 21 octobre 2013, *Ann. Prat. marché*, 2013, pp. 946-947, n° 8.

59 Voy. *supra*, note 48.

60 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego c. OHMI*, C-48/09 P, § 61. Voy. la référence à ce passage de l'arrêt in A. HALLEMANS, « De onwettigheid van het principe “geen bescherming zonder merkinschrijving” uit artikel 2.19.1. BVIE », *op. cit.*, p. 34 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de “parasitisme” redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques », *op. cit.*, p. 947, n° 8.

Voy. également, à l'appui de leur argumentation en faveur du parasitisme, A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd ? », *R.W.*, 2011-2012, p. 1418, n° 31 ; G. STRAETMANS, « Over parasitaire concurrentie en namaak », *D.A.O.R.*, 2011, p. 288, n° 14, note 21 ; A. HALLEMANS, « Bescherming van mode op basis van het auteursrecht en de Marktpraktijkenwet », *I.R.D.I.*, 2012, p. 348, n° 41.

Pour s'en convaincre, il convient de lire cet *obiter dictum* non pas de manière isolée et décontextualisée (comme le font généralement ses commentateurs), mais à la lumière du reste de la motivation.

Amenée à apprécier l'application par le Tribunal du motif absolu de refus à l'enregistrement des « signes constitués exclusivement par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique »<sup>61</sup>, la Cour de justice a en effet commencé par souligner que cette règle reflète « [...] la *mise en balance* de deux considérations qui sont, chacune, susceptibles de contribuer à la réalisation d'un *système de concurrence sain et loyal* »<sup>62,63</sup>. La première de ces considérations est d'éviter que le droit des marques ne permette de perpétuer, sans limitation dans le temps, un monopole sur des solutions techniques ou des caractéristiques utilitaires d'un produit, alors que le législateur européen n'a entendu protéger celles-ci que par d'autres droits soumis à des délais de péremption (entendez par là le droit des brevets)<sup>64</sup>. La seconde considération réside dans le fait que, toute forme de produit étant dans une certaine mesure fonctionnelle, l'exclusion de la

61 La disposition en cause dans l'arrêt est celle de l'ancien règlement (CE) n° 40/94 sur la marque communautaire. À la suite de la récente réforme du droit des marques, le motif de refus vise désormais les signes constitués exclusivement « par la forme ou une autre caractéristique du produit qui est nécessaire à l'obtention d'un résultat technique » ; voy. les art. 4, § 1<sup>er</sup>, e), ii), de la directive (UE) 2015/2436 et 7, § 1<sup>er</sup>, e), ii), du règlement (CE) n° 207/2009. Pour la disposition correspondante en Belgique, voy. l'art. 2.1.2 de la CBPI (qui doit être interprété à la lumière du nouveau libellé de la directive).

62 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, § 44 (nous soulignons).

63 On retrouve ce même attendu dans la jurisprudence ultérieure du Tribunal, voy. T.U.E., 25 novembre 2014, *Simba Toys c. OHMI*, T-450/09, § 33 ; T.U.E., 19 septembre 2012, *Reddig c. OHMI*, T-164/11, § 19.

On relèvera toutefois que le premier de ces arrêts a été annulé par la Cour de justice qui, sans reprendre explicitement cet attendu, a néanmoins fait prévaloir la liberté de concurrence pour les formes techniques. La Cour a en effet estimé qu'en rejetant le recours contre la décision de la chambre de recours de l'EUIPO qui avait repoussé la demande d'annulation de la marque litigieuse, le Tribunal avait fait une interprétation trop restrictive du motif d'annulation en cause, voy. C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Simba Toys c. EUIPO*, C-30/15 P. En outre, dans ses conclusions sous l'arrêt présentées le 25 mai 2016, l'Avocat général M. Spuznar avait souligné à propos de ce motif d'annulation que « La justification de ce dispositif ressort des prémisses axiologiques du régime de la protection des marques. Ce régime vise avant tout à *instaurer les fondements d'une concurrence loyale* en renforçant la transparence du marché [...] » (§ 30) et qu'il « [...] vise à éviter que l'enregistrement de la forme permette d'obtenir un *avantage concurrentiel déloyal* en instaurant une exclusivité sur les caractéristiques essentielles du produit, lesquelles sont importantes du point de vue d'une concurrence effective sur le marché concerné. Une telle situation aboutirait à *remettre en cause l'objectif pour lequel le régime de protection des marques a été instauré* » (§ 32) (nous soulignons). Il s'était déjà prononcé dans un sens similaires dans ses conclusions présentées le 14 mai 2014 dans l'affaire *Hauck c. Stokke e.a.* (C-205/13), § 39

64 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, §§ 43 et 45-47. Voy. par ailleurs C.J.U.E., 16 septembre 2015, *Société des Produits Nestlé c. Cadbury UK*, C-215/14, §§ 44-45 ; C.J.U.E., 18 septembre 2014, *Hauck c. Stokke e.a.*, C-205/13, §§ 17-19 ; C.J.C.E., 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics c. Remington Consumer Products*, C-299/99, § 78.

protection du droit des marques doit être limitée aux seules formes dont l'enregistrement générerait réellement l'utilisation par d'autres entreprises de la solution technique qu'elles incorporent<sup>65</sup>.

Dans ce contexte, et sauf pour la Cour de justice à se contredire, on comprend que l'*obiter dictum* qui suit ne peut aucunement être lu en ce sens que le juge national serait invité à remettre en cause – sur la base du droit de la concurrence déloyale – l'équilibre réalisé par le législateur européen – dans le cadre du droit des marques – entre la protection des intérêts de l'entreprise et les exigences d'une concurrence saine et loyale<sup>66</sup>. En effet, sanctionner la simple « copie servile » d'une forme technique sur pied de la concurrence déloyale et partant, sans limitation dans le temps<sup>67</sup> (à l'instar du droit des marques), vient précisément perturber cet équilibre.

14. Ainsi, l'arrêt *Lego*, loin de contredire la théorie de l'« effet réflexe », nous paraît même consacrer celle-ci de manière implicite. Car suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice, la « forme d'un produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique » ne peut jamais acquérir un caractère distinctif par l'usage qui en est fait<sup>68</sup>, ainsi qu'elle le rappelle encore dans cet arrêt<sup>69</sup>. En conséquence, il n'est jamais possible de lutter sur pied du droit des marques contre le risque de confusion généré par la copie de cette forme, quand bien même elle servirait effectivement à distinguer l'origine d'un produit ou d'un service. Il ne se conçoit pas qu'aux termes de cet *obiter dictum*, la Cour invite le juge national à rechercher dans le droit (non harmonisé) de la concurrence déloyale un résultat identique à celui qui est expressément exclu du droit (harmonisé) des marques<sup>70</sup>. Et dès lors que le risque de confusion constitue l'archétype de la concurrence déloyale, on peut ici encore voir une consécration implicite de la théorie de l'« effet réflexe ».

65 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, § 48.

66 Comp. dans un sens similaire Th. VAN INNIS, « Un fil rouge et deux grosses ficelles », *Ing.-Cons.*, 2011, p. 521.

67 Voy. *supra*, note 12.

68 Voy. initialement C.J.C.E., 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics c. Remington Consumer Products*, C-299/99, § 75 ; voy. encore récemment C.J.U.E., 16 septembre 2015, *Société des Produits Nestlé c. Cadbury UK*, C-215/14, § 39.

69 C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, § 47.

70 Sans préjudice de l'application du droit (harmonisé) des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, sur l'action de toute autre personne ou organisation ayant un intérêt légitime. Nous y reviendrons *infra*, n<sup>os</sup> 32 et s.

### § 3. Les arrêts *Football Association Premier League* et *Ryanair* : précisions sur la portée de la théorie de l'« effet réflexe »

15. L'examen de la jurisprudence de la Cour de justice permet de fournir quelques précisions sur la portée d'une théorie de l'« effet réflexe » en droit de l'Union européenne.

Ainsi dans un arrêt *Football Association Premier League*<sup>71</sup>, la Cour de justice a estimé que les rencontres sportives de la *Premier League* (championnat anglais de football de première division) ne constituent pas des œuvres au sens du droit d'auteur et ne peuvent donc être protégées à ce titre, ni d'ailleurs à aucun titre, par le droit de l'Union dans le domaine de la propriété intellectuelle<sup>72</sup>. « Cela étant », poursuit la Cour, « les rencontres sportives, en tant que telles, revêtent un caractère unique et, dans cette mesure, original, qui peut les transformer en des objets dignes de protection comparable à la protection des œuvres, cette protection pouvant être accordée, le cas échéant, par les différents ordres juridiques internes »<sup>73</sup>. Aussi, elle estime qu'« [...] il est loisible à un État membre de protéger les rencontres sportives, le cas échéant au titre de la protection de la propriété intellectuelle, en mettant en place une réglementation nationale spécifique, ou en reconnaissant, dans le respect du droit de l'Union, une protection octroyée à ces rencontres par des instruments conventionnels [...] »<sup>74</sup>.

16. On peut déduire de cet arrêt que l'« effet réflexe » qui s'attache au droit de l'Union dans le domaine de la propriété intellectuelle n'a pas d'effet limitatif en dehors de son champ d'action. Il ne s'oppose donc pas, en dehors de ce champ d'action, à l'application d'une législation nationale qui accorderait une protection équivalente ou comparable à celle d'un droit de propriété intellectuelle.

Toutefois, il n'est pas certain que pareille protection puisse être recherchée dans le cadre du droit national de la concurrence déloyale. La Cour n'a en effet envisagé que deux possibilités, à savoir la mise sur pied d'une « réglementation nationale spécifique » et la reconnaissance de la protection par un arrangement contractuel. Or, on peut se demander si la norme « générale » de loyauté d'un droit national de la concurrence déloyale peut être considérée comme une norme « spécifique » au sens où l'entend la Cour. Telle qu'elle est comprise en droit belge, la théorie de l'« effet réflexe »

71 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jtes C-403/08 et C-429/08.

72 §§ 98-99.

73 § 100.

74 § 102.

apporterait une réponse négative à la question<sup>75</sup>. À ce jour, toutefois, et à notre connaissance, la Cour de justice n'a apporté aucun éclaircissement sur cette première possibilité, de sorte que la question reste entière.

17. S'agissant de la seconde possibilité envisagée par la Cour (la protection par un arrangement contractuel), elle semble par ailleurs l'avoir étendue à l'hypothèse où, bien que l'on se situe dans le champ d'action d'un droit de propriété intellectuelle, celui-ci n'est pas applicable car l'ensemble des conditions de la protection ne sont pas remplies. Ainsi, dans un arrêt *Ryanair*, elle a interprété la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données en ce sens qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le créateur d'une base de données, qui répond à la définition de la directive mais qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit *sui generis*, établisse des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers<sup>76</sup>.

