

La nouveauté : un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet

Julien CABAY

Assistant-Chercheur à l'Université libre de Bruxelles

Doctorant

et

Alain STROWEL

Professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis

Avocat

« Nos Beaux-Arts ont été institués, et leurs types comme leur usage fixés, dans un temps bien distinct du nôtre, par des hommes dont le pouvoir d'action était insignifiant auprès de celui que nous possédons. Mais l'étonnant accroissement de nos moyens, la souplesse et la précision qu'ils atteignent, les idées et les habitudes qu'ils introduisent nous assurent de changements prochains et très profonds dans l'antique industrie du Beau. Il y a dans tous les arts une partie physique qui ne peut plus être regardée ni traitée comme naguère, qui ne peut pas être soustraite aux entreprises de la connaissance et de la puissance modernes. Ni la matière, ni l'espace, ni le temps ne sont depuis vingt ans ce qu'ils étaient depuis toujours. Il faut s'attendre que de si grandes nouveautés transforment toute la technique des arts, agissent par là sur l'invention elle-même, aillent peut-être jusqu'à modifier merveilleusement la notion même de l'art. »

Paul VALÉRY, 1928¹

Introduction

Faut-il rappeler que l'originalité d'une création détermine sa protection par le droit d'auteur²? Selon le droit européen et national, la protection ne peut dépendre d'aucun autre critère. Plusieurs dispositions et considérants dans les directives relatives au droit d'auteur précisent que des critères, tels que la valeur esthétique, la qualité ou la destination de l'œuvre, ne peuvent être utilisés pour filtrer ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas³. Singulièrement, ces textes n'excluent pas une référence à la nouveauté de la création. On verra comment la nouveauté, sans être un critère de protection, intervient nécessairement dans l'appréciation concrète de l'originalité.

¹ P. VALÉRY, « La conquête de l'ubiquité », in *Pièces sur l'art*, 8^e éd., Paris, Gallimard, 1934, pp. 103-104.

² L'exclusion des idées n'est pas à proprement parler un critère de protection, c'est plutôt le facteur déterminant l'étendue de celle-ci.

³ Voy. spéc. l'article 1.3 et le considérant 8 de la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur; l'article 6 et le considérant 16 de la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins; l'article 3.1 et le considérant 16 de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données. Voy., récemment, S. VAN GOMPEL et E. LAVIK, « Qualité, mérite, esthétique et destination : examen de l'exclusion par le droit d'auteur de l'UE d'autres critères que l'originalité », *R.I.D.A.*, 2013/236, p. 100.

Comme on le sait, l'originalité en droit européen et, donc, en droit belge se déduit de l'existence d'une « création intellectuelle propre à l'auteur », selon la formule utilisée dans trois directives européennes⁴ et étendue par l'arrêt *Infopaq*⁵ de la Cour de justice de l'Union européenne à tous types d'œuvres. Au-delà de la formule précitée, la définition du critère d'originalité par la Cour de justice offre un cadre conceptuel pour l'analyse des revendications de protection devant les juges du fond. Le chapitre I reviendra sur cette jurisprudence définissant le périmètre théorique de l'originalité qui exige des « choix libres et créatifs ».

En Belgique, les juges du fond ont, comme on le verra dans le chapitre II, section 1, élaboré ce que l'on peut appeler une dialectique de la vérification de l'originalité. Le cheminement dialectique pour démontrer l'originalité n'est pas toujours explicité par les juges, mais l'analyse de la jurisprudence montre le déploiement d'un raisonnement en plusieurs étapes. Souvent, ce raisonnement ne peut esquiver une discussion de la nouveauté. Il tient par ailleurs compte de l'exigence de preuve objective et de la théorie de la création indépendante. Cette dialectique ou mise en œuvre de l'originalité en dit plus sur ce que le droit juge digne de protéger comme œuvre que la simple définition européenne.

La Cour de justice n'a pas élaboré la même dialectique, et pour cause : saisie dans le cadre de recours préjudiciels en interprétation, elle peut s'en tenir à un exercice de définition, elle n'a pas à démontrer *in concreto* comment des « choix libres et créatifs » sont à l'œuvre. Dans son Olympe luxembourgeois, la Cour peut se contenter de jouer le rôle d'oracle, sans se préoccuper trop des faits. Le débat récurrent sur le rôle des antériorités devant les juges du fond est nécessairement absent de la jurisprudence de Luxembourg en matière de droit d'auteur. Néanmoins, comme on le verra dans le chapitre II, section 2, la Cour de justice semble valider la démarche dialectique des juges du fond et, donc, reconnaître la place de la nouveauté.

Aujourd'hui, l'ubiquité et l'immensité des informations disponibles sur Internet semblent remettre en cause et, en tout cas, rendre plus difficile la démonstration de l'originalité : comment répondre à l'argument du défendeur qui invoque de prétendues antériorités trouvées sur Internet ? Dans le chapitre III, on répondra à cette objection courante en insistant sur la nécessité de prouver la date des prétendues antériorités en ligne et leur possibilité raisonnable de connaissance, et ce, à la lumière de la jurisprudence étrangère ainsi que de celle relative à d'autres droits intellectuels, y compris la jurisprudence de l'Office européen des brevets (OEB) sur la valeur des informations disponibles en ligne.

⁴ Article 1^{er}, § 3, de la directive 91/250/CEE devenue entre-temps la directive 2009/24/CE; article 3, § 1^{er}, de la directive 96/9/CE et article 6 de la directive 2006/116/CE.

⁵ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Dankse Dagblades Forening*, C-5/08.

Chapitre I

L'originalité synonyme de « création intellectuelle propre à son auteur » requiert des « choix libres et créatifs »

La « création intellectuelle propre à son auteur » par « le choix, la disposition et la combinaison ». – Depuis l'arrêt *Infopaq*, la Cour de justice a contribué à définir la notion d'originalité en tant que condition de protection du droit d'auteur, permettant à une création d'accéder au statut d'œuvre.

L'arrêt *Infopaq* est un arrêt clé. Il a surtout eu pour effet de conférer un effet horizontal à la condition que l'on trouvait dans l'acquis communautaire, à savoir qu'un objet est « protégé s'il est original en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur ». Un détour par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques a permis à la Cour de justice de généraliser la définition légale prévue en droit européen pour seulement trois catégories d'œuvres, à savoir les programmes d'ordinateur, les bases de données et les photographies⁶. En effet, la Convention de Berne définit, comme son titre l'indique, la protection internationale des « œuvres littéraires et artistiques » ; de « l'économie générale » de cette Convention, il résulte que la protection de certains objets comme « œuvres » « présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles » ; ainsi, l'article 2, § 5, de la Convention précise que « [l]es recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, *constituent des créations intellectuelles* sont protégés comme telles ».

La formule européenne « création intellectuelle propre à son auteur » de l'article 1^{er}, § 3, de la directive 91/250/CEE, de l'article 3, § 1^{er}, de la directive 96/9/CE et de l'article 6 de la directive 2006/116/CE est donc un synonyme de l'originalité nécessaire à la protection de toutes les œuvres. Selon la Cour qui peut s'appuyer sur divers considérants (4, 9 à 11 et 20), la directive 2001/29/CE offre le « cadre harmonisé du droit d'auteur » ; dès lors, l'« œuvre » sur laquelle l'auteur a, aux termes de l'article 2(a) de la directive, un large droit de reproduction, doit être interprétée de la même manière. Donc, tout type d'œuvre, en ce compris les œuvres littéraires, doit constituer « la création intellectuelle propre à son auteur » pour être protégé. Il en va de même pour des parties d'œuvres, comme un extrait (fût-ce de 11 mots) d'une œuvre littéraire, qui peuvent « participer, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière » (§ 38) : « S'agissant des éléments de telles œuvres sur lesquels porte la protection, il convient de relever que celles-ci sont composées de mots qui, considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est *qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots* qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle. » (§ 45.)

⁶ C.J.U.E., *Infopaq* : « Il ressort de l'économie générale de la convention de Berne [...] que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques *présuppose* qu'ils constituent des créations intellectuelles. De même, conformément aux articles 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur. En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée [...] sur le même principe » (§§ 34-36).

Les «choix libres et créatifs». – Des trois opérations qui peuvent révéler un «esprit créateur» (choisir, disposer et combiner des éléments de base non protégés), l'élément de «choix» est déterminant, comme le confirme l'arrêt *Painer*⁷ en matière de photographie : «S'agissant d'une photographie de portrait, il y a lieu de relever que l'auteur pourra effectuer ses *choix libres et créatifs* de plusieurs manières et à différents moments lors de sa réalisation. Au stade de la phase préparatoire, l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier ou l'éclairage. Lors de la prise de la photographie de portrait, il pourra choisir le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée. Enfin, lors du tirage du cliché, l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels. *À travers ces différents choix*, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa "touche personnelle" à l'œuvre créée» (§§ 90-92). La formule finale donne à penser que «créer, c'est choisir». Mais il faut encore que ces choix soient «créatifs» pour reprendre l'autre formule utilisée par la Cour au début du passage précité. Cela n'aide donc pas vraiment, on tourne en rond. Est-ce alors l'autre qualificatif des choix qui est déterminant ? Ce qui importerait en définitive, c'est d'avoir des «choix libres», autrement dit, comme le précise la Cour de justice dans *Painer*, il faut que l'auteur dispose d'une «marge [...] pour exercer ses capacités créatives» (§ 93). Aussi longtemps que la marge n'est pas trop réduite (voire inexistante), il y a de la place pour des «choix libres». Et la Cour de formuler une directive à l'attention des juges du fond : «il appartient à la juridiction nationale de vérifier, dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie» (§ 94). On verra qu'il peut être difficile, à défaut d'une bonne documentation sur la genèse de l'œuvre ou parce que l'œuvre résulte d'une décision instantanée sans préparation ou maturation, d'identifier ces choix de l'auteur dans un cas concret, mais leur existence pourra se déduire de la nouveauté relative de l'œuvre.

L'exercice de la liberté de création. – Dans d'autres arrêts, la Cour de justice est revenue sur la condition de «marge de création», d'«espace de jeu» (*Spielraum* selon l'approche allemande traditionnelle) ou, encore, de «marge de manœuvre» (*leeway*) qui joue un rôle décisif pour les œuvres fonctionnelles (un programme d'ordinateur) et informationnelles (une base de données). Ainsi, selon l'arrêt *BeSoft* (ou *BSA*)⁸, la protection de l'interface utilisateur graphique ne constitue pas l'une des formes d'expression d'un programme d'ordinateur, mais peut néanmoins bénéficier de «la protection du droit d'auteur de droit commun en vertu de la directive 2001/29» (§ 44). Pour vérifier si l'interface utilisateur graphique est une création intellectuelle propre à son auteur, le juge national devra «tenir compte, notamment, de la disposition ou de la configuration spécifique de toutes les composantes» de l'interface utilisateur graphique : «lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent. Dans une telle situation, les composantes de l'interface utilisateur graphique ne permettraient pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale»

⁷ C.J.U.E., 7 mars 2013, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10.

⁸ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace-Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09.

(§§ 49-50)⁹. Ici, la Cour amalgame le critère de l'originalité (déterminant l'existence de la protection) et le critère de la forme d'expression (déterminant l'étendue de la protection). La présence d'une contrainte (d'ordre technique par exemple) est en tout cas un indice d'absence d'originalité et conduit donc à conclure à la non-protection.

La Cour de justice a encore davantage explicité l'exigence de liberté (ou d'absence de contrainte) comme condition de l'originalité dans *Football Dataco*, à propos des calendriers annuels des rencontres des championnats de football¹⁰. S'agissant d'une base de données sportives, la Cour de justice rappelle tout d'abord que « le critère d'originalité est rempli lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs » (§ 38); ensuite, de manière négative, la Cour précise que ce « critère n'est pas rempli lorsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative », par exemple, les « règles d'or » guidant l'établissement des calendriers¹¹. L'exercice de la *liberté de création* est, en définitive, la marque de l'originalité, cette touche personnelle devant souvent se prouver en creux, de la même façon que l'originalité nécessite d'établir l'absence d'antériorités « compactes » dès lors que le défendeur la conteste à l'aide de créations antérieures (voy. *infra*).

Dans d'autres arrêts, la Cour de justice place la liberté de création au cœur du dispositif du droit d'auteur. Ainsi, dans *Premier League*¹², la Cour souligne que « les rencontres sportives ne sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres au sens de la directive sur le droit d'auteur. Cela vaut, en particulier, pour les matchs de football, lesquels sont encadrés par des règles de jeu, qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur » (§ 98). On retrouve dans cette définition de l'originalité la justification peut-être ultime du droit d'auteur, qui serait de rétribuer l'exercice de la liberté de création ou d'inciter les humains à devenir auteurs et à exprimer leur personnalité dans le jeu de la création, selon que l'on adopte un point de vue rétrospectif ou prospectif.

En résumé, la Cour de justice juge l'existence de « choix libres et créatifs » comme critère déterminant pour l'originalité. La formule européenne, aujourd'hui bien intégrée par notre Cour de cassation¹³, offre par sa plasticité et sa référence à la liberté de la création un cadre qui guide de manière adéquate le travail dialectique des juges du fond, comme on va le voir.

⁹ Le même raisonnement se retrouve dans l'arrêt *SAS Institute* : C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd.*, C-406/10 : [...] « admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel » (§ 40).

¹⁰ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd. e.a. c. Yahoo! Ltd. e.a.*, C-604/10.

¹¹ Parmi ces règles d'or, la Cour cite les suivantes : « aucun club ne doit jouer trois rencontres consécutives à domicile ou à l'extérieur; aucun club ne peut jouer quatre rencontres à domicile ou quatre rencontres à l'extérieur dans une série de cinq rencontres consécutives; dans la mesure du possible, chaque club devrait avoir joué un nombre équivalent de matchs à domicile et de matchs à l'extérieur à tout moment de la saison, et tous les clubs devraient, dans la mesure du possible, disputer un même nombre de matchs à domicile et de matchs à l'extérieur » (§ 13).

¹² C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08.

¹³ Voy. Cass., 31 octobre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2114, n° 569; J.L.M.B., 2014, p. 445; R.W., 2013-2014, p. 1464, note H. VAN HEES (avec la référence explicite à l'arrêt *Painer*) et Cass., 17 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 732, n° 211; A.M., 2015, p. 65, note Y. VANDENDRIESSCHE; *Ing.-Cons.*, 2014, p. 251; J.L.M.B., 2015, p. 680 : « Une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de son auteur. Tel est le cas si l'auteur a exprimé ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs. »

Chapitre II

L'appréciation de l'originalité passe par la considération de la nouveauté

Section 1

Droit belge

§ 1. La distinction théorique et pratique entre originalité et nouveauté

La nouveauté en théorie. – L'originalité n'est pas la nouveauté. La chose apparaît évidente pour la doctrine¹⁴ et la jurisprudence¹⁵ contemporaines, mais il n'en a pas toujours été ainsi.

Sous l'empire de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur régnait, en effet, une certaine confusion¹⁶. Ainsi, P. Poirier écrivait dans *Les Nouvelles* que « [l']élément de nouveauté se confond avec l'élément d'originalité. Une œuvre n'est originale que si elle est nouvelle, l'élément de nouveauté est un des caractères de l'originalité »¹⁷. Quelques années plus tard, Th. Smolders éclaircissait quelque peu le rapport entre les deux notions en mettant en évidence une **relation d'implication univoque**¹⁸ qui les unissait, à savoir que « [...] le défaut de nouveauté impliquera l'absence d'originalité, mais l'inverse n'est pas vrai »¹⁹. Et, en ces temps incertains, L. Van Bunnenn était même allé un pas plus loin en considérant les deux notions dans une **relation d'implication** non plus univoque, mais **réciproque**²⁰ : « [d]u point de vue externe, on peut soutenir que, nouveauté et originalité se confondent, l'une pouvant se déduire de l'autre [...] »²¹.

C'est finalement G. Van Hecke et F. Gotzen qui, dans leur critique dirigée contre ces mots « malheureux »²² de Van Bunnenn, allaient remettre de l'ordre²³. En substance, les

¹⁴ Voy., notamment, A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 67, n° 36; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 22, n° 23.

¹⁵ Voy. notamment, récemment, Anvers, 28 avril 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 517, note H. ABRAHAM; Bruxelles, 26 janvier 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 872, *I.R.D.I.*, 2012, p. 368; Gand, 31 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 97; Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY.

¹⁶ Nous nous contentons ici de l'essentiel. Pour un exposé plus complet, voy. A. STROWEL, « L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable », *J.T.*, 1991, pp. 513-514; M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 86-87; J. DEENE, « Originaliteit in het auteursrecht », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 226-228, n°s 10-11.

¹⁷ P. POIRIER, « Le droit d'auteur », in *Les Nouvelles – Droits intellectuels*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1936, p. 833, n° 96.

¹⁸ Suivant l'expression de M. BUYDENS, in *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), p. 86.

¹⁹ Th. SMOLDERS, obs. sous Bruxelles, 5 mai 1950, *J.T.*, 1951, p. 58. On relèvera d'ailleurs que le propos tenu ici par Smolders l'est de manière générale à propos des différents droits intellectuels, considérant que chacun d'eux requiert la présence d'une certaine originalité.

²⁰ Suivant l'expression de M. BUYDENS, in *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), p. 86.

²¹ L. VAN BUNNEN, obs. sous Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962 et Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 217.

²² L'intéressé s'est ultérieurement prononcé dans des termes qui sont, cette fois, à l'abri de toute critique, voy. L. VAN BUNNEN, « La protection des œuvres courtes, titres d'ouvrages et formules publicitaires », *A.M.*, 2004, p. 123, critiquant un arrêt de la Cour d'appel de Paris – qui avait admis l'originalité du titre *Hors Ligne* au motif qu'il n'avait jamais été utilisé antérieurement à sa création – en ces termes : « Cette motivation n'est guère satisfaisante car l'absence d'originalité ne démontre pas en soi l'originalité. » Voy., plus récemment encore, L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (2005 à 2011) – Droit d'auteur et droits voisins. Dessins et modèles », *R.C.J.B.*, 2011, p. 498, n° 11 : « [...] l'originalité d'une œuvre est indépendante du travail accompli ou de l'effort fourni, lesquels, pas plus que la nouveauté, ne suffisent à établir l'originalité de la prestation accomplie ».

²³ G. VAN HECKE et F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak (1970-1975) – Industriële eigendom, auteursrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 689, spéc. p. 696.

deux auteurs ont identifié que, si l'œuvre nouvelle est souvent originale, il n'y a **pas** toutefois de **relation d'implication nécessaire**, toute prestation de l'homme ne donnant pas prise au droit d'auteur²⁴. Et il n'y a pas plus de relation d'implication *nécessaire* dans l'hypothèse inverse, à savoir le cas de l'œuvre dépourvue de nouveauté. En effet, si, bien souvent, l'œuvre non neuve n'est pas originale – parce qu'elle ne consiste qu'en une reprise d'éléments du domaine public ou en une contrefaçon –, il n'est pas exclu qu'elle soit le fait d'une création indépendante²⁵ (voy. *infra*) et en tant que telle, originale.

La nouveauté en pratique. – La critique à l'encontre de la position de Van Bunnan doit être approuvée sur le plan des principes²⁶. Cela étant, elle paraît sévère en ce que l'auteur se plaçait sur le terrain non de la théorie, mais bien de la pratique²⁷. Cette **relation d'implication pratique** entre les notions d'originalité et de nouveauté n'a pas échappé à la doctrine moderne. Ainsi, à l'aube de l'adoption de la loi du 30 juin 1994, certains ont-ils déplacé le débat sur le terrain de l'administration de la preuve (sur la charge de la preuve, voy. *infra*), réservant à chaque fois l'hypothèse toute particulière de la création indépendante²⁸ (voy. *infra*). Nous avons ainsi souligné que « [...] si on peut soutenir qu'au niveau de la *condition d'existence* du droit, le critère est subjectif, au niveau de la preuve de l'originalité, on est amené à recourir à des éléments objectifs »²⁹. Dans le même ordre d'idées, M. Buydens énonçait qu'« [...] on ne peut *déduire* l'originalité de la nouveauté, mais seulement considérer celle-ci comme un indice de celle-là [...] »³⁰.

²⁴ À l'hypothèse marginale de la branche d'arbre d'une forme particulière qui ne confère pas à celui qui la découvre la qualité d'auteur envisagée dans leur examen de 1977, les deux auteurs envisageront ultérieurement l'hypothèse plus générale d'une œuvre qui ne présente pas un caractère d'individualité suffisant pour que l'on puisse parler d'« empreinte personnelle », simplement parce qu'elle est trop évidente ou à la portée de tout le monde, voy. G. VAN HECKE et F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak (1975-1990) – Industriële eigendom, auteursrecht », *op. cit.* (note 23), p. 1793, n° 23 : « [...] Het gebrek aan originaliteit kan echter ook een vorm treffen die nog nooit eerder was vertoond, maar toch te zeer voor de hand ligt. » Voy. également F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak – Auteurs – en modellenrecht (1990-2004) », *T.P.R.*, p. 1449, n° 17 : « [...] kan er sprake zijn van originaliteit. Dit zal het geval zijn wanneer de auteur een vorm uitzoekt die hem eigen is, d.w.z. die niet diegene is die ook de meeste anderen zouden hebben gebruikt om een zelfde gegeven uit te drukken » (lecture *a contrario*).

²⁵ G. VAN HECKE et F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak (1970-1975) – Industriële eigendom, auteursrecht », *op. cit.* (note 16), p. 696.

²⁶ Voy. notamment M. BUYDENS, in *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.* (note 23), p. 87 ; M.-C. JANSSENS, « Auteursrechtelijke originaliteit en gebruiksvorwerpen : geen evidentie », note sous Gand, 26 janvier 2009, *D.A./O.R.*, 2009, p. 312.

²⁷ Voy. L. VAN BUNNEN, obs. sous Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962 et Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 216.

²⁸ On a déjà écrit sur le phénomène de la création indépendante en droit belge, singulièrement au stade de la contrefaçon, voy. A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous Anvers, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004 ; Bruxelles, 11 mars 2005, *A.M.*, 2006, p. 269. Sur cette question, on relèvera également tout particulièrement M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *A.M.*, 2004, p. 477.

²⁹ A. STROWEL, « L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable », *op. cit.* (note 16), p. 514. Voy. également A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 422, n° 318 ; A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 25, n° 22 ; A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous Anvers, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004, Bruxelles, 11 mars 2005, *A.M.*, 2006, p. 269.

³⁰ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.* (note 16), p. 87. Voy., par ailleurs, à propos de la nouveauté comme indice d'une marge de liberté suffisante du créateur, M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », *A.M.*, 1996, p. 387.

Dans leur *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, F. de Visscher et B. Michaux ont bien exposé la conception moderne des rapports entre les deux notions et résumé utilement ceux-ci. Ils soulignent ainsi que l'originalité « [...] repose certes sur une conception subjective du droit d'auteur mais sa nature et sa vérification sont objectives » et qu'elle doit être appréciée « [...] à la date de l'œuvre et donc par rapport à ce qui existait à ce moment-là »³¹. Et de poursuivre ensuite :

« [L]a nouveauté n'est pas le critère de la protection [...]. Mais elle constituera *un bon indice pratique de mesure de l'originalité parce que l'empreinte personnelle exigée par la loi signifie que l'auteur – même inconsciemment – n'a pas emprunté ou qu'il a fait plus qu'emprunter à des créations préexistantes*; c'est donc par comparaison avec celles-ci que se déterminent les éléments originaux de l'œuvre examinée; en pratique dès lors et en règle générale, l'originalité se mesure à la nouveauté » (italiques ajoutées)^{32, 33}.

La Cour d'appel de Bruxelles a d'ailleurs repris à son compte la partie en italiques de cette citation³⁴.

D'aucuns ont toutefois pu critiquer cette conception, estimant que, si des éléments objectifs (tels que l'absence d'antériorités) peuvent contribuer à fournir la preuve de l'originalité, ils n'y suffisent pas pour autant³⁵. À nouveau, cette critique pourrait paraître rude dès lors que les auteurs, ayant souligné la nécessité d'utiliser des indices objectifs pour établir l'originalité, n'ont pas pour autant estimé que le constat de nouveauté de l'œuvre suffirait³⁶. Il est toutefois vrai que, prise au pied de la lettre, pareille conception pourrait aboutir à réduire encore une fois l'originalité à la nouveauté, les principes étant saufs sous le seul bénéfice de la distinction entre théorie et pratique, entre conditions de validité et de preuve.

³¹ F. DE VISSCHER ET B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 16, n° 18.

³² *Ibid.*, n° 23.

³³ Voy., également, dans le même sens, F. BRISON ET A. COPPIETERS, note sous Bruxelles, 21 septembre 2001, A.M., 2002, p. 417; F. BRISON, « Tien jaar auteurswet: en nu? Haar toepassingsgebied onder de loep genomen », A.M., 2004, p. 421, n° 21, p. 424, n° 28. Voy., par ailleurs, reléguant, semble-t-il, la question des rapports entre l'originalité et la nouveauté sur le seul terrain de l'administration de la preuve (avec, pour conséquence, le rejet de la théorie de la création indépendante), J. DEENE, « Originaliteit in het auteursrecht », op. cit. (note 16), p. 236, n° 26.

³⁴ Bruxelles, 15 septembre 2000, A.M., 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 15 juillet 2004, A.M., 2005, p. 237; Bruxelles, 29 mai 2008, A.M., 2009, p. 106, J.L.M.B., 2009, p. 1018; Bruxelles, 26 mars 2009, J.L.M.B., 2009, p. 1041; Bruxelles, 26 janvier 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 872, *I.R.D.I.*, 2012, p. 368. Voy., également, Mons, 26 mars 2001, A.M., 2001, p. 367, *J.T.*, 2002, p. 170.

³⁵ J. CORBET, « Het oorspronkelijkheidsbeginsel in het auteursrecht en de toepassing ervan op de vormgeving van een industriële machine », A.M., 2006, p. 130: « Wij geloven dan ook niet dat het bewijs van de oorspronkelijkheid louter objectief kan gegeven worden. Objectieve elementen (zoals afwezigheid van anticipaties) kunnen tot het bewijs bijdragen, maar volstaat niet. Er moet meer zijn, er moet a.h.w. een "kwalitatieve sprong" gemaakt zijn, wat onvermijdelijk een subjectieve waardering inhoudt. » L'idée qu'il faudrait quelque chose de plus (un « saut qualitatif ») procède d'une certaine conception du droit d'auteur, que l'on retrouve notamment chez Buydens (que Corbet cite en ce sens en conclusion, p. 135), et suivant laquelle une prestation créative doit manifester un certain degré d'intensité pour être protégée par le droit d'auteur, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), spéc. pp. 252-255.

