

L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes (ou : Quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable)

Dans le plat pays qui est le nôtre et pour bon nombre d'entre nous, les premières expériences conscientes de l'équilibre, ou à tout le moins leurs plus lointains souvenirs, sont probablement associés à quelques coups de pédale mal assurés. Et même si nos souvenirs vont de pair avec quelques genoux écorchés et poignets éraflés, nous sommes nombreux à continuer à défier jour après jour la gravité, avec une certaine confiance, la pratique quotidienne nous ayant petit à petit préservé des chutes, même dans les milieux urbains les plus hostiles...

Il n'est pas certain si les juges à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rejoignent le plateau du Kirchberg à bicyclette. Mais il semble en tout cas que l'exercice d'équilibre qui caractérise à la fois la pratique du deux roues et la jurisprudence de Luxembourg en droit d'auteur⁽¹⁾ a trouvé dans la présente affaire *Brompton*⁽²⁾, à propos d'un vélo pliable bien connu, un nouveau terrain d'élection, en l'occurrence la condition d'originalité, confortant ainsi un peu plus la lecture que nous en avons opérée par ailleurs⁽³⁾.

Dans les lignes qui suivent, nous proposons de fournir les indices d'une lecture de l'arrêt en ce sens. Alors il est vrai, il y aurait tant d'autres choses à dire à son propos. Mais nous limiterons à cette seule question et laissons donc à d'autres plus diserts de prendre la plume sur les autres aspects⁽⁴⁾. Car nous

(1) Voy. de manière générale, J. CABAY et M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un "juste équilibre" en droit d'auteur », in J. CABAY et A. STROWEL (coord.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions et interrogations*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 181-242.

(2) CJUE, 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461; concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 6 février 2020, EU:C:2020:79.

(3) Voy. J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2016, spéc. pp. 255-266, n° 51.

(4) On renverra utilement le lecteur vers diverses contributions consacrées aux conclusions de l'avocat général et/ou à l'arrêt de la CJUE :

- E. DERCLAYE, « AG Campos Sanchez-Bordona's opinion in the Brompton Bicycle – The good, the bad and the contradictory – Part I », 13 February 2020, disponible en ligne sur : <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/02/13/ag-campos-sanchez-bordonas-opinion-in-brompton-bicycle-the-good-the-bad-and-the-contradictory-part-i/> (dernière consultation : 26 novembre 2020);
- E. DERCLAYE, « AG Campos Sanchez-Bordona's opinion in the Brompton Bicycle – The good, the bad and the contradictory – Part II », 18 February 2020, disponible en ligne sur : <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/02/18/ag-campos-sanchez-bordonas-opinion-in-brompton-bicycle-the-good-the-bad-and-the-contradictory-part-ii/>

pensons que sur ce point précis, l'arrêt *Brompton* est d'une importance capitale.

Après une rapide contextualisation de l'affaire au regard de la jurisprudence belge (A), nous reviendrons sur la décision de la CJUE (B) avant de mettre certains de ses enseignements en perspective avec trois autres de ses arrêts, respectivement les arrêts *BSA*⁽⁵⁾ (C), *DOCERAM*⁽⁶⁾ (D) et *Cofemel*⁽⁷⁾ (E), ceci dans le but de mettre au jour les liens qui existent entre le raisonnement ici tenu sur pied de la directive 2001/29/CE, d'une part, et les *copyright* américain, droit de la propriété industrielle et droits fondamentaux, d'autre part. En conclusion (F), l'on schématisera les grandes options qui s'ouvrent au juge de renvoi pour exercer sa délicate mission, en distinguant entre les stades de la protection et de la contrefaçon.

kluweriplaw.com/2020/02/18/ag-campos-sanchez-bordonas-opinion-in-brompton-bicycle-the-good-the-bad-and-the-contradictory-part-ii/ (dernière consultation : 26 novembre 2020);