Cette limitation de l'« effet réflexe » dans le champ d'action d'un droit de propriété intellectuelle par le droit des contrats nous paraît critiquable. Elle a en effet pour conséquence de faire échec à l'application des exceptions et limitations prévues par la législation relative au droit de propriété intellectuelle en cause, au motif – par trop formaliste – que ces conditions n'étant pas satisfaites, ladite législation n'est pas applicable<sup>77</sup>. Lorsque par contre la législation de propriété intellectuelle s'applique pleinement à la situation en cause, l'approche de la Cour nous paraît plus raisonnable. En effet, elle ne semble pas admettre que l'on tente de déjouer contractuellement les exceptions et limitations à la protection d'un droit de propriété intellectuelle, ainsi qu'il résulte notamment des affaires *UsedSoft*<sup>78</sup> et *SAS Institute*<sup>79</sup>.

Indéniablement, ces arrêts permettent de donner quelque crédit à une théorie de l'« effet réflexe » justifiée par l'objectif d'harmonisation du droit de

75 Voy. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, op. cit., p. 14, n° 9. En application de la théorie de l'« effet réflexe » ainsi comprise, la jurisprudence belge a refusé de protéger, avant leur consécration législative, les droits voisins du droit d'auteur et le droit du producteur d'une base de données (non originale) ; voy. A. PUTTEMANS, *ibid.*, pp. 346-347, n° 24, pp. 442-443, n° 286.

76 C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair c. PR Aviation*, C-30/14, § 45.

77 Alors que dans pareille hypothèse, « [...] la validité de l'exception est *a priori* renforcée en l'absence d'un droit privatif [...] », ainsi que le souligne A. STROWEL, « À propos de l'ordonnance *BestWater* et de l'arrêt *C-More Entertainment* », *A&M*, 2015, p. 179. Pour une critique en ce sens de cet arrêt, voy. le commentaire de M. LAMBRECHT, *A&M*, 2015, pp. 181 et s.

78 C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft c. Oracle International*, C-128/11, spéc. § 49 (à propos de la règle de l'épuisement). Sur cet arrêt, voy. notre étude J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur – Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *A&M*, 2013, pp. 303 et s., spéc. pp. 307-310.

79 C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, §§ 47-62 (à propos de l'exception permettant l'ingénierie inverse afin de déterminer les idées et principes à la base de n'importe quel élément d'un programme d'ordinateur).

la propriété intellectuelle au niveau de l'Union européenne. Mais au-delà de ces quelques interventions ponctuelles de la Cour de justice, nous pensons qu'une analyse plus large à travers le prisme des droits fondamentaux vient donner à cette théorie de véritables lettres de noblesse.

## Section V. À la recherche d'un fondement à la théorie de l'« effet réflexe » dans l'Union européenne : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le « juste équilibre »

### § 1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la liberté de copie

18. Dès lors que « [...] les partisans de l'effet réflexe ont généralement à cœur de présenter celle-ci comme une *conséquence du principe de la "liberté de copie"* [...] »<sup>80</sup>, il convient de vérifier si l'on peut déduire pareil principe du droit de l'Union européenne et pareillement y trouver le fondement de la théorie.

En droit belge, cette liberté de copie est généralement présentée comme un corollaire de la liberté de concurrence, elle-même déduite de la liberté de commerce et d'industrie<sup>81</sup>, désormais « liberté d'entreprendre » suivant la nouvelle appellation retenue par le Code de droit économique<sup>82</sup>. Ces mêmes principes sont consacrés dans le droit primaire de l'Union européenne. Ainsi, la liberté de concurrence trouve son siège à l'article 119, § 1<sup>er</sup>, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>83</sup>. Quant à la liberté d'entreprise<sup>84</sup>, elle est aujourd'hui consacrée à l'article 16 de la Charte des

80 B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 297.

81 Voy. encore récemment B. VANBRABANT, *ibid.*, pp. 273-275.

82 Voy. les art. II.3 et II.4.

83 « Aux fins énoncées à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, l'action des États membres et de l'Union comporte, dans les conditions prévues par les traités, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

On ne peut raisonnablement douter que le principe de liberté de concurrence inscrit dans cette disposition porte indifféremment sur tous biens et services, peu importe leur degré de substituabilité. Il implique donc également la liberté pour une entreprise d'offrir un produit parfaitement substituable à celui d'un concurrent. Autrement dit, la liberté de copier.

84 Suivant la Cour de justice, la liberté d'entreprise « [...] comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose [...] » (C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, § 49 ; voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, § 27) ainsi que « [...] la liberté d'exercer une activité économique ou

droits fondamentaux de l'Union européenne qui, aux termes de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du Traité sur l'Union européenne (TUE), a la même valeur juridique que les Traités. Par ailleurs, on relève que la liberté d'expression est pareillement consacrée par la Charte (art. 11) et qu'il est admis qu'elle comprend notamment l'expression commerciale<sup>85</sup>. De l'ensemble de ces libertés se déduit l'existence d'un principe de liberté de copie au niveau de l'Union européenne.

Poser le principe de la liberté de copie en droit de l'Union européenne ne suffit toutefois pas à déduire l'existence d'un « effet réflexe » du droit européen de la propriété intellectuelle à l'égard du droit national<sup>86</sup> de la concurrence déloyale. Spécialement, dans la mesure où cette liberté de copie procède essentiellement des dispositions de la Charte des droits fondamentaux, il convient de vérifier si le droit national de la concurrence déloyale est justiciable de celle-ci.

## § 2. La Charte des droits fondamentaux et le droit de la concurrence déloyale

19. Le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par la Charte constitue une condition de légalité des actes de l'Union<sup>87</sup>. L'article 51 de la Charte précise toutefois que le respect de celle-ci s'impose aux institutions et organes et organismes de l'Union ainsi qu'aux États membres « [...] uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Dans la mesure où le droit de la concurrence déloyale (au sens de l'article 10bis de la Convention de Paris) n'est pas harmonisé au niveau de l'Union européenne, on peut alors se demander si une législation nationale en la matière peut être considérée comme « mettant en œuvre le droit de l'Union » au sens de l'article 51 de la Charte précité<sup>88</sup>.

commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre [...] » (C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, § 42 ; voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, § 28).

85 Voy. récemment C.J.U.E., 4 mai 2016, *Philip Morris Brand e.a. c. Secretary of State for Health*, C-547/14, § 147 (dans lequel la Cour fait sienne la jurisprudence de la Cour eur. D.H. et énonce que la liberté d'expression et d'information consacrée par la Charte s'applique « [...] à la diffusion par un entrepreneur des informations à caractère commercial, notamment sous la forme de messages publicitaires [...] »). Voy. également C.J.C.E., 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen c. Troostwijk*, C-71/02, § 51 (qui renvoie spéc. à Cour eur. D.H., 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beerman c. Allemagne*, série A n° 165, § 25 et s.).

86 Nous verrons *infra* (n° 28 et s.) ce qu'il en est à l'égard de la Convention de Paris (droit international).

87 Voy. spéc. C.J.U.E., 18 décembre 2014, avis 2/13, § 169.

88 Les commentateurs relèvent qu'il n'est pas aisé de déterminer des dispositions de droit national qui entrent dans le champ du droit de l'Union, tout en soulignant que la Charte se voit conférer par la Cour un champ d'application relativement large ; voy. not. A. EPINEY, « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt *Fransson* et ses implications », *Cah. dr. eur.*, 2014, pp. 283 et s. ; A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »,

Dans un arrêt *Fransson*, la Cour de justice a précisé qu'une réglementation nationale « met en œuvre » le droit de l'Union lorsqu'elle « entre dans le champ d'application » de ce droit, ce qui suppose « [...] l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre [...] »<sup>89</sup>. Elle a ajouté dans ce même arrêt qu'« [...] il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte. »<sup>90</sup>

20. Si au regard de ces critères relativement vagues, l'applicabilité de la Charte à une réglementation nationale est certes une question d'espèce, nous sommes d'avis que l'hypothèse considérée – la sanction d'un risque de confusion – relève pleinement du champ d'application du droit de l'Union, et ce, pour deux raisons essentiellement.

Premièrement, nous avons vu que la sanction du risque de confusion en tant qu'acte de concurrence déloyale est imposée par l'article 10bis de la Convention de Paris, auquel l'Union européenne s'est engagée à se conformer en approuvant l'Accord sur les ADPIC, lequel fait aujourd'hui partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union<sup>91</sup>. Il semble par ailleurs résulter de l'arrêt *Daiichi Sankyo* de la Cour de justice et de son récent avis 3/15 que les États membres sont désormais privés de toute compétence pour conclure des traités internationaux dans les domaines couverts par l'Accord sur les ADPIC, la conclusion de pareils traités relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne soit au titre de la politique commerciale commune (art. 3, § 1<sup>er</sup>, e), du TFUE)<sup>92</sup>, soit au titre de la compétence relative

---

in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAULETEL (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement – Questions choisies d'actualité*, Liège, Anthemis, 2012, spéc. pp. 108 et s. Voy. également spéc. à propos de la liberté d'entreprise Th. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », in Th. LÉONARD (COORD.), *Actualités en droit économique – La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 80, n° 5.

89 C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren c. Fransson*, C-617/10, § 19. Voy. également C.J.U.E., 6 mars 2014, *Siragusa c. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, C-206/13, § 24. Voy. spéc. pour une hypothèse relevant de la liberté d'entreprise, C.J.U.E., 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, C-390/12, §§ 31-34.

90 C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren c. Fransson*, C-617/10, § 21.

91 Il s'agit d'une jurisprudence constante, voy. not. C.J.U.E., 9 avril 2014, *Sintax Trading c. Maksu- ja Tolliamet*, C-583/12, § 48.

92 Voy. C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo et Sanofi-Aventis Deutschland c. DEMO*, C-414/11. Dans cet arrêt, la Cour de justice a semblé considérer, au regard des nouvelles règles de compétence entrées en vigueur avec le Traité de Lisbonne, que l'Accord sur les ADPIC relève désormais entièrement de la politique commerciale commune (art. 207 TFUE) et à ce titre, de la compétence exclusive de l'Union (voy. les §§ 40-62 et spéc. le § 53). Cette conclusion n'est toutefois pas certaine, tout comme il n'est pas certain qu'une harmonisation interne de la matière de la propriété intellectuelle puisse

aux accords « susceptibles d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » (art. 3, § 2, du TFUE)<sup>93</sup>. Spécialement pour ce qui concerne cette seconde compétence, la Cour a estimé qu'il en va ainsi lorsque l'accord « [...] relèv[e] d'un domaine déjà couvert en grande partie par de telles règles [de l'Union] »<sup>94</sup>, ce qui est évidemment le cas de la sanction du risque de confusion<sup>95</sup> (voy. également *infra*, n° 21).