Dans le même ordre d'idées, procédant, cette fois, au départ de la définition européenne de l'originalité entendue comme la « création intellectuelle propre à son auteur », voy. J. DEENE, « Originaliteit in het auteursrecht », op. cit. (note 16), p. 236, n° 26.

³⁶ F. DE VISSCHER ET B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), pp. 22-23, n° 23: « Si la création est nouvelle au sens objectif, [...] la création présente les meilleures chances d'être originale mais ne le sera pas nécessairement. Il reste à vérifier que la nature de l'œuvre ne s'y oppose pas ou n'y rapporte pas des limites intrinsèques difficiles à surmonter [...] ».

À notre avis, la meilleure manière d'exposer la chose consiste à dire qu'il existe une **relation d'implication pratique entre originalité et nouveauté, mais qu'elle ne joue pas de la même manière suivant que l'on veut déduire l'originalité de la nouveauté ou, au contraire, déduire de l'absence de nouveauté l'absence d'originalité**³⁷. En effet, le constat de ce qu'une création est nouvelle pourra plaider en faveur de son originalité, mais ne suffira pas à l'établir (voy. *infra*). Par contre, le constat de ce qu'une création n'est pas nouvelle plaidera fortement en faveur de l'absence d'originalité. Dans cette hypothèse, le créateur second en date pourra être présumé avoir emprunté aux antériorités (et, partant, ne pas avoir fait œuvre créative), présomption qu'il pourra toutefois renverser en démontrant le caractère indépendant de sa création (sur l'étendue de cette présomption et la possibilité de la renverser, voy. *infra*).

La nouveauté : résumé. – Aussi, pour résumer, la nouveauté ne constitue pas sur le plan théorique une condition de protection du droit d'auteur. Toutefois, sur le plan pratique, elle pourra contribuer à définir le caractère original d'une prestation. Il faut toutefois se garder de déduire de la nouveauté d'une prestation son caractère original, puisqu'elle ne suffit pas en soi à établir l'existence de choix libres et créatifs de son auteur. Inversement, il ne faut pas plus déduire de l'absence de nouveauté d'une prestation son caractère non original, même s'il existe une forte présomption en ce sens. En effet, elle pourra avoir été le fruit d'une création indépendante (voy. *infra*) qui, pour peu qu'elle résulte de l'exercice de choix libres et créatifs, sera protégée au titre du droit d'auteur.

§ 2. Le recours aux antériorités devant les juges du fond

Le recours aux antériorités devant les juges du fond : généralités. – En situant la nouveauté sur le plan pratique, la doctrine rend très justement et incontestablement compte d'une réalité jurisprudentielle. Ainsi qu'on le verra, la pratique de l'«examen des antériorités» est monnaie courante et nous avons d'ailleurs respectivement soutenu qu'elle serait «indispensable» pour les «petites monnaies» du droit d'auteur³⁸ et «de règle» pour les œuvres musicales³⁹.

Pareilles assertions avancées au seul vu de la jurisprudence antérieure à la loi du 30 juin 1994 auraient pu être critiquées. En effet, s'agissant des œuvres musicales, force est de constater que la jurisprudence belge était alors particulièrement rare⁴⁰. Quant aux «petites monnaies» du droit d'auteur, figurent au premier rang de celles-ci les dessins ou modèles qui, pendant longtemps, n'ont pu, en vertu d'un arrêté royal n° 91 du 29 janvier 1935, bénéficier de la protection du droit d'auteur que pour autant qu'ils présentent un caractère nouveau⁴¹, ce qui biaise évidemment l'analyse. Mais cette

³⁷ Comp. J. CABAY, «L'originalité d'une œuvre musicale», note sous Mons, 3 février 2014, R.D.C., 2014, p. 525, n° 17.

³⁸ A. STROWEL, «L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable», *op. cit.* (note 16), p. 514.

³⁹ J. CABAY, «L'originalité d'une œuvre musicale», *op. cit.* (note 37), p. 522, n° 9.

⁴⁰ On ne trouve que deux décisions publiées qui, en effet, se sont efforcées d'établir l'originalité des mélodies des demandeurs en les comparant à des œuvres antérieures. Lesdites décisions sont précisément celles qui ont fait l'objet de la note critiquée de VAN BUNNEN : Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962 et Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-Cons.*, 1971, respectivement p. 191 et p. 201.

⁴¹ L'article 1^{er} de cet arrêté soumettait, en effet, les dessins et modèles aux dispositions de la loi de 1886 sur le droit d'auteur pour autant qu'ils présentent les caractères d'originalité et de nouveauté (le texte de l'arrêté employait la conjonction «ou», mais la doctrine et la jurisprudence avaient lu les deux conditions comme étant cumulatives, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.* (note 16), p. 168). D'ailleurs, la Cour de cassation

exigence de l'arrêté royal explique sans doute pour partie l'hésitation de la doctrine ancienne entre nouveauté et originalité, et ce, d'autant plus que les dessins et modèles ont toujours représenté une part importante du contentieux en droit d'auteur en Belgique⁴². En outre, d'aucuns estiment que, jusqu'à l'arrêt *Screenoprints* de la Cour de justice Benelux de 1987⁴³, l'exigence posée par l'article 21 de la loi uniforme Benelux que le dessin ou modèle présente un « caractère artistique marqué » pour bénéficier de la protection du droit d'auteur aurait eu pour effet de détourner les plaideurs de celui-ci⁴⁴, réduisant d'autant l'échantillon des décisions pertinentes.

Mais, sous l'empire de la législation de 1994, l'examen de la jurisprudence – abondante sur ce point – ne laisse planer aucun doute. Les différentes juridictions procèdent fréquemment à la comparaison de l'œuvre dont l'originalité est revendiquée avec d'autres œuvres antérieures, produites par celui qui conteste l'originalité. L'espace limité de cette contribution ne nous permet pas d'entrer dans le détail de la jurisprudence des juges de première instance. Aussi, nous nous limiterons essentiellement à quelques considérations générales tirées de la jurisprudence des cours d'appel.

Principe : l'originalité peut être appréciée au regard des antériorités. – La Cour d'appel de Bruxelles, rejointe en cela par les Cours d'appel de Gand⁴⁵ et de Mons⁴⁶, a clairement posé le principe de l'appréciation de l'originalité au regard des antériorités. Ainsi, elle a énoncé de manière générale que

« [...] si originalité ne se confond pas avec nouveauté, l'examen des réalisations antérieures constitue toutefois un critère de nature à permettre d'apprécier l'originalité de l'œuvre [...] »⁴⁷.

On retrouve une série d'applications concrètes de ce principe dans la jurisprudence des différentes cours d'appel, qui ont tantôt refusé l'originalité de meubles⁴⁸, d'un modèle de bureau⁴⁹, d'une mélodie⁵⁰ ou encore de textes⁵¹ dont les éléments prétendument caractéristiques se retrouvaient dans plusieurs antériorités, tantôt admis à l'inverse l'originalité

avait, semble-t-il, interprété cette exigence d'originalité/nouveauté comme remplie dès lors qu'aucune antériorité ne pouvait être établie, voy. Cass., 2 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 352; Cass., 15 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 746, et la lecture en ce sens de M. BUYDENS, in *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), p. 169.

⁴² Les premiers résultats de l'analyse de la jurisprudence publiée postérieurement à 1989 menée par J. Cabay, présentés lors du colloque du 16 janvier 2015, indique que la catégorie des Arts appliqués (qui comprend les dessins et modèles, mais n'y est pas limitée, englobant d'autres objets utilitaires qui ne peuvent prétendre à la protection spécifique des dessins et modèles, par exemple des écrits techniques) représenterait plus de la moitié du contentieux en droit d'auteur. Nous ne disposons pas d'analyse quantitative pour la période précédant 1989, mais les résultats de recherches en jurisprudence témoignent également du nombre important de décisions en droit d'auteur portant sur des objets utilitaires.

⁴³ C.J. Benelux, 22 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. VAN BUNNEN.

⁴⁴ En ce sens, M. BUYDENS, in *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), p. 172.

⁴⁵ Gand, 12 novembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1323; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845; Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 : « De anterioriteit van een werk kan de uitgestrektheid van de originaliteit beïnvloeden. »

⁴⁶ Mons, 26 mars 2001, *A.M.*, 2001, p. 367, *J.T.*, 2002, p. 170 : « [L']analyse du caractère original ou non de l'œuvre s'opérera ainsi en considération essentiellement de sa nature et de son rapport aux créations antérieures. [...] la comparaison de l'œuvre avec les créations antérieures constitue un indice de mesure de l'originalité [...] ».

⁴⁷ Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Mons, 26 mars 2001, *A.M.*, 2001, p. 367, *J.T.*, 2002, p. 170.

⁵⁰ Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY. En l'occurrence, les antériorités ont été qualifiées de « destructrices d'originalité ».

⁵¹ Liège, 10 avril 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 631. En l'occurrence, les textes ne constituaient que la copie servile de textes antérieurs.

d'un sac à main^{52, 53} ou d'une chaise réglable pour enfant⁵⁴ dès lors qu'au moment de leur création, il n'existait pas d'œuvre présentant une « image globale similaire ».

Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de Bruxelles a pareillement admis l'originalité d'une toile de cuir tressé⁵⁵, d'un jeu de cartes⁵⁶, d'un modèle de sac⁵⁷ ou, encore, d'une mélodie⁵⁸ en raison, notamment, de leur caractère « distinctif » par rapport à d'autres créations du même genre. La Cour d'appel de Gand a jugé dans le même sens, notamment à propos d'un modèle de barbecue, constatant qu'il se distinguait clairement d'autres modèles du genre⁵⁹. On trouve encore une motivation similaire, notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège à propos d'un modèle de biberon⁶⁰, ainsi que dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers à propos d'un modèle de robe⁶¹.

On épinglera, par ailleurs, un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui a repoussé l'une des antériorités avancées au motif qu'elle ne pouvait être « confondue » avec le modèle de

⁵² Bruxelles, 8 mai 2012, *I.R.D.I.*, 2012, p. 359: « Uit geen enkel bijgebracht element of stuk van het dossier blijkt dat er voor 11 juli 2006 een handtas bestond met een vormgeving die in haar totalbeeld gelijkend was aan deze van de handtas Matilde. De gemaakte keuzes van de auteur ervan waren destijds origineel en niet voor de hand liggend. Op het ogenblik waarop de Matilde-handtas door haar ontwerper in het leven werd geroepen, onderscheidde zij zich van de op dat ogenblik bestaande andere handtassen [...] »

⁵³ Bruxelles, 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1837: « De combinatie van precies de kenmerken die de handtas vertoont, was niet bekend toen zij ontworpen en voor het eerst verdeeld werd, en is niet banaal of voor de hand liggend. Het is mogelijk dat er reeds voor de handtas "Pliage de L." ontworpen werd, handtassen op de markt waren die gelijken kenmerken vertoonden. Maar uit de voorbeelden die daarvan door tweede geïntimeerde voorgelegd worden, blijkt niet dat zij dezelfde combinatie van kenmerken in de hierboven beschreven zin, vertoonden. »

⁵⁴ Bruxelles, 12 avril 2011, *A.M.*, 2013, p. 93: « De gemaakte keuzes waren destijds origineel en niet voor de hand liggend. Zoals reeds werd gesteld, blijkt uit geen enkel bijgebracht element of stuk van het dossier dat vóór 1972, zijnde het jaar waarin de Tripp Trapp-stoel ontworpen werd, er een gekende (meegroei)stoel bestond met een vormgeving die in zijn totaalbeeld gelijkend was aan deze van de Tripp Trapp-stoel. Op het ogenblik waarop de Tripp Trapp-stoel door zijn ontwerper in het leven werd geroepen, onderscheidde hij zich van de op dat ogenblik bestaande andere (meegroei)stoelen. »

⁵⁵ Bruxelles, 19 février 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 107: « Attendu qu'en l'espèce, Charles Schambourg en choisissant de manière délibérée la séquence des couleurs de sa toile de cuir tressé a voulu donner à sa création un caractère original qui est l'expression d'un effort intellectuel en vue précisément de la différencier des tisses (sic) et toiles tressés qui existaient sur le marché. »

⁵⁶ Bruxelles, 14 octobre 1997, *I.R.D.I.*, 1998, p. 39, note P. VAN DEN BULCK: « [...] que cette œuvre, par sa mise en forme structurée, individualise le jeu de cartes créé par J.-M. P. par rapport aux autres jeux de cartes existants [...] ».

⁵⁷ Bruxelles, 3 février 2000, *Ing.-Cons.*, 2000, p. 159, *I.R.D.I.*, 2001, p. 24: « Qu'en l'espèce, non seulement la combinaison des divers éléments qui composent le modèle litigieux de la s.a. Chanel est nouvelle mais qu'elle confère à l'ensemble une esthétique tout à fait originale en distinguant le modèle de sac Chanel des autres sacs ne présentant pas cette juxtaposition d'éléments. »

⁵⁸ Bruxelles, 18 décembre 2008, *A.M.*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707: « [...] ces trois dernières notes suffisent à donner à l'ensemble des notes de la séquence, en ce qui concerne leurs intervalles successifs, un caractère original par rapport aux séquences similaires précitées qui reflètent un thème banal. »

⁵⁹ Gand, 12 juin 2003, *Ing.-Cons.*, 2003, p. 385, *R.A.B.G.*, 2004, p. 233: « Weliswaar zijn er gelijkenissen met bestaande barbecue modellen, doch het concept als dusdanig duidt aan dat er in casu sprake is van een originaliteit gelet op het aldus bekomen duidelijk herkenbaar geheel, dat zich duidelijk onderscheidt van andere modellen. »

⁶⁰ Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403: « On ne retrouve dans aucun des modèles antérieurs [...] la combinaison des différentes caractéristiques du modèle de "Tefal", ne fût-ce que parce que l'indicateur de température en est absent. Non seulement, la combinaison de l'ensemble de ces caractéristiques est incontestablement nouvelle mais encore elle confère à l'ensemble une esthétique originale qui distingue le modèle des antériorités vantées. »

⁶¹ Anvers, 28 février 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 405: « Door de combinatie van deze verschillende elementen heeft de auteur van de rok "4110 JALAY" op een oorspronkelijke wijze uitdrukking gegeven aan zijn creatieve geest en is hij tot een resultaat gekomen dat een intellectuele schepping vormt. Geen enkel van de rokmodellen, aangehaald in de conclusies van de n.v. JBC (zie ook stuk 7 dossier van de n.v. JBC) zijn van aard de oorspronkelijkheid van de rok van de n.v. Bruphils in vraag te stellen. Geen enkel van die rokken zijn gelijkaardig met de rok "4110 JALAY". »

sac dont la protection était revendiquée en l'espèce⁶². Une motivation de ce type nous paraît critiquable en ce que, de la même manière que la contrefaçon ne suppose pas l'existence d'un risque de confusion⁶³, l'antériorité pour pouvoir être invoquée valablement ne doit pas être similaire à l'œuvre au point qu'il y ait possibilité de confondre les deux (sur l'étendue des similitudes, voy. *infra*).

Principe : le défendeur peut contester l'originalité en produisant des antériorités. – Anticipant le propos que nous tiendrons ci-dessous, on relèvera par ailleurs que certaines cours d'appel ont plus clairement situé les antériorités sur le plan de la preuve, en précisant leur rôle dans le jeu de l'administration de celle-ci. Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers a, par un attendu de principe, précisé qu'une fois que la partie qui prétend à l'originalité de sa création – et sur qui repose, donc, la charge de la preuve – a prouvé celle-ci à suffisance, l'autre partie a la possibilité de contester cette originalité en produisant au moins une antériorité⁶⁴. Les autres cours d'appel semblent procéder de la même manière⁶⁵. On relèvera toutefois que la Cour d'appel de Mons a récemment ajouté que, dans l'hypothèse où cette seconde partie prouverait l'existence de créations antérieures, la première partie pourra encore les réfuter⁶⁶. Nous y reviendrons.

Principe : la nouveauté ne suffit pas à établir l'originalité. – Si les cours d'appel admettent que l'originalité peut s'apprécier au regard des antériorités, les Cours d'appel de Bruxelles⁶⁷ et de Gand⁶⁸ ont toutefois souligné, à juste titre, que la nouveauté n'est pas suffisante. Mais elles se gardent bien de définir l'indicible empreinte d'une

⁶² Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285, *I.R.D.I.*, 2007, p. 26: « [...] le modèle "Lederer" par sa forme, ses proportions, les matériaux employés ne peut être confondu avec le modèle "Longchamp" et, par conséquent, son caractère d'antériorité est sans incidence ».

⁶³ Cass., 16 avril 1959, *Pas.*, I, 1959, p. 823. Sur ce point, voy., de manière générale, J. CABAY, « "Qui veut gagner son procès ?" – L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A.M.*, 2012, pp. 14-15, n° 4.

⁶⁴ Anvers, 28 avril 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 517, note H. ABRAHAM: « De bewijslast van het oorspronkelijk karakter van het werk rust bij degene die de auteursrechtelijke bescherming inroept. Het volstaat daartoe dat hij een of meerdere (al dan niet oudere) modellen van hetzelfde genre voorlegt en beknopt beschrijft waaruit, naar zijn oordeel, de originaliteit blijkt. Degene die de auteursrechtelijke bescherming betwist kan het tegenbewijs leveren door voorlegging van minstens één anterioriteit (waaruit blijkt dat het werk waarvan de auteursrechtelijke bescherming wordt betwist, alle kenmerken van het oudere werk heeft overgenomen). » Voy. également Anvers, 28 novembre 2011, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 963, *I.R.D.I.*, 2012, p. 318.

⁶⁵ La Cour d'appel de Bruxelles, faisant sien l'enseignement de F. de Visscher et B. Michaux, a ainsi énoncé (sans toutefois en faire une application concrète en l'espèce) qu'« [i]l incombe à celui qui soutient que l'œuvre évoquée n'est pas originale en tout ou en partie [...] de prouver l'existence des créations antérieures [...] », voy. Bruxelles, 15 février 2008, *A.M.*, 2008, p. 109. Pour une application concrète, voy. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 395: après avoir constaté l'originalité d'un motif de tartan, la cour ajoute que « [...] C&A brengt overigens geen bewijs bij van eerdere tekeningen gelijkaardig aan de tekening RP 9040 ». Voy., par ailleurs, Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 où après avoir constaté l'originalité d'une chaise réglable pour enfant, la cour ajoute: « [...] Geïntimeerde toont niet aan dat er een oudere stoel zou bestaan waarvan de TRIPP TRAPP als zodanig een afgeleide of een kopie zou zijn. »

⁶⁶ Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY.

⁶⁷ Bruxelles, 6 novembre 2009, *A.M.*, 2010, p. 341, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1551: « [...] il est sans importance que ce spectacle constitue la première adaptation par M^{me} Zuyten et M. de Longrée du conte de Michel Tournier. En effet, l'originalité ne se confond pas avec la nouveauté ».

⁶⁸ Gand, 17 mai 2010, *I.R.D.I.*, 2012, p. 204, *T.B.O.*, 2011, p. 124, note T. LAURENS: « Artistieke of esthetische waarde, handigheid, technische vaardigheid, omvang of nieuwigheid zijn géén voldoende criteria opdat een werk auteursrechtelijk beschermd zou zijn. » Pour une application concrète, voy. Gand, 26 janvier 2009, *D.A./O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS: « Het feit dat X-Optics geen voorbeelden bijbrengt, die dateren van voor eind 2004, met gelijkaardige elementen, en dus geen anterioriteit bewijst, wijzigt niets aan het voorgaande. Zoals hiervoor geschreven, is nieuwigheid geen voldoende element om auteursrechtelijke bescherming te verlenen. »

personnalité qui, lorsqu'elle est « constatée », constitue la valeur ajoutée justifiant l'octroi de la protection.

Principe : l'originalité s'apprécie dans le contexte et au moment de la création. – La Cour d'appel de Gand a plusieurs fois énoncé de manière intéressante que :

« [o]riginaliteit is evolutief. De originaliteit dient in de context van het werk beoordeeld te worden, op het ogenblik dat het gemaakt is »⁶⁹.

La Cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée de la même manière dans un arrêt de 2006⁷⁰, auquel la Cour d'appel de Gand s'est d'ailleurs référée dans un arrêt plus récent⁷¹. Sans retenir l'idée du caractère évolutif de l'originalité, la Cour d'appel d'Anvers a également souligné que le moment d'appréciation de l'originalité est celui de la création de l'œuvre⁷².

On n'en trouve pas d'exemples concrets dans la jurisprudence gantoise⁷³, mais il découle de ce principe que seules des œuvres dont la création antérieure est avérée pourront être opposées à celui qui se prévaut de l'originalité. Aussi seront repoussées les prétendues antériorités dont il n'est pas établi qu'elles ont été divulguées avant la date de la création de l'œuvre, ainsi que celles qui constituent, en réalité, des postériorités, comme ont eu l'occasion de le souligner les Cours d'appel d'Anvers⁷⁴ et de Bruxelles^{75, 76}.

⁶⁹ Gand, 30 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 219; Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845; Gand, 7 janvier 2009, *A.M.*, 2009, p. 413, *T.G.R.*, 2009, p. 112. On retrouve encore cette même formule dans *Comm. Bruxelles (cess.)*, 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 291; *Comm. Bruxelles (cess.)*, 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 311.

⁷⁰ Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174.

⁷¹ Gand, 17 mai 2010, *I.R.D.I.*, 2012, p. 204, *T.B.O.*, 2011, p. 124, note T. LAURENS. La formule employée dans cet arrêt est légèrement différente: « Originaliteit is immers een evoluerend begrip en moet beoordeeld worden in de context van het werk en op het ogenblik van de realisatie van het werk. »

⁷² Anvers, 25 juin 2007, *A.M.*, 2007, p. 461: « De originaliteit moet worden beoordeeld bij de creatie van het werk. »

⁷³ Tout au plus trouve-t-on dans son ressort deux exemples au niveau des juridictions de première instance qui, ayant constaté l'existence d'antériorités, ont refusé l'originalité d'un logo (*Comm. Gand [cess.]*, 28 mars 2014, *A.M.*, 2014, p. 387) et des plans d'un parking souterrain (*Civ. Gand [réf.]*, 24 janvier 2005, *I.R.D.I.*, 2005, p. 257, note).

⁷⁴ Voy. Anvers, 19 janvier 2004, *I.R.D.I.*, 2004, p. 246: « Geïntimeerde toont niet aan dat er sprake zou zijn van originaliteitsschadelijke voorbekenndheden. Zij legt een brochure van Pharo – Hansgrohe voor, een fabrikant van waterkranen, waarvan niet geweten is of deze brochure voor mei 1992, periode van de creatie van het ter bescherming genomen model, werd gepubliceerd »; Anvers, 16 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 29: « Dat geïntimeerde evenmin anterioriteit bewijst door de verwijzing naar diverse stoelen, met name het model Saporro Loom van Habufa Meubelen, model 6043 van Lusty & Sons, een model van de firma Lloyd Loom of Spalding, model Zaire van de firma Exportjunk en een model van de firma Hemelaer, de modellen van Pan Asia, de Brescia-stoel en de Modena-stoel; dat deze modellen ongedateerd zijn [...] ».

⁷⁵ Voy., de manière générale, Bruxelles, 18 décembre 2008, *A.M.*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707: « [...] la Sabam a communiqué les titres de quatorze œuvres comportant un thème similaire. Certes, parmi cette liste, certaines œuvres ne sont pas datées ou sont postérieures » (la cour ne mentionne ensuite que celles qui sont antérieures à la date du dépôt à la SABAM de l'œuvre prétendument originale). Voy., par ailleurs, Bruxelles, 7 décembre 1999, *I.R.D.I.*, 2000, p. 34: « Overwegende dat de door geïntimeerde neergelegde stukken betreffende collecties die ontworpen werden en/of op de markt verspreid werden na 1991 aldus niet in aanmerking komen om het gebrek aan anterioriteit van de Basic-collectie van Kipling te bewijzen, nu uit de overeenstemmende dossier-elementen [...] volgt dat de Basic-collectie werd ontworpen in de loop van maanden april en mei 1991 door Kegels in opdracht van de N.V. Kipling en op de markt werd verspreid vóór de winter 91-92 »; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-Cons.*, 1998, p. 89: « Que les modèles "Deauville" et "Ascot" présentent quant à eux des grandes ressemblances avec le modèle "Longchamp" [...]; qu'il ressort cependant d'un courrier de la société Selfmade qui les commercialise qu'ils n'ont été mis sur le marché qu'à partir de juin 1996, en telle manière qu'ils ne paraissent pas antérieurs au modèle "Longchamp". »

⁷⁶ Sur ce dernier point, on relèvera que la Cour d'appel de Mons a récemment énoncé que, « [...] pour démontrer le manque d'originalité d'une œuvre, notamment en raison de son caractère banal, des œuvres postérieures

Il résulte à suffisance de l'examen de la jurisprudence des cinq cours d'appel que l'appréciation de l'originalité au regard des antériorités est bien admise et couramment pratiquée. Lorsqu'il s'agit de voir dans la nouveauté un indice déterminant, mais non suffisant de l'originalité, la légitimité d'une telle pratique ne paraît pas pouvoir être remise en question. Mais, lorsqu'il s'agit, à l'inverse, de repousser l'originalité d'une œuvre au motif qu'elle ne se distingue pas des antériorités, la légitimité d'une telle pratique devra, pour échapper à toute critique, être correctement articulée avec la théorie de la création indépendante.

§ 3. La théorie de la création indépendante

La création indépendante (contrefaçon). – Suivant la description donnée par M. Buydens, la création indépendante

« [...] vise le cas où des éléments originaux d'une œuvre première se retrouvent dans une œuvre seconde, et ce sans cependant que l'auteur second se soit aucunement inspiré de l'œuvre première. En d'autres termes, les similitudes entre les deux œuvres sont le fait du hasard »⁷⁷.