- E. DERCLAYE, « The CJEU decision in Brompton Bicycle – A welcome double rejection of the multiplicity of shapes and causality theories in copyright law », disponible en ligne sur : <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/25/the-cjeu-decision-in-brompton-bicycle-a-welcome-double-rejection-of-the-multiplicity-of-shapes-and-causality-theories-in-copyright-law/> (dernière consultation : 26 novembre 2020);
- E. DERCLAYE, « *Doceram, Cofemel and Brompton* : How does the current and future CJEU case law affect digital designs » (à paraître in B. PASA (éd.), *Il design, l'innovazione tecnologica e digital, Un dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele – Design, technological and digital innovation. Interdisciplinary proposals for reshaping legal protection*, Naples, ESI Press, 2020), version du 20 décembre 2019 disponible en ligne sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3507802 (dernière consultation : 26 novembre 2020).
- European Copyright Society, « Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in *Brompton Bicycle v Chedech / Get2Get*, C-8333/18 », 12 December 2019, disponible en ligne sur : <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2019/12/ecs-opinion-brompton-final-12-12-2019-final-3.pdf> (dernière consultation : 26 novembre 2020);
- D. INGUANEZ, « A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright/Design Cumulation Case Law », *IIC*, 2020, pp. 797-822 ;
- I. FHIMA, « Functionality, cumulation and lessons from trade mark law : the Advocate General's Opinion in *Brompton Bicycle* », *J.I.P.L.P.*, 15(4), 2020, pp. 301-307.

(5) CJUE, 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816; Conclusions de l'Avocat général Y. BOT présentées le 14 octobre 2010, EU:C:2010:611.

(6) CJUE, 8 mars 2018, *DOCERAM GmbH c. CeramTec GmbH*, C-395/16, EU:C:2018:172; concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 19 octobre 2017, EU:C:2017:779.

(7) CJUE, 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721; concl. av. gén. M. SZPUNAR présentées le 2 mai 2019, EU:C:2019:363.

A. L'affaire *Brompton* et le critère de la multiplicité des formes dans la jurisprudence belge

Dans les circonstances de la cause, la société de droit anglais *Brompton* et son fondateur, concepteur du vélo du même nom (commercialisé sous la forme qu'on lui connaît depuis 1987), ont introduit devant le tribunal de l'entreprise de Liège une action visant à constater la violation des droits patrimoniaux et moraux qu'ils prétendent détenir au titre du droit d'auteur sur l'apparence de leur vélo pliable, ce à l'encontre de la société coréenne *Get2Get* qui commercialise un vélo pliable *Chedech* dont l'apparence visuelle est très semblable.

Outre les caractéristiques communes que l'on doit retrouver nécessairement entre deux vélos eu égard à leur fonction (roues, chaîne, cadre, guidon⁽⁸⁾), le vélo *Brompton* et le vélo litigieux présentent en effet cette même particularité de pouvoir occuper trois positions différentes (position pliée, position dépliée et position intermédiaire permettant au vélo de pouvoir rester en équilibre sur le sol). Ce mécanisme de pliage avait fait jadis, au profit de *Brompton*, l'objet d'une protection par le brevet⁽⁹⁾. Celui-ci étant expiré, la société *Get2Get* était libre de reprendre cette invention tombée dans le domaine public. C'était sans compter la protection du droit d'auteur revendiquée par les requérants sur l'apparence dudit vélo. La société *Get2Get* estime toutefois que cette dernière est « [...] imposée par la solution technique recherchée, qui est de faire en sorte que ce vélo puisse occuper trois positions différentes [...] »⁽¹⁰⁾. Aussi soutient-elle que ladite apparence ne peut être protégée que par le brevet – *quod non* puisqu'échu depuis lors – et non par le droit d'auteur.

C'est donc autour de la portée de l'exclusion des formes techniques de la protection du droit d'auteur que s'est noué le litige et à laquelle ont trait les différentes questions préjudicielles posées par le tribunal de l'entreprise de Liège à la CJUE.

En effet, de l'avis du tribunal, s'il est bien admis en droit belge qu'un objet utilitaire, tel qu'un vélo, est susceptible de protection par le droit d'auteur pour peu que soient remplies les conditions de ce dernier – ce qui n'est plus discuté depuis l'arrêt *Screenoprints*⁽¹¹⁾ de la Cour de justice Benelux –, et s'il est tout aussi clair que les formes imposées par l'obtention d'un résultat technique

(8) Comp. concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Brompton*, point 86.