Auparavant, la Cour avait d'ailleurs déjà jugé, à propos des rapports entre 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 et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques – à laquelle, tout comme la Convention de Paris, l'Union européenne n'est pas directement partie mais seulement indirectement partie via l'Accord sur les ADPIC –, que les États membres ne sont plus libres de mettre en œuvre les stipulations de la seconde qui entrent dans le champ d'application de la première, l'Union s'étant substituée aux États membres en harmonisant la matière<sup>96</sup>. De manière comparable s'agissant des rapports entre le droit dérivé de l'Union et la Convention de Paris, l'Union peut être considérée comme

---

être réalisée par voie d'harmonisation externe ; voy. M. ABNER, « Les compétences exclusives en matière de politique commerciale commune », *R.A.E.-L.E.A.*, 2013, spéc. pp. 592-593. Le récent avis 3/15 de la Cour de justice du 14 février 2017, portant sur la question de la compétence de l'Union européenne pour conclure le Traité de Marrakech « visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées » laisse d'ailleurs planer quelques doutes. La Cour estime en effet que bien qu'il traite de la matière de la propriété intellectuelle, ce traité ne relève pas de la politique commerciale commune (§§ 60-101). Ceci se comprend toutefois eu égard à l'objectif tout à fait spécifique de ce traité. En tout état de cause, la Cour a tout de même considéré que sa conclusion relevait de la compétence exclusive de l'Union à un autre titre (voy. la note suivante).

93 C.J.U.E., 14 février 2017, avis 3/15. Après avoir conclu en ce sens que le Traité de Marrakech ne relève pas de la politique commerciale commune (voy. la note précédente), la Cour retient finalement cette seconde compétence pour justifier la conclusion du Traité par l'Union européenne (§§ 102-130).

94 C.J.U.E., 14 février 2017, avis 3/15, § 107.

95 La Cour précise encore qu'il faut « [...] vérifier si l'accord est susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles de l'Union et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent » (§ 108). Or, tel nous paraît être le cas de la règle de l'article 10bis de la Convention de Paris. En effet, mobilisée indépendamment du droit de l'Union pour sanctionner un risque de confusion, elle porterait atteinte à l'objectif d'harmonisation (ou d'uniformisation) de la matière de la propriété intellectuelle (voy. not. les développements consacrés *supra*, n°s 10-14) et perturberait les équilibres de celle-ci (voy. les développements consacrés *infra*, n°s 25-27).

96 La Cour de justice a déjà jugé à propos des rapports entre la Convention de Berne et la directive 2001/29/CE qu'en adoptant cette dernière, « [...] le législateur de l'Union est réputé avoir exercé les compétences antérieurement dévolues aux États membres dans la matière de la propriété intellectuelle [...] [de sorte que] [d]ans 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 », voy. C.J.U.E., 26 avril 2012, *DR, TV2 Danmark A/S c. NCB – Nordisk Copyright Bureau*, C-510/10, § 31 ; C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10, § 64.

s'étant substituée aux États membres dans tous les cas où elle est intervenue pour harmoniser les dispositions sanctionnant un risque de confusion.

À la lumière de cette jurisprudence, il nous paraît que la sanction du risque de confusion au sens de l'article 10bis de la Convention de Paris relève donc pleinement de la mise en œuvre du droit de l'Union.

En tout état de cause, la Cour a déjà estimé qu'« [...] un droit d'agir en justice en vertu des dispositions générales du droit national relatives à un acte illicite, en particulier en matière de concurrence déloyale, afin qu'un modèle industriel soit protégé contre l'imitation, est susceptible d'être qualifié de "droit de propriété intellectuelle" au sens de l'article 50, paragraphe 1, du TRIPS [l'Accord sur les ADPIC] »<sup>97</sup>. Il apparaît ainsi que la norme générale de loyauté dans les affaires, en tant qu'elle serait mobilisée afin de lutter contre un risque de confusion résultant d'une copie, peut être considérée comme relevant de l'Accord sur les ADPIC et partant, comme entrant dans le champ d'application du droit de l'Union.

21. Deuxièmement, dès lors que l'hypothèse d'un risque de confusion peut, suivant le cas, relever du champ d'application du droit dérivé dans le domaine du droit des marques, des dessins ou modèles, du droit d'auteur, des pratiques commerciales déloyales et/ou de la publicité<sup>98</sup>, il nous paraît que la réglementation nationale en matière de concurrence déloyale, lorsqu'elle est mobilisée afin de sanctionner un risque de confusion qui coïncide avec celui visé par les dispositions pertinentes du droit dérivé précité, doit être considérée comme entrant dans le champ d'application du droit de l'Union<sup>99</sup>.

À la lumière de ces deux considérations, il apparaît donc que la sanction du risque de confusion en application du droit national de la concurrence déloyale doit être appréciée au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

97 C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior c. Tusk Consultancy*, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, § 62.

98 Voy. *supra*, n° 5.

99 Comp. A. EPINEY, « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt *Fransson* et ses implications », *Cah. dr. eur.*, 2014, pp. 293-294 : « [...] une disposition qui s'applique aussi bien à des situations tombant dans le champ d'application du droit de l'Union qu'à des situations purement internes doit être (interprétée) en conformité avec les droits fondamentaux de l'Union, ceci au moins lorsqu'elle est appliquée à des situations qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union [...] ».

### § 3. La conciliation des droits, libertés ou intérêts pareillement consacrés par la Charte des droits fondamentaux : le « juste équilibre »

22. Nous avons vu que les articles 11 et 16 de la Charte, qui consacrent respectivement les libertés d'expression et d'entreprise, constituent les deux fondements de la liberté de copie. Celles-ci ne sont toutefois pas absolues. Aux termes de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte, les droits et libertés reconnus par celle-ci peuvent être limités dans certaines conditions<sup>100</sup>. La Cour de justice a d'ailleurs précisé que « [...] la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société [...] »<sup>101</sup>. Quant aux limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'expression – dont les contours ont été largement tracés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de son interprétation de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>102</sup> –, la Cour de justice et le Tribunal ont respectivement souligné que les États<sup>103</sup> et la Commission<sup>104</sup> disposent tout de même d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de limiter l'usage commercial de la liberté d'expression<sup>105</sup>.

23. La Cour de justice a plusieurs fois souligné que la volonté de sauvegarder les droits de propriété intellectuelle<sup>106</sup> ou de protéger les intérêts

100 « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

101 C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, § 45. Voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, § 30.

102 Suivant cette jurisprudence également adoptée par la Cour de justice, la liberté d'expression peut « [...] faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes au regard de [l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme] et nécessaires dans une société démocratique [...] », voy. not. C.J.C.E., 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen c. Troostwijk*, C-71/02, § 50.

103 Voy. not. C.J.C.E., 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen c. Troostwijk*, C-71/02, § 51.

104 Voy. T.U.E., 16 mars 2016, *Dextro Energy c. Commission européenne*, T-100/15, § 81.

105 Voy. en ce sens la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, spécialement (pour ce qui nous intéresse) à propos de l'ingérence fondée sur le droit de la concurrence déloyale, spéc. Cour eur. D.H., 11 décembre 2003, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)*, n° 39069/97, CEDH 2003-XII, § 30.

106 Voy. spéc. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, §§ 82-101 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, §§ 42-64. Dans ces deux arrêts, la Cour a souligné que les injonctions en cause, prononcées à l'encontre d'un fournisseur d'accès à Internet afin de protéger les droits de propriété intellectuelle de leurs titulaires, étaient susceptibles de limiter la liberté d'entreprise dudit fournisseur ainsi que la liberté d'information des utilisateurs. La Cour a toutefois

des consommateurs<sup>107</sup> peut justifier une limitation des libertés d'entreprise et d'expression. Dans pareilles hypothèses, la limitation est fondée sur la volonté de protéger d'autres droits, libertés ou intérêts pareillement consacrés par la Charte des droits fondamentaux. L'article 17, § 2, de la Charte dispose en effet que « [l]a propriété intellectuelle est protégée », tandis que l'article 38 prévoit qu'« [u]n niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ».

24. Cette circonstance est d'importance dans le cadre de l'arbitrage qu'il convient de réaliser entre les intérêts en présence. En effet, suivant la Cour de justice, lorsqu'il y a lieu de concilier les exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, il convient d'assurer entre eux un « juste équilibre »<sup>108</sup>. Cette obligation de rechercher un « juste équilibre » entre les droits, libertés ou intérêts en conflit s'impose aux institutions de l'Union européenne lors de l'adoption du droit de l'Union<sup>109</sup>, au législateur national lors de sa transposition<sup>110</sup>, et aux juridictions nationales lors de son application<sup>111</sup>.

Bien que récente, cette jurisprudence est déjà riche de nombreux arrêts dans lesquels la Cour s'est prononcée sur le « juste équilibre » entre, d'une part, la liberté d'entreprise et/ou la liberté d'expression et d'information, et, d'autre part, la propriété intellectuelle<sup>112</sup> ou la protection des consommateurs<sup>113</sup>. À l'heure actuelle, il ne paraît pas possible de

---

estimé que certaines de ces injonctions pouvaient être considérées comme compatibles avec les exigences du « juste équilibre » (sur lequel nous reviendrons *infra*, n<sup>os</sup> 22 et s.).

- 107 Voy. par ex. C.J.U.E., 30 juin 2016, *Lidl c. Freistaat Sachsen*, C-134/15, §§ 25-41 (dans lequel la Cour considère que l'obligation d'étiquetage pour la viande fraîche de volaille constitue une ingérence proportionnée dans la liberté d'entreprise) ; C.J.U.E., 4 mai 2016, *Philip Morris Brand e.a. c. Secretary of State for Health*, C-547/14, §§ 146-163 (dans lequel la Cour considère que l'obligation d'étiquetage pour les produits du tabac constitue une ingérence proportionnée dans la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur).
- 108 Voy. spéc. C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, §§ 61-70. Voy. plus récemment C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, § 83.
- 109 Voy. spéc. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor c. Land Rheinland-Pfalz*, C-544/10, § 47 (à propos d'un règlement (CE) n<sup>o</sup> 1924/2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires).
- 110 Voy. spéc. C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, § 68 (à propos de différentes directives, dont la transposition n'impose pas de prévoir, dans une situation telle que celle en cause, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer une protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile).
- 111 Voy. spéc. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, § 32 (à propos de l'application de l'exception de parodie en droit d'auteur).
- 112 Voy. not. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.
- 113 Voy. not. C.J.U.E., 4 mai 2016, *Philip Morris Brand e.a. c. Secretary of State for Health*, C-547/14 ; C.J.U.E., 17 décembre 2015, *Neptune Distribution c. Ministre de l'Économie et des Finances*, C-157/14 ; C.J.U.E., 31 janvier 2013, *McDonagh c. Ryanair*, C-12/11.

déduire de cette jurisprudence des lignes directrices claires permettant de situer le « juste équilibre » entre les droits fondamentaux, tout étant une question d'espèce<sup>114</sup>. Il semble toutefois que dans l'approche de la Cour, la compatibilité d'une réglementation ou d'une mesure avec les exigences du « juste équilibre » soit fonction des conséquences de ladite réglementation ou mesure ainsi que des conséquences des alternatives existantes<sup>115</sup>.