Elle est aujourd'hui communément enseignée par la doctrine comme constituant un moyen de défense à l'action en contrefaçon⁷⁸ et a été consacrée comme tel par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 septembre 2009⁷⁹ (sur lequel nous reviendrons *infra*). Elle a, par ailleurs, été consacrée également chez nos voisins allemands⁸⁰, français⁸¹ et néerlandais⁸².

Suivant la justification généralement avancée par la doctrine, la création indépendante ne peut constituer une contrefaçon dès lors que le créateur indépendant, n'ayant, par hypothèse, pas eu accès à l'œuvre première et n'ayant donc pas pu la copier, n'a pas

peuvent également être prises en compte », voy. Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY. Ainsi que nous l'avons souligné dans notre note sous l'arrêt, il faut toutefois bien comprendre que l'on se situe ici sur un autre plan : les postériorités peuvent, en effet, contribuer à accréditer l'idée qu'une œuvre n'est pas marquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur (voy. J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 37), p. 522, n° 10). Pour le dire autrement, elles pourront constituer un indice de l'absence de choix libre et/ou créatif.

⁷⁷ M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *op. cit.* (note 28), p. 477.

⁷⁸ Voy., de manière générale, sur la création indépendante, M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *op. cit.* (note 28), p. 477 ; M. BUYDENS, « La théorie de la création indépendante consacrée par la Cour de cassation », note sous Cass., 3 septembre 2009, *I.R.D.I.*, 2009, p. 416 ; A. HALLEMANS, « De rechtsfiguur van de onafhankelijke creatie in het auteursrecht : was Michael Jackson toch alleen? », note sous Bruxelles, 4 septembre 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 106 ; A. STROWEL, « L'affaire Michael Jackson : un refrain connu sur le plagiat musical », note sous Bruxelles, 4 septembre 2007, *A.M.*, 2007, p. 475 ; A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : conditions et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous *Civ. Bruxelles*, 15 octobre 2004, *Civ. Bruxelles*, 11 mars 2005 et *Civ. Mons (cess.)*, 18 novembre 2005, *A.M.*, 2006, p. 267 ; T. HEREMANS, « Schuldige ontlening als voorwaarde voor auteursrechtelijke inbreuk », note sous Bruxelles, 15 septembre 2000, *A.M.*, 2001, p. 243. Voy. également F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.* (note 14), pp. 76-77, n° 91.

⁷⁹ Cass., 3 septembre 2009, *A.M.*, 2010, p. 171, *I.R.D.I.*, 2009, p. 411, note M. BUYDENS.

⁸⁰ Sur le régime allemand, voy. M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », *op. cit.* (note 28), pp. 477-479.

⁸¹ Voy. Cass. fr. (1^{re} civ.), 2 octobre 2013, *R.I.D.A.*, 2014/239, p. 487 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 16 mai 2006, *R.I.D.A.*, 2006/210, p. 321 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 12 décembre 2000, *R.I.D.A.*, 2001/188, p. 347.

⁸² Voy. H.R., 29 novembre 2002, *N.J.*, 2003, p. 17 ; H.R., 18 février 2000, *N.J.*, 2000, p. 309 ; H.R., 21 février 1992, *N.J.*, 1993, p. 164, note J.H.S.

réalisé de **reproduction**. Faute d'avoir emprunté à l'œuvre première, il n'a pas commis d'acte de reproduction et, partant, il n'y a pas contrefaçon.

Sous l'empire de la loi de 1886, la création indépendante n'avait que rarement été débattue devant les cours et tribunaux. On ne trouve en effet qu'une affaire de contrefaçon en matière musicale dans laquelle le défendeur avait tenté d'arguer – en vain – que les similitudes entre sa chanson et celle du demandeur étaient purement fortuites⁸³. À l'inverse, la jurisprudence postérieure à la loi de 1994 est bien plus fournie sur la question, témoignant par là d'une affirmation croissante du principe sauvegardant la création indépendante. Sans entrer dans le détail, on relèvera que c'est principalement en matière musicale que la question de la création indépendante est abordée⁸⁴. Le phénomène de la création indépendante n'y est toutefois pas cantonné et on trouve plusieurs exemples de décisions où il est envisagé – parfois de manière très sommaire – à propos, notamment, de dessins et modèles⁸⁵, de logos⁸⁶, de formats d'émission de télévision⁸⁷...

On remarquera par ailleurs qu'au-delà de l'affirmation du principe, l'hypothèse qu'une création identique ou similaire à une œuvre antérieure soit le fait du hasard est rarement acceptée par les juges. Dans bien des cas, les juges ont estimé que le créateur second en date avait ou aurait pu raisonnablement avoir connaissance de l'œuvre première⁸⁸. Tout au plus trouve-t-on un exemple en matière de logos⁸⁹, de concept publicitaire⁹⁰ ou encore en matière musicale⁹¹ où le caractère indépendant de la création a été admis. Toutefois, la pertinence de ces décisions apparaît tout à fait limitée⁹² et il est

⁸³ Civ. Bruxelles, 27 avril 1970, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 201, note L. VAN BUNNEN. Dans l'autre décision publiée et objet de la note précitée (Civ. Bruxelles, 23 janvier 1962, *Ing.-Cons.*, 1971, p. 191), le défendeur avait pareillement avancé que le demandeur était resté en défaut de prouver la connaissance qu'il aurait pu avoir, lui, défendeur, de l'œuvre du demandeur. Le tribunal n'a toutefois pas eu à se prononcer sur la question, ayant conclu à l'absence d'originalité de l'œuvre du demandeur.

⁸⁴ Voy., par exemple, Bruxelles, 15 septembre 2000, *A.M.*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 4 septembre 2007, *A.M.*, 2007, p. 471, note A. STROWEL, *I.R.D.I.*, 2008, p. 99, note A. HALLEMANS; Bruxelles, 18 décembre 2008, *A.M.*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707. Pour des décisions de première instance, voy. Civ. Bruxelles, 15 octobre 2004, Civ. Bruxelles, 11 mars 2005 et Civ. Mons (cess.), 18 novembre 2005, *A.M.*, 2006, p. 264, note A. STROWEL. C'est d'ailleurs précisément en cette matière que la Cour de cassation l'a consacrée, voy. Cass., 3 septembre 2009, *A.M.*, 2010, p. 171, *I.R.D.I.*, 2009, p. 411, note M. BUYDENS.

⁸⁵ Voy., récemment, Bruxelles, 26 juin 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 507, *I.R.D.I.*, 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS. Cet arrêt fait d'ailleurs application de l'arrêt de la Cour de cassation de 2009 en s'y référant explicitement.

⁸⁶ Voy., récemment, Comm. Gand (cess.), 28 mars 2014, *A.M.*, 2014, p. 387.

⁸⁷ Voy., récemment, Civ. Bruxelles (cess.), 18 décembre 2012, *A.M.*, 2013, p. 112.

⁸⁸ Voy., par exemple, Bruxelles, 15 septembre 2000, *A.M.*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS : « Attendu que Claude Barzotti fait valoir pour sa défense qu'il n'a pas copié l'œuvre de P. Wathelet [...] ; que pendant cette année, le spectacle Yxos, sur la musique composée et interprétée par P. Wathelet, a été représenté plusieurs fois, particulièrement dans les villes proches de Court-Saint-Étienne où habite Claude Barzotti ; Que Claude Barzotti a donc dû entendre le morceau litigieux [...] » ; Bruxelles, 18 décembre 2008, *A.M.*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707 : « [...] Yves Swolfs expose, sans être pertinemment contredit, que le disque "Lazare" a été produit et diffusé en Belgique (certes sans grand rayonnement) en 1988 et que Michaël Jackson s'est trouvé en Belgique au moins le 23 août de la même année. Il souligne également, sans être sérieusement contredit, que le disque "Lazare" a été produit en France par E.M.I. sous le label "Big Beat Record" et a bénéficié de plusieurs passages à la télévision et en radio. Ceci suffit, contrairement à ce qu'a estimé le premier juge, à démontrer l'emprunt [...] ».

⁸⁹ Comm. Gand (cess.), 28 mars 2014, *A.M.*, 2014, p. 387.

⁹⁰ Comm. Tournai, 27 février 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 287.

⁹¹ Civ. Bruxelles, 15 octobre 2004, *A.M.*, 2006, p. 260, note A. STROWEL.

⁹² Dans la première espèce, le juge avait estimé que le logo en forme de cœur rouge du demandeur n'était pas original de sorte que toute considération relative au caractère indépendant de la création paraissait inutile. Il en

plus conforme à la réalité des prétoires de voir dans la théorie de la création indépendante un moyen de défense exceptionnel.

La création indépendante (originalité). – Cela dit, la théorie de la création indépendante ne s'articule pas uniquement sur le terrain de la contrefaçon, mais également sur celui de l'originalité, ainsi que nous l'évoquions au point précédent⁹³. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle a été appréhendée à l'origine⁹⁴ et certains y voient, plutôt que dans le droit de reproduction, le fondement même de la théorie⁹⁵.

En jurisprudence, la Cour d'appel de Gand a clairement intégré le principe, énonçant à de multiples reprises que

« [w]at nieuw is, is niet automatisch origineel. Wat origineel is, kan nieuw zijn en zal vaak een aspect van nieuwigheid impliceren. De twee begrippen vallen evenwel niet samen. *De maker van een later werk mag nog steeds bewijzen dat zijn werk onafhankelijk van het eerste werk tot stand gekomen is* »⁹⁶ (italiques ajoutées).

La Cour d'appel de Bruxelles, quant à elle, a souligné à de multiples reprises que

« [m]ême si l'originalité ne s'identifie pas à la nouveauté, il ne peut toutefois y avoir originalité si l'œuvre dont la protection est réclamée est la simple reproduction d'une œuvre antérieure dont l'auteur avait connaissance »⁹⁷ (italiques ajoutées).

Elle a fait très clairement application de ce principe à propos d'un motif mélodique, qui constituait la reproduction d'un motif antérieur dont, à l'estime de la cour, le demandeur ne pouvait prétendre ne pas avoir eu connaissance⁹⁸. À l'inverse, le Tribunal

va de même dans la seconde espèce, où le juge n'avait pas considéré original le concept publicitaire du demandeur et évoquait donc la création indépendante de manière surabondante. Enfin, s'agissant de la troisième espèce, le jugement a été réformé précisément sur ce point, voy. Bruxelles, 18 décembre 2008, A.M., 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707.

⁹³ Voy., notamment, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, op. cit. (note 16), pp. 87, 275; G. VAN HECKE ET F. GOTZEN, « Overzicht van rechtspraak (1970-1975) – Industriële eigendom, auteursrecht », op. cit. (note 23), p. 696; F. DE VISSCHER ET B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 22, n° 23.

⁹⁴ Par exemple, Desbois écrivait déjà dans la première édition de son *Droit d'auteur* que « [...] l'œuvre est protégée parce qu'elle est l'expression d'une personnalité, en raison de l'originalité, de la facture personnelle. Or, le musicien met autant de lui-même dans la composition, lorsqu'à son insu, il se rencontre avec un compositeur qui l'a devancé, que dans le cas où il imagine une mélodie, ou une composition littéraire, un tour d'expression encore inconnu jusque-là. Ce n'est pas la nouveauté, objectivement envisagée, qui fournit le critère de la protection, mais, l'aspect subjectif de celle-ci, le fait de la création personnelle; or, l'acte créateur se consomme tout aussi bien, lorsque l'objet existe déjà, pourvu que l'auteur en ignore l'existence » (voy. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, 1950, pp. 166-167, n° 141).

⁹⁵ A. HALLEMANS, « De rechtsfiguur van de onafhankelijke creatie in het auteursrecht: was Michael Jackson toch alleen? », op. cit. (note 78), p. 111.

⁹⁶ Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845; Gand, 12 novembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 1323; Gand, 26 janvier 2009, *D.A./O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS; Gand, 27 avril 2009, *T.B.O.*, 2011, p. 118; Gand, 2 novembre 2009, *A.M.*, 2013, p. 106, *I.R.D.I.*, 2010, p. 199, note B. GOOSSENS, K. VAN DER MAAT; Gand, 25 janvier 2010, *A.M.*, 2013, p. 105; Gand, 17 mai 2010, *A.M.*, 2013, p. 102, *I.R.D.I.*, 2012, p. 417; Gand, 10 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 99, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 827, note A. FIERENS; Gand, 31 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 97. Voy. également Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 291; Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 311.

⁹⁷ Bruxelles, 15 septembre 2000, *A.M.*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS; Bruxelles, 15 juillet 2004, *A.M.*, 2005, p. 237; Bruxelles, 29 mai 2008, *A.M.*, 2009, p. 106, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1018; Bruxelles, 26 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1041; Bruxelles, 26 janvier 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 872, *I.R.D.I.*, 2012, p. 368.

⁹⁸ Bruxelles, 15 septembre 2000, *A.M.*, 2001, p. 240, note T. HEREMANS: « [...] les douze premières notes de "Nuit d'été à Yxos" (quatre mesures) sont la reproduction fidèle des premières mesures d'une chanson de Salvatore Adamo intitulée "Si tu étais". Que la chanson d'Adamo, étant antérieure de plusieurs années à la "Nuit d'été à Yxos" »

civil de Bruxelles a admis que la création d'un concept publicitaire par un auteur second en date était intervenue de manière indépendante, car il n'était pas plausible dans les circonstances de l'espèce qu'il ait pu avoir connaissance de la création de son prédécesseur⁹⁹.

Ces dernières décisions mettent en exergue l'un des éléments centraux de la théorie de la création indépendante, bien identifié au niveau de la contrefaçon, mais, semble-t-il, quelque peu négligé sur le plan de l'originalité : la connaissance ou la possibilité raisonnable pour le demandeur d'avoir eu connaissance de l'(des) antériorité(s). Il nous paraît, en effet, que, pour détruire l'originalité d'une œuvre et exclure tout caractère indépendant de sa création, encore faut-il que l'(les) antériorité(s) soi(en)t opposable(s) au demandeur, en ce sens qu'il en ait eu ou pu avoir connaissance¹⁰⁰. Or, sous réserve de ces quelques décisions et de quelques affaires en matière de dessins et modèles¹⁰¹, il est rare que la question de la connaissance de l'antériorité par le demandeur soit analysée par les juges. Il s'agit là pourtant d'un élément déterminant de l'articulation harmonieuse entre la pratique juridictionnelle de l'examen de l'originalité au regard des antériorités et la théorie de la création indépendante. Il relève tout entier de la question de l'administration et de la charge de la preuve sur laquelle il convient maintenant de s'arrêter.

§ 4. La place de la nouveauté dans l'administration de la preuve de l'originalité

Le schéma de la preuve de l'originalité. – Indice pratique de l'originalité, la nouveauté permet donc de contribuer à l'administration de la preuve de celle-ci. Reste à définir son rôle exact.

B. Michaux a récemment résumé le schéma de la preuve de l'originalité en trois temps :

« [...] sur le plan de la preuve, il faut mais il suffit qu'au départ, l'auteur présumé identifie ses choix libres et créatifs, et qu'il les rende vraisemblables. En vertu de son obligation de contribuer à l'administration de la preuve, le défendeur devra ensuite, pour contester

et ayant connu un succès certain en Belgique, Pascal Wathelet ne pourrait prétendre ne pas en avoir eu connaissance ; Que Pascal Wathelet ne peut donc invoquer aucune originalité pour ce passage de son œuvre ». Voy., également, Bruxelles, 15 juillet 2004, A.M., 2005, p. 237 : « Il demeure qu'au jour où "Déalcomanie" a été écrite et enregistrée à la Sabam, il existait quinze antériorités, dont neuf datant des années 1980, pour lesquelles les huit premières notes étaient exactement les mêmes que les huit premières notes de "Déalcomanie". Il importe peu que certaines de ces chansons aient appartenu au répertoire de la chanson néerlandaise. »

⁹⁹ Civ. Bruxelles, 25 mai 2007, A.M., 2009, p. 112 : « Qu'en revanche, il ne résulte d'aucune des pièces produites par Zambon, que le concept publicitaire de la "chute des dominos", de Schuster + Partners pour Meditonsin ait été rendu public avant la réalisation du story-board par Nelson DC ; Qu'en conséquence, le tribunal ne voit pas comment Nelson DC aurait pu ou dû avoir connaissance, en temps utile, de cette création indépendante et parallèle, sauf à recourir à un véritable espionnage de Schuster + Partners. »

¹⁰⁰ J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 37), p. 525, n° 17.

¹⁰¹ L'examen (sommaire) de la possibilité de connaissance des antériorités en matière de dessins et modèles est dû au régime juridique qui leur est propre (et sur lequel nous reviendrons *infra*), voy. l'article 3.3 (3) de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle ; l'article 6 (1) de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles ; les articles 7 (1) et 11 (2) du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires. Pour des exemples en jurisprudence où la protection était recherchée à la fois sur le plan du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur et où la question de la connaissance par les « milieux spécialisés du secteur concerné » a été abordée, voy. Gand, 30 avril 2007, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 783 ; Bruxelles, 23 juin 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, p. 732, *I.R.D.I.*, 2010, p. 89 ; Gand, 2 novembre 2009, A.M., 2013, p. 106, *I.R.D.I.*, 2010, p. 199, note B. GOOSSENS, K. VAN DER MAAT.

avec succès l'originalité apparente, produire des éléments de nature à contredire la liberté ou la créativité des choix, par exemple à l'aide d'antériorités. L'étape suivante, s'il doit y en avoir une, consisterait pour l'auteur présumé à réfuter ces derniers éléments de manière motivée »¹⁰².

Ainsi que nous l'avons déjà évoqué ci-dessus, les deux premiers temps de ce schéma – qui font application du droit commun de la preuve (art. 870 et 871 C. jud.) – sont clairement suivis par la Cour d'appel d'Anvers^{103, 104}. La Cour d'appel de Bruxelles, se référant explicitement au *Précis* du même auteur, procède de la même manière¹⁰⁵. Pareillement, la Cour d'appel de Gand se réfère à cette même doctrine, sans toutefois expliciter clairement le second temps¹⁰⁶, mais il semble tout de même qu'elle procède de la sorte¹⁰⁷. Quant à la Cour d'appel de Mons, elle s'est explicitement référée au passage mis en exergue ci-dessus et a donc souligné l'existence de ce troisième temps¹⁰⁸.

¹⁰² B. MICHAUX, « Le juge national et l'originalité en droit d'auteur après l'arrêt *Infopaq* », A.M., 2013, p. 93. Voy. également F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), pp. 24-25, n° 24.

¹⁰³ Voy. récemment et le plus clairement en ce sens, Anvers, 28 avril 2014, *Ing-Cons.*, 2014, p. 517, note H. ABRAHAM : « De bewijslast van het oorspronkelijk karakter van het werk rust bij degene die de auteursrechtelijke bescherming inroept. Het volstaat daartoe dat hij een of meerdere (al dan niet oudere) modellen van hetzelfde genre voorlegt en beknopt beschrijft waaruit, naar zijn oordeel, de originaliteit blijkt. Degene die de auteursrechtelijke bescherming betwist kan het tegenbewijs leveren door voorlegging van minstens één anterioriteit (waaruit blijkt dat het werk waarvan de auteursrechtelijke bescherming wordt betwist, alle kenmerken van het oudere werk heeft overgenomen). » Voy. également Anvers, 28 novembre 2011, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 963, *I.R.D.I.*, 2012, p. 318; Anvers, 29 juin 2009, A.M., 2010, p. 187; Anvers, 18 octobre 2005, *I.R.D.I.*, 2006, p. 31.

¹⁰⁴ En réalité, on peut retrouver l'origine de la motivation de la cour d'appel in F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 24, n° 24 : « [...] il suffit pour prouver le caractère propre de la création de soumettre au juge ne fût-ce qu'une seule autre création du même genre et de décrire sommairement où réside l'originalité pour démontrer que la création du demandeur a un caractère forcément propre ».

¹⁰⁵ Voy. Bruxelles, 15 février 2008, A.M., 2008, p. 109 : « [i]l incombe à celui qui soutient que l'œuvre évoquée n'est pas originale en tout ou en partie [...] de prouver l'existence des créations antérieures [...] ». Pour des applications concrètes (la cour ayant chaque fois conclu à l'originalité de l'œuvre au terme du premier temps), voy. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 395 : « [...] C&A brengt overigens geen bewijs bij van eerdere tekeningen gelijkaardig aan de tekening RP 9040 »; Bruxelles, 15 septembre 2000, A.M., 2001, p. 240, note T. HEREMANS : « Que les appelants ne démontrent pas que l'ensemble ainsi constitué par les huit premières mesures du morceau de P. Wathelet se retrouverait dans une œuvre antérieure ou ferait partie d'un fond [*sic*] musical commun et serait donc banal »; Bruxelles, 7 décembre 1999, *I.R.D.I.*, 2000, p. 34 : « Overwegende dat het vervolgens aan geïntimeerde toekomt haar bewering te staven dat de betrokken combinatie van een basisstructuur verrijkt met voormelde vier kenmerkende factoren bij gebrek aan anterioriteit niet origineel is en derhalve geen auteursrechtelijke bescherming geniet. »

¹⁰⁶ Voy. récemment Gand, 31 janvier 2011, A.M., 2013, p. 97 : « De bewijslast van Italkero SpA beperkt zich tot het aanduiden waarin de originaliteit van de creatie ligt. Zij dienen aan te tonen dat de terrasverwarmer "Falo" niet geheel bepaald zijn door de aard maar dat de vormgeving het resultaat is van de eigen keuzes van de ontwerper. » Voy. également Gand, 10 janvier 2011, A.M., 2013, p. 99, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 827, note A. FIERENS; Gand, 27 octobre 2010, A.M., 2013, p. 102; Gand, 17 mai 2010, A.M., 2013, p. 102, *I.R.D.I.*, 2012, p. 417; Gand, 2 novembre 2009, A.M., 2013, p. 106, *I.R.D.I.*, 2010, p. 199, note B. GOOSSENS, K. VAN DER MAAT; Gand, 27 avril 2009, T.B.O., 2011, p. 118; Gand, 26 janvier 2009, D.A./O.R., 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS; Gand, 9 février 2004, R.A.B.G., 2005, p. 1845.

¹⁰⁷ On trouve une application concrète de ce second temps dans un arrêt de 2003 (la cour ayant conclu à l'originalité de l'œuvre au terme du premier temps), voy. Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 : après avoir constaté l'originalité d'une chaise réglable pour enfant, la cour ajoute : « [...] Geïntimeerde toont niet aan dat er een oudere stoel zou bestaan waarvan de TRIPP TRAPP als zodanig een afgeleide of een kopie zou zijn. »

¹⁰⁸ Mons, 3 février 2014, R.D.C., 2014, p. 513, note J. CABAY : « Dès lors que celui qui revendique la protection du droit d'auteur a décrit où réside l'originalité de son œuvre prétendument contrefaite et que celui qui la conteste a prouvé l'existence de créations antérieures, il appartient au premier de réfuter ces antériorités. »

Premier temps : les choix libres et créatifs. – Le premier temps de ce schéma ne nous retiendra pas ici, dans la mesure où il n'entretient qu'un lien distant avec la question de la nouveauté. On relèvera toutefois que, dans l'hypothèse où le demandeur entendrait démontrer ses choix libres et créatifs par comparaison de son œuvre avec une œuvre antérieure, l'existence de différences entre les deux (et, donc, la nouveauté de l'œuvre du demandeur) pourra constituer un indice de ce qu'il disposait d'une certaine liberté créative¹⁰⁹. On peut lire un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en ce sens¹¹⁰.

Deuxième temps : les antériorités. – Le second temps de ce schéma mérite que l'on y prête une plus grande attention, dès lors que c'est à ce moment précis que la nouveauté entre en scène.

Les antériorités produites par le défendeur, pour pouvoir valablement être opposées au demandeur, devront satisfaire à plusieurs conditions.

Premièrement, elles devront constituer à proprement parler des antériorités, c'est-à-dire être antérieures à l'œuvre dont l'originalité est revendiquée, ainsi que nous l'avons déjà souligné ci-dessus.

Deuxièmement, elles devront présenter des similitudes suffisantes avec l'œuvre dont l'originalité est revendiquée pour pouvoir contredire celle-ci¹¹¹. Déterminer à partir de quel moment lesdites similitudes sont suffisantes dépasse l'objet de la présente contribution. On relèvera toutefois que, dès lors qu'originalité et nouveauté ne se confondent pas, il est bien admis que la combinaison d'éléments déjà connus peut être originale¹¹². Et il se déduit de ce principe que, pour qu'une antériorité soit pertinente en droit d'auteur, il faut qu'on puisse y retrouver l'ensemble des éléments caractéristiques de l'œuvre pour laquelle la protection est revendiquée¹¹³. À tout le moins pour les objets

¹⁰⁹ Comp. M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », *A.M.*, 1996, p. 387 : « La condition d'originalité se vérifie donc par le critère du caractère principal ou accessoire de la liberté créatrice de l'auteur par rapport aux contraintes ayant limité cette liberté. Dans le cadre de cette vérification, la "nouveauté" de la prestation [...] pourra éventuellement servir d'indice plaçant en faveur du caractère principal de la liberté de l'auteur : la création d'une forme inédite pourrait indiquer en effet que l'auteur a été "laissé à lui-même", mais il ne s'agit là que d'une supposition qui peut être démentie par les faits (une forme inédite peut en effet être le fruit d'un cahier des charges particulièrement strict). »

¹¹⁰ Dans un arrêt rendu à propos d'uniformes de police, la cour semble avoir estimé que leur caractère distinctif par rapport à d'autres uniformes (et, donc, leur nouveauté) témoignerait de l'existence d'une liberté de choix dans le chef de leur créateur, voy. Bruxelles, 1^{er} février 2002, *A.M.*, 2003, p. 53, *A.J.T.*, 2001-02, p. 748, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877 : « Enfin, l'originalité ne peut se confondre avec la nouveauté du produit mais cette originalité peut être prouvée notamment par rapport à ce qui existait auparavant. [...] si l'on examine les uniformes utilisés anciennement par la police, les uniformes utilisés dans les autres pays et, surtout, les projets dessinés par le bureau de stylisme Guzman à l'appui de son offre, force est de constater qu'il y a une grande diversité dans les réalisations prises dans leur ensemble [...]. Cette possibilité de choix dictée par des motifs esthétiques existe pour la plupart des composantes de l'uniforme, ce qui explique d'ailleurs la variété des uniformes de policiers. »

¹¹¹ J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 37), p. 525, n° 17.