(9) Voy. *ibid.*, point 22, note 7 (« La demande de brevet a été déposée le 3 octobre 1979, et son octroi a été publié le 15 avril 1981 sous le numéro EP0026800 A1 »).

(10) CJUE, *Brompton*, point 13.

(11) CJ Benelux, 22 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 139, *J.T.*, 1987, p. 570, obs. A. BRAUN, *R.W.*, 1987-88, p. 14, *R.C.J.B.*, 1988, p. 568, note L. VAN BUNNEN.

sont exclues de la protection du droit d'auteur, il subsiste par contre un doute quant à savoir si ladite protection est exclue pour une forme imposée par le résultat technique recherché, dans le cas où il existe diverses formes possibles permettant de parvenir à ce même résultat.

Les requérants faisaient en effet valoir que « [...] les trois positions du vélo Brompton peuvent être obtenues par d'autres formes que celles données à ce vélo par son créateur, ce qui impliquerait que sa forme peut être protégée par le droit d'auteur »⁽¹²⁾.

En d'autres termes, ils se prévalaient en l'espèce du critère de la « multiplicité des formes » pour justifier la protection du droit d'auteur sur le vélo *Brompton* et, partant, sa violation par la société Get2Get et son vélo *Chedech*.

Suivant la description que donnent Fernand de Visscher et Benoit Michaux du critère,

« [...] le modèle n'est pas protégeable par le droit d'auteur si l'effet technique ne peut être atteint lorsque la forme est modifiée (la fonction détermine la forme de façon absolue et sans variation possible). Si le même résultat peut être atteint par une forme différente, la forme examinée n'en est pas inséparable et il n'y a ainsi pas de monopole sur l'aspect technique lui-même »⁽¹³⁾.

Reprenant ce passage dans une affaire *Tefal*, la cour d'appel de Liège avait d'ailleurs énoncé expressément que le critère de la multiplicité des formes s'applique en droit d'auteur⁽¹⁴⁾. Sans se prononcer de manière aussi explicite et générale, on constate que les autres cours d'appel font pareillement application du critère⁽¹⁵⁾.

(12) CJUE, *Brompton*, point 15.

(13) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 199-200, n° 234

(14) Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403 (modèle de biberon ; « [...] ne sera exclu de la protection par le droit d'auteur que ce qui est indispensable à l'obtention d'un effet technique : "si le même résultat peut être atteint, par une forme différente, la forme examinée n'en est pas inséparable et il n'y a pas ainsi de monopole sur l'aspect technique lui-même" (critère de la multiplicité des formes comme en droit des dessins et modèles) [...]. "Tefal" peut donc prétendre à l'originalité de la combinaison des différentes caractéristiques qu'elle revendique pour son modèle dès lors qu'il est résulté de l'examen de celles-ci qu'aucune n'était indispensable, dans la forme que "Tefal" lui avait donnée, à l'obtention d'un effet technique qui aurait pu être atteint par d'autres formes [...] ».

(15) Anvers, 5 février 2007, *A&M*, 2007, p. 352, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 2007, p. 406, note V. PEDE (conditions générales d'assurance ; « [...] *Een aantal van de waarborgen uit de algemene voorwaarden van verzekeringen is door de wet voorgeschreven maar elke verzekeraar heeft de keuzevrijheid bij het concreet formuleren, uitschrijven en structureren van de algemene voorwaarden. Het is niet tegen het overnemen van de inhoud van de algemene voorwaarden dat appellanten optreden maar tegen de formele formulering van de waarborgen. Daarvoor is er wel ruimte, al is de materie wettelijk geregeld. Anders moesten er gewoonweg geen algemene polisvoorwaarden door de verzekeraars worden opgesteld [...]* »); Bruxelles, 28 juin 2011,

Dans un contexte d'harmonisation du droit de l'UE et singulièrement de la condition d'originalité à la faveur des arrêts *Infopaq*⁽¹⁶⁾ et consorts de la CJUE, il nous paraît toutefois que le tribunal de l'entreprise de Liège fut bien inspiré de s'interroger sur la compatibilité du recours à ce critère et de s'en remettre à la Cour de Luxembourg. D'autant plus qu'il existait dans la jurisprudence belge une certaine confusion.