Le « juste équilibre » apparaît ainsi, d'une part, comme une condition de validité du droit de l'Union et de sa mise en œuvre et, d'autre part, comme un principe d'interprétation de ce droit empruntant à la fois aux méthodes téléologique et systématique.

## Section VI. Le « juste équilibre », fondement de la théorie de l'« effet réflexe » en droit de l'Union européenne

25. Le droit de l'Union européenne de la propriété intellectuelle vise à la réalisation d'un équilibre entre les différents intérêts en présence. La Cour de justice a énoncé de manière tout à fait générale qu'il s'agit là d'un des objectifs visés par le droit dérivé dans le domaine du droit des

114 Comp. spéc. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, § 28 : « Afin de vérifier si, dans une situation concrète, l'application de l'exception pour parodie [...] respecte ce juste équilibre, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce. » (nous soulignons).

115 Voy. par ex. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14. Dans les circonstances de l'espèce, la juridiction nationale a estimé que, pour protéger les titulaires de droits de propriété intellectuelle contre les atteintes qui pouvaient être commises à ceux-ci via le réseau local sans fil exploité par un commerçant et offrant un accès gratuit et anonyme à Internet, seules trois mesures peuvent être envisagées à l'encontre de ce commerçant. Les trois mesures envisagées sont : 1° surveiller l'ensemble des informations transmises ; 2° arrêter complètement la connexion à Internet ; 3° sécuriser la connexion au moyen d'un mot de passe. La Cour de justice examine ces trois mesures au regard de leurs conséquences. D'emblée, elle écarte les deux premières en tant qu'elles constituent des atteintes caractérisées à la liberté d'entreprise (voy. les §§ 87-88, le premier devant être lu en combinaison avec la jurisprudence antérieure de la Cour, C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10, § 46 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, § 48). Ensuite, elle considère que la troisième mesure n'apparaît pas contraire aux libertés d'entreprise et d'information (§§ 90-94) et est efficace (§§ 95-96). Enfin, elle estime que, dès lors que seules les trois mesures considérées sont envisageables pour assurer la protection de la propriété intellectuelle (suivant la juridiction nationale) et que les deux premières mesures sont incompatibles avec les droits fondamentaux (suivant la Cour), ne pas admettre la troisième mesure « [...] aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre » (§ 98).

marques<sup>116</sup> et du droit d'auteur<sup>117</sup> et on peut raisonnablement considérer qu'elle se prononcerait dans le même sens à propos du droit des dessins et modèles<sup>118</sup>. Elle a d'ailleurs souligné spécifiquement à propos de certaines règles relatives à la durée limitée des droits de propriété intellectuelle<sup>119</sup>, aux exceptions et limitations à ces droits<sup>120</sup> ou encore aux conditions de leur

- 116 Voy. initialement C.J.C.E., 27 avril 2006, *Levi Strauss c. Casucci*, C-145/05, § 29 : « [...] la directive 89/104 [aujourd'hui 2015/2436] vise, d'une manière générale, à mettre en balance, d'une part, les intérêts du titulaire d'une marque à sauvegarder la fonction essentielle de celle-ci et, d'autre part, les intérêts d'autres opérateurs économiques à disposer de signes susceptibles de désigner leurs produits et services » (nous soulignons). Voy. encore récemment C.J.U.E., 6 février 2014, *Leidseplein Beheer et de Vries c. Red Bull*, C-65/12, § 41.
- 117 Voy. récemment C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands e.a.*, C-160/15, § 31 : « [...] il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la "Charte"), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général » (nous soulignons).
- 118 La Cour de justice nous paraît d'ailleurs partir de cette prémisse lorsqu'elle estime que, dans les cas où faire supporter la charge de la preuve de l'utilisation d'un dessin ou modèle sur les épaules du titulaire du dessin ou modèle considéré est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration de la preuve, ledit titulaire doit pouvoir avoir recours à tous les moyens procéduraires mis à sa disposition par le droit national pour pallier cette difficulté, notamment les éventuelles règles prévoyant des aménagements ou des allègements de la charge de la preuve, voy. C.J.U.E., 13 février 2014, *H. Gautzsch Großhandel c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna*, C-479/12, §§ 37-44.
- 119 Voy. spéc. la jurisprudence relative aux formes techniques ou qui donnent une valeur substantielle au produit et qui sont, de ce fait, exclues de la protection du droit des marques (*supra*, note 64). Voy. également la jurisprudence relative à la durée des certificats complémentaires de protection, spéc. C.J.U.E., 12 mars 2015, *Actavis Group PTC et Actavis UK c. Boehringer Ingelheim Pharma*, C-577/13, §§ 34-36 ; C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Actavis Group PTC et Actavis UK c. Sanofi*, C-443/12, § 41.
- 120 Voy. la jurisprudence relative aux exceptions au droit d'auteur, spéc. C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken*, C-174/15, § 60 (exception de prêt public) ; C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Technische Universität Darmstadt c. Eugene Ulmer*, C-117/13, § 31 (exception à des fins de recherches ou d'études privées effectuées par des particuliers) ; C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, §§ 25-27 (exception de parodie) ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, § 134 (exception de citation). Voy. la jurisprudence relative aux limitations des effets de la marque, C.J.U.E., 6 octobre 2015, *Ford Motor c. Wheeltrims*, C-500/14, § 43 ; C.J.C.E., 17 mars 2005, *Gillette c. LA-Laboratories*, C-228/03, § 29 ; C.J.C.E., 23 février 1999, *BMW c. Deenik*, C-63/97, § 62. Voy. également la jurisprudence relative à la déchéance de la marque en raison de la perte de son caractère distinctif, récemment C.J.U.E., 6 mars 2014, *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company c. Pfahnl Backmittel*, C-409/12, § 32. Voy. aussi la jurisprudence relative au « juste motif » qui peut être opposé au titulaire d'une marque de renommée pour justifier l'usage d'un signe identique ou similaire, C.J.U.E., 6 février 2014, *Leidseplein Beheer et de Vries c. Red Bull*, C-65/12, §§ 41-46. Voy. encore l'interprétation retenue par la Cour de la règle de l'épuisement du droit conféré par la marque, C.J.U.E., 14 juillet 2011, *Viking Gas c. Kosan Gas*, §§ 31-35.

mise en œuvre<sup>121</sup>, que celles-ci sont fondées sur un exercice de pondération entre les intérêts en présence. En outre, nous pensons avoir pu démontrer par ailleurs que, bien que la Cour ne se soit pas encore prononcée clairement en ce sens, tout indique qu'il convient de raisonner de la même manière à propos des conditions de la protection et de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle<sup>122</sup>.

En application de la Charte des droits fondamentaux, les équilibres réalisés dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle doivent en outre être « justes », en tout cas chaque fois qu'une pondération doit être réalisée entre des intérêts pareillement protégés par la Charte. La Cour de justice l'a énoncé à plusieurs reprises<sup>123</sup>.

26. Nous avons vu que le droit de la propriété intellectuelle peut avoir notamment pour objet et/ou pour effet de sanctionner certains risques de confusion. Ce faisant, son champ d'application coïncide pour partie avec celui du droit de la concurrence déloyale et du droit de la consommation. D'une part, le droit international (art. 10*bis* de la Convention de Paris) impose une « protection effective » contre le risque de confusion, laquelle est généralement assurée par le droit national de la concurrence déloyale. D'autre part, le droit dérivé de l'Union européenne dans le domaine de la protection des consommateurs prévoit que dans son champ d'application, toute personne ou organisation ayant un intérêt légitime doit disposer de « moyens adéquats et efficaces » pour pouvoir combattre un risque de confusion<sup>124</sup>.

À notre estime, dans son champ d'action, le droit de l'Union dans le domaine de la propriété intellectuelle réalise pleinement l'objectif poursuivi par les instruments précités du droit de la concurrence déloyale et de la consommation dès lors que les moyens d'action qu'il met à la disposition

121 Voy. la jurisprudence relative aux injonctions à l'encontre des intermédiaires sur Internet, récemment C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, §§ 83-100.

Voy. également à propos des conditions dans lesquelles le titulaire d'un brevet essentiel à une norme établie par un organisme de normalisation peut introduire une action en contrefaçon, C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13, §§ 55-71.

122 Voy., spéc. en droit d'auteur, notre thèse de doctorat, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, ULB, 2016, spéc. pp. 606-621, n<sup>os</sup> 144-150, à paraître (2017) chez Larcier sous le titre *La liberté de création – Objet, étendue et limites de la protection du droit d'auteur*.

123 Voy. spéc. la jurisprudence relative aux exceptions au droit d'auteur ainsi que celle relative à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle citée *supra*, respectivement notes 120 et 121.

124 Voy. les art. 11, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2005/29/CE et 5, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2006/114/CE qui prévoient que les États membres veillent à ce qu'il existe des « moyens adéquats et efficaces » à la disposition des personnes ou organisations ayant un intérêt légitime respectivement à lutter contre les pratiques commerciales déloyales ou à lutter contre la publicité trompeuse ou à réglementer la publicité comparative. Au rang de ces moyens doit figurer la possibilité d'agir en justice et/ou devant des autorités administratives.

de l'entreprise dont le produit est copié, entraînant de ce seul fait un risque de confusion, sont adéquats, efficaces et lui assurent une protection effective. En effet, pour autant que soient satisfaites des conditions de fond peu discriminantes<sup>125</sup> et, le cas échéant, moyennant un enregistrement peu coûteux<sup>126</sup>, l'entreprise copiée disposera sur son produit de droits exclusifs offrant une protection dans l'ensemble de l'Union européenne (pour une durée tantôt illimitée, tantôt limitée<sup>127</sup>) qu'elle pourra faire valoir au moyen d'une action qui satisfait à une série de garanties, notamment en termes d'effectivité<sup>128</sup>. On relève en outre que dans l'examen du « juste équilibre » auquel elle se livre, la Cour de justice veille spécialement à ce qu'une « protection effective » du droit fondamental de propriété intellectuelle soit assurée<sup>129</sup>.