¹¹² Voy., notamment, Anvers, 23 avril 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 359, *I.R.D.I.*, 2013, p. 208 ; Bruxelles, 21 novembre 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 385 ; Gand, 12 juin 2003, *Ing.-Cons.*, 2003, p. 385, *R.A.B.G.*, 2004, p. 233 ; Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403 ; Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 513, note J. CABAY. Dans son arrêt précité du 21 novembre 2011, la Cour d'appel de Bruxelles a d'ailleurs très justement lié ce principe à la jurisprudence *Infopaq* de la Cour de justice suivant laquelle une création intellectuelle peut résulter « du choix, de la combinaison et de la disposition » d'éléments qui, considérés isolément, ne constituent pas en tant que tels une création intellectuelle (voy. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, § 45).

¹¹³ Voy. l'attendu (*in fine*) de la Cour d'appel d'Anvers cité *supra*, note 103.

utilitaires, peut-être pourrait-on même estimer que l'antériorité devra être « compacte » au sens du droit des brevets¹¹⁴. Mais il ne nous paraît qu'il doive nécessairement être raisonné de la sorte en toutes matières (par exemple en matière musicale). Pour le surplus, il est intéressant de constater que la jurisprudence repousse fréquemment les antériorités avancées au motif qu'elles ne présentent pas de similitudes à même de contredire l'originalité de l'œuvre¹¹⁵.

Troisièmement, et c'est le point qui nous intéresse tout particulièrement, il doit s'agir d'antériorités dont on peut estimer que le demandeur a dû ou pu raisonnablement avoir connaissance¹¹⁶. Le point est crucial, spécialement à l'heure d'Internet (voy. *infra*), car, à défaut de s'interroger sur celui-ci, on court le risque d'imposer au demandeur (dans le troisième temps du schéma) la preuve impossible de ce qu'il n'a pu raisonnablement avoir eu connaissance d'une antériorité (fait négatif) dont il n'a pas préalablement été établi qu'il aurait effectivement pu en avoir connaissance (fait positif). En d'autres termes, une fois établie l'existence d'une antériorité, quelle qu'elle soit, il lui serait le plus souvent impossible de faire la démonstration du caractère indépendant de sa création. Aussi, le défendeur ne devrait-il pas se contenter de produire des antériorités, mais devrait, en outre, avancer des éléments suggérant que celles-ci devaient ou pouvaient raisonnablement être connues du demandeur.

Deuxième temps (suite): la présomption de reproduction. – Or il ressort de l'examen de la jurisprudence que la question de la connaissance de l'antériorité par le demandeur est rarement analysée (voy. *supra*). Tout semble reposer sur l'existence d'une présomption de reproduction. C'est en ce sens que F. de Visscher et B. Michaux expliquent le rapport pratique entre l'absence de nouveauté et l'absence d'originalité. Il y aurait, écrivent-ils, une « [...] présomption commune que la présence dans une

¹¹⁴ Voy., de manière générale sur cette notion, B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 100, n° 7.

¹¹⁵ Voy. notamment, pour des exemples tirés de la jurisprudence des cours d'appel, Anvers, 28 février 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 405: « Geen enkel van de rokmodellen, aangehaald in de conclusies van de n.v. JBC (zie ook stuk 7 dossier van de n.v. JBC) zijn van aard de oorspronkelijkheid van de rok van de n.v. Bruphils in vraag te stellen. Geen enkel van die rokken zijn *gelijkaardig* met de rok "4110 JALAY" »; Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207: « Voor zover de MP3-spelers waaraan appellante refereert de introductie van de iPod nano op de markt voorafgegaan zijn, moet vastgesteld worden dat appellante niet bewijst dat in de aangehaalde ontwerpen de verschillende elementen die de iPod nano typeren, op dezelfde wijze geschikt en gecombineerd worden. Er wordt door appellante *geen* enkel ontwerp neergelegd dat *dezelfde visuele totaalindruk* geeft als de iPod nano »; Bruxelles, 12 avril 2011, *A.M.*, 2013, p. 93: « Uit geen enkel bijgebrachte element of stuk van het dossier blijkt dat vóór 1972, zijnde het jaar waarin de Tripp Trapp-stoel ontworpen werd, er een gekende (meegeroei) stoel bestond met een vormgeving die in zijn *totaalbeeld gelijkend* was aan deze van de Tripp Trapp-stoel. Er bestond weliswaar vóór 1972 minstens één stoel met een herkenbare L-vorm (cfr de Clairmonte-stoel in Frankrijk, waarop in 1947 in Frankrijk een octrooi werd verleend), doch deze stoel is, niettegenstaande het gebruik van de herkenbare L-vorm voor de verticale steunlijsten van deze stoel, in zijn *totaalbeeld een andere stoel* dan de Tripp Trapp-stoel »; Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778; *I.R.D.I.*, 2008, p. 403: « On ne retrouve dans *aucun* des modèles antérieurs vantés par "New Valmar" (soit les modèles de Luv n°care 1440, 1441, 1508 et 1510, les enregistrements français susmentionnés, l'US Patent n° 341.892 du 30 novembre 1993 et l'US Patent n° 370.262 du 28 mai 1996) la *combinaison des différentes caractéristiques* du modèle de "Tefal", ne fût-ce que parce que l'indicateur de température en est absent »; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845: « Ten onrechte roept appellante onder verwijzing naar haar stukken 6 en 7 anterioriteit in. De bijgebrachte modellen vertonen in hun geheel *onvoldoende gelijkenis* met de hiervoor afgebeelde "B.". Hooguit een deelaspect, namelijk de vorm waarin vuur gemaakt wordt, lijkt op deze van de "B." en dit dan nog slechts zeer gedeeltelijk. »

¹¹⁶ J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », *op. cit.* (note 37), p. 525, n° 17.

œuvre postérieure d'éléments de créations antérieures résulte d'une reprise – fût-elle inconsciente – de ceux-ci par l'auteur qui, dans cette mesure, n'aura dès lors pas fait œuvre originale»¹¹⁷.

Sous réserve d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, dont il n'est d'ailleurs possible de déduire aucun enseignement s'agissant de la portée d'une éventuelle présomption de reproduction¹¹⁸, la jurisprudence relative à l'originalité est muette sur ce point. Par contre, l'existence de pareille présomption en matière de contrefaçon, déjà soutenue par la doctrine¹¹⁹, a été consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 3 septembre 2009¹²⁰. Elle a ainsi énoncé :

« Si une œuvre présente des ressemblances importantes avec une œuvre existant antérieurement, il appartient au juge du fond d'examiner si ces ressemblances avec l'œuvre plus ancienne sont fortuites ou résultent d'emprunts conscients ou inconscients à cette œuvre et qu'une infraction est ainsi commise au droit d'auteur. En cas de ressemblances suffisantes entre les éléments originaux des deux œuvres, l'auteur de l'œuvre la plus récente est tenu de renverser la *présomption de reproduction* en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance » (italiques ajoutées).

Aussi a-t-elle rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait constaté une forte correspondance entre les deux mélodies en cause et estimé que le caractère indépendant de la seconde en date n'était pas établi, son auteur ne pouvant produire une partition originale et des documents de travail¹²¹. Depuis lors, la Cour d'appel de Bruxelles a fait application de cette présomption à propos de modèles de luminaires, dont les armatures présentaient aux yeux de la cour des ressemblances frappantes (« treffende gelijkenissen »). À nouveau, les circonstances de la cause ne lui ont pas permis d'admettre la création indépendante¹²².

La présomption de reproduction consacrée par la Cour de cassation pourrait être transposée au stade de l'originalité (rejoignant l'opinion de la doctrine de F. de Visscher et B. Michaux précitée), ce qui permettrait, à notre avis¹²³, de donner une assise juridique solide à plusieurs décisions qui, à n'en pas douter, supposent la copie du fait des importantes similitudes entre l'œuvre du demandeur et les antériorités produites. Toutefois, l'enseignement de la Cour dégagé au stade de la contrefaçon ne devrait pas être appli-

¹¹⁷ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 22, n° 23.

¹¹⁸ Bruxelles, 15 février 2008, A.M., 2008, p. 109. L'arrêt cite le passage précité du *Précis* de de Visscher et Michaux, sans toutefois devoir mobiliser une quelconque présomption de copie *in concreto*, en raison des circonstances de l'espèce.

¹¹⁹ M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante », A.M., 2004, pp. 480-481 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 77, n° 91 ; T. HEREMANS, « Schuldige ontlening als voorwaarde voor auteursrechtelijke inbreuk », op. cit. (note 78), p. 244, n° 5 ; A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous Anvers, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004, Bruxelles, 11 mars 2005, A.M., 2006, p. 269.

¹²⁰ Cass., 3 septembre 2009, A.M., 2010, p. 171, I.R.D.I., 2009, p. 411, note M. BUYDENS.

¹²¹ Bruxelles, 4 septembre 2007, A.M., 2007, p. 471, note A. STROWEL, I.R.D.I., 2008, p. 99, note A. HALLEMANS.

¹²² Bruxelles, 26 juin 2012, Ing.-Cons., 2012, p. 507, I.R.D.I., 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS. En l'espèce, le bureau de conception (« ontwerp bureau ») qui avait réalisé les modèles contrefaisants agissait dans le cadre d'une commande émanant d'un producteur de luminaires, établi dans une commune voisine de son concurrent, demandeur en contrefaçon.

¹²³ J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », op. cit. (note 37), pp. 525-526, n° 18.

qué *mutatis mutandis* au stade de l'originalité en raison d'une différence fondamentale existant entre les deux. En effet, au stade de la contrefaçon, le litige se cristallise autour des ressemblances entre l'œuvre du demandeur et la production du défendeur, tous deux parties au procès. Au stade de l'originalité, l'œuvre du demandeur est comparée à celles d'autres créateurs qui, la plupart du temps, ne seront pas parties au procès. Aussi ne devrait-on pas imposer au demandeur en originalité – à l'inverse de ce qui est exigé du défendeur en contrefaçon par la Cour de cassation – la charge de prouver le caractère indépendant de sa création du seul fait de l'existence de similitudes avec des créations antérieures, ne serait-ce que parce que les auteurs de ces créations antérieures (qui bien souvent bénéficient encore de la protection) n'auraient pas eux-mêmes agi en contrefaçon à son encontre.

D'ailleurs, si l'on a égard aux quelques décisions qui semblent avoir mis en œuvre une présomption de reproduction au stade de l'originalité – déduite de ce que le juge a considéré non originale l'œuvre du demandeur après avoir constaté qu'elle était similaire ou identique à plusieurs antériorités, sans, toutefois, discuter la question de leur connaissance par le demandeur –, on voit que, dans chacune de ces affaires, la forte correspondance entre l'œuvre du demandeur et les antériorités s'accompagnait de circonstances permettant d'inférer une possibilité raisonnable de connaissance par le demandeur des antériorités.

Il en va ainsi de plusieurs décisions en matière de dessins et modèles¹²⁴ où, chaque fois, les antériorités produites avaient été mises sur le marché de sorte que tout opérateur sur le même marché, notamment l'auteur, pouvait être présumé en avoir eu connaissance¹²⁵. Les décisions rendues en matière musicale semblent aller dans le même

¹²⁴ Voy. Anvers, 23 avril 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 359, *I.R.D.I.*, 2013, p. 208 (modèles de sofa); Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174 (modèles de chaises, fauteuils et canapés); Mons, 26 mars 2001, *A.M.*, 2001, p. 367, *J.T.*, 2002, p. 170 (modèle de bureau).

¹²⁵ On relèvera, à cet égard, qu'en droit des dessins et modèles, l'« utilisation dans le commerce » fait partie des faits constitutifs d'une divulgation au public, par rapport auxquels s'apprécie la nouveauté et le caractère individuel d'un dessin ou modèle subséquent, sauf l'hypothèse où « [...] dans la pratique normale des affaires, [ces faits] ne pouvaient raisonnablement être connus des milieux spécialisés du secteur concerné, opérant dans la Communauté européenne ou l'Espace économique européen, avant la date de dépôt ou la date de priorité » (voy. l'article 3.3 (3) de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle; l'article 6.1 de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles; les articles 7.1 et 11.2 du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires).

La possibilité raisonnable de connaissance des « milieux spécialisés » au sens du droit des dessins et modèles n'équivaut toutefois pas à celle de l'« auteur » en droit d'auteur. Dans un arrêt du 13 février 2014 dans l'affaire *Gautzsch Großhandel c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna* (C-479/12), la Cour de justice a, en effet, interprété la notion de « milieux spécialisés » au sens de l'article 11, § 2, du règlement (CE) n° 6/2002 (relatif à la durée de protection) comme n'étant pas limitée aux seules « [...] personnes qui, au sein du secteur concerné, sont chargées de concevoir les modèles et de développer ou de fabriquer des produits conformément à ces modèles » (§ 25), de sorte que « [...] les commerçants n'ayant pas participé à la conception du produit en cause ne sauraient être en principe exclus du cercle des personnes pouvant être considérées comme faisant partie desdits milieux spécialisés » (§ 27). Ainsi, on le voit, la notion de « milieux spécialisés » est bien plus large que celle d'« auteur ». Il en résulte qu'au rang des antériorités destructrices de nouveauté en droit des dessins et modèles pourront figurer des créations qui pourraient ne pas être pertinentes sur le plan du droit d'auteur (parce qu'inconnues du créateur considéré de manière individuelle). Aussi, lorsque la protection est recherchée à la fois sur le plan du droit des dessins et modèles et sur le plan du droit d'auteur, le constat de ce que les « milieux spécialisés » ne pouvaient raisonnablement ignorer l'existence des antériorités produites ne suffira pas toujours pour que lesdites antériorités soient opposables sur le plan du droit d'auteur. À noter encore que, si l'arrêt de la Cour de justice portait sur la notion de « milieux spécialisés du secteur concerné » au sens de l'article 11 (relatif à la durée de protection), la notion est employée de la même manière tant à l'article 7, § 1^{er}, du règlement qu'à

sens¹²⁶. Dans une de ces affaires, la Cour d'appel de Bruxelles avait d'ailleurs pris le soin de souligner qu'au-delà des similitudes entre l'œuvre du demandeur et l'antériorité qui lui était opposée (à savoir une chanson de Salvatore Adamo), cette dernière avait « [...] connu un succès certain en Belgique [...] » de sorte que le demandeur « [...] ne pourrait prétendre ne pas en avoir eu connaissance »¹²⁷. C'est ici en quelque sorte la « notoriété »¹²⁸ de l'antériorité qui venait, au renfort des similitudes, donner du crédit à la présomption implicite de reproduction. On retrouve un exemple dans le même sens dans la jurisprudence relative à la contrefaçon¹²⁹.

La jurisprudence relative à la contrefaçon fournit encore d'autres exemples de circonstances, additionnelles à la similarité entre les œuvres, qui permettent d'inférer la connaissance par le créateur des œuvres de ces prédécesseurs et, partant, d'appuyer la présomption de reproduction. On en relèvera en particulier trois : la présence dans l'œuvre seconde d'éléments caractéristiques de l'œuvre première qui ne peuvent en aucun cas être le fait du hasard¹³⁰, l'existence d'une chaîne de causalité particulière

l'article 6, § 1^{er}, de la directive 98/71/CE (lesquelles dispositions ont trait aux conditions de protection), de sorte qu'elle doit, à notre avis, recevoir une interprétation uniforme. On peut probablement lire en ce sens les conclusions de l'avocat général Wathelet dans cette affaire, présentées le 5 septembre 2013, § 49 : « [...] il convient de rappeler que l'article 7, paragraphe 1, du règlement précise, comme l'article 11, paragraphe 2, de celui-ci, que les destinataires potentiels d'une telle divulgation sont les entreprises qui, opérant dans l'Union, doivent être considérées comme appartenant aux "milieux spécialisés du secteur concerné" ». Pour le surplus, on rappellera que, suivant la Cour de justice, une même notion employée dans plusieurs directives doit recevoir dans chacune d'elles la même signification, « [...] compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence [...] » et sauf le cas où le législateur de l'Union aurait « [...] exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente », voy., notamment, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. C-403/08 et C-429/08, § 188.

¹²⁶ Voy. Bruxelles, 15 juillet 2004, A.M., 2005, p. 237 (en l'espèce, neuf des antériorités pertinentes dataient des années 1980 alors que la chanson du demandeur avait été déposée à la SABAM en 1992; l'expert désigné avait par ailleurs indiqué dans les conclusions de son rapport : « Le motif litigieux [...] compte parmi les centaines de motifs aux caractéristiques similaires circulant dans l'air du temps, formules musicales récupérées peu ou prou par un grand nombre de compositeurs de musique légère [...] »); Mons, 3 février 2014, R.D.C., 2014, p. 513, note J. CABAY (en l'espèce, on retrouvait une mélodie similaire à celle du demandeur dans des œuvres de musique classique, des chansons anciennes et folkloriques tombées dans le domaine public, ainsi que dans des antériorités plus récentes, notamment des chansons de variétés, blues ou rock).

¹²⁷ Bruxelles, 15 septembre 2000, A.M., 2001, p. 249, note T. HEREMANS.

¹²⁸ Il ne faut pas envisager la « notoriété » d'une œuvre de manière abstraite, mais plutôt *in concreto*, en envisageant un faisceau de faits convergents, parmi lesquels : les faits permettant de mesurer le retentissement de l'œuvre première, les faits permettant d'évaluer la proximité du demandeur avec les antériorités et leurs créateurs, les faits liés à la personnalité et à la stratégie de création du créateur second, etc. Voy., en ce sens, au stade de la contrefaçon, A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous Anvers, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004, Bruxelles, 11 mars 2005, A.M., 2006, pp. 270-271.

¹²⁹ Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, A.M., 2006, p. 261, note A. STROWEL : « [...] "Daydream" a eu un succès mondial, qui a perduré jusqu'à ce jour, sous diverses formes, en sorte qu'un professionnel de la musique, comme Eminem, ne peut valablement prétendre avoir ignoré son existence et imputer les ressemblances exposées ci-dessus à un effet du hasard. »

¹³⁰ Voy., par exemple, Bruxelles, 22 décembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 887, J.L.M.B., 2012, p. 1001 (présence dans la photographie contrefaisante d'une pièce de monnaie de la même correction de circularité de ladite pièce et que l'on retrouve dans la photographie contrefaite); Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 68 (présence dans le manuel d'utilisation contrefaisant de nombreuses phrases identiques à celles du manuel contrefait, jusque dans la reproduction d'erreurs d'orthographe); Civ. Anvers (cess.), 24 octobre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 34 (présence dans la base de données contrefaisante de noms d'entreprises et de personnes fictives placées à des fins probatoires dans la base de données contrefaite).

entre le créateur de l'œuvre seconde en date et les créations antérieures¹³¹, ou, encore, la qualité de professionnel du créateur de l'œuvre seconde¹³².

Aussi, il nous paraît¹³³ que, de manière générale, sauf l'hypothèse de la copie servile et les cas exceptionnels où la preuve directe de l'emprunt peut être rapportée, les similitudes entre l'œuvre du demandeur et les créations antérieures ne suffiront pas pour qu'il y ait présomption de reproduction, spécialement dans les domaines où les contraintes pesant sur le créateur sont telles que le nombre de créations alternatives est limité. Encore faudra-t-il qu'à ces similitudes vienne s'ajouter une possibilité raisonnable pour l'auteur second d'avoir été en contact avec ces créations antérieures, ce qui pourra se déduire notamment des circonstances factuelles particulières de l'es-pèce, de la publicité ayant entouré l'œuvre première ou de la qualité de l'auteur second. Il n'est donc pas demandé au défendeur de prouver la connaissance des antériorités par le demandeur, mais bien de rendre celle-ci « vraisemblable »¹³⁴. Faute d'y parvenir, la présomption de reproduction ne pourra pas jouer, les antériorités produites devront être considérées comme non opposables au demandeur et elles ne pourront donc venir contredire l'originalité de sa création, telle qu'établie lors du premier temps.

Troisième temps : la réfutation des antériorités. – Dans le troisième temps du schéma de la preuve tel qu'exposé ci-dessus, le demandeur aura la possibilité de réfuter les antériorités établies lors du second temps. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en pratique, les débats judiciaires se dérouleront rarement selon ce schéma linéaire, chacune des parties présentant d'emblée au juge des éléments de preuve au soutien de

¹³¹ Voy., par exemple, Bruxelles, 28 février 2006, *A.M.*, 2006, p. 436, à propos d'une affiche réalisée pour une campagne de prévention de la sécurité routière au niveau de la ville d'Anvers, représentant l'arrière d'une voiture et son pot d'échappement, fumant, accompagné du slogan « Uw wagen is een wapen – Maak er geen misbruik van ». Une mise en forme similaire de cette idée, accompagnée du slogan « Je wagen is geen wapen », se retrouvait dans l'affiche d'un second créateur, pour une campagne de sécurité routière au niveau de la Communauté flamande cette fois. La possibilité de connaissance de la première affiche par le second créateur était déduite notamment de ce que cette première affiche avait été révélée lors d'une réunion à laquelle assistait le représentant d'une compagnie d'assurances, laquelle compagnie était le sponsor de la campagne de prévention de la sécurité routière pour laquelle le second créateur avait créé l'affiche. Voy., également, en matière musicale, les références citées *supra*, note 88.

¹³² Voy., par exemple, Bruxelles, 19 février 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 107 : « Attendu que des professionnels comme le sont les frères Umflat, exploitant la maroquinerie Gray, et Paul Deheuy, importateur de toiles tressées fabriquées par Italtessil, ne pouvaient donc ignorer l'existence de la toile de cuir "Maya" [...] » ; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A.M.*, 2006, p. 261, note A. STROWEL (voy. l'attendu reproduit note 129) ; Civ. Bruxelles (cess.), 27 février 1998, *A.M.*, 1998, p. 143, *J.L.M.B.*, 1998, p. 821, obs. V.-V. DEHIN : « Attendu qu'il n'est cependant pas contestable que tant F. Flamand que M. Béjart sont non seulement des artistes mais également des professionnels [...] de la chorégraphie ; [...] Qu'il y a, dès lors, tout lieu de penser qu'il [M. Béjart] n'a pu ignorer l'existence du spectacle "La chute d'Icare" créé par F. Flamand [...] ».

¹³³ Comp. A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », note sous Anvers, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004, Bruxelles, 11 mars 2005, *A.M.*, 2006, pp. 269-270. Comp. également J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale », note sous Mons, 3 février 2014, *R.D.C.*, 2014, pp. 525-526, n° 17-18.

¹³⁴ On pourra utilement se prévaloir ici de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la preuve des faits négatifs. En effet, on peut envisager l'objet de la preuve à fournir par le défendeur non plus comme le *fait positif* de la possibilité raisonnable de connaissance par le demandeur, mais comme le *fait négatif* de l'absence raisonnable d'ignorance par le demandeur. Or, suivant la Cour de cassation, « [...] la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif [...] », voy. Cass., 18 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186 ; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 3022, n° 696 ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 2022, n° 616. Aussi pourrait-on se contenter d'une preuve par vraisemblance, voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Bruxelles, Larcier, *F. mob.* (mise à jour au 1^{er} juin 2012), p. 102, n° 23.

leurs prétentions respectives. Il est, en effet, « [...] plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »¹³⁵. Aussi, dès la production par le défendeur d'une antériorité, le demandeur tentera de réfuter celle-ci en montrant qu'elle n'est pas antérieure à son œuvre et/ou qu'elle n'est pas suffisamment similaire à son œuvre. S'il ne peut y parvenir, le demandeur n'aura plus d'autre possibilité que de démontrer le caractère indépendant de sa création.

À nouveau, nous n'analyserons pas la question des similitudes qui, ainsi que nous l'avons déjà énoncé ci-dessus, dépasse l'objet de la présente contribution.

S'agissant de la réfutation du caractère effectivement antérieur de l'antériorité produite, elle pourra intervenir de trois manières (eu égard au caractère non linéaire du schéma de la preuve exposé). Premièrement, lorsque la date de l'antériorité produite par le demandeur pourra être tenue pour certaine, le demandeur pourra parfois démontrer que sa propre création est, en réalité, antérieure. Deuxièmement, il adviendra qu'il puisse démontrer que la date prétendue de l'antériorité est erronée et qu'il s'agit, en réalité, d'une postériorité. Troisièmement, il pourra encore démontrer que la date de la prétendue antériorité ne peut pas être établie avec certitude¹³⁶.

À cet égard, on soulignera que prouver la date d'une création n'est pas toujours chose aisée, puisque l'œuvre naît de ce seul fait, sans formalités. S'agissant d'un fait juridique, la date de création pourra toutefois être prouvée par tout moyen, dont le plus sûr demeurera celui d'un dépôt de quelque nature que ce soit¹³⁷, puisque sa date pourra difficilement être remise en cause¹³⁸. Aussi, et assez logiquement, le demandeur établira souvent l'antériorité de sa création en excipant du dépôt qu'il aura effectué¹³⁹. Il arrivera également que le défendeur produise des antériorités tirées directement d'un dépôt auprès d'une instance officielle¹⁴⁰. Le juge pourra encore charger un expert de procéder à une recherche d'antériorités, par exemple auprès d'une société de gestion¹⁴¹. S'agissant spécialement des antériorités produites au moyen d'Internet, nous verrons toutefois que la preuve de leur date se pose de manière délicate (voy. *infra*).

¹³⁵ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.* (note 134), p. 109, n° 27.

¹³⁶ Pour des exemples en jurisprudence, voy. *supra*, notes 74 et 75.

¹³⁷ Qu'il s'agisse d'un dépôt auprès d'une société de gestion collective, d'un enregistrement par une instance officielle chargée de l'enregistrement de marques ou de modèles, d'un recommandé postal d'une copie de l'œuvre envoyé par l'auteur à lui-même, d'un acte notarié, d'un i-Dépôt... Nous verrons *infra* que la jurisprudence française semble admettre également le dépôt réalisé auprès de la société d'horodatage Fidealis.