Ainsi que nous l'écrivions par ailleurs, à la lumière du critère des « choix libres et créatifs » proposés par la CJUE,

« [...] En droit d'auteur, il nous semble que rien ne commande d'exclure le critère de la multiplicité des formes et que son usage par les juridictions belges n'est pas sujet à caution. Ceci toutefois à la condition qu'il soit bien compris. Pour la clarté du propos, il convient de distinguer entre l'hypothèse où le critère est rencontré – multiplicité des formes – et l'hypothèse où le critère n'est pas rencontré – absence de multiplicité des formes. [...]

Sur le plan des principes, dans l'hypothèse où il existe une *multiplicité des formes*, le choix parmi celles-ci d'une forme particulière est "libre". Cette seule caractéristique du choix ne suffit toutefois pas à ce que la forme puisse être considérée originale. Encore faudra-t-il vérifier que le choix dont elle résulte est également "créatif". C'est en effet dans le cadre de l'appréciation de cette seconde caractéristique du choix que sera réalisé l'exercice de pondération entre les différents intérêts en présence. [...]

Pour ce qui concerne les modalités de mise en œuvre du critère, la chose semble convenue et relativement simple. La jurisprudence admet en effet

I.R.D.I., 2012, p. 207 (modèle d'Ipod Nano ; « [...] *De eerste rechter is terecht tot de vaststelling gekomen dat de vormelementen van de iPod nano niet onafscheidelijk zijn van het technisch effect en de functionaliteit ervan en dat deze laatste kunnen bereikt worden bij een wijziging van de vorm [...]* »); Gand, 3 janvier 2002, *A&M*, 2003, p. 116, note B. MICHAX et N. RIJCKENBERG (modèle de grillage ; « [...] *Ook in het licht van de noodzakelijkheids- of onafscheidelijkheidstheorie [...] beantwoordt het litigieuze afrasteringsmodel ook aan de vereiste voorwaarde dat "in beginsel" kan beoordeeld worden aan de hand van de alternatievenproef. Het betreft te dezen immers een concrete, bijzondere en originele variante van een versterkte afrastering (zoom- of boordefect), waarvan niet blijkt dat het louter technisch of functioneel zou zijn, noch zelfs dat bij het ontwerp het utilitaire of technische oogmerk zou hebben geprimeerd op het uitzicht. (Niet door geïntimeerde weerhouden) alternatieven waren onder meer het gebruik van meerdere extra neggedraden en/of op een andere afstand dan alhier, voorzien, mogelijkheid die bevestigd wordt door het initiatief van appellante zelf om een nieuwe variante "Luxor 2" op de markt te brengen nà het bestreden vonnis [...]* »); Mons, 7 mars 2011, *A&M*, 2011, p. 517, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226 (modèles de pièces de carrosserie ; « [...] La fonctionnalité qu'elles remplissent pouvait être obtenue par des modèles très différents que ceux que les intimées ont adoptés, à l'issue d'un processus de création, au cours duquel ont été opérés des choix qui excèdent manifestement les contraintes techniques telles que l'aérodynamisme, l'espace intérieur, ou la visibilité, ... et tendent à participer à l'esthétique générale du véhicule dont elles sont les composantes, par la ligne propre à chacune [...] »).

(16) CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465.

généralement que l'existence d'une multiplicité de formes peut être établie par la "preuve des alternatives"⁽¹⁷⁾ ("alternativenproef"), suivant la formule de la cour d'appel de Gand⁽¹⁸⁾. [...]

Sur le plan des principes à nouveau, dans l'hypothèse où il n'existe *pas de multiplicité des formes*, il ne peut être question d'un choix "libre" et la forme ne peut en aucun cas bénéficier de la protection du droit d'auteur. Il n'est nul besoin dans cette hypothèse de vérifier en outre si le choix n'est pas "créatif". Nous sommes en effet d'avis que dans ce cas, la balance des intérêts penche en faveur de l'intérêt général qui commande de laisser la forme objet dudit choix à la libre disposition de tous. [...] »⁽¹⁹⁾.