125 Spécialement, on soulignera que la protection extrêmement large du droit d'auteur suppose simplement l'« expression d'une création intellectuelle propre à son auteur », ce qui suppose que ce dernier ait effectué des choix « libres et créatifs » par lesquels il a pu imprimer à l'œuvre sa « touche personnelle » (voy. spéc. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades*, C-5/08 ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Painer c. Standard Verlags GmbH e.a.*, C-145/10 ; C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo ! UK e.a.*, C-604/10). L'examen de la jurisprudence nationale révèle qu'il est aisément satisfait à cette condition, voy. à ce propos notre thèse de doctorat : J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, ULB, 2016, à paraître (2017) chez Larcier sous le titre *La liberté de création – Objet, étendue et limites de la protection du droit d'auteur*.

126 La protection du droit d'auteur et du dessin ou modèle communautaire non enregistré est acquise sans enregistrement. S'agissant de la marque de l'Union européenne, il est déjà possible d'obtenir une protection (pour une classe) via une demande en ligne moyennant le paiement d'une taxe de base de 850 euros. De même pour le dessin ou modèle communautaire enregistré, pour lequel le montant de base s'élève à 350 euros.

127 Pour ce qui concerne la protection de la marque, celle-ci est potentiellement illimitée dans le temps dès lors que l'enregistrement peut être indéfiniment renouvelé. S'agissant de la protection du droit d'auteur, elle est également extrêmement longue dès lors qu'elle se prolonge 70 ans après la mort de l'auteur. Quant à la protection du dessin ou modèle, elle pourra être, suivant le cas, de maximum 25 ans en cas d'enregistrement ou de 3 ans s'il s'agit d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré.

128 Voy., de manière générale, l'art. 3 de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle :

« 1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés.

2. Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif. »

129 Voy. spéc. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, § 95 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, § 62. Dans ces deux arrêts, la Cour a souligné que lors de leur exécution, les injonctions en cause, prononcées à l'encontre d'un fournisseur d'accès à Internet afin de protéger les droits de propriété intellectuelle de leurs titulaires, « [...] doivent être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause [...] ».

27. Aussi, à l'aune des exigences du « juste équilibre », il apparaît que les intérêts de l'entreprise dont le produit est copié (avec pour conséquence un risque de confusion) – fussent-ils protégés par les dispositions de la Charte des droits fondamentaux – sont pleinement préservés par le droit de l'Union européenne dans le domaine de la propriété intellectuelle. À l'inverse, permettre à l'entreprise copiée de poursuivre, sur pied du droit de la concurrence déloyale ou de la consommation, la sanction du risque de confusion qui découle du seul fait de la copie en dehors des conditions du droit de la propriété intellectuelle bouleverserait le « juste équilibre » que celui-ci vise à assurer.

La théorie de l'« effet réflexe » du droit de l'Union européenne dans le domaine de la propriété intellectuelle nous paraît donc trouver son fondement dans le « juste équilibre ». En vertu du principe de primauté du droit de l'Union européenne<sup>130</sup>, elle permet de faire échec à la mobilisation du droit national de la concurrence déloyale ou du droit de la consommation. Ces derniers trouvent toutefois leur source principale dans le droit international et dans le droit de l'Union européenne, de sorte que le principe de primauté ne suffit pas à justifier cette théorie de l'« effet réflexe », qui doit encore être conciliée avec les dispositions pertinentes de ces différents ordres juridiques.

## Section VII. Conciliation de la théorie européenne de l'« effet réflexe » et de la sanction du risque de confusion prévue à l'article 10bis de la Convention de Paris

28. Nous avons vu que certains en Belgique disputent la validité de l'article 2.19.1 de la CBPI qui consacre l'« effet réflexe formel » du droit des marques<sup>131</sup>. Notamment, ils arguent du fait que cette disposition est inférieure dans la hiérarchie des normes à la Convention de Paris et devrait donc lui céder le pas<sup>132</sup>. *A fortiori* s'agissant de son article 10bis dans la mesure où il est directement applicable en droit interne<sup>133</sup>.

29. Il est de jurisprudence constante que « [...] les textes du droit de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du

130 Voy. C.J.C.E., 17 juillet 1964, *Costa c. Enel*, 6/64.

131 Voy. *supra*, n° 12.

132 Voy. spéc. A. HALLEMANS, « De onwettigheid van het principe “geen bescherming zonder merkenschrijving” uit artikel 2.19.1. BVIE », *BMM Bull.*, 2015/1, p. 32 ; A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1409-1410, n° 9 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de “parasitisme” redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques », note sous Bruxelles, 21 octobre 2013, *Ann. Prat. marché*, 2013, p. 946, n° 8.

133 Voy. *supra*, note 16.

droit international [...] »<sup>134</sup>. En outre, il est expressément souligné dans la directive (UE) 2014/2436 sur les marques que celle-ci doit être en « parfaite cohérence » avec la Convention de Paris<sup>135</sup>. Aussi se pose la question de la conciliation de cette théorie européenne de l'« effet réflexe » avec l'article 10bis de ladite Convention. À l'analyse, il apparaît toutefois que cette disposition ne fait aucunement obstacle à une théorie européenne de l'« effet réflexe », spécialement pour ce qui concerne l'hypothèse du risque de confusion.

30. Tout d'abord, la portée de l'obligation qui découle de l'article 10bis ne paraît pas méconnue par la théorie de l'« effet réflexe ». Car si la Convention de Paris impose d'assurer une « protection effective contre la concurrence déloyale », elle ne définit pas les modalités que doit revêtir cette protection. Le *Guide* qui accompagne la Convention – lequel est de nature à contribuer à son interprétation par la Cour de justice<sup>136</sup> – nous enseigne que pareille protection peut trouver son siège tant dans une législation générale que dans une législation particulière<sup>137</sup>. En outre, spécialement pour ce qui concerne l'hypothèse du risque de confusion, le même *Guide* laisse entendre qu'il ne convient de sanctionner celui-ci en tant qu'acte de concurrence déloyale que dans l'hypothèse où il n'est pas déjà sanctionné par le droit des marques<sup>138</sup>. Or, la sanction sur pied du droit des marques pourra être encadrée par un certain nombre d'exigences, notamment des conditions de dépôt ou d'enregistrement dont la définition des modalités est précisément

134 Voy. récemment (en droit d'auteur) C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimensione Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13, § 23.

135 Voy. le considérant 41.

136 Comp. en droit d'auteur, lorsque la Cour interprète la directive 2001/29/CE à la lumière de la Convention de Berne. Dans le cadre de son processus interprétatif, elle estime en effet pouvoir avoir égard au *Guide de la Convention de Berne*, qu'elle qualifie de « [...] document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans avoir force obligatoire, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention [...] », voy. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, § 201 ; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, § 41. Voy. de même à propos du *Glossaire de l'OMPI* dans le cadre de l'interprétation du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10, § 85 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, *Phonographic Performance c. Irlande*, C-162/10, § 34.

137 Voy. *supra*, note 18.

138 G.H.C. BODENHAUSEN, *Guide de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, Genève, BIRPI, 1969, p. 151 : « [...] Une telle confusion peut être créée par l'utilisation de marques ou de noms commerciaux identiques ou similaires et sera alors fréquemment interdite par la législation particulière relative à ces objets. Si tel n'est pas le cas, les actes provoquant une confusion par ces moyens doivent être interdits en tant qu'actes de concurrence déloyale [...]. » (nous soulignons) Voy. par ailleurs l'hypothèse particulière du risque de confusion d'une marque notoirement connue, dont la sanction est organisée par cette même Convention dans le cadre du droit des marques (art. 6bis ; voy. en outre le passage pertinent du *Guide* reproduit *in extenso, supra*, note 17).

abandonnée au droit national par la Convention<sup>139</sup>. On en conclut que rien n'exclut que les États parties à la Convention subordonnent la sanction des actes de concurrence déloyale à certaines exigences<sup>140</sup>.

Ainsi que nous venons de le voir, le droit de l'Union européenne dans le domaine de la propriété intellectuelle paraît offrir dans son champ d'action une protection effective contre le risque de confusion. Et en dehors de ce champ d'action, la portée de la protection offerte par l'article 10*bis* n'est en rien entamée. Au contraire, elle est renforcée à plusieurs égards dans le cadre du droit de l'Union européenne dans le domaine de la protection des consommateurs. Aussi, la théorie européenne de l'« effet réflexe » ne paraît aucunement porter atteinte à l'effectivité de la protection contre la concurrence déloyale imposée par l'article 10*bis* de la Convention de Paris et partant, est parfaitement conciliable avec cette disposition.

31. Ensuite, et de manière plus fondamentale encore, il apparaît que le rapport hiérarchique entre les obligations qui s'imposent aux États membres en vertu du droit de l'Union européenne et de la Convention de Paris ne se résout pas nécessairement au bénéfice de cette dernière. En effet, nous avons vu que l'Union européenne n'est pas directement partie à la Convention de Paris<sup>141</sup>, à l'inverse de ses États membres. Or, s'agissant d'une convention internationale entre États membres et États tiers conclue antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1958, il découle du droit primaire que les États membres doivent mettre fin aux incompatibilités constatées entre leurs obligations découlant de cette convention et les traités<sup>142</sup>. Cette référence aux traités place notamment l'examen de la portée des obligations découlant de la Convention de Paris et pesant sur les États membres de l'Union européenne dans le cadre des droits fondamentaux, tels qu'ils sont

139 Voy. l'art. 6, § 1<sup>er</sup> : « Les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques de fabrique ou de commerce seront déterminées dans chaque pays de l'Union par sa législation nationale. » Voy. par ailleurs l'art. 6*sexies* (lecture *a contrario*) : « Les pays de l'Union s'engagent à protéger les marques de service. Ils ne sont pas tenus de prévoir l'enregistrement de ces marques. »

140 Voy. dans le même sens B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 376.

141 Mais indirectement à travers l'Accord sur les ADPIC, voy. *supra*, note 15.

142 Art. 351, al. 1<sup>er</sup> et 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :  
« Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune. »

On relèvera d'ailleurs qu'il est renvoyé expressément à cette disposition dans le considérant 41 de la directive (UE) 2015/2436.

consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>143</sup>. Il en découle que l'examen doit être réalisé au regard des exigences du « juste équilibre », dont nous avons vu qu'il est précisément au fondement de la théorie européenne de l'« effet réflexe ». Or, dans le champ d'action du droit de la propriété intellectuelle, autoriser sur pied de l'article 10*bis* la sanction du risque de confusion qui découle du seul fait de la copie en dehors des conditions fixées par ce droit bouleverserait le « juste équilibre » qu'il vise à assurer. Il s'ensuit que dans la hiérarchie des normes, l'article 10*bis* est situé à un niveau inférieur à la théorie de l'« effet réflexe » en tant qu'elle procède des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>144</sup>.