¹³⁸ Voy., pour un exemple tout à fait exceptionnel où il a pu être établi que le certificat d'enregistrement d'un modèle en Chine ne datait pas de 1995, mais bien de 2005 (et était, dès lors, postérieur), Comm. Anvers (cess.), 25 septembre 2012, *I.R.D.I.*, 2013, p. 213 : « [...] Als argument van voorbenkendheid legt Alterego een document waaruit zou blijken dat het inbreukmakende model, bij de producentgekend onder de naam A386, reeds sinds 1995 werd geproduceerd in China door de heer Ziagen HU (die de auteursrechten op de model zou claimen). Er wordt een *certificaat voorgelegd van een modelregistratie in het Chinees octrooiregister* onder het nummer ZL 1995 3 0049787.2. *Eisende partijen tonen voldoende naar recht aan:*

– *combinatie van het model ZL 1995 3 0049787.2 niet bestond in 1995 aangezien een 13 cijferscombinatie pas werd ingevoerd in 2004 [...]»*

¹³⁹ Voy., par exemple, récemment Bruxelles, 26 juin 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 507, *I.R.D.I.*, 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS (enregistrement d'un modèle communautaire à l'OHMI); Civ. Bruxelles (cess.), 18 décembre 2012, *A.M.*, 2013, p. 112 (dépôt à l'OBPI, la SADC et la SABAM).

¹⁴⁰ Voy., par exemple, récemment, Bruxelles, 21 novembre 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 385 (brevets anglais et français); Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285, *I.R.D.I.*, 2007, p. 26 (brevet américain).

¹⁴¹ Voy., par exemple, Bruxelles, 15 juillet 2004, *A.M.*, 2005, p. 237 (le premier juge avait chargé un expert d'effectuer une recherche d'antériorités auprès de la SABAM). Voy., également, Civ. Bruxelles, 11 décembre 1998, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 478 (le juge avait notamment chargé l'expert de se prononcer sur l'originalité de la chanson du demandeur « [...] en tenant compte, par exemple, d'éventuelles antériorités ou de l'existence d'un motif primitif [...] »).

Si le demandeur ne parvient pas à réfuter les antériorités, il devra démontrer le caractère indépendant de sa création. Pour le demandeur, il sera bien souvent impossible de prouver qu'il n'a pas copié l'antériorité parce qu'il n'en avait pas ou n'aurait pas pu raisonnablement en avoir connaissance¹⁴². On en veut d'ailleurs pour preuve le fait que le moyen de défense tiré de la création indépendante n'est pour ainsi dire jamais reçu (voy. *supra*). Et, ainsi que nous le verrons *infra*, la chose se présente avec une acuité toute particulière à l'heure d'Internet. C'est pourquoi il est important d'insister sur le fait que, dans le second temps du schéma de la preuve, le défendeur ne devra pas seulement produire des antériorités présentant des similarités suffisantes avec l'œuvre du demandeur, mais également avancer des éléments suggérant que celles-ci devaient ou pouvaient raisonnablement être connues du demandeur¹⁴³. Mais à nouveau, dès lors que le schéma de la preuve n'est pas linéaire, le demandeur devra se garder de demeurer attentiste et fournira d'emblée tous les éléments dont il dispose afin de rendre « vraisemblable »¹⁴⁴ le fait qu'il n'avait pas ou n'aurait pas pu avoir raisonnablement connaissance des antériorités produites. On se demandera toutefois comment créer pareille vraisemblance. F. De Visscher et B. Michaux estiment que le prétendu copieur pourrait rapporter la preuve de sa création indépendante par « ses brouillons, esquisses ou manuscrits antérieurs »¹⁴⁵. Tout au plus trouve-t-on dans la jurisprudence un exemple en ce sens, dont la pertinence est toutefois sujette à caution¹⁴⁶. En réalité, l'examen de la jurisprudence révèle que la preuve joue exactement en sens inverse, à savoir que le défaut pour le prétendu copieur de produire ce type d'éléments renforce la présomption de reproduction¹⁴⁷. Pour le reste, elle ne fournit aucun élément de réponse.

¹⁴² A. STROWEL, « La contrefaçon en droit d'auteur : condition et preuve ou pas de contrefaçon sans "plagiat" », *note sous Anvers*, 2 mai 2006, Bruxelles, 15 octobre 2004, Bruxelles, 11 mars 2005, A.M., 2006, p. 270.

¹⁴³ À nouveau, si on envisage les choses dans l'autre sens et que l'on considère qu'il incombe au défendeur de prouver non pas le *fait positif* de la connaissance, mais le *fait négatif* de l'ignorance, on pourrait encore une fois se prévaloir de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la preuve des faits négatifs, qui prévoit que le juge ne peut dispenser une partie de la preuve d'un fait négatif en imposant à la partie adverse la preuve du *fait positif contraire* (voy. *supra*, note 134). Et l'on irait de Charybde en Scylla, puisqu'en l'occurrence, le *fait positif contraire* serait, en réalité, un *fait négatif* (à savoir prouver l'ignorance par le demandeur des antériorités).

¹⁴⁴ S'agissant à nouveau d'un fait négatif (voy. *supra*, note 134).

¹⁴⁵ Au stade de la contrefaçon, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit. (note 14), p. 77, n° 91.

¹⁴⁶ Comm. Gand (cess.), 28 mars 2014, A.M., 2014, p. 387 : « Daar waar eiseres weinig informatie geeft over de manier waarop haar logo to stand kwam [...] geeft eiseres een omstandige uiteenzetting om te staven dat haar logo op een volkomen *onafhankelijke manier gecreëerd* werd en hoe de keuze van deze vormgeving werd gerechtvaardigd. [...] Verweerder legt stukken neer ter staving van het door haar gevolgd proces om te komen tot een nieuw logo. » Sur le caractère peu pertinent de cette décision, voy. *supra*, note 92.

¹⁴⁷ Voy. Bruxelles, 22 décembre 2011, Ing.-Cons., 2012, p. 887, J.L.M.B., 2012, p. 1001 : « M. affirme que Tradart Institut a copié les seize photographies litigieuses en procédant à une capture d'écran du site Internet de Million sur lequel elles étaient publiées. Tradart Institut le conteste, mais ne *produit pas le matériel informatique ou les maquettes qu'elle aurait utilisés pour réaliser son ouvrage*, alors qu'elle se doit de collaborer à la charge de la preuve. Comment dès lors ne pas conclure que cette *abstention demeurée inexplicable* – sauf à prétendre de manière peu crédible que ce matériel se trouverait dans des gardes-meubles – *constitue une première présomption qu'elle n'a pas utilisé ses propres clichés* » ; Bruxelles, 18 décembre 2008, A.M., 2010, p. 22, Ing.-Cons., 2009, p. 707 : « Cette conclusion n'est pas éternée par l'affirmation de ces derniers, en ce qui concerne "G.I.T.M.", qu'il s'est agi pour eux d'une création absolument indépendante ainsi qu'il ressort du compte rendu de l'enregistrement qui constitue la pièce 9 de leur dossier. En effet, si ce compte rendu donne notamment des indications de temps, de rythme, de balance, de mixage, il *ne reproduit en aucun de ses feuillets, les thèmes développés ni, à supposer même que la création ait été initiée (sic) en studio lors des enregistrements, l'évolution de celle-ci pour étayer leur thèse* » ; Bruxelles, 4 septembre 2007, A.M., 2007, p. 471, note A. STROWEL, I.R.D.I., 2008, p. 99, note A. HALLEMANS : « Kelly zelf stelt dat het werk werd gecomponeerd in juni 1995, maar verstrekt geen enkel

Section 2

Droit de l'Union européenne

§ 1. La distinction théorique et pratique entre originalité et nouveauté

Le silence de la Cour de justice. – La plupart des considérations exposées en droit belge ont été exprimées avant que la Cour de justice ne se saisisse de la question de l'originalité dans son arrêt *Infopaq*. Aussi, leur pertinence doit, le cas échéant, être réévaluée au regard de la jurisprudence européenne.

La Cour ne s'est aucunement prononcée (explicitement à tout le moins) sur le rôle éventuel joué par la nouveauté dans le cadre de l'originalité telle qu'elle l'entend, sous réserve du principe suivant lequel l'originalité pourra résulter « du choix, de la disposition et de la combinaison » d'éléments¹⁴⁸. Et ses commentateurs sont peu prolifiques sur la question¹⁴⁹. On notera en particulier que, dans sa thèse consacrée à l'harmonisation par la Cour de justice de la condition d'originalité, E. Rosati limite son analyse de la question à une simple référence à une décision anglaise qui voit dans les termes « création intellectuelle », un renvoi à l'origine de l'œuvre, et non à la nouveauté¹⁵⁰. De manière significative également, on relèvera encore que les auteurs d'une récente étude sur les critères tels que la valeur esthétique, la qualité ou la destination de l'œuvre – dont on a rappelé en introduction qu'ils étaient exclus par le droit d'auteur européen¹⁵¹ –, n'ont aucunement envisagé celui de la nouveauté, si ce n'est de manière tout à fait incidente¹⁵². Il est vrai que la nouveauté n'est pas mentionnée parmi ces critères exclus. Aussi, quelle place occupe-t-elle dans la jurisprudence européenne ?

gegeven over de wordingsgeschiedenis. Er kan moeilijk worden aangenomen dat de partituur zoals ze werd geregistreerd vlekkeloos gaaf, met alle harmonische en ritmische gegevens en in één trek werd geschreven. *Normaal moet hij dus over "werkdokumenten" beschikken, het weze in geschriften of digitale bestanden*. Ondanks het feit dat hij reeds enkele maanden na de mededeling aan het publiek kennis had van het verwijt inzake namaak, heeft hij geen enkele poging ondernomen om dit verwijt met enig temporeel relevant bewijsstuk te ontzenuwen.»

¹⁴⁸ C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, § 45.

¹⁴⁹ Pour un exposé des différentes lectures faites par la doctrine de la jurisprudence de la Cour, voy. M. VAN EECCHOUD, « Along the road to uniformity – Diverse readings of the Court of Justice judgments on copyright work », *JIPITEC*, 2012/1, p. 60. Pour ce qui regarde la question de la nouveauté, on y trouve tout au plus une référence (critique ; p. 70, nos 75-76) à la lecture faite par la doctrine belge qui distingue entre une conception objective (suivant laquelle l'œuvre originale doit simplement émaner de l'auteur et, donc, ne pas avoir été copiée) et subjective (suivant laquelle l'œuvre originale est celle qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur). Pour un autre exposé de la réception de la jurisprudence de la Cour dans les différents ordres juridiques nationaux (sans plus de référence à la question de la nouveauté), voy. F. W. GROSHEIDE, « Werk in uitvoering », *A.M.*, 2012, p. 280.

¹⁵⁰ E. ROSATI, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013, p. 114. L'auteur se réfère ainsi à la lecture de l'arrêt *Infopaq* faite par le Chancellor de la High Court devant la Court of Appeal of England and Wales dans l'affaire *The Newspaper Licensing Agency Ltd. and Others v. Meltwater Holding BV and Others* [2011] EWCA Civ 890, § 20 : « Although the Court refers to an 'intellectual creation' it does so in the context of paragraph 35 which clearly relates such creation to the question of origin not novelty or merit. Accordingly, I do not understand the decision of the European Court of Justice in *Infopaq* to have qualified the long standing test established by the authorities referred to in paragraph 19 above [à savoir University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601; *Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (Football) Ltd*. [1964] 1 WLR 273, suivant lesquels "The word 'original' does not connote novelty but that it originated with the author"]. »

¹⁵¹ Voy. *supra*, note 3.

¹⁵² S. VAN GOMPEL et E. LAVIK, « Qualité, mérite, esthétique et destination : examen de l'exclusion par le droit d'auteur de l'UE d'autres critères que l'originalité », *op. cit.* (note 3), p. 100, spéc. p. 216, pour les quelques considérations relatives à la nouveauté (sans lien toutefois avec la jurisprudence de la Cour de justice).

Dans ses commentaires dédiés à la jurisprudence de la Cour, B. Michaux avait justement – et avant que toute la clarté soit faite sur ce point par la Cour elle-même, spécialement dans ses arrêts *Painer* et *Football Dataco* – considéré que l'originalité européenne devait s'entendre de manière subjective et non objective (cette seconde conception confinant l'originalité à la seule absence de copie)¹⁵³, rejoignant ainsi l'interprétation généralement retenue par la doctrine belge avant *Infopaq*¹⁵⁴. En outre, et de manière plus intéressante encore, il a estimé que « [...] si l'arrêt *Infopaq* ne fait nulle part mention de la nouveauté, il n'interdit pas l'usage de cet indice pour vérifier l'existence d'une création (propre à son auteur) »¹⁵⁵.

Indice : *Football Association Premier League*. – Rien ne s'oppose, en effet, dans la jurisprudence de la Cour de justice à ce qu'il soit procédé de la sorte dans la pratique. Cela étant, il convient à nouveau de préciser. Dès lors que, suivant la Cour, l'originalité résultera des « choix libres et créatifs »¹⁵⁶ de l'auteur, il nous paraît s'ensuivre logiquement que la démonstration de la nouveauté ne suffira pas¹⁵⁷. Même s'il semble porter principalement sur la notion d'œuvre, on pourrait d'ailleurs lire l'arrêt *Football Association Premier League* en ce sens. En effet, après avoir énoncé que « [...] les rencontres sportives ne sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres au sens de la directive sur le droit d'auteur [...] » au motif qu'elles sont « [...] encadré[e]s par des règles de jeu, qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur » (§ 98), la Cour ajoute que « [c]ela étant, les rencontres sportives, en tant que telles, revêtent un caractère unique et, dans cette mesure, original [...] » (§ 100) (italiques ajoutés). En quelque sorte, cela revient à dire que, malgré sa nouveauté (dès lors qu'elle est unique), une rencontre sportive ne satisfait pas au critère de l'originalité au sens du droit d'auteur, car aucun choix libre et/ou créatif n'est réalisé. De la nouveauté ne se déduisent donc pas les choix déterminant l'originalité.

§ 2. La théorie de la création indépendante

Le silence des textes. – *A priori*, la définition de l'originalité comme la « création intellectuelle propre à son auteur » nous paraît plaider en faveur d'une réponse positive, car ce qui est « propre à son auteur » est ce qu'il a créé sans copier autrui¹⁵⁸.

Cela dit, sous réserve de l'exception de décompilation en matière de programmes d'ordinateur¹⁵⁹, on ne trouve pas, dans les différentes directives en matière de droit

¹⁵³ B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », A.M., 2009, pp. 481-482; B. MICHAUX, « La notion d'originalité en droit d'auteur : une harmonisation communautaire en marche accélérée », R.D.C., 2012, pp. 599-600.

¹⁵⁴ Cette lecture de la notion « création intellectuelle propre à son auteur » était déjà défendue par d'autres avant l'intervention de la Cour de justice, voy., notamment, à propos de la définition retenue dans la directive sur la protection des programmes d'ordinateur, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, op. cit. (note 29), pp. 469-470, n° 364.

¹⁵⁵ B. MICHAUX, « Le juge national et l'originalité en droit d'auteur après l'arrêt *Infopaq* », op. cit. (note 102), p. 89.

¹⁵⁶ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, § 89; C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo! UK e.a.*, C-604/10, § 38.

¹⁵⁷ En cela nous rejoignons la critique de Corbet et Deene, *supra*, note 35.

¹⁵⁸ Ce qui rejoint la lecture qu'en font certains juges anglais, voy. *supra*, note 150.

¹⁵⁹ Article 6 de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (aujourd'hui directive 2009/24/CE). Cette disposition autorise, dans les conditions qu'elle prévoit, la reproduction ou la traduction du code lorsqu'elle est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur « créé de façon indépendante » avec d'autres programmes d'ordinateur. Le paragraphe 2,

d'auteur, de référence à la création indépendante. Elle est également largement absente des travaux préparatoires. S'agissant du droit d'auteur en général, tout au plus peut-on relever un document de travail de la Commission de 2004 qui envisage largement l'originalité comme la « créativité *indépendante* d'un auteur telle qu'elle se reflète dans sa création littéraire ou artistique »¹⁶⁰ (italiques ajoutés). Ledit document considère toutefois que la définition de l'originalité ne fait pas partie de l'acquis communautaire. De manière plus intéressante, on relève que la proposition de directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur multiplie, pour sa part, les occurrences au phénomène de la création indépendante¹⁶¹.

Indice : SAS Institute. – La Cour de justice ne s'est pas explicitement prononcée sur la question. Il nous paraît toutefois possible d'extrapoler au départ de son arrêt *SAS Institute*. En bref, la société World Programming avait créé un programme proposant les mêmes fonctionnalités que celui de la société SAS Institute. Selon la juridiction de renvoi, il n'était « [...] pas établi que [World Programming] ait, pour ce faire, eu accès au code source des composants SAS, qu'elle ait copié une partie quelconque du texte de ce code ou encore qu'elle ait copié une partie quelconque de la conception structurelle dudit code » (§ 25). Les cinq premières questions posées à la Cour de justice portaient essentiellement sur l'existence d'une contrefaçon dans pareilles circonstances, mais la Cour a, pour sa part, estimé qu'elles portaient, en substance, sur la définition des éléments constituant une forme d'expression d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 1^{er}, § 2, de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (aujourd'hui directive 2009/24/CE) et qui peuvent, à ce titre, être protégées par le droit d'auteur (§ 29). Interprétant ladite disposition, elle a estimé que les fonctionnalités d'un programme d'ordinateur (notamment) ne constituent pas une forme d'expression de ce programme et ne sont donc pas protégeables (§ 39). À cette occasion, et c'est ce qui intéresse notre propos, elle s'est référée au point 3.7 de l'exposé des motifs de la proposition initiale de la directive précitée, lequel indiquait que « [...] la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur a pour avantage principal de couvrir uniquement l'expression individuelle de l'œuvre et de laisser ainsi la latitude voulue à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même identiques, pourvu qu'ils s'abstiennent de copier » (§ 41) (italiques ajoutés).

littéra c, précise que cette disposition ne peut justifier que les informations obtenues en vertu de son application « soient utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un programme d'ordinateur dont l'expression est fondamentalement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».

¹⁶⁰ Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, 19 July 2004, SEC(2004) 995, p. 13 : « Originality corresponds to the independent creativity of the author as reflected in his or her literary or artistic creation. »

¹⁶¹ Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E., C 91/4 du 12 avril 1989, p. 4. Voy. le point 2.6 : « [...] Abstraction faite de toute idée de copie, un programmeur pourrait même, en théorie, produire tout un programme très similaire à des programmes existants, lorsque les tâches à accomplir sont identiques et que le degré de complexité des opérations est très faible » ; point 3.6 : « [...] La protection par le droit d'auteur ne confère pas un monopole qui empêche la création indépendante. Le droit d'auteur ne protège que l'expression, et non l'idée qui est à la base de l'œuvre. Il n'entrave donc pas le progrès technique ni ne prive le créateur indépendant d'un programme d'ordinateur du bénéfice de son travail et de son investissement » ; point 3.7 : « [...] Cette forme de protection de la propriété intellectuelle [i.e. le droit d'auteur] a cependant pour avantage principal de couvrir uniquement l'expression individuelle de l'œuvre et de laisser ainsi la latitude voulue à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même identiques, pourvu qu'ils s'abstiennent de copier [...] ». Voy., par ailleurs, la formule initiale de la définition de l'objet de la protection proposée à l'article 1^{er} : « [...] Le seul critère à retenir pour accorder le bénéfice de la protection est celui de l'originalité, c'est-à-dire qu'il faut que l'œuvre n'ait pas été copiée [...] ».

En faisant sienne cette formule tout à fait générale, la Cour nous paraît embrasser la théorie de la création indépendante. Il est d'ailleurs intéressant de voir que, bien que la juridiction de renvoi ait adressé ses questions à la Cour en les formulant en termes de « conditions de la contrefaçon », la Cour les ait reçues et y ait répondu en termes de « conditions de la protection ». Le doute subsiste toutefois quant à une possible interprétation extensive de cet attendu, dès lors que c'est au visa de l'article 1^{er}, § 2, de la directive relatif aux éléments constitutifs d'une « forme d'expression d'un programme d'ordinateur » plutôt qu'à celui de l'article 1^{er}, § 3, fixant la condition d'originalité que la Cour s'est prononcée. Aussi ne peut-on avec assurance transposer l'enseignement à d'autres types d'œuvres sous le prétexte de l'unicité du critère de l'originalité en droit européen.

Indice : le dessin ou modèle communautaire non enregistré. – Si la réponse à la question ne peut être trouvée avec certitude dans la législation européenne relative au droit d'auteur, on peut se demander si elle ne peut être déduite de la législation en matière de dessins et modèles. Ainsi, on relèvera que le règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires¹⁶², qui met sur pied une forme de protection particulière pour les dessins et modèles communautaires non enregistrés, prévoit que celle-ci ne permet pas à leurs titulaires de s'opposer à l'utilisation d'un dessin ou modèle qui résulte non pas d'une copie, mais d'un « [...] travail de création indépendant réalisé par un créateur dont on peut raisonnablement penser qu'il ne connaissait pas le dessin ou modèle divulgué par le titulaire » (art. 19, § 2). Or il semble résulter du considérant 21 dudit règlement que c'est l'absence d'enregistrement qui constitue la *ratio legis* de cette disposition¹⁶³. Dans la mesure où le droit d'auteur se caractérise pareillement par l'absence d'enregistrement¹⁶⁴, il nous semble que la même solution doit être retenue en cette matière, en vertu du principe de l'interprétation cohérente du droit de l'Union européenne¹⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, au-delà de la question de la place théorique de la création indépendante dans le droit d'auteur européen, c'est essentiellement sur le terrain pratique qu'elle revêt un enjeu, dès lors que son sort est entièrement lié à celui de l'administration de la preuve.

§ 3. La place de la nouveauté dans l'administration de la preuve de l'originalité

La preuve en droit européen de la propriété intellectuelle. – Le schéma de la preuve exposé dans la section précédente est tout entier tracé à l'encre belge et doit encore passer l'épreuve du droit européen.

¹⁶² J.O.C.E., L 3/1 du 5 janvier 2002.

¹⁶³ Considérant 21 : « La nature exclusive du droit conféré par le dessin ou modèle communautaire enregistré correspond à la volonté de lui donner une sécurité juridique plus grande. En revanche, le dessin ou modèle communautaire non enregistré ne devrait conférer que le droit d'empêcher la copie. La protection ne peut donc s'étendre à des produits auxquels sont appliqués les dessins ou modèles qui sont le résultat d'un dessin ou modèle conçu de manière indépendante par un deuxième créateur [...] ».

¹⁶⁴ Voy. l'article 5, § 2, de la Convention de Berne.

¹⁶⁵ Dans sa contribution au présent ouvrage, le ~~vice-président~~ de la Cour de justice, Koen Lenaerts, souligne la nécessité pour la Cour d'interpréter de façon cohérente les différentes directives en matière de droit d'auteur, voy. K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Limal, Anthemis, 2015, pp. XX-XX. Il nous paraît qu'il doit en aller également ainsi plus largement, au niveau de la propriété intellectuelle envisagée dans son ensemble.

A priori, dès lors qu'aucune des dispositions de la directive 2001/29/CE ne régit la matière de l'administration de la preuve en droit d'auteur, il devrait s'en déduire qu'elle est tout entière régie par le droit national. Toutefois, la Cour de justice a considéré, dans un arrêt *Class International* rendu en matière de marques, que, si la charge de la preuve de l'atteinte au droit relevait du droit national des États membres, il pourrait en résulter pour les titulaires de marques une protection variable en fonction de la loi concernée, ce qui ne permettrait pas d'atteindre l'objectif d'une « même protection dans la législation de tous les États membres »¹⁶⁶. Elle a récemment réitéré cette position dans un arrêt *Gautzsch Großhandel* rendu en matière de dessin et modèle non enregistré¹⁶⁷. L'interprétation téléologique opérée par la Cour, eu égard à l'objectif d'harmonisation¹⁶⁸ (ou d'uniformisation¹⁶⁹) poursuivi par ces réglementations, nous paraît pouvoir être transposée dans le cadre de la directive 2001/29/CE dès lors qu'elle vise pareillement à l'harmonisation des règles en matière de droit d'auteur¹⁷⁰. Ceci nous paraît d'autant plus probable que la Cour, grâce au mécanisme de l'« interprétation autonome et uniforme », contribue fortement à l'harmonisation de la matière, et ce, au-delà même de ce que le législateur européen avait envisagé (singulièrement sur la question de l'originalité¹⁷¹). Et si la preuve de l'atteinte au droit d'auteur devait relever du droit européen, alors il devrait en aller de même de la preuve des conditions de sa protection, en raison du lien conceptuel qui les unit¹⁷².

Indice : la preuve d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré. – Si, effectivement, la matière de la preuve en droit d'auteur relève du droit de l'Union, *quid* de la conformité à celui-ci du schéma de la preuve dégagé en droit belge ? Les dispositions du règlement (CE) n° 6/2002 relatives aux dessins et modèles communautaires non enregistrés et leur interprétation par la Cour de justice nous paraissent fournir des éléments de réponse qui vont tous dans le sens d'une conformité de la pratique belge au droit européen.

S'agissant du premier temps du schéma, on relèvera que l'article 85, § 2, de règlement (CE) n° 6/2002 consacre une présomption de validité du dessin ou modèle communautaire non enregistré, à charge pour son titulaire de prouver que les conditions

¹⁶⁶ C.J.C.E., 18 octobre 2005, *Class International c. Colgate-Palmolive e.a.*, C-405/03, § 73.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 13 février 2014, *Gautzsch Großhandel c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna*, C-479/12, § 40 : « [...] si la question de la charge d'établir que l'utilisation contestée résulte d'une copie du dessin ou modèle protégé relevait du droit national des États membres, il pourrait en résulter, pour les titulaires de dessins ou modèles communautaires, une protection variable en fonction de la loi concernée, en sorte que l'objectif d'une protection uniforme et produisant les mêmes effets sur l'ensemble du territoire de l'Union, qui ressort notamment du considérant 1 du règlement 6/2002, ne serait pas atteint ».

¹⁶⁸ S'agissant de la directive 89/104/CEE (aujourd'hui 2008/95/CE) rapprochant les législations des États membres sur les marques.

¹⁶⁹ S'agissant des règlements (CE) n° 40/94 (aujourd'hui 207/2009) sur la marque communautaire et n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires.

¹⁷⁰ Voy. les considérants 1, 3 et 6 de la directive 2001/29/CE. Voy., également, C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, §§ 30-34.