Autrement dit, et à l'instar du recours à l'indice de la « nouveauté » dans la démonstration de l'originalité, la relation d'implication pratique entre originalité et multiplicité des formes ne joue pas de la même manière suivant que l'on veut déduire l'originalité de l'existence d'une multiplicité des formes ou, au contraire, déduire de l'absence de multiplicité des formes l'absence d'originalité⁽²⁰⁾. Or, cette dialectique semblait parfois méconnue par certains juges qui déduisaient tout uniment l'originalité de l'existence d'une multiplicité de formes⁽²¹⁾.

(17) La preuve des alternatives repose sur un raisonnement *a contrario*, à savoir que s'il est possible d'établir l'existence d'une autre création, qui présente une forme différente de celle de la création pour laquelle la protection est revendiquée, mais qui produit le même effet technique ou poursuit la même fonction, alors il s'en déduit que la forme de cette dernière n'est pas entièrement définie par la contrainte. La démonstration de l'existence d'une alternative constitue donc la démonstration de l'existence d'une liberté de choix.

(18) Gand, 3 janvier 2002, *A&M*, 2003, p. 116, note B. MICHAUX et N. RIJCKENBERG (modèle de grillage ; voy. l'attendu pertinent reproduit *supra*, note 15.)

(19) J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.*, pp. 442-445, n° 104.

(20) Comp. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté : un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (éds.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, p. 25 (« [...] il existe une relation *pratique* entre originalité et nouveauté, mais [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 d'originalité l'absence de nouveauté. En effet, le constat de ce qu'une création nouvelle pourra plaider en faveur de son originalité, mais ne suffira pas à l'établir. Par contre, le constat de ce qu'un 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 [...] »).

(21) Voy. par exemple Bruxelles, 21 janvier 2002, *A&M*, 2003, p. 49, *I.R.D.I.*, 2002, p. 80 (modèle de fermeture de bijoux ; « [...] en même temps qu'est ainsi évoquée une multiplicité de modèles de fermeture, est aussi démontrée sinon soulignée l'originalité du modèle [...] » ; Gand, 12 juin 2003, *Ing.-Cons.*, 2003, p. 385, *R.A.B.G.*, 2004, p. 233 (modèle de barbecue ; « [...] Het feit dat heel wat andere combinaties voorhanden zijn om hetzelfde basisthema (bakvorm + sokkel) uit te werken, doet aan het voorgestelde niets af. De variatie aan de duidelijk afwijkende combinaties (zoals uit de documentatie blijkt) bevestigt integendeel het origineel karakter van het Barbecue-model [...] »).

À côté de cette confusion entretenue sur le plan des principes et qui laissait planer le doute sur la possibilité de recourir au critère de la multiplicité des formes, il y avait de quoi s’interroger également sur sa portée. En effet, alors que nous avons tenté de dégager les modalités précises de sa mise en œuvre en droit belge, force nous était de conclure que :

« [...] la chose échappe à toute possibilité de systématisation, les juges étant peu diserts sur ces modalités. Tout au plus peut-on relever que les juges emploient essentiellement deux formules pour rendre compte de leur mise en œuvre du critère dans cette hypothèse, indiquant soit que la forme est “uniquement” (ou tout autre adverbe similaire) déterminée par la contrainte⁽²²⁾, soit qu’elle est “inséparable” (“onafscheidbaar”) de la fonction⁽²³⁾ »⁽²⁴⁾.

À nos yeux, ce contexte jurisprudentiel belge justifiait pleinement la décision du tribunal de l’entreprise de Liège d’adresser à la CJUE les deux questions préjudicielles suivantes :

« 1) Le droit de l’Union, et plus particulièrement la directive [2001/29], laquelle fixe notamment les différents droits exclusifs reconnus aux titulaires de droit d’auteur à ses articles 2 à 5, doit-il être interprété comme excluant de la protection par le droit d’auteur les œuvres dont la forme est nécessaire pour aboutir à un résultat technique ?