### **Section VIII. Conciliation de la théorie européenne de l'« effet réflexe » et de la sanction du risque de confusion prévue par les directives 2005/29/CE (pratiques commerciales déloyales) et 2006/114/CE (publicité trompeuse et comparative)**

32. S'agissant du risque de confusion, la théorie de l'« effet réflexe » du droit de l'Union dans le domaine de la propriété intellectuelle (spécialement le droit des marques) doit encore être articulée avec le droit de l'Union dans le domaine de la protection des consommateurs, spécialement les directives 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. La chose est cruciale dans la mesure où, toujours suivant les adversaires belges de l'« effet réflexe formel » du droit des marques, les dispositions de ces deux dernières directives présenteraient une « autonomie » vis-à-vis du droit de la propriété intellectuelle<sup>145</sup>. Bernard Vanbrabant, qui défend à l'inverse la théorie de l'« effet réflexe », a critiqué cette thèse de l'autonomie en soulignant que ces différentes législations « se meuvent sur des plans parallèles (et interconnectés) » et doivent donc être articulées les unes avec les autres<sup>146</sup>. Et lorsque l'on mène l'analyse sur le terrain du droit de l'Union, il apparaît de fait que la théorie de l'« effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle n'est en rien contredite par le droit de la consommation.

143 En vertu de l'art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, du traité sur l'Union européenne, la Charte a la même valeur juridique que les traités.

144 On aboutit à la même solution si l'on considère indirectement l'article 10*bis* à travers sa référence dans l'Accord sur les ADPIC qui, en tant qu'il fait partie intégrante du droit de l'Union (voy. *supra*, note 91), doit être compatible avec les droits fondamentaux, s'agissant d'une condition de légalité des actes de l'Union (voy. *supra*, note 87).

145 Voy. spéc. A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1410-1411, n<sup>os</sup> 13-14 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de "parasitisme" redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques », note sous Bruxelles, 21 octobre 2013, *Ann. Prat. marché*, 2013, p. 946, n<sup>o</sup> 8.

146 B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, pp. 386-387.

33. À titre liminaire, on relève que seuls les rapports entre le droit dérivé en matière de marques et de protection des consommateurs doivent être appréhendés, dès lors que le concept de « confusion » s'entend dans ces matières comme portant « sur l'origine commerciale » (et non « entre les produits »)<sup>147</sup> et est donc, dans cette acception, totalement étranger à la logique du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles.

34. Puisqu'il s'agit d'agencer entre elles des dispositions du droit dérivé, il n'est évidemment pas question de raisonner en termes de primauté ou de hiérarchie des normes, mais plutôt de se référer aux méthodes classiques d'interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice (littérale, systématique, téléologique)<sup>148</sup>.

35. À la lumière d'une interprétation littérale, il ressort de la directive sur les pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs que celle-ci présente à l'égard des autres directives concernées une vocation générale<sup>149</sup>, dès lors que les intérêts économiques des consommateurs risquent d'être mis en péril<sup>150</sup>. L'article 3, § 4, de ladite directive précise toutefois expressément qu'« [e]n cas de conflit entre [s]es dispositions [...] et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ses aspects spécifiques ». Il s'en déduit à notre avis que dans l'hypothèse d'un conflit, les situations expressément visées par le droit de l'Union en matière de marques – qui, suivant la Cour de justice, joue un rôle essentiel dans le cadre du fonctionnement loyal du marché<sup>151</sup> – sont régies exclusivement par celui-ci.

147 Pour ce qui concerne la directive 2005/29/CE, on relève que le considérant précise 14 qu'elle « [...] n'entend pas réduire le choix des consommateurs en interdisant la promotion des produits qui semblent similaires à d'autres produits, à moins que cette similarité ne sème la confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine commerciale du produit et soit donc trompeuse [...] ». Pour ce qui concerne la directive 2006/114/CE, la Cour de justice a déjà jugé que la notion de « confusion » au sens de la directive 84/450 (dont la directive de 2006 est une codification) doit recevoir la même interprétation que la directive sur les marques ; voy. C.J.C.E., 12 juin 2008, *O2 Holdings et O2 (UK) c. Hutchinson 3G UK*, C-533/06, § 49.

148 De manière générale sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice, voy. K. LENAERTS et J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « To Say What the Law of EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *20 Colum. J. Eur. L.* 3 (2014).

149 Ceci résulte par exemple de manière évidente de la liste des pratiques commerciales trompeuses, parmi lesquelles figurent « [...] toute activité de marketing concernant un produit, y compris la *publicité comparative*, créant une confusion avec un autre produit, *marque*, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent » (art. 6, § 2, a) (nous soulignons).

150 Voy. not. le considérant 8.

151 « [...] selon une jurisprudence constante, la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine d'un produit ou d'un service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance. En effet, pour que la marque puisse jouer son rôle d'élément essentiel du système de concurrence non faussé que le Traité CE entend établir et maintenir, elle

36. L'interprétation systématique des différentes directives concernées (à laquelle s'est déjà en partie livrée la Cour) confirme cette lecture et permet d'en déduire une conséquence importante. La Cour a en effet estimé dans un arrêt O2 que la notion de « confusion » doit s'entendre de la même manière au sens du droit des marques et du droit de la publicité comparative<sup>152</sup>. Afin d'assurer une cohérence dans l'interprétation<sup>153</sup>, la notion de « confusion » au sens de la directive sur les pratiques commerciales devrait donc également recevoir la même interprétation qu'en droit des marques<sup>154</sup>. En conséquence, l'utilisateur d'un signe distinctif enregistré ou susceptible d'enregistrement en tant que marque<sup>155</sup> ne devrait pouvoir agir à l'encontre d'un risque de confusion ainsi entendu que dans le respect des exigences strictes du droit des marques – et non de celles moins sévères en matière de protection des consommateurs – sous peine de priver celles-ci de tout « effet utile »<sup>156</sup>.

37. Cette lecture et la conséquence qui en découle sont encore confirmées et précisées par l'interprétation téléologique des directives concernées. En effet, alors que le droit des marques vise directement à la protection des intérêts d'une entreprise<sup>157</sup>, la directive sur les pratiques commerciales

---

doit constituer la garantie que tous les produits ou services qu'elle désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité », voy. not. C.J.C.E., 23 avril 2009, *Copad c. Christian Dior Couture e.a.*, C-59/08, § 22.

- 152 Voy. *supra*, note 147. Voy. également pour une même interprétation systématique à propos de la notion de « profit indûment tiré », employée dans les deux directives, C.J.C.E., 18 juin 2009, *L'Oréal e.a. c. Bellure e.a.*, C-487/07, § 77.
- 153 Ces différentes directives présentent entre elles des liens tels qu'elles devraient pouvoir être vues comme formant, à tout le moins en partie, un « cadre juridique harmonisé » ; comp. à propos du droit d'auteur et des droits voisins, K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT, *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 243-244 : « [...] le législateur de l'Union a harmonisé le droit d'auteur et les droits voisins en ayant adopté plusieurs directives, qui forment toutefois un “cadre juridique harmonisé”. Il incombe à la Cour de justice d'interpréter ces directives de façon cohérente. » (nous soulignons)
- 154 Ou, à tout le moins, engober entièrement cette interprétation.
- 155 La protection du droit des marques suppose, au fond, un « signe » qui puisse être « représenté » et qui soit « apte à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises », voy. les art. 3 de la directive 2015/2436/UE et 4 du règlement (CE) n° 207/2009 (tel que modifié par le règlement (UE) 2015/2424) ; voy. également la jurisprudence constante de la Cour, dernièrement C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Apple c. Deutsches Patent- und Markenamt*, C-421/13, § 17 (sous réserve de la suppression de l'exigence de représentation graphique).
- 156 L'interprétation des dispositions du droit de l'Union à la lumière de leur « effet utile » relève à la fois de l'interprétation systématique et de l'interprétation téléologique, voy. K. LENAERTS et J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « To Say What the Law of EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », *20 Colum. J. Eur. L.* 3 (2014), pp. 17 et 31.
- 157 Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice relative à l'actuel article 10, § 2, a), de la directive (UE) 2015/2436, « [...] le droit exclusif [...] a été octroyé afin de permettre au titulaire de la marque de protéger ses intérêts spécifiques en tant que titulaire de cette marque, c'est-à-dire assurer que cette dernière puisse remplir ses fonctions propres [...] » ; voy. not. C.J.C.E., 12 novembre 2002, *Arsenal Football Club c. Reed*, C-206/01, § 51.

déloyales ne poursuit cet objectif qu'indirectement, sa visée première étant la protection des consommateurs<sup>158</sup>. Quant aux dispositions relatives à la publicité comparative de la directive 2006/114/CE, elle vise dans le même temps la protection des consommateurs, des professionnels et du marché<sup>159</sup>.

Certes, le droit des marques joue également un rôle dans la protection du consommateur en lui garantissant l'origine d'un produit et/ou d'un service<sup>160</sup>, mais il ne se conçoit pas que, dans le but de protéger ses intérêts spécifiques, celui qui ne satisfait pas aux exigences du droit des marques excipe du risque de confusion généré dans le chef du consommateur pour critiquer le comportement d'un concurrent. Spécialement, et sauf l'hypothèse de la marque notoirement connue au sens de l'article 6bis de la Convention de Paris<sup>161</sup>, dans le cas où l'utilisateur d'un signe distinctif reste en défaut d'enregistrer celui-ci comme marque – se soustrayant ainsi aux garanties de sécurité juridique<sup>162</sup>, de préservation de l'intérêt général<sup>163</sup> et de l'intérêt particulier<sup>164</sup> associées à la procédure d'enregistrement –, il adopte un comportement susceptible de fausser la concurrence, contraire à l'un

158 Voy. spéc. le considérant 8 : « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne [...]. » (nous soulignons) Voy. aussi le considérant 6.