¹⁷¹ C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, § 27. Voy. également, pour d'autres exemples de notions ayant fait l'objet par la Cour d'une interprétation autonome et uniforme dans le cadre de la directive 2001/29/CE : C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, § 15 (à propos de la notion de parodie) ; C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, § 33 (à propos de la notion de compensation équitable) ; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles*, C-306/05, § 31 (à propos de la notion de communication au public).

¹⁷² Sur ce lien, voy. J. CABAY, « "Qui veut gagner son procès ?" – L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *op. cit.* (note 63), p. 27, n° 17.

prévues à l'article 11 sont remplies¹⁷³ et d'«indique[r] en quoi son dessin ou modèle communautaire présente un caractère individuel». Dans son arrêt *Karen Millen Fashions*, la Cour de justice a interprété cette dernière partie de la disposition en ce sens que le titulaire ne doit pas prouver le caractère individuel, mais uniquement «[...] identifier le ou les éléments du dessin ou modèle concerné qui, selon ce titulaire, lui confèrent ce caractère»¹⁷⁴. Cette interprétation est fondée – au-delà du caractère dépourvu d'ambiguïté du règlement sur ce point (§ 46) – sur le fait qu'il n'y a pas de formalité d'enregistrement pour ce type de création de sorte qu'il peut être plus difficile d'identifier son objet précis que pour le cas de créations faisant l'objet d'un enregistrement (§§ 43 et 46). La *ratio legis* nous paraît pouvoir être transposée à la matière du droit d'auteur, de sorte que l'auteur ne devrait pas prouver ses choix libres et créatifs, mais simplement les identifier. Le droit belge serait sur ce point conforme au droit européen.

Le deuxième temps du schéma qui offre au défendeur la possibilité de contredire l'originalité paraît également en adéquation avec le droit européen. Toujours au regard du droit des dessins et modèles communautaires non enregistrés, l'article 85, § 2, du règlement (CE) n° 6/2002 prévoit expressément la possibilité pour le défendeur d'en contester la validité présumée. À nouveau, pour la Cour de justice, cette disposition trouve son sens dans le fait que le demandeur n'est pas, dans un premier temps, chargé de prouver, mais simplement d'identifier le caractère individuel de son dessin ou modèle¹⁷⁵. *Mutatis mutandis*, le même raisonnement peut être tenu en droit d'auteur.

Le défendeur contestera évidemment la validité d'un dessin ou modèle non enregistré en produisant des antériorités dès lors que la nouveauté est une des conditions de protection¹⁷⁶. En cette matière, la nouveauté n'est toutefois pas appréciée de manière absolue, mais de manière relative, en fonction de la «connaissance raisonnable des milieux spécialisés du secteur concerné, opérant dans la Communauté»¹⁷⁷. Aussi, le défendeur qui produit une antériorité pourra-t-il bénéficier d'une présomption de reproduction par le demandeur?

Au stade de l'appréciation de la nouveauté et du caractère individuel du dessin ou modèle (enregistré ou non), tel serait le mécanisme mis en œuvre par l'article 7 du règlement (CE) n° 6/2002, qui définit la divulgation par rapport à laquelle s'apprécient les deux conditions de protection. Dans une affaire *Senz Technologies* toute récente¹⁷⁸, le Tribunal a, en effet, énoncé qu'«[u]n dessin ou modèle est [...] réputé avoir été divulgué une fois que la partie qui fait valoir la divulgation a prouvé les faits constitutifs de cette divulgation» (§ 26) et fait donc partie de l'état de la technique. Il appartient alors à la partie adverse de «réfuter cette présomption» en démontrant que les milieux spécialisés ne pouvaient raisonnablement avoir connaissance de ces faits. À notre avis, ladite «présomption de divulgation» correspond, en réalité, à une «présomption de

¹⁷³ Relatives à la divulgation au public pour la première fois au sein de la Communauté. Cette divulgation constitue le point de départ du délai de protection (trois ans). On comprend aisément que, puisque le calcul de la durée de protection du droit d'auteur est fonction de la date du décès de son auteur, la nécessité de prouver la date de la création ne présente pas la même importance.

¹⁷⁴ C.J.U.E., 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions c. Dunnes Stores*, C-345/13, § 47.

¹⁷⁵ *Ibid.*, § 44.

¹⁷⁶ Article 5 du règlement (CE) n° 6/2002.

¹⁷⁷ Voy. *supra*, note 125.

¹⁷⁸ Trib. UE, 21 mai 2015, *Senz Technologies c. OHMI*, aff. jtes T-22/13 et T-23/13, §§ 26-27.

connaissance par les milieux spécialisés» et, *in fine*, constitue une «présomption de reproduction dans le chef du créateur du modèle».

Par ailleurs, de manière peut-être plus pertinente encore¹⁷⁹, on trouve une autre réponse à notre question dans l'arrêt *Gautzsch Großhandel* précité de la Cour de justice à propos de la contrefaçon. Pour rappel, le dessin ou modèle communautaire non enregistré – tout comme le droit d'auteur – ne protège son titulaire que contre la copie et ne lui permet pas de s'opposer à l'utilisation résultant d'une création indépendante (art. 19, § 2, du règlement (CE) n° 6/2002, voy. *supra*). Aussi, la Cour a-t-elle estimé que, malgré le fait que la disposition précitée «[...] ne contien[ne] pas expressément de règles relatives à l'administration de la preuve» (§ 39), «[...] il y a lieu de considérer que, lorsque le titulaire du dessin ou modèle protégé se prévaut du droit énoncé au premier alinéa de cette disposition, la charge d'établir que l'utilisation contestée résulte d'une copie de ce dessin ou modèle pèse sur ce titulaire, tandis que, dans le cadre du second alinéa de la même disposition, il incombe à la partie adverse d'établir que l'utilisation contestée résulte d'un travail de création indépendant» (§ 41). Dans les circonstances de l'espèce, la juridiction de renvoi avait constaté l'existence de «concordances fondamentales» entre les deux modèles et demandait donc à la Cour s'il y avait dans ce cas un renversement ou un allègement de la charge de la preuve (§ 38). La Cour lui a répondu que, si le juge «[...] constate que le fait de faire supporter au titulaire du dessin ou modèle protégé la charge de la preuve requise est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration de celle-ci, il est tenu, pour assurer le respect du principe d'effectivité, d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national pour pallier cette difficulté. Il peut ainsi, le cas échéant, appliquer les règles de droit interne prévoyant des aménagements ou des allègements de la charge de la preuve» (§ 43). Et, dans ses conclusions sous l'arrêt, l'avocat général Wathelet donne précisément l'exemple de la présomption¹⁸⁰.

Il en résulte que la copie d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré peut être prouvée par présomption. On ne voit pas ce qui empêcherait de conclure pareillement sur pied du droit de reproduction au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE. Et on ne voit pas plus ce qui empêcherait de tenir le même raisonnement au regard de la condition d'originalité, ainsi que nous l'avons fait en droit belge. Aussi, il nous paraît que le mécanisme de la présomption de reproduction n'a rien d'incompatible avec le droit européen, même s'il n'est pas directement consacré dans la jurisprudence de la Cour de justice.

S'agissant, enfin, du troisième temps du schéma, il ressort de l'arrêt *Gautzsch Großhandel* précité qu'au stade de la contrefaçon, le défendeur pourra encore établir le caractère indépendant de sa création (§ 41). *A priori*, on ne voit pas ce qui empêcherait de transposer le raisonnement en droit d'auteur, au stade de la condition d'originalité, de sorte qu'ici aussi, le droit belge pourrait être jugé conforme au droit européen.

¹⁷⁹ La situation est quelque peu différente en ce sens que, si la question de la création indépendante est appréhendée au niveau des conditions de protection du point de vue des «milieux spécialisés», elle est appréhendée au niveau de la contrefaçon du point de vue du créateur second, considéré cette fois individuellement (voy. l'article 19, § 2).

¹⁸⁰ Concl. présentées le 5 septembre 2013, § 77.

Chapitre III

La nouveauté, un indice d'originalité mis à l'épreuve par Internet

Section 1

L'impact d'Internet en général

L'impact d'Internet. – L'avènement de la société de l'information et l'essor des nouvelles technologies ont bouleversé notre rapport au monde et au temps. Les frontières territoriales se sont évanouies et l'instantané s'est imposé comme nouvelle unité de mesure. À toute heure et en tout lieu, chacun dispose aujourd'hui d'un accès immédiat à l'information, de quelque nature qu'elle soit, tout autant qu'il peut lui-même s'exprimer *urbi et orbi*.

L'essor d'Internet à la fin du siècle dernier a souvent été vu comme un défi pour le droit d'auteur, appelant la mise sur pied de solutions adaptées à la lutte contre le téléchargement illégal, à la circulation des œuvres sur les réseaux (exception pour les reproductions temporaires sur l'infrastructure du réseau), à la communication au public par la mise à disposition à la demande des usagers, à la responsabilité des intermédiaires techniques, etc. Législateur, doctrine et jurisprudence ont essentiellement tenté de répondre aux questions de mise en œuvre et d'étendue des prérogatives du droit d'auteur. Mais qui ne voit pas qu'Internet entraîne un bouleversement qui ne touche pas seulement à ces questions en aval, mais bien plus encore à celle en amont de la définition de son objet et de la détermination de la contrefaçon ?

La société de l'information nous invite ainsi à revisiter les rapports complexes entre originalité et nouveauté. Un gigantesque registre de la création mondiale s'étant aujourd'hui ouvert, que tous peuvent consulter et alimenter, la protection « du seul fait de la création », sans formalités, peut s'avérer plus contestable et moins certaine.

Quatre aspects peuvent être distingués.

Premièrement, en offrant à chacun la possibilité de s'exprimer et d'atteindre tout le monde, Internet emporte une augmentation considérable du nombre d'antériorités qui pourront potentiellement être produites dans le cadre d'un litige. Ainsi, les plaideurs auront désormais pour premier réflexe d'effectuer une recherche d'antériorités sur Internet, comme cela se pratique dans d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle, et de contester l'originalité de la création sur cette base¹⁸¹.

Deuxièmement, et indépendamment de l'augmentation du nombre d'antériorités, le fonctionnement des moteurs de recherche accélère et simplifie la recherche des antériorités¹⁸². En conséquence, le défendeur pourra souvent produire un nombre impor-

¹⁸¹ Voy., par exemple, Anvers, 25 juin 2007, A.M., 2007, p. 461 : « [...] De appellanten betwisten dat de naam "De Sterrenplukkers" de originaliteittoets doorstaat om auteursrechtelijk beschermd te worden. Een *opzoeking op internet* zou leren dat "de Sterrenplukkers" tevens de naam is van een cursus bij de Volksterrenwacht, van een radioprogramma op Radio 2, van een school, van een vankantiebeurs, van een titel voor een toneelopvoering, van een deel van een titel voor een kinderboek, van een organisatie die een droomdag voor zieke kinderen organiseert en van een domeinnaam van een Amerikaanse firma of privé-persoon [...] »

¹⁸² Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a très distinctement souligné cet aspect en matière de vie privée, voy. C.J.U.E., 13 mai 2014, *Google Spain c. AEPD et Mario Costeja González*, C-131/12, §§ 36 et 80 : « 36. [...] il est constant que cette activité des moteurs de recherche joue un rôle décisif dans la diffusion globale

tant d'antériorités aux fins de contester l'originalité de l'œuvre du demandeur. Il convient d'ailleurs de relever que la recherche peut être autre que textuelle, les technologies de « Query by Singing/Humming »¹⁸³ et de « Content-based Image Retrieval »¹⁸⁴ permettant respectivement de retrouver des musiques et des images dans une base de données en introduisant dans le moteur de recherche une requête consistant en un fredonnement ou en une image¹⁸⁵.

Troisièmement, sauf le recours à des mesures de restriction ou de géolocalisation qui en limiteraient l'accès, l'information sur Internet est disponible partout et pour tous¹⁸⁶.

desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées. [...] 80. À cet égard, il importe d'emblée de relever que [...] un traitement de données à caractère personnel, tel que celui en cause au principal, réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi d'établir un profil plus ou moins détaillé de celle-ci. En outre, l'effet de l'ingérence dans lesdits droits de la personne concernée se trouve démultiplié en raison du rôle important que jouent Internet et les moteurs de recherche dans la société moderne, lesquels confèrent aux informations contenues dans une telle liste de résultats un caractère ubiquitaire.»

¹⁸³ Voy., pour un récent état de l'art, V. KHARAT, K. THAKARE et K. SADAFALÉ, « A survey on Query by Singing/Humming », *International Journal of Computer Applications*, vol. 111, n° 4, février 2015, p. 39.

¹⁸⁴ Voy., pour un état de l'art, R. DATTA, D. JOSHI, J. LI et J. Z. WANG, « Image retrieval: ideas, influences, and trends of the new age », *ACM Computing Surveys*, vol. 40, n° 2, article 5, avril 2008.

¹⁸⁵ Google Images, par exemple, offre cette possibilité de recherche à travers son service Search by Images, voy., pour plus d'informations, <https://www.google.com/intl/fr/search/about/insidesearch/features/images/search-byimage.html> (dernière consultation : 14 mai 2015).

¹⁸⁶ La jurisprudence de la Cour de justice en matière de communication au public, spécialement la définition du « public nouveau », va dans ce sens, voy. C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson c. Retriever Sverige*, C-466/12, §§ 25-26 : « 25. [...] la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable, telle celle au principal, ne conduit pas à communiquer les œuvres en question à un public nouveau. 26. En effet, le public ciblé par la communication était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement ». Voy. également C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater International c. Mebes et Potsch*, C-348/13, §§ 16 et 18. Dans le même ordre d'idées, la Cour a souligné à de multiples reprises, en matière de vie privée, le caractère ubiquitaire de l'information sur Internet. Elle l'a récemment rappelé dans l'affaire *Google Spain* (voy. l'attendu reproduit *supra*, note 182), mais l'avait déjà énoncé plus tôt, voy. C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, C-101/01, § 58 : « Les informations qui se trouvent sur Internet peuvent être consultées par un nombre indéfini de personnes résidant dans des lieux multiples et presque à tout moment. Le caractère ubiquitaire de ces informations résulte notamment du fait que les moyens techniques utilisés dans le cadre d'Internet sont relativement simples et de moins en moins coûteux. »

On en trouve d'autres expressions récentes dans sa jurisprudence en matière de droit international privé, voy. C.J.U.E., 25 octobre 2011, *eDate Advertising c. X*, aff. jtes C-509/09 et C-161/10, § 45 ; C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Football Dataco e.a. c. Sportradar*, C-173/11, § 35 : « [...] la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle. »

Et si l'information sur Internet est disponible partout et pour tous, c'est à nouveau largement grâce aux moteurs de recherche. La Cour l'a souligné dans *Google Spain* en matière de vie privée (voy. l'attendu reproduit *supra*, note 182), mais également en matière de base de données, voy. C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Innoweb c. Wegener*, C-202/12, §§ 50-51 : « 50. [...] la mise en ligne sur Internet d'un métamoteur de recherche dédié tel que celui en cause au principal par son exploitant destiné à ce que les utilisateurs finaux y introduisent des requêtes de recherche afin que celles-ci soient traduites dans le moteur de recherche d'une base de données protégée

Aussi, en théorie, le demandeur aura toujours eu la possibilité de prendre connaissance des antériorités produites.

Quatrièmement, les informations disponibles sur Internet ne présentent aucune garantie d'authenticité, de fiabilité ou d'immutabilité, de sorte que leur intégrité est sujette à caution¹⁸⁷. Ceci pose évidemment la question de la validité de la production d'antériorités issues d'Internet.

C'est en gardant à l'esprit ces quatre aspects que nous allons revisiter les rapports entre originalité et nouveauté dans la société de l'information, en nous concentrant sur les deux éléments qui nous paraissent les plus importants en pratique, à savoir la détermination du caractère effectivement antérieur d'une antériorité et la question de la possibilité raisonnable pour le demandeur d'en avoir eu connaissance. La jurisprudence belge étant muette sur l'impact de l'Internet sur ces deux questions, l'on aura égard à la jurisprudence étrangère en matière de droit d'auteur, mais aussi à celle concernant d'autres droits intellectuels.

Section 2

L'impact d'Internet sur la condition d'originalité en droit d'auteur

§ 1. Antériorité

Antériorités produites au moyen d'Internet: distinctions. – Ainsi que nous l'avons vu, le premier moyen pour le demandeur de repousser les antériorités produites est de démontrer qu'elles constituent en réalité des postériorités ou, simplement, qu'en l'absence de date certaine, il n'est pas établi qu'il s'agit d'antériorités.

La problématique de la date d'une antériorité produite au moyen d'Internet suppose de distinguer entre deux situations, à savoir le cas où l'antériorité consiste en l'information dont il est fait état sur une page Internet et le cas où l'antériorité consiste en la page Internet elle-même.

Dans le premier cas, la date à laquelle la page Internet aura été enregistrée (et consultée par celui qui la produit) sera sans importance, pour autant que l'existence de l'antériorité qu'elle relate puisse être établie par d'autres moyens.

On peut illustrer ce cas de figure par une affaire dans laquelle les appelants avaient contesté l'originalité du nom de l'album de Bob et Bobette *De Sterrenplukkers* en montrant, au moyen de recherches réalisées sur Internet, que le même nom était employé

constitue une "mise à disposition" du contenu de cette base de données au sens de l'article 7, paragraphe 2, sous b), de la directive 96/9. 51. Cette mise à disposition s'adresse au "public", étant donné qu'un tel métamoteur de recherche dédié peut être utilisé par n'importe quelle personne et vise donc un nombre indéterminé de personnes, indépendamment du fait de savoir combien de personnes utilisent effectivement ledit métamoteur. »

¹⁸⁷ Par exemple, le Tribunal de l'Union européenne l'exprime très clairement en matière de marques à travers une jurisprudence constante, par laquelle il refuse de prendre en considération les informations issues de Wikipédia, voy. Trib. UE, 16 octobre 2014, *Novartis c. OHMI*, T-444/12, § 47: « [...] un extrait de Wikipédia constitue une information incertaine, dès lors qu'il est tiré d'une encyclopédie collective établie sur Internet, dont le contenu est modifiable à tout moment et, dans certains cas, par tout visiteur, même anonyme ». Voy. également Trib. UE, 9 avril 2014, *Ferring c. OHMI*, T-502/12, § 50; Trib. UE, 9 avril 2014, *Ferring c. OHMI*, T-501/12, § 48; Trib. UE, 10 mai 2012, *Pedro Germán Amador López c. OHMI*, T-325/11, § 26; Trib. UE, 16 novembre 2011, *Dorma c. OHMI*, T-500/10, § 55; Trib. UE, 10 février 2010, *O2 (Germany) c. OHMI*, T-344/07, § 46.

pour une série de créations diverses. La Cour d'appel d'Anvers avait très justement repoussé les « antériorités » en rappelant que l'originalité doit s'apprécier au moment de la création de l'œuvre et qu'il n'était pas établi que les diverses créations trouvées sur Internet étaient antérieures à la création de l'album *De Sterreplukkers* par son auteur, au contraire¹⁸⁸.

On trouve une autre illustration de ce cas de figure dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles concernant un sac à main pour lequel était revendiquée la protection du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur. Dans cette affaire, la Cour a repoussé les antériorités tirées d'Internet, dès lors qu'il n'était pas établi que celles-ci étaient antérieures à la date à laquelle la création du demandeur était avérée¹⁸⁹.

En réalité, dans ce cas de figure, Internet n'est ni plus ni moins qu'un outil permettant la découverte d'antériorités. Si la jurisprudence belge est rare sur cette question, la situation ne présente toutefois aucune difficulté particulière.

Dans le second cas, auquel doit être assimilé le cas de l'antériorité trouvée sur Internet et dont l'existence ne peut être établie par d'autres moyens, la chose est, par contre, beaucoup plus délicate. Il faut, en effet, établir qu'une page Internet existait à une date antérieure à celle de la création du demandeur.

Toute la problématique réside dans le caractère fluctuant de l'information sur Internet et la difficile traçabilité de ses évolutions¹⁹⁰. Or la recherche d'antériorités effectuées sur Internet par le défendeur pour contester l'originalité de l'œuvre du demandeur est nécessairement postérieure à la création de cette dernière. Et rien ne permet de garantir que l'information aujourd'hui disponible sur Internet l'était également à une date antérieure à la création du demandeur.

Il existe toutefois deux grandes possibilités d'établir *a posteriori* la date de publication d'une information sur Internet : l'horodatage électronique et l'archivage électronique.

La date d'une antériorité produite au moyen d'Internet : l'horodatage électronique. – L'horodatage électronique consiste en des « données sous forme électronique qui associent d'autres données sous forme électronique à un instant particulier et établissent la preuve que ces dernières données existaient à cet instant »¹⁹¹. De nombreux sites Internet procèdent à un horodatage électronique de leurs contenus.

Le droit belge ne régleme pas la valeur probante de l'horodatage électronique¹⁹² et l'on ne trouve pas de jurisprudence en la matière de manière générale, *a fortiori* en droit d'auteur.

¹⁸⁸ Anvers, 25 juin 2007, A.M., 2007, p. 461 : « De appellanten tonen niet aan dat de door hen aangehaalde naam "De Sterrenplukkers" op het internet aan de creatie van het album De Sterrenplukkers uit het jaar 1952 is voorafgegaan. De dichtbundel van de auteur, een Israëliisch poëet, Amir Gilboa getiteld Sterren plukken waarnaar de appellanten eveneens verwijzen, werd pas in 1953 uitgegeven en is ten vroegste in 1956 in het Nederlands gepubliceerd. »

¹⁸⁹ Bruxelles, 8 mai 2012, I.R.D.I., 2012, p. 359 : « Appellanten verwijzen naar het internet, dat verschillende handtassen beschikbaar stelt voor het publiek. Appellante toont echter niet aan dat dat deze terbeschikkingstelling aan 11 juli 2006 voorafgaat. Het nieuwheidschadelijke karakter van de internet pagina's waarnaar appellanten verwijzen staat zodoende niet vast. »

¹⁹⁰ T. VAN CANNEYT et C. VERDURE, « La validité des constats d'huissier relatifs à des sites internet », R.D.T.I., 2009, p. 48.

¹⁹¹ Nous reprenons ici la définition de l'article 3, point 33, du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O.U.E., L 257/73 du 28 août 2014.

¹⁹² On relèvera qu'une loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance (M.B., 17 juillet 2007, p. 38587) comprend des dispositions spécifiques relatives aux prestataires de

Le droit français ne réglemente pas plus l'horodatage de manière générale¹⁹³. Pour ce qui nous intéresse, on relèvera toutefois que s'est développée en France une jurisprudence favorable à la preuve de la date d'une création par la production d'un « reçu d'horodatage » réalisé par la société Fidealis¹⁹⁴, un « service de preuve numérique dédié à la protection de la propriété intellectuelle ». Ce type de reçu est le plus souvent produit par son titulaire aux fins de bénéficier de la présomption de titularité des droits d'auteur. Ainsi, dans deux arrêts datés de 2008, la Cour d'appel de Paris a estimé respectivement que les constatations figurant dans un « reçu d'horodatage » font foi jusqu'à preuve du contraire (mais non jusqu'à inscription de faux)¹⁹⁵ et qu'« [...] il est en soi indifférent que l'horodatage critiqué ait été organisé par une société privée et qu'il convient seulement de contrôler s'il confère date certaine au modèle ; que tel est le cas en l'espèce eu égard à la technique utilisée, dont rien ne permet de suspecter qu'elle ait été entachée de fraude »¹⁹⁶. Depuis lors, elle a plusieurs fois admis que soit produit en justice ce type de reçu, soulignant que, s'il n'est pas créateur de droit, il permet de donner date certaine à une création¹⁹⁷.

Cela étant, sauf le cas où l'antériorité opposée par le défendeur serait précisément l'une de ses propres créations de sorte qu'il serait en possession de ce reçu d'horodatage, il sera bien souvent difficile pour le défendeur de produire pareille pièce. Pour le reste, la question de la force probante de l'horodatage réalisé par d'autres sites (blogs, forums de discussion, pages wiki...) reste entière.

La date d'une antériorité produite au moyen d'Internet : l'archivage électronique. – Pour ce qui nous intéresse, l'archivage électronique pertinent est principalement celui opéré par Internet Archive, une organisation à but non lucratif située en Californie qui procède à l'archivage du Web et qui permet à tout internaute, à travers son service *The Wayback Machine*, de consulter les versions archivées de pages Web à travers le temps¹⁹⁸.

services d'horodatage électronique. Toutefois, la force probante d'un horodatage électronique établi par ce type de prestataire n'a pas été réglementée par la loi. L'article 16, 2°, de la loi prévoyait que le Roi pouvait « déterminer la valeur juridique reconnue aux données numérisées, archivées de manière électronique, horodatées de manière électronique, ainsi que les conditions d'octroi de cette valeur », mais aucun arrêté n'a toutefois été pris en vertu de cette disposition. L'horodatage électronique a cependant fait l'objet d'une récente réglementation dans le cadre du commerce électronique, le règlement cité à la note précédente fixant ses effets juridiques, en particulier sa force probante, en distinguant entre l'horodatage électronique et l'horodatage électronique qualifié (voy. les articles 41 et 42). Cette réglementation (qui sera applicable à partir du 1^{er} juillet 2016) nous paraît toutefois dépourvue de pertinence s'agissant de la question qui nous occupe.

¹⁹³ Voy., cependant, le décret n° 2011-434 du 20 avril 2011 relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion d'un contrat, *J.O.R.F.*, n° 94, 21 avril 2011, p. 7093 ; arrêté du 20 avril 2011 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services d'horodatage électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation, *J.O.R.F.*, n° 94, 21 avril 2011, p. 7094.

¹⁹⁴ Voy. son site Internet : <https://www.fidealis.com/fr/home.html> (dernière consultation : 11 mai 2015).

¹⁹⁵ Paris, 22 février 2008, n° 06/20458, disponible sur www.dalloz.fr.

¹⁹⁶ Paris, 18 avril 2008, n° 06/20549, disponible sur www.dalloz.fr.

¹⁹⁷ Voy., notamment, Paris, 9 mai 2014, n° 13/16155, disponible sur www.dalloz.fr : « [...] qu'elle produit également un reçu d'horodatage Fidealis daté du 21 septembre 2011 qui, s'il n'est pas créateur de droit, permet de donner date certaine » ; Paris, 29 janvier 2014, n° 1430, disponible sur www.dalloz.fr : « [...] Considérant qu'à supposer que ce modèle soit pertinent au regard de la date certaine de création résultant d'un reçu d'horodatage [...] » ; Paris, 25 octobre 2013, n° 13/03194, disponible sur www.dalloz.fr : « [...] que, par ailleurs, cette dernière ne peut tirer du dépôt Fidealis dont elle se prévaut d'autres effets que l'identification de l'œuvre objet du dépôt et la preuve d'une date certaine dès lors que ce reçu d'horodatage n'est pas créateur de droit ». Voy. également Versailles, 4 juillet 2013, n° 11/09092, disponible sur www.dalloz.fr ; Paris, 8 février 2013, n° 12/02923, disponible sur www.dalloz.fr.

¹⁹⁸ <https://archive.org> (dernière consultation : 13 mai 2015).

De manière générale, la force probante de documents archivés (en ce compris leur date) n'est pas réglementée en Belgique¹⁹⁹ et la jurisprudence belge est peu fournie sur la question. Tout au plus peut-on trouver une décision du Tribunal de commerce de Gand en matière de brevets qui a fait siennes les conclusions des chambres de l'Office européen des brevets (OEB) requérant que la preuve d'une divulgation Internet soit établie au-delà de tout doute raisonnable (sur cette jurisprudence, voy. *infra*). Aussi, à propos d'informations issues d'Internet Archive, le juge a-t-il requis que celles-ci soient confirmées par une déclaration de l'archiviste²⁰⁰.

À l'inverse de la jurisprudence belge, la jurisprudence française est plus fournie sur la question du recours aux sites d'archivage à des fins probatoires. On constate toutefois qu'elle est loin d'être fixée sur ce point.

Dans une première affaire datée de 2006, la Cour d'appel de Paris avait admis qu'un constat d'huissier opéré en 2005 au moyen du site d'Internet Archive puisse établir l'état d'un site Internet en juin 2001, dont les exploitants avaient été condamnés pour des agissements contrefaisants et parasitaires²⁰¹. Quelques années plus tard, cette même cour est revenue sur cette jurisprudence en repoussant dans une affaire de contrefaçon de marque le constat dressé par un huissier, relatant les résultats de ses recherches sur le site d'Internet Archive. La cour a ainsi estimé que l'indication de dates sur les impressions d'écran des pages archivées « n'établi[ssai]t pas avec certitude qu'à chacune de ces dates, s'affichait, dans la configuration imprimée, la page écran correspondant ». Pour la cour, « [...] le constat [...] effectué à partir d'un site d'archivage exploité par un tiers à la procédure, qui est une personne privée sans autorité légale, dont les conditions de fonctionnement sont ignorées [...] » est dépourvu de toute force probante²⁰². Par le même attendu, le Tribunal de grande instance de Paris a pareillement et ultérieurement dénié toute force probante à un constat d'huissier consistant à nouveau en des captures d'écran du site d'Internet Archive, cette fois dans une affaire de contrefaçon de droit d'auteur²⁰³. Tout récemment, la Cour d'appel de Paris s'est toutefois montrée plus conciliante à l'égard d'Internet Archive. Dans le cadre d'une affaire de concurrence déloyale, elle a, en effet, procédé à la comparaison de l'état actuel d'une page Internet avec l'état de cette même page à une date située dans le passé, afin d'en tirer certaines conclusions quant au caractère déloyal du comportement du défendeur²⁰⁴.

¹⁹⁹ À nouveau, la loi du 15 mai 2007 précitée (voy. *supra*, note 192) comprend des dispositions spécifiques relatives aux prestataires de services d'archivage électronique, mais aucun arrêté royal n'est intervenu pour définir la force probante des documents ainsi archivés. En tout état de cause, cette loi ne trouve pas à s'appliquer à Internet Archive dès lors qu'elle ne régit que les activités des prestataires de services de confiance établis en Belgique (art. 3).

²⁰⁰ Voy. Comm. Gand, 20 janvier 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 61. Le juge gantois fait ici application, en s'y référant expressément, de la décision de la Chambre de recours OEB, 16 janvier 2007, *Konami Corporation*, T 1134/06.

²⁰¹ Paris, 27 avril 2006, *D.*, 2006, p. 2240, note C. MANARA : « [...] Considérant que, le 27 juin 2005, Éric Albou, huissier de justice, s'est rendu à l'aide de son ordinateur portable sur le site www.archive.org afin de remonter aux informations contenues dans le site Firstview appartenant à Viewfinder en juin et juillet 2001 et a constaté [...] ; qu'il est établi ainsi qu'au mois de juin 2001, il était possible de consulter les modèles des collections de la société Louis Feraud sur le site <http://www.firstview.com>. »

²⁰² Paris, 2 juillet 2010, n° 09/12757, disponible sur www.dalloz.fr.

²⁰³ Trib. gr. inst. Paris, 27 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011, p. 99, note T. VAN CANNEYT et C. VERDURE.

²⁰⁴ Paris, 19 mars 2014, n° 12/18656, disponible sur www.dalloz.fr : « Considérant que si – ainsi que cela résulte notamment de la comparaison (grâce au site “<http://archive.org/web/web.php>” de la page actuelle du site “www.steelnovel.com” décrivant les sièges G33 et G64 avec la même page telle qu'elle existait à la date du 8 juillet 2008) – la SARL Steelnovel et M^{me} Marie Isabelle B. n'ont pas modifié les textes descriptifs des meubles

Outre ces quelques décisions portant sur le caractère éventuellement contrefaisant ou parasitaire de certains agissements, on relèvera encore deux décisions de la Cour d'appel de Lyon qui touchent spécialement à la question de la date d'une antériorité. Ainsi, dans une décision rendue en matière de brevets en 2009, elle a refusé d'établir le contenu et la date d'une divulgation au moyen d'Internet Archive, estimant que la fiabilité des informations n'était pas certaine²⁰⁵. Dans une autre affaire toute récente, l'appelant poursuivait la nullité de la marque «Val Thorens» de l'intimé, au motif que l'appelant avait antérieurement (en 1998) enregistré le nom de domaine valthorens.net. La cour a toutefois repoussé cette antériorité, l'intimé ayant établi au moyen du site Internet Archive qu'il exploitait lui-même le site valthorens.com dès avril 1997²⁰⁶. La chose est d'autant plus intéressante pour notre propos qu'en l'espèce, la cour avait considéré l'expression «Val Thorens» utilisée en tant que titre d'œuvres, brochures et sites Internet comme une œuvre protégeable. En somme, donc, le recours à Internet Archive a permis, en l'espèce, d'établir l'existence d'une œuvre à une date déterminée dans le passé.

La date d'une antériorité produite au moyen d'Internet : droit européen des brevets. – La problématique des antériorités produites au moyen d'Internet est abordée dans les *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, qui comportent une section consacrée aux «Divulgations Internet»^{207, 208}. Il y est énoncé qu'«[e]n principe, les divulgations Internet sont comprises dans l'état de la technique»²⁰⁹. Mais il est directement souligné que se pose le problème de la date de la publication, dès lors que, «[d]e par la nature de l'Internet, il peut être difficile d'établir la date effective à laquelle des informations ont été rendues publiques»²¹⁰. Les *Directives* prévoient toutefois que la date indiquée est réputée correcte à défaut d'indication contraire, la possibilité de manipuler la date d'une divulgation Internet étant théoriquement

présentés sur leur site Internet, dont M. Jean Baptiste M. est l'auteur, celui-ci était, quant à lui, en droit de réutiliser ces textes sur le site "www.artdesign mobilier.com" de la SARL Artdesign.»

²⁰⁵ Lyon, 25 juin 2009, n° 08/05132, disponible sur www.dalloz.fr: «Attendu que comme l'a retenu le tribunal, la date d'édition du catalogue n'est pas suffisamment établie par la copie des pages internet produites en l'absence de toute certitude sur la manière dont elle a été pratiquée; Attendu qu'il en est de même en ce qui concerne les archives du site internet de la société DIXIE EMS SUPPLIES; que si l'huissier a détaillé de façon très précise les opérations qu'il a réalisées pour parvenir à obtenir les pages du site de cette société archivées sous l'adresse www.archive.org, et notamment celles s'affichant sur son site en août et septembre 2000, la fiabilité des informations données n'est pas certaine; qu'un brevet étant un titre présumé valable, le doute sur l'existence d'une antériorité doit profiter au breveté, que l'antériorité doit donc être certaine, dans la consistance de ce qu'elle divulgue et dans sa date.»

²⁰⁶ Lyon, 28 mai 2014, n° 13/01422, disponible sur www.dalloz.fr: «[...] il ressort de la pièce n° 3 que produit l'Office que le site val thorens.com a été exploité par ses soins dès le mois d'avril 1997; et, si M. V. se réserve de contester l'exactitude des dates d'exploitation, qu'il considère comme étant antérieure[s] à celle indiquée sur le site archive.org, il ne produit en définitive aucun élément de nature à établir qu'il aurait, quant à lui, déposé ou exploité ce nom de domaine val thorens.org avant la date ainsi indiquée sur ce site pour celui de l'Office. En conséquence, la marque Val Thorens ne se heurte à aucune antériorité, ni moins encore, à aucune antériorité valable; la demande en nullité formée par M. V. n'est pas fondée».

²⁰⁷ *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, novembre 2014, Partie G – Chapitre IV-12–18, point 7.5, disponible sur le site de l'OEB: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/56911A5DDF284B55C1257D81005FA359/\\$FILE/guidelines_for_examination_2014_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/56911A5DDF284B55C1257D81005FA359/$FILE/guidelines_for_examination_2014_fr.pdf) (dernière consultation: 6 mai 2015).

²⁰⁸ Voy. également, dans le cadre du Traité de coopération en matière de brevets (PCT), les *PCT International Search and Preliminary Examination Guidelines*, 11 juillet 2014, disponibles sur le site de l'OMPI: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/texts/pdf/ispe.pdf>. Voy. spéc. pp. 104-106, §§ 11.13-11.20.

²⁰⁹ *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, novembre 2014, Partie G – Chapitre IV-12.

²¹⁰ *Ibid.*, Partie G – Chapitre IV-13.

possible, mais peu probable²¹¹. En particulier, les *Directives* soulignent que l'horodatage fournit des dates de publication fiables²¹².

Dans le cas où une divulgation pertinente pour l'examen ne comporte pas de date ou qu'il a été démontré par le demandeur que la date donnée n'est pas fiable, l'examineur pourra utiliser d'autres informations pour établir ou confirmer la date de publication : les informations relatives à une page Internet provenant d'un service d'archivage (notamment Internet Archive) ; les informations d'horodatage relatives à l'historique des modifications d'un fichier ou d'une page Internet (indiquées, par exemple, pour les pages wiki, comme sur Wikipedia) ; les informations d'horodatage électronique accessibles dans les répertoires de fichiers ou d'autres référentiels, ou automatiquement intégrées au contenu (comme pour les contributions à un forum ou les blogs) ; les dates d'indexation attribuées aux pages Internet par les moteurs de recherche (accessibles par exemple via le cache de Google) ; les informations relatives à la date de publication imbriquées dans la divulgation elle-même ; les informations relatives à la réplique de la divulgation sur plusieurs sites (sites miroirs) ou dans plusieurs versions. Si, par contre, aucune date ne peut être obtenue, alors la divulgation ne peut être comprise dans l'état de la technique²¹³.

On trouve, par ailleurs, plusieurs décisions relatives aux divulgations sur Internet dans la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB, lesquelles intéressent particulièrement notre propos. Depuis une première décision de 2007²¹⁴, il est, en effet, clairement établi qu'une divulgation Internet peut être comprise dans l'état de la technique, par rapport auquel s'apprécie la nouveauté d'une invention²¹⁵.

Les chambres de recours se sont ainsi prononcées sur la question de la fiabilité de la publication d'une divulgation Internet (notamment de sa date). Il existe, toutefois, une divergence entre les chambres de recours.

Suivant certaines chambres, la publication d'une divulgation Internet, pour être comprise dans l'état de la technique, devra satisfaire à un standard de preuve strict, à savoir être prouvée « au-delà de tout doute raisonnable »^{216, 217}. Dans la première de ces affaires, après avoir indiqué de manière générale que la fiabilité de ce genre de divulgation était sujette à caution, la chambre de recours a tout de même admis que, dans certains cas, « s'agissant d'un site Internet appartenant à un éditeur de bonne réputation et de

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, Partie G – Chapitre IV-16.

²¹³ *Ibid.*, Partie G – Chapitre IV-16/17.

²¹⁴ Chambre de recours OEB, 16 janvier 2007, *Konami Corporation*, T 1134/06. Pour les décisions subséquentes, voy. *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., Office européen des brevets, septembre 2013, pp. 116-117, disponible sur le site de l'OEB : [http://documents.epo.org/projects/babylon/epo-net.nsf/0/4CCF968D57494023C1257C1C004F992C/\\$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2013_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/epo-net.nsf/0/4CCF968D57494023C1257C1C004F992C/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2013_fr.pdf) (dernière consultation : 7 mai 2015).

²¹⁵ Voy. l'article 54, §§ 1^{er} et 2, de la Convention sur le brevet européen de 1973 : « (1) Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. (2) L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen [...] ».

²¹⁶ Chambre de recours OEB, 16 janvier 2007, *Konami Corporation*, T 1134/06. Voy. également Chambre de recours OEB, 15 février 2012, *Proras*, T 19/05 ; Chambre de recours OEB, 8 janvier 2008, *Sapporo Breweries*, T 1875/06 ; Chambre de recours OEB, 27 septembre 2007, *The University of Utah Research Foundation e.a.*, T 1213/05.

²¹⁷ On relèvera qu'au moment où ont été prises les premières décisions, les directives de l'OEB étaient alors muettes sur la question. Il semblerait que les premières directives sur la question datent de 2009, voy. le communiqué de l'Office européen des brevets relatif aux citations Internet, *J.O. OEB*, 8-9/2009, p. 456.

confiance qui publie en ligne des versions correspondant à des publications papier, le contenu et la date peuvent être tenus pour acquis *a priori* sans nécessité de preuves supplémentaires». Cela étant, pour les divulgations issues de sites d'archivage Internet tels que Internet Archive, cette même chambre a estimé que des preuves supplémentaires seraient nécessaires, concernant l'historique de la divulgation et les éventuelles modifications intervenues depuis la date à laquelle elle était apparue à l'origine sur un site Internet²¹⁸.

D'autres chambres de recours ont considéré au contraire que, s'« [i]l est vrai que les publications Internet présentent une difficulté particulière par rapport aux publications conventionnelles, liée aux possibles modifications des documents dans le temps sans que la traçabilité des modifications soit aisément perceptible [...] le remède à cette difficulté ne passe pas par une dérogation au régime commun de l'administration de la preuve selon lequel l'existence d'une publication antérieure doit être établie en appréciant les probabilités en fonction des circonstances de chaque cas »²¹⁹. Et, récemment, l'une de ces chambres a indiqué ne pas partager la conclusion de la décision précitée suivant laquelle les archives Internet ne sont pas fiables. Au contraire, elle a estimé que « [...] normalement le fait qu'un document a été archivé par l'archive www.archive.org à une certaine date, sauf bien entendu circonstance particulière jetant une suspicion, constitue en soi une présomption suffisante que le document a été accessible au public au jour de téléchargement et, rendu accessible au public via l'archive internet elle-même peu après ». Elle a encore ajouté que, même si « [...] des doutes sur les entrées individuelles dans l'archive Internet [peuvent] surgir, [...] l'archive elle-même présente des garanties suffisantes pour bénéficier d'une présomption de source d'information fiable et de confiance, à charge pour la partie adverse de produire, en fonction de l'espèce, les éléments de nature à jeter un doute sur cette fiabilité présumée et par là même détruire cette présomption »²²⁰.

²¹⁸ Chambre de recours OEB, 16 janvier 2007, *Konami Corporation*, T 1134/06 : « 4.1 From the above discussion the Board draws the following conclusions: a disclosure on the Internet may be comprised within the state of the art as defined by Article 54(2) EPC. If an Internet disclosure is to be used as prior art a strict standard of proof should be adopted. Thus, the fact that an Internet disclosure is state of the art under Article 54(2) EPC should be proved "beyond any reasonable doubt". The particular facts and evidence required will depend on each individual case, but will normally have to meet the criteria established by the jurisprudence of the Boards of Appeal in respect of a prior use or a prior oral disclosure, i.e. answer the questions of when the Internet disclosure was made available to the public, what was made available and under which circumstances was it made available to the public. Concerning the latter question, it will in most cases be necessary to address the main concern of reliability surrounding the Internet, in particular so as to establish whether and in how far a retrieved disclosure is true to the disclosure appearing at that date.

4.2 In certain cases, where a web site belonging to a reputable or trusted publisher publishes online electronic versions of paper publications, content and date can be taken at face value, and the need for supporting evidence can be dispensed with. It can also be envisaged that if a web site operates under recognized regulations and standards, which allow date and content of information retrieved therefrom to be established with a high degree of certainty, further evidence may also not or no longer be required. Of course, it should be clear for both the examiner and the public whether an internet source is considered as "reputable" or "regulated". This again calls for clearly defined guidelines.

Where a disclosure has been retrieved from a resource such as the Internet Archive, further evidence concerning the history of the disclosure, whether and how it has been modified since the date it originally appeared on a web site will be necessary. This could be in the form of an authoritative statement from the archivist. Alternatively, an appropriate statement as to the content, either from the owner or author of the archived web site which included the disclosure may suffice. »

²¹⁹ Chambre de recours OEB, 21 mai 2014, *Bouygues Telecom*, T 286/10. Voy., également, Chambre de recours OEB, 3 juillet 2012, *Baxter*, T 990/09; Chambre de recours OEB, 17 novembre 2011, *Siemens*, T 2339/09.

²²⁰ Chambre de recours OEB, 21 mai 2014, *Bouygues Telecom*, T 286/10.

La date d'une antériorité produite au moyen d'Internet : droit des dessins et modèles communautaires. – À l'instar des directives de l'OEB, les *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OHMI sur les dessins ou modèles communautaires enregistrés* comportent une section consacrée aux « Divulgations provenant de l'internet », pour partie inspirée de celle de l'OEB en matière de brevets²²¹. S'agissant de l'examen de la nouveauté, il est à nouveau expressément énoncé qu'« [e]n principe, les divulgations provenant de l'internet font partie de la technique », et souligné ensuite que « [l]a nature d'internet peut rendre difficile l'établissement de la date réelle à laquelle les informations ont réellement été mises à la disposition du public ». Aussi, il est énoncé quatre cas dans lesquels la date de la divulgation sur Internet sera considérée comme fiable : le site Internet propose des informations horodatées sur l'historique des modifications apportées à un fichier ou à une page Internet ; des dates d'indexation sont attribuées à la page Internet par des moteurs de recherche ; une saisie d'écran d'une page Internet porte une date spécifique ; des informations concernant les mises à jour d'une page Internet sont disponibles auprès d'un service d'archivage Internet. Dans un arrêt tout récent sur lequel nous reviendrons ci-dessous, le Tribunal de l'Union européenne s'est prononcé sur la divulgation au public sur Internet, par rapport à laquelle s'apprécie la nouveauté. Dans les circonstances de l'espèce, il s'agissait toutefois d'un brevet américain, publié dans le registre disponible sur le site Internet du United States Patent and Trademark Office (USPTO), de sorte que la question de la date de l'antériorité ne s'est logiquement pas posée²²².

La date d'une antériorité produite au moyen d'Internet : perspectives en droit d'auteur. – Il ressort de l'examen des solutions actuellement retenues dans les différents droits de propriété intellectuelle²²³ que la question de la preuve de la date d'une antériorité sur Internet ne reçoit pas de réponse univoque. Les juridictions accordent une certaine confiance aux systèmes d'horodatage électronique et d'archivage électronique, mais la validité de ces modes de preuve ne peut être tenue pour certaine.

Si l'on transpose ces enseignements en droit d'auteur, il nous paraît que ces éléments de preuve pourraient être retenus par le juge, à sa discrétion et pour peu qu'il ait été en mesure de se convaincre de la fiabilité du système technique dont ils sont issus²²⁴. À tout le moins, ils pourraient valoir au titre de présomptions de l'homme et, lorsqu'ils émanent de « tiers de confiance » et répondent à certaines exigences élevées (qui restent à définir), éventuellement bénéficier d'une présomption d'exactitude²²⁵.

²²¹ *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) sur les dessins ou modèles communautaires enregistrés – Examen des demandes en nullité de dessins ou modèles*, 1^{er} février 2015, pp. 31-32, disponible sur le site de l'OHMI : https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/designs_practice_manual/WP/examination_of_design_invalid_applications_fr.pdf (dernière consultation : 6 mai 2015).

²²² Trib. UE, 21 mai 2015, *Senz Technologies c. OHMI*, aff. jtes T-22/13 et T-23/13.

²²³ La recherche en droit des marques dans la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne a produit une série de résultats qui imposeraient, pour pouvoir être exposés, d'importants développements qui dépassent le cadre limité de cette contribution.

²²⁴ Dans le même sens à propos des sites d'archivage, voy. T. VAN CANNEYT et C. VERDURE, « Constats d'huissier et sites Internet : le recours aux sites d'archivage est-il la solution miracle ? », note sous Trib. gr. inst. Paris, 27 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011, p. 112.

²²⁵ Comp. l'article 41, § 2, du règlement (UE) n° 910/2014 précité (*supra*, note 191) : « Un horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données auxquelles se rapportent cette date et cette heure. »

§ 2. Possibilité de connaissance

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet : position du problème. – Quand bien même le caractère effectivement antérieur d'une création divulguée sur Internet pourrait être établi à suffisance, ceci n'implique pas que l'antériorité pourra être opposable au demandeur dès lors que celui-ci pourrait encore ne pas en avoir eu connaissance.

Il a d'ailleurs très justement été relevé par la Cour d'appel de Bruxelles que les informations issues d'Internet Archive ne fournissent aucune indication s'agissant des visites d'un site par les internautes²²⁶. De manière très pertinente également, la Cour d'appel de Montpellier a relevé qu'il ne peut pas plus être établi au moyen d'Internet Archive qu'à la date d'archivage, on pouvait accéder au site archivé en employant tel ou tel mot-clé dans un moteur de recherche²²⁷.

Pour le reste, la question de la possibilité de connaissance d'une information disponible sur Internet n'a pas attiré l'attention des commentateurs en droit d'auteur²²⁸, et la jurisprudence en la matière est rarissime.

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet : jurisprudence en droit d'auteur belge et français. – En Belgique, on trouve tout au plus deux décisions pertinentes par rapport à cette question, rendues sur le terrain de la contrefaçon.

Dans une première affaire, le demandeur était un producteur de produits chocolatés qu'il commercialisait dans un conditionnement caractérisé par des lignes de couleurs en spirale (similaires aux lignes caractéristiques des sucres d'orge) alternant le blanc et une couleur pastel, avec un arrière-fond brun sur lequel figurent certaines indications. Un concurrent ayant entrepris la commercialisation de produits similaires dans un conditionnement similaire, le demandeur a agi à son encontre en contrefaçon de son modèle communautaire non enregistré et de son droit d'auteur sur ledit conditionne-

²²⁶ Bruxelles, 16 février 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 158: « Het internetgegeven dat door eiseres wordt aangereikt, met name archiefgegevens uit de "Wayback Machine" betreft niet een kwantitatief gegeven dat weergeeft hoe vaak de website "pagejaunes.nl" werd aangeklikt, maar wel hoeveel versies van een bepaalde site hebben bestaan. [...] Het Wayback-overzicht levert derhalve geen enkele indicatie omtrent het bezoek van een site door internetsurfers [...] ».

²²⁷ Montpellier, 3 mai 2012, n° 11/04238; disponible sur www.dalloz.fr: « Si le site Internet du GFA du Château de Saint Estève associé au nom de domaine "château saint esteve.com" a été créé en août 2000, soit antérieurement au dépôt de la marque, il n'est nullement établi que la simple sélection, sur un moteur de recherche, des mots "Altair" et "vin", aurait permis, en janvier 2003, à la société Vina Dassault San Pedro d'accéder audit site et de se convaincre de l'utilisation par le GFA du signe "ALTAIR" pour désigner un vin de Corbières commercialisé depuis 2000; l'appelante communique des extraits du site www.archive.org, dont il résulte que les premières versions archivées du site Internet du GFA du Château de Saint Estève, l'ont été à partir de février 2003; certes, il ne peut en être déduit que le site n'était pas accessible au public antérieurement, mais il ne peut, non plus, être affirmé qu'il aurait été accessible en activant, sur un moteur de recherche comme Google, les mots-clés indiqués plus haut; [...] ».

²²⁸ Aux États-Unis, on trouve deux articles consacrés à la question, voy. D. NIMMER, « Access Denied », *Utah L. Rev.*, n° 769, 2007; A. M. KNUCKEY, « YouTube – The next generation of infringing on creative works: what can be done to protect the screenwriters? », 7 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 224, 2009. On relèvera que l'auteur de ce second article propose de résoudre la question de la preuve de la connaissance de l'œuvre antérieure (dans le cadre d'une action en contrefaçon) disponible sur YouTube en prévoyant, d'une part, que Google enregistre tous les utilisateurs de YouTube, et, d'autre part, que soit conservé l'historique de toutes les consultations par ces utilisateurs des vidéos enregistrées sur la plate-forme. Il va sans dire que pareille solution est tellement attentatoire à la vie privée qu'elle ne peut être retenue, en tout cas en Europe.

ment. Ayant conclu au caractère original du conditionnement du demandeur et à l'existence de ressemblances frappantes, le tribunal a ensuite écarté toute possibilité de création indépendante de la part de ce dernier en ces termes :

« *Verveerster maakt niet aannemelijk dat zij het eerdere werk niet kende of er redelijkerwijs geen kennis van kon krijgen*, wel integendeel. Dit blijkt uit:

- de bekroning van de verpakking van eiseres met de internationale designprijs “Red dot Design award” in 2011 in de categorie “packaging design”
- het vertonen van de creatie aan het publiek eind januari 2011 naar aanleiding van de gespecialiseerde ISM vakbeurs in Keulen (Duitsland)
- *de fabrikant “bepacked”²²⁹ is fabrikant van enkele proefverpakkingen van eiseres en heeft deze verpakkingen op haar website geplaatst*²³⁰ (italiques ajoutés).