159 Voy. spéc. C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Belgian Electronics Sorting Technology c. Peelaers et Visys*, C-657/11, § 38 : « Il découle, en outre, des considérants 3, 4 et 8, deuxième phrase, de la directive 2006/114 ainsi que des définitions également larges des notions de "publicité trompeuse" et de "publicité comparative", prévues à l'article 2, points 2 et 2bis, de la directive 84/450 et à l'article 2, sous b) et c), de la directive 2006/114, que le législateur de l'Union a eu l'intention d'établir, au travers de ces directives, un encadrement complet pour toute forme de manifestation publicitaire, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un contrat, afin d'éviter qu'une telle publicité porte préjudice tant aux consommateurs qu'aux professionnels et entraîne une distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur. » (nous soulignons)

160 Voy. la première phrase de l'attendu de l'arrêt *Copad* reproduit *supra*, note 151.

161 Laquelle ne doit pas être nécessairement enregistrée pour bénéficier de la protection contre le risque de confusion (voy. *supra*, note 17). On relèvera que l'article 6bis de la Convention de Paris ne vise que les marques de produits mais que l'article 16, § 2, de l'Accord sur les ADPIC étend sa protection aux marques de service. La protection offerte par ces dispositions pour les marques notoirement connues est toutefois limitée au principe de spécialité. La protection au-delà du principe de spécialité est certes imposée par l'article 16, § 3, de l'Accord sur les ADPIC, mais uniquement dans l'hypothèse où la marque notoirement connue a fait l'objet d'un enregistrement.

162 Le système d'enregistrement des marques poursuit un objectif de sécurité juridique, à savoir permettre aux opérateurs économiques de déterminer, sur la base du titre enregistré, l'étendue de la réservation opérée au profit du titulaire de la marque ; voy. spéc. les considérants 13 et 37 de la directive (UE) 2015/2436.

163 La plupart des motifs absolus de refus poursuivent un but d'intérêt général et doivent être interprétés à la lumière de celui-ci ; voy. initialement C.J.C.E., 4 mai 1999, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs c. Boots- und Segelzubehör Walter Huber et Attenberger*, aff. jtes C-108/97 et C-109/97, §§ 25-27 ; voy. encore récemment C.J.U.E., 18 septembre 2014, *Hauck c. Stokke e.a.*, C-205/13, §§ 17-20.

164 À travers l'examen des motifs relatifs de refus dans le cadre d'une procédure d'opposition.

des objectifs du droit des marques<sup>165</sup> et du droit de la publicité trompeuse et comparative<sup>166</sup>. Aussi, dans pareil cas, il ne devrait pas pouvoir *ex post* tirer argument de la protection du consommateur (sur pied d'une directive dans le domaine de la protection des consommateurs) alors qu'il a manqué d'y veiller *ex ante* (en procédant à l'enregistrement de sa marque). Toujours pour des motifs de sécurité juridique, on parvient à la même solution dans le cas où l'enregistrement de la marque a cessé de produire ses effets, faute pour son titulaire d'avoir procédé à son renouvellement<sup>167</sup>. De même dans tous les autres cas où le titulaire ne peut plus s'opposer à l'utilisation d'un

165 Voy. la seconde phrase de l'attendu de l'arrêt *Copad* reproduit *supra*, note 151.

166 Voy. *supra*, note 159.

167 La marque qui a cessé de produire ses effets en raison de l'absence de renouvellement peut parfaitement faire l'objet d'un enregistrement (le cas échéant pour des produits et/ou services identiques et/ou similaires) par un tiers. À cet égard, on relève d'ailleurs que la faculté jadis laissée par la directive aux États membres de prévoir la possibilité d'annuler (ou de refuser à) l'enregistrement une marque identique ou similaire à une marque qui s'était éteinte à cause de son non-renouvellement dans les deux années précédant le dépôt (art. 4, § 4, f, de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée)) ne figure plus dans la nouvelle directive.

Cette possibilité existe dans le droit Benelux, et ce, précisément afin (notamment) « [...] d'éviter qu'un déposant ne profite du "goodwill" attaché à la marque expirée et ne crée une confusion préjudiciable à l'ancien titulaire [...] » ; voy. l'actuel art. 2.4.d de la CBPI (ainsi que le *littera c.* s'agissant des marques collectives pour lesquelles le délai est de trois ans) ; voy. en outre, sur l'interprétation de la disposition correspondante dans le cadre de l'ancienne loi uniforme Benelux, C.J. Benelux, 25 mai 1979, *Verwerkings Industrie Vreeland c. National Foods Holland*, aff. A 78/1.

À la suite de l'adoption de la nouvelle directive, ces dispositions devront toutefois être supprimées ; voy. E. CORNU, « Les motifs absolus et relatifs de refus d'enregistrement et de nullité à la lumière du nouveau "Paquet Marques" », *I.R.D.I.*, 2016, p. 44.

Certes, la marque postérieure pourra encore être annulée (ou son enregistrement refusé) si son dépôt est intervenu de « mauvaise foi » ; voy. les art. 4, § 2, de la directive (UE) 2015/2436 et 52, § 1<sup>er</sup>, b, du règlement (CE) n° 207/2009. Le dépôt de mauvaise foi constitue toujours un motif d'annulation, les États membres étant libres de prévoir qu'il est également un obstacle à l'enregistrement. En droit Benelux, le dépôt effectué de mauvaise foi n'est pas attributif du droit à la marque (art. 2.4.f de la CBPI) et son enregistrement peut être annulé à la demande de tout intéressé (art. 2.28.3.b de la CBPI).

Ceci étant, suivant la Cour de justice, le seul fait pour le déposant de savoir qu'un tiers utilise un signe identique ou similaire prêtant à confusion avec le signe dont l'enregistrement est demandé ne suffit pas pour que soit établie sa mauvaise foi ; voy. C.J.C.E., 11 juin 2009, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli c. Franz Hauswirth*, C-529/07, § 40 ; voy. également C.J.U.E., 27 juin 2013, *Malaysia Dairy Industries c. Ankenævnet for Patenter og Varemærker*, C-320/12, § 37. La Cour a par ailleurs précisé dans cet arrêt que la notion de « mauvaise foi » constitue une « notion autonome » du droit de l'Union (voy. le § 29).

Il résulte de ces dispositions que, nonobstant l'existence d'un risque de confusion, le titulaire de la marque expirée ne peut en principe s'opposer à l'enregistrement et partant, à l'usage subséquent par un tiers de son ancienne marque, quand bien même cet usage serait la source d'un risque de confusion. Il ne se conçoit dès lors pas qu'il puisse parvenir à ce résultat sur pied du droit de la concurrence déloyale ou de la consommation, sous peine de compromettre l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'enregistrement (voy. *supra*, note 162).

signe similaire à sa marque, nonobstant le fait que la protection conférée par l'enregistrement n'est pas expirée<sup>168</sup>.

38. À la lumière des principes classiques d'interprétation du droit de l'Union, il nous paraît donc que rien ne s'oppose à ce que la théorie de l'« effet réflexe » déploie ses effets uniquement à l'égard de celui qui, par son abstention ou sa négligence – le cas échéant dans le cadre d'une stratégie déloyale –, ne peut bénéficier de la protection du droit des marques. Ainsi comprise, la théorie de l'« effet réflexe » ne restreint en aucune manière la possibilité pour toutes les autres personnes ou organisations ayant un intérêt légitime « à lutter contre les pratiques commerciales déloyales »<sup>169</sup> (notamment les associations de consommateurs) ou « à lutter contre la publicité trompeuse ou à réglementer la publicité comparative »<sup>170</sup> (notamment le ministre compétent)<sup>171</sup><sup>172</sup>. En cela, elle apparaît conforme aux exigences du « juste équilibre », dès lors qu'elle laisse ouverte à tous des moyens adéquats et efficaces de lutter contre le risque de confusion,

168 On vise ici deux cas. Premièrement, celui où le titulaire de la marque a toléré l'usage d'une marque postérieure pendant une période de cinq années consécutives en connaissance de cet usage ; voy. les art. 9 de la directive (UE) 2015/2436 et 54 du règlement (CE) n° 207/2009 (ces dispositions prévoient que dans ce cas, le titulaire de la marque antérieure est forcé à agir en nullité de la marque postérieure ; il ressort par ailleurs clairement des considérants 29 de la directive et 22 du règlement (UE) n° 2015/2424 (qui modifie le règlement (CE) n° 207/2009) qu'il ne peut pas non plus s'opposer à son usage) ; voy., en droit Benelux, les art. 2.24 et 2.29 de la CBPI.

Deuxièmement, celui où la marque antérieure n'a pas fait l'objet par son titulaire d'un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans ; voy. les art. 16, § 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2015/2436 et 15, § 1<sup>er</sup>, du règlement (CE) n° 207/2009 et les renvois qu'ils opèrent à d'autres dispositions ; voy. également les considérants 30 de la directive et 22 du règlement (UE) n° 2015/2424 (qui modifie le règlement (CE) n° 207/2009) ; voy., en droit Benelux, les art. 2.26.2.a et 2.27 de la CBPI.

Ces dispositions sont pareillement inspirées d'un objectif de sécurité juridique, ainsi qu'il ressort des considérants 29 et 30 de la directive et 22 du règlement (UE) n° 2015/2424 (qui modifie le règlement (CE) n° 207/2009). Cet objectif serait irrémédiablement compromis s'il était possible pour le titulaire de la marque de critiquer, sur la base du droit de la concurrence déloyale ou de la consommation, l'utilisation d'un signe similaire à sa marque alors qu'il ne peut s'y opposer sur la base de son droit de marque.

169 La directive 2005/29/CE prévoit que ces personnes et organisations doivent avoir la possibilité d'agir en justice et/ou devant des autorités administratives pour assurer le respect de ses dispositions « dans l'intérêt des consommateurs » (art. 11, § 1<sup>er</sup>).

170 La directive 2006/114/CE prévoit que ces personnes et organisations doivent avoir la possibilité d'agir en justice et/ou devant des autorités administratives pour assurer le respect de ses dispositions « dans l'intérêt des professionnels et des concurrents » (art. 5, § 1<sup>er</sup>).

171 En Belgique, l'article XVII.7 du Code de droit économique prévoit que l'action en cessation d'un acte constituant une infraction aux dispositions du Code peut être formée à la demande (1<sup>o</sup>) des intéressés, (2<sup>o</sup>) du ministre compétent pour la matière concernée, (3<sup>o</sup>) d'une autorité ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ainsi que (4<sup>o</sup>) de certaines associations ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs.

172 On rejoint ici la solution préconisée par B. VANBRABANT in *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 387.

tantôt sur le fondement (et dans les limites) du droit des marques pour ce qui concerne l'utilisateur d'un signe distinctif<sup>173</sup>, tantôt sur le fondement du droit de la consommation pour ce qui concerne tous les autres intéressés.

### **Conclusion : le « juste équilibre », fondement cohésif de la sanction du risque de confusion à travers une théorie européenne de l'« effet réflexe »**

39. Archétype de la concurrence déloyale, le risque de confusion est au cœur de nos législations modernes dans les domaines de la propriété intellectuelle et de la protection des consommateurs. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la multiplicité des fondements permettant d'en poursuivre la sanction appelle à un effort de systématisation afin d'en assurer le fonctionnement harmonieux.

Dans cette entreprise de rationalisation, la théorie de l'« effet réflexe » paraît constituer un outil idéal. En tant qu'elle repose sur l'idée qu'une même situation ne peut être régie à des conditions différentes par plusieurs normes différentes et fait prévaloir la législation spécifique sur la législation générale, elle postule le législateur comme étant un « acteur rationnel ». C'est au départ de cette même prémisse que raisonne la Cour de justice dans le cadre de son interprétation systématique du droit de l'Union européenne<sup>174</sup>, dans la jurisprudence de laquelle nous avons pu trouver les premiers indices d'une théorie de l'« effet réflexe » fondée sur l'objectif d'harmonisation (interprétation téléologique).

À cet égard, l'absence d'harmonisation du droit de la concurrence déloyale apparaît de moins en moins vraie, en tout cas pour ce qui concerne

173 L'utilisateur d'un signe distinctif n'est pas privé de toute possibilité de protection (ce qui pourrait ne pas être conforme aux exigences du « juste équilibre » ; comp. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, § 98 ; C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Coty Germany c. Stadtparkasse Magdeburg*, C-580/13, § 38). En effet, rien n'empêche l'utilisateur d'un signe distinctif qui n'a pas fait enregistrer celui-ci en tant que marque ou qui a négligé de renouveler l'enregistrement de procéder à un premier ou un nouvel enregistrement, sous réserve d'un enregistrement antérieur et de bonne foi de la marque par un tiers ou de tout autre droit antérieur qu'un tiers pourrait faire valoir ; voy. les différentes hypothèses visées aux art. 5 de la directive (UE) 2015/2436 et 8 du règlement (CE) n° 207/2009.

Quant aux hypothèses dans lesquelles le titulaire de la marque ne peut plus s'opposer à l'utilisation d'un signe similaire à celle-ci, nonobstant le fait que la protection conférée par l'enregistrement n'est pas expirée (voy. *supra*, note 168), il nous paraît que ces limitations du droit des marques (qui poursuivent un objectif de sécurité juridique) sont conformes au « principe de proportionnalité » (dont le respect est notamment imposé par l'art. 52 de la Charte des droits fondamentaux) et aux exigences du « juste équilibre ».

174 K. LENAERTS et J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « To Say What the Law of EU Is : Methods of Interpretation and the European Court of Justice », 20 *Colum. J. Eur. L.* 3 (2014), p. 17.

le risque de confusion sur l'origine commerciale d'un produit ou entre des produits. Car entre les différents droits de propriété intellectuelle, le droit des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, le droit de la publicité trompeuse et comparative ainsi que leur interprétation extensive par la Cour de justice<sup>175</sup>, « que reste-t-il encore au juge national pour dire le “droit du risque de confusion” »<sup>176</sup>? Il nous paraît qu'aujourd'hui, dans bien des cas, il n'y a plus lieu d'appréhender le risque de confusion au regard d'un droit purement national, fût-il la traduction d'une obligation issue du droit international.

40. Dès lors que l'on raisonne en droit de l'Union européenne et spécialement depuis que la Charte des droits fondamentaux s'est vue conférer une valeur identique aux Traités, il n'est plus possible de faire l'économie d'une analyse à travers le prisme des droits fondamentaux. À suivre les évolutions récentes dans la jurisprudence de la Cour de justice, une notion se dégage, le « juste équilibre », qui, en tant que condition de validité et principe d'interprétation du droit de l'Union (empruntant aux méthodes systématique et téléologique), vient donner corps à une théorie européenne de l'« effet réflexe » des droits de propriété intellectuelle.

De cette jurisprudence relative au « juste équilibre », il ne se déduit pas encore de principes clairs quant à la manière d'envisager la notion. Ceci dit, il semble que la vérification que les exigences du « juste équilibre » sont rencontrées suppose de confronter les conséquences d'une règle et de ses alternatives<sup>177</sup>. Or, il apparaît que seule la thèse défendue dans la présente contribution – à savoir celle d'une théorie de l'« effet réflexe » des droits de propriété intellectuelle dont les effets seraient limités à l'égard de la seule entreprise copiée – apparaît conforme à ces exigences. À l'inverse, l'absence de tout « effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle aurait pour conséquence une mise en cause du « juste équilibre » qu'il réalise entre la propriété intellectuelle (art. 17, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et les libertés d'entreprise et d'expression (art. 16 et 11 de la Charte). De même, une théorie de l'« effet réflexe » qui produirait ses effets

175 Voy. de manière générale sur l'interprétation retenue par la Cour du champ d'application de la directive 2005/29/CE, A. PUTTEMANS et L. MARCUS, « L'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs », in A. PUTTEMANS (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, pp. 11 et s., spéc. pp. 16 et s., n<sup>os</sup> 7 et s.

176 On emprunte ici au titre proposé par un commentateur français (V.-L. BENABOU, « Jurisprudence *Infopaq* : que reste-t-il au juge national pour dire le droit d'auteur ? », *R.D.T. I.*, 2009/37, pp. 71 et s.) à la suite d'un arrêt dans lequel la Cour de justice, malgré l'absence de toute référence à la notion dans la directive 2001/29/CE et alors même que le législateur n'avait pas entendu procéder à son harmonisation dans ce cadre, a considéré que l'originalité au sens du droit d'auteur constitue une notion autonome du droit de l'Union européenne.

177 Voy. *supra*, note 115.

au-delà de la seule entreprise copiée et donc à l'égard des tiers ayant un intérêt légitime aurait pour conséquence une mise en cause du « juste équilibre » que réalise le droit de la consommation entre la protection des consommateurs (art. 38 de la Charte) et les libertés d'entreprise et d'expression.

41. L'obligation d'assurer ce « juste équilibre » n'incombe pas seulement aux institutions de l'Union européenne, mais également aux autorités nationales, et notamment au juge<sup>178</sup>. Aussi, face aux prétentions qui prennent appui sur les dispositions générales du droit de la concurrence déloyale, le juge national est le seul garant du respect de ce « juste équilibre ». Or, donner droit à pareilles prétentions lorsque la situation considérée est d'ores et déjà appréhendée par les dispositions particulières du droit de la propriété intellectuelle bouleverse les équilibres que le législateur européen a tenté de mettre en place, alors que ces derniers doivent nécessairement être « justes »<sup>179</sup>.

Aussi, lorsque le plaideur excipe de l'existence d'un risque de confusion en se prévalant des dispositions de droit de la concurrence déloyale, le juge ne doit pas être dupe. Par cette appellation, le plaideur tente parfois de situer sur le terrain de la concurrence déloyale un débat qui devrait avoir lieu sur celui de la propriété intellectuelle. Or, les mots « risque de confusion » ne doivent pas être un « Sésame, ouvre-toi » permettant de contourner les exigences du « juste équilibre »...

Spécialement, le juge devra être attentif à ne pas accueillir l'action en concurrence déloyale dans deux situations particulières. Premièrement, celle où l'on plaide l'existence d'un risque de confusion « sur l'origine commerciale » du produit, alors que la forme dudit produit aurait pu faire l'objet d'un enregistrement par le droit des marques. Deuxièmement, celle où l'on plaide l'existence d'une « copie servile » d'un produit – et donc d'un risque de confusion « entre les produits » –, alors que la forme n'aurait pas pu bénéficier de la protection du droit d'auteur et/ou du droit des dessins et modèles et qu'il n'y a pas en outre un risque de confusion « sur l'origine commerciale » du produit. Au-delà de ces deux situations spécifiques et de manière générale, le juge devra donc toujours vérifier si, dans les circonstances de la cause, ledit risque de confusion ne relève pas en réalité d'une situation entièrement régie par un droit de propriété intellectuelle, dont les exigences ne sont par hypothèse pas rencontrées, d'où la recherche par le plaideur d'une protection de repli<sup>180</sup>.

178 Voy. *supra*, note 111.

179 Répétons-le, le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par la Charte constitue une condition de légalité des actes de l'Union (voy. *supra*, note 87). Ceci implique nécessairement que les dispositions du droit de l'Union doivent respecter les exigences du « juste équilibre ».

180 Comp. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 321 : « [...] Même si la loi spéciale n'est pas invoquée par la partie demanderesse – surtout si elle ne l'est pas –, le juge devrait

En dehors de ces situations, le droit de la concurrence déloyale conserve sa pertinence. Ainsi, saisi de la demande de l'entreprise dont le produit est copié, le juge pourra encore sanctionner le risque de confusion dans le cadre des dispositions du droit de la concurrence déloyale ou de la consommation dans deux cas. Premièrement, lorsque le risque de confusion n'est pas situé dans le champ d'action d'un droit de propriété intellectuelle. Deuxièmement, lorsque le risque de confusion découle de circonstances autres que celles inhérentes à la copie.

42. En tant qu'elle procède des droits fondamentaux tels que consacrés dans l'Union européenne, la théorie de l'« effet réflexe » est située au sommet de la hiérarchie des normes et ne peut souffrir aucune contestation sur pied d'une législation nationale ou d'une convention internationale à laquelle l'Union européenne n'est pas liée. Et dès lors que le « juste équilibre » constitue en outre un principe d'interprétation systématique et téléologique du droit de l'Union européenne, il peut être mobilisé de manière différenciée pour justifier l'« effet réflexe » de chaque disposition du droit de la propriété intellectuelle considérée dans ses spécificités. Le « juste équilibre » fournit ainsi un fondement cohésif à une théorie européenne de l'« effet réflexe » des différentes dispositions du droit de la propriété intellectuelle, à tout le moins en tant qu'elles permettent de lutter contre le risque de confusion généré du seul fait de la copie d'un produit. Sans aucun doute au vu de sa place dans la hiérarchie des normes et des principes qui gouvernent son interprétation, une théorie européenne de l'« effet réflexe » fondée sur le « juste équilibre » a vocation à déployer ses effets en dehors de cette seule hypothèse.

---

*confronter à cette loi les faits allégués en vue de s'assurer que le législateur n'a pas entendu exclure la sanction dudit comportement [...]. »*

Comp. également avant lui J. STUYCK, « Vrijheid van mededinging en intellectuele rechten : Praktische problemen in de grijze zone tussen verboden nabootsing en toegelaten kopie », in Fr. GOTZEN (éd.), *Merken en mededinging – Marques et concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 21-22 : « [...] het verbod van verwarringstichting, dat van oudsher in de norm der eerlijke handelsgebruiken besloten ligt, en het per se-verbod van verwarringstichtende reclame (ingevoerd door de handelspraktijkenwet van 1971) in principe slechts aanwending kunnen vinden op verwarringstichting m.b.t. elementen die wegens hun aard niet voor intellectueelrechtelijke bescherming in aanmerking komen [...] ».