On le voit, dans cette affaire, le Tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi exclu l'éventualité que le défendeur ait pu ignorer la création du demandeur, notamment au motif que les premières esquisses étaient accessibles sur Internet.

On peut relever une seconde affaire dans laquelle le tribunal, après avoir estimé que les modèles de sac commercialisés par le défendeur constituaient la copie servile des modèles de sacs du demandeur (la société Balladin), s'est prononcé sur l'éventuelle mauvaise foi du défendeur aux fins de déterminer les mesures de réparation pour l'atteinte au droit d'auteur du demandeur. À cette occasion, le tribunal a estimé que les similitudes ne pouvaient résulter « [...] d'un hasard ou d'une malheureuse coïncidence, mais bien d'un comportement de mauvaise foi [...] » du défendeur, compte tenu, notamment, du fait que « [...] la recherche sur Google avec le *verbo* “balladin” renvoie en premier lieu au site de la société Balladin et non à autre chose [...] »²³¹. Ici, c'est donc le positionnement en bonne place dans le référencement Google qui aurait contribué à exclure toute possibilité pour le défendeur d'avoir fait œuvre indépendante.

Dans chacune de ces affaires, on peut comprendre que les circonstances aient permis de déduire la copie et que la présence de l'œuvre du demandeur sur Internet (*a fortiori* en position idéale dans le référencement opéré par les moteurs de recherche) ait conforté le juge dans cette opinion. Cela étant, il faut garder à l'esprit que ceci ne pourra suffire à inférer la connaissance de l'œuvre par celui à qui elle est opposée (en l'espèce, le défendeur en contrefaçon, pour notre propos, le demandeur en originalité) et que la position dans les résultats de recherche n'est jamais figée et peut même être influencée par les parties elles-mêmes²³².

La jurisprudence française, quant à elle, n'est pas plus fournie sur la question. Tout au plus trouve-t-on un arrêt de la Cour d'appel de Paris, également rendu en matière de

²²⁹ BePacked est un bureau flamand de conception spécialisé dans le design de conditionnement de produits, voy. leur site Internet : <http://www.bepacked.eu/nl/home-1.htm> (dernière consultation : 10 mai 2015).

²³⁰ Comm. Bruxelles (cess.), 15 mai 2013, *I.R.D.I.*, 2013, p. 186.

²³¹ Civ. Liège, 5 octobre 2007, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 58.

²³² On songe, par exemple, au service Google AdWords qui permet à tout opérateur économique, moyennant la sélection d'un ou de plusieurs mots-clés, de faire apparaître, en cas de concordance entre ce ou ces mots et celui ou ceux contenus dans la requête adressée par un internaute au moteur de recherche, un lien promotionnel vers son site. Une rémunération du service de référencement est due par l'annonceur pour chaque clic sur le lien promotionnel. Ce service a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la Cour de justice en matière de marques, voy. l'arrêt fondateur C.J.C.E., 23 mars 2010, *Google France c. Louis Vuitton Malletier*, aff. jtes C-236/08 à C-238/08.

contrefaçon. En l'espèce, l'auteur d'un roman autoédité estimait que les auteurs de la série télévisée « Plus belle la vie » avaient repris le thème, les personnages et les intrigues de son roman, ultérieurement à sa publication en ligne sur le site de l'Association des auteurs autoédités. Le romancier a alors agi à leur encontre en contrefaçon, convaincu qu'ils avaient pu avoir connaissance de son œuvre. Les juges parisiens ont estimé qu'il lui appartenait de prouver que les auteurs de la série télévisée avaient été mis à même d'avoir eu connaissance de son œuvre. En l'espèce, ils ont considéré que tel n'était pas le cas, dès lors (entre autres) qu'il ressortait des données statistiques relatives à la consultation en ligne de son roman que les premières consultations n'étaient intervenues que postérieurement à la création des épisodes de la série télévisée²³³. Cet arrêt a toutefois été cassé par la Cour de cassation suivant laquelle la Cour d'appel de Paris, en imposant au demandeur en contrefaçon de prouver que le défendeur avait pu accéder à l'œuvre, a inversé la charge de la preuve²³⁴. Cette censure de la Cour de cassation française est toutefois tempérée par la mise sur pied d'une présomption de reproduction²³⁵ qui rejoint celle de notre Cour de cassation (voy. *supra*). Si l'on peut parfaitement comprendre que la Cour de cassation française tente par cet arrêt d'infléchir un mouvement jurisprudentiel qui s'était développé parmi les juges du fond au stade de la contrefaçon et qui avait tendance à méconnaître les règles de répartition de la charge de la preuve²³⁶, nous pensons que l'enseignement ne peut être transposé *mutatis mutandis* au stade de l'originalité, de la même manière que nous l'avons vu ci-dessus à propos du droit belge. À ce stade, le défendeur qui entend contester l'originalité de la création du demandeur en produisant des antériorités nous paraît devoir rendre vraisemblable le fait que celui-ci ait pu raisonnablement en avoir connaissance.

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet : jurisprudence en *copyright* américain. – Si les jurisprudences belge et française ne fournissent actuellement que peu de réponses s'agissant de la question qui nous occupe, la jurisprudence américaine est, par contre, plus étoffée, bien que les différentes décisions soient à nouveau rendues en matière de contrefaçon. À l'inverse de la position de la Cour de cassation française que l'on vient d'évoquer, la Cour suprême des États-Unis exige du demandeur en contrefaçon qu'il établisse deux éléments : la titularité d'un *copyright* valide et la copie d'éléments originaux de son œuvre²³⁷. Afin d'établir le second élément, la jurisprudence exige généralement que le demandeur prouve l'accès

²³³ Paris, 6 juillet 2012, n° 11/14424, disponible sur www.dalloz.fr : « Considérant enfin que l'impression d'écran d'une page d'un site Internet mentionnant le nombre de consultations en ligne du roman litigieux depuis sa publication n'établit pas davantage que celui-ci ait été diffusé sur Internet avant la diffusion en 2009 et en 2010 des épisodes en cause de la série "Plus belle la vie" ; qu'en effet, bien au contraire, le graphique statistique du nombre total de consultations en ligne du roman depuis sa publication (473) ne commence qu'au mois de janvier 2011. »

²³⁴ Cass. fr. (1^{re} civ.), 2 octobre 2013, *R.I.D.A.*, 2014/239, p. 487.

²³⁵ *Ibid.* : « Attendu [...] que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur celle-ci, du seul fait de sa création et indépendamment de toute divulgation publique, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ; que la contrefaçon de cette œuvre résulte de sa seule reproduction et ne peut être écartée que lorsque celui qui la conteste démontre que les similitudes existant entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscences d'une source d'inspiration commune. »

²³⁶ Voy. commentaire de P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », *R.I.D.A.*, 2014/239, p. 451.

²³⁷ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 361 (1991) : « To establish infringement, two elements must be proven: (1) ownership of a valid copyright, and (2) copying of constituent elements of the work that are original. » Voy., de manière générale, M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender & Company, *F. mob.* (mise à jour en 2012), § 13.01.

(«Access») à son œuvre et les similarités substantielles («Substantial similarities») entre celle-ci et celle du défendeur²³⁸. L'accès peut être défini de manière générale comme la diffusion suffisante d'une œuvre de manière à créer une possibilité raisonnable pour le défendeur d'en avoir pris connaissance²³⁹. Aussi s'est posée la question de savoir si et dans quelle mesure la diffusion d'une œuvre sur Internet permet d'établir l'accès à celle-ci par le défendeur.

Jusqu'à présent, les juridictions américaines ont chaque fois refusé de déduire l'accès à une œuvre de la seule présence de celle-ci sur Internet, soulignant qu'une simple possibilité («bare possibility» ou «mere possibility») de prendre connaissance de l'œuvre n'était pas suffisante et que le demandeur devait prouver l'existence d'une possibilité raisonnable («reasonable possibility»).

Ainsi, dans une affaire *Chafir v. Carey*, la District Court du Southern District de New York a considéré que le fait que la chanson du demandeur soit disponible sur un site publiquement accessible ne suffisait pas à prouver l'accès, dès lors qu'il n'était pas établi que le défendeur avait effectivement consulté ce site²⁴⁰. Dans une affaire *O'Keefe v. Ogilvy & Mather Worldwide*, le même tribunal a pareillement jugé à propos d'une campagne publicitaire, prétendument copiée depuis le site Web du demandeur²⁴¹. Dans une affaire *Building Graphics c. Lennar Corp.*, la District Court du Western District de Caroline du Nord, approuvée par la Cour d'appel du 4^e Circuit, a entériné une décision similaire, ajoutant que «[...] the Court will not infer merely from the availability of a sizable body of information – in this case, the whole of the Internet – a reasonable probability of access to the specific, copyrighted work embedded within»²⁴². Ces décisions se contentent toutefois de refuser la possibilité de réduire l'accès à la seule présence d'une œuvre sur Internet, sans s'étaler sur la question.

Seule la Cour d'appel du 9^e Circuit a étayé quelque peu cette position de principe dans une affaire *Art Attacks Ink v. MGA Entertainment*, dans laquelle elle a pris en compte une série de caractéristiques particulières du site Internet du demandeur sur lequel se trouvait l'image prétendument copiée afin de repousser ses prétentions relatives à l'accès par le défendeur. La cour a ainsi relevé que le site en question avait été lancé au début d'Internet, qu'il fallait deux minutes entières pour charger le site en raison de la présence d'images, que l'image prétendument copiée était entourée d'autres images sur le site et qu'elle n'était visible qu'en faisant défiler la page vers le bas. Par ailleurs et surtout, la cour avait très justement relevé que le site Web ne comportait aucun «meta

²³⁸ Sur ces deux éléments, voy., de manière générale, M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, op. cit. (note 237), §§ 13.02-13.03.

²³⁹ D. NIMMER, «Access Denied», op. cit. (note 2228), pp. 771-772 : «“Access” is defined as sufficient dissemination of the work to create a reasonable possibility that the defendant experienced it [...] “access” is defined as the reasonable opportunity to see a work; it is not properly defined as proof that the defendant actually saw the work.»

²⁴⁰ *Chafir v. Carey*, No. 06-3016, 2007 WL 2702211 (S.D.N.Y. 2007) : «[...] the fact that Plaintiff's Song was available on a publicly accessible website does not prove access, because there is no evidence that Defendants actually visited the website on which Plaintiff's Song was posted».

²⁴¹ *O'Keefe v. Ogilvy & Mather Worldwide, Inc.*, 590 F.Supp.2d 500 (S.D.N.Y. 2008) : «As proof of access, a plaintiff may show that (1) the infringed work has been widely disseminated [...]. There is no dispute that O'Keefe's work was not “widely disseminated” within the meaning of the case law. Indeed, the mere fact that O'Keefe's work was posted on the internet prior to the creation of defendant's work is insufficient by itself to demonstrate wide dissemination.»

²⁴² *Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp.*, 866 F.Supp.2d 530, 541 (W.D.N.C. 2011), *aff'd* No. 11-2200 (4th Cir. 2013).

tags » qui lui aurait permis d'être identifié par les moteurs de recherche, de sorte que l'internaute qui aurait effectué une recherche avec les mots-clés pertinents ne serait probablement pas tombé sur le site en question²⁴³. À notre avis, cette dernière circonstance est particulièrement pertinente et effectivement de nature à repousser l'idée que le défendeur puisse raisonnablement avoir eu connaissance de l'œuvre du demandeur.

En tout état de cause, les juridictions américaines semblent particulièrement réticentes à admettre que l'accès puisse être déduit de la présence de l'œuvre sur Internet, même lorsque le défendeur est particulièrement susceptible d'avoir consulté le site en question. En témoigne la solution retenue dans l'affaire *Briggs v. Blomkamp*²⁴⁴. En l'espèce, le demandeur avait publié, en 2007, un scénario sur le site *triggerstreet.com*, dédié aux cinéastes et scénaristes et destiné à leur permettre d'entrer en contact avec des professionnels de l'industrie du cinéma, en leur permettant d'y poster des scénarios, des courts-métrages et des nouvelles, afin de recevoir des commentaires de la part de leurs pairs et de professionnels. Considérant que le film du défendeur, sorti en salle en 2013, contrefaisait son scénario, il a introduit une action en contrefaçon, convaincu de ce que le défendeur avait pris connaissance de son œuvre sur le site *triggerstreet.com*. Sa conviction – comme son argumentation – était fondée sur le fait que (1) ledit site était spécialement dédié aux cinéastes et scénaristes, (2) en 2007, le défendeur tournait exclusivement des courts-métrages et était basé à Los Angeles, tout comme Trigger Street, (3) le défendeur était particulièrement actif sur les médias sociaux et vivait par ailleurs dans la « capitale » du scénario, et (4) le demandeur était lui-même scénariste²⁴⁵. La District Court du Northern District de Californie a toutefois estimé que même dans le cas où ces éléments seraient avérés, il ne pourrait en être déduit tout au plus qu'une simple possibilité d'accès, insuffisante pour servir de soutien à l'action du demandeur²⁴⁶.

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet: jurisprudence des chambres de recours de l'OEB en matière de brevets. – Dans une décision qui présente un intérêt fondamental pour notre propos, une des chambres de recours de l'OEB a précisé en quoi un document enregistré sur Internet

²⁴³ *Art Attacks Ink, LLC v. MGA Entertainment Inc.*, 581 F.3d 1138 (9th Cir. 2009): « Art Attacks also contends that its website widely disseminated the Spoiled Brats designs. Although we recognize the power of the internet to reach a wide and diverse audience, the evidence here is not sufficient to demonstrate wide dissemination. Art Attacks launched its website in 1996, during the early years of common internet use. The image-heavy website took two full minutes to fully load. Even then, the Spoiled Brats design was only one of several images on the page. Viewers would not see the Spoiled Brats design without scrolling down on the page. Furthermore, the webpage did not include "meta tags" that would identify the Art Attacks site to internet search engines. As a result, a potential viewer who typed "Spoiled Brats" into a search field would likely not encounter the Art Attacks page. A website with such limitations could not have widely disseminated the copyrighted Spoiled Brats material. »

²⁴⁴ *Briggs v. Blomkamp*, No. C 13-4679, 2014 WL 4961396 (N.D. Cal. 2014).

²⁴⁵ « In plaintiff's view, Blomkamp, who is credited with writing "Elysium," is "most likely the infringer" because (a) *triggerstreet.com* is a website for short filmmakers and screenwriters; (b) in 2007 Blomkamp was exclusively a short filmmaker, who was based in Los Angeles (home of Trigger Street); (c) Blomkamp was "perhaps the most social media savvy short filmmaker in the world – and living in the screenwriting hub of the world"; and (d) plaintiff was a screenwriter. »

²⁴⁶ « Even assuming for the sake of argument that these factual assertions are judicially noticeable and/or supported by evidence, together they do no more than suggest a bare possibility of access, which is insufficient to sustain a copyright infringement claim. Plaintiff has not provided evidence of a chain of events sufficient to establish a reasonable possibility of access. »

peut être considéré comme « accessible au public » et, ainsi, faire partie de l'état de la technique^{247, 248}.

Pour pouvoir être considéré comme tel, la chambre de recours a estimé, conformément à sa jurisprudence, que la simple possibilité théorique d'avoir accès à un moyen de divulgation n'était pas suffisante. Il est impératif, en effet, qu'au moins une personne du public ait la possibilité pratique d'accéder au moyen de divulgation, c'est-à-dire d'y accéder « directement et sans équivoque ». Or, ainsi qu'elle l'a souligné, « [i]n the case of the World Wide Web, given its enormous size, the fact alone that a document exists there does not go beyond mere theoretical accessibility »²⁴⁹. Aussi, la chambre de recours a mis sur pied un test permettant de conclure sans risque de se tromper qu'un document stocké sur le Web a été rendu accessible au public. Le test s'articule de la manière suivante :

« Si, avant la date de dépôt ou de priorité du brevet ou de la demande de brevet, un document stocké sur le Web et accessible via une URL

- 1) pouvait être trouvé à l'aide d'un moteur de recherche public en saisissant un ou plusieurs mots-clés liés au contenu essentiel du document, et
- 2) était resté accessible via cette URL suffisamment longtemps pour qu'une personne du public, à savoir quelqu'un n'ayant aucune obligation de garder secret le contenu du document, ait pu avoir un accès direct et sans équivoque au document,

alors ce document a été rendu accessible au public au sens de l'art. 54(2) CBE 1973.

Toutefois, il faut noter que si l'une des conditions 1) ou 2) n'est pas remplie, le test ci-dessus ne permet pas de déterminer si le document en question a été ou non rendu accessible au public »²⁵⁰.

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet : jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne en matière de dessins et modèles communautaires. – Dans une affaire toute récente, le Tribunal de l'Union européenne²⁵¹ s'est prononcé sur la divulgation au sens de l'article 7, § 1^{er}, du règlement (CE) n° 6/2002 d'un modèle de parapluie compris dans un brevet américain, accessible sur Internet à travers le site du United States Patent and Trademark Office, lequel est librement et gratuitement accessible dans toute l'Union européenne. Spécialement, le Tribunal s'est attaché à déterminer si la chambre de recours de l'OHMI avait correctement estimé que les milieux spécialisés du secteur pouvaient raisonnablement avoir eu connaissance de cette antériorité.

Le Tribunal rappelle d'abord qu'une fois les faits de divulgation établis, il incombe « [...] à la partie qui conteste la divulgation de démontrer à suffisance de droit que les

²⁴⁷ Chambre de recours OEB, 12 mars 2012, *Koninklijke Philips Electronics*, T 1553/06. Les lignes qui suivent sont, pour partie, inspirées de la présentation de la décision in *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., Office européen des brevets, septembre 2013, p. 91, disponible sur le site de l'OEB : [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4CCF968D57494023C1257C1C004F992C/\\$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2013_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4CCF968D57494023C1257C1C004F992C/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2013_fr.pdf) (dernière consultation : 7 mai 2015).

²⁴⁸ Par une décision du même jour, la chambre de recours s'est également prononcée sur l'« accessibilité au public » des courriers électroniques transmis par Internet, voy. Chambre de recours OEB, *Koninklijke Philips Electronics*, T 2/09.

²⁴⁹ Point 6.5.4, *in fine*.

²⁵⁰ La formulation est ici reprise de *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 7^e éd., Office européen des brevets, septembre 2013, p. 91. Pour la formulation originale (en anglais), voy. le point 6.7.3, *in fine* de la décision.

²⁵¹ Trib. UE, 21 mai 2015, *Senz Technologies c. OHMI*, T-22/13 et T/23/13.

circonstances de l'espèce pouvaient raisonnablement faire obstacle à ce que ces faits soient connus des milieux spécialisés du secteur concerné dans la pratique normale des affaires » (§ 26). Il reprend ensuite la position de la Cour²⁵² suivant laquelle la connaissance raisonnable par les milieux spécialisés de faits de divulgation s'étant produits en dehors de l'Union européenne est une « [...] question de fait dont la réponse dépend de l'appréciation des circonstances propres à chaque affaire » (§ 28). Il exemplifie ensuite les éléments qui peuvent être pris en compte dans le cadre de cette appréciation, soulignant qu'il faut tenir « [...] compte de ce qui peut raisonnablement être exigé de la part de ces milieux pour connaître l'état de l'art antérieur » (§ 29).

En l'espèce, le Tribunal estime que les différents arguments de la requérante dans le sens de l'absence de connaissance raisonnable par les milieux spécialisés n'emportent pas la conviction, s'agissant de simples allégations non étayées (§§ 31-39). Pour notre propos, on relèvera que le parapluie couvert par le brevet n'avait jamais été produit, ce qui pouvait avoir une influence sur la connaissance potentielle des milieux spécialisés qui n'avaient donc pas pu en prendre connaissance « [...] à travers la publicité, des activités de commercialisation ou des catalogues. Toutefois, ajoute le Tribunal, *ce fait n'est pas en mesure de démontrer que les milieux spécialisés du secteur concerné n'auraient pas raisonnablement pu en avoir connaissance autrement, comme par exemple à l'aide d'une consultation en ligne du registre de brevets américains* » (§ 37) (italiques ajoutées).

Les circonstances particulières de l'espèce permettent difficilement d'en déduire de larges enseignements, la conclusion paraissant somme toute logique. Mais on notera qu'au passage, le Tribunal a énoncé qu'« [e]n tout état de cause, un dessin ou modèle *ne peut pas être réputé être connu dans la pratique normale des affaires si les milieux spécialisés du secteur concerné ne pourraient le découvrir que par hasard* » (§ 29) (italiques ajoutées). Transposé plus largement à la question qui nous occupe, on peut lire cet attendu en ce sens que la simple présence d'une antériorité sur Internet ne constituera pas nécessairement une divulgation susceptible de détruire la nouveauté d'un dessin ou modèle communautaire.

Possibilité de connaissance d'une antériorité publiée sur Internet : perspectives en droit d'auteur. – L'examen de la jurisprudence précitée semble indiquer que les juridictions sont peu enclines à déduire de la simple présence d'une œuvre sur Internet sa connaissance par autrui, que ce soit en matière de brevets européens (peut-être également en matière de dessins et modèles communautaires) s'agissant de la définition de la nouveauté ou de *copyright* américain s'agissant de l'appréciation de la contrefaçon. À notre avis, la même solution doit être retenue en droit d'auteur belge, s'agissant de l'appréciation de l'originalité. Cette position rejoint notre opinion s'agissant de l'objet de la preuve à fournir par le défendeur qui, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, ne pourra se contenter de produire des antériorités issues d'Internet pour contredire avec succès l'originalité de l'œuvre du demandeur, mais devra également rendre vraisemblable le fait que le demandeur a pu raisonnablement en avoir connaissance. Raisonner autrement reviendrait à confondre gravement originalité et nouveauté absolue. La chose apparaîtrait d'autant plus absurde que le droit des brevets, siège par excellence de la nouveauté envisagée de manière absolue, ne se satisfait pas de la seule présence d'une antériorité sur Internet pour considérer celle-ci comme faisant partie de l'état de la technique.

²⁵² Voy. C.J.U.E., 13 février 2014, *Gautzsch Großhandel c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna*, C-479/12, § 34.

Par ailleurs, plusieurs des décisions mentionnées ont souligné l'importance du rôle des moteurs de recherche dans le débat. Ils constituent, en effet, la voie d'accès privilégiée à l'information sur Internet et déterminent la possibilité pour un internaute d'en prendre connaissance. Aussi, l'appréciation de cette possibilité ne devrait pas pouvoir se passer de l'analyse des résultats de recherche fournis par les moteurs de recherche, saisis d'une requête au moyen de mots-clés pertinents. Mais on comprend toute la difficulté de l'analyse, étant donné qu'il n'est pas possible d'établir avec certitude, à une date donnée située dans le passé, l'ordre d'affichage des résultats d'une recherche effectuée au moyen de tel ou tel mot-clé.

Aussi, il nous paraît qu'une antériorité produite au moyen d'Internet ne pourrait être déterminante que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'elle aura été répliquée sur un nombre important de sites Internet accessibles au public, lorsqu'elle aura fait l'objet d'une diffusion sur des sites dont l'accès est restreint, mais dont il est établi que le demandeur est un utilisateur régulier, lorsqu'elle aura fait l'objet d'une publication sur un réseau social ou une plate-forme de partage et qu'elle y jouit d'une importante popularité, lorsqu'elle aura été publiée sur un site particulièrement susceptible d'apparaître parmi les premiers sites référencés au moyen d'une requête de recherche simple, lorsqu'elle aura été publiée sur un site dont les statistiques font apparaître un nombre de consultations important, etc., aucune de ces circonstances n'étant suffisante en soi. Il appartiendra au juge d'apprécier souverainement le caractère vraisemblable de la connaissance en ayant égard à la personne du demandeur.

Conclusion

Aux termes de ces premières réflexions sur les rapports entre l'originalité et la nouveauté dans la société de l'information, on aura aisément compris qu'il ne peut être conclu dans un débat qui vient seulement de s'ouvrir. C'est à peine si les juges ont eu l'occasion de se saisir de la question et si la doctrine l'a même perçue. Cette question est pourtant amenée à envahir les prétoires et à bouleverser la dialectique traditionnellement pratiquée par les juges, qui ne pourront plus, sans malmenager les fondamentaux du droit d'auteur, voir tout uniment dans l'absence de nouveauté la marque de l'absence d'originalité en présumant la reproduction. À cet égard, l'approche définitionnelle de l'originalité suivie par la Cour de justice – et qui occulte complètement la dimension éminemment pratique de son appréciation – apparaît bien insuffisante pour saisir l'originalité dans le contexte d'Internet.

Mais la question pratique se situe en réalité à la périphérie d'un changement bien plus profond dont elle n'est qu'un épiphénomène. C'est, en effet, la notion même d'originalité qui se trouve modifiée par l'avènement des technologies de l'information et de la communication et, avec elle, les concepts d'œuvre et d'auteur, de même que la finalité du droit d'auteur. Car, en accroissant le nombre d'antériorités et en facilitant leur production dans les prétoires, ces nouvelles technologies augmentent la probabilité qu'une œuvre soit déclarée non originale. Aussi, l'on s'interroge. L'auteur doit-il encore être considéré comme tel lorsque ce qu'il tire de son propre fonds existe déjà par ailleurs et est librement accessible ? Sa production pourra-t-elle accéder à la dignité de l'œuvre alors que la suspicion de contrefaçon sera systématique ? Et, plus fondamentalement encore, le risque n'est-il pas accru que le créateur, constatant *ex post* que d'autres avant lui s'étaient pareillement exprimés, se retienne de révéler ses productions au

monde de crainte d'être taxé de contrefacteur, mettant ainsi à mal la raison d'être même du droit d'auteur, qu'on l'envisage comme rétribution de la création ou incitation à celle-ci ?

Internet questionne les frontières de ce qui est protégeable par le droit d'auteur : là où d'aucuns croient voir génie et individualité, Internet semble ne révéler qu'évidence et banalité. Les rapports entre originalité et nouveauté s'en trouvent ainsi profondément renouvelés. Ils ne peuvent plus être regardés ni traités comme jadis.

Aussi, faut-il s'attendre à ce que les grands changements intervenus ces vingt dernières années transforment toute la technique du droit d'auteur, agissent par là sur la création elle-même, aillent peut-être jusqu'à modifier les notions mêmes d'auteur, d'œuvre et d'originalité.