2) Afin d’apprécier le caractère nécessaire d’une forme pour aboutir à un résultat technique, faut-il avoir égard aux critères suivants :

- L’existence d’autres formes possibles permettant d’aboutir au même résultat technique ?
- L’efficacité de la forme pour aboutir audit résultat ?
- La volonté du prétendu contrefacteur d’aboutir à ce résultat ?

(22) L’emploi de l’adverbe employé varie mais il ne semble pas que l’on doive en déduire des conséquences particulières de sorte qu’ils doivent tous être considérés comme synonyme, voy. not. Anvers, 18 octobre 2005, *I.R.D.I.*, 2006, p. 31 (modèle de montures de lunettes ; « uitsluitend »); Bruxelles, 4 novembre 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 726 (modèle de valve de bombe aérosol de crème fraîche ; « louter »); Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d’Ipod Nano ; « uitsluitend »); Bruxelles, 11 septembre 2001, *A&M*, 2002, p. 518, *Ing.-Cons.*, 2001, p. 404 (modèle de chaussure ; « uniquement »); Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 (modèle de chaise pour enfants ; « enkel »); Liège, 13 novembre 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 749, *I.R.D.I.*, 2014, p. 659 (modèles de boîtes ; « complètement »); Mons, 7 mars 2011, *A&M*, 2011, p. 517, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226 (modèles de pièces de carrosserie ; « seulement »).

(23) Voy. not. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d’Ipod Nano); Gand, 3 janvier 2002, *A&M*, 2003, p. 116, note B. MICHAUX et N. RIJCKENBERG (modèle de grillage); Comm. Bruxelles (Prés.), 17 novembre 2010, *I.R.D.I.*, 2011, p. 375, note K. VAN DER MAAT (modèle de valve de bombe aérosol de crème fraîche).

(24) J. CABAY, *L’objet de la condition de la protection du droit d’auteur – Contribution à l’étude de la liberté de création*, op. cit., p. 446, n° 104.

- L’existence d’un brevet antérieur, aujourd’hui expiré, sur le procédé permettant d’aboutir au résultat technique recherché ? »

B. L’arrêt de la CJUE

À titre liminaire, on relève que la CJUE décide qu’il convient d’examiner ensemble des deux questions préjudicielles.

Elle commence par rappeler sa jurisprudence relative aux conditions de la protection du droit d’auteur. On sait en effet depuis l’arrêt *Levola*⁽²⁵⁾ que la notion d’« œuvre » est une notion autonome et uniforme du droit de l’UE, ce qui implique, « [d]’une part, [...] un objet original qui est une création intellectuelle propre à son auteur et, d’autre part, (...) l’expression de cette création »⁽²⁶⁾. Répétons-le encore⁽²⁷⁾, bien que la CJUE a été souvent critiquée (à tort selon nous) parce qu’elle confondrait l’objet de la protection (l’œuvre) avec les conditions de la protection (la forme/l’expression et l’originalité), il nous paraît désormais clair que la formule employée ne peut être interprétée de la sorte, spécialement si l’on veut bien comprendre que la CJUE vise l’« œuvre » au sens de la directive 2001/29/CE, laquelle doit par définition être « protégée » pour donner prise aux droits garantis par ladite directive.

Ainsi, elle rappelle que « (...) pour qu’un objet puisse être regardé original, il est à la fois nécessaire et suffisant que celui-ci reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier »⁽²⁸⁾. On retrouve là les critères dégagés à l’origine dans ses arrêts *Painer*⁽²⁹⁾ et *Football Association Premier League*⁽³⁰⁾.

Ces critères ont été précisés au fil de sa jurisprudence, spécialement dans un arrêt *Football Dataco*⁽³¹⁾ dont elle reprend l’un des grands enseignements, à savoir qu’un objet n’est pas original lorsque sa réalisation « [...] a été déterminée par

(25) CJUE, 13 novembre 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, C-310/17, EU:C:2018:899, point 33.

(26) CJUE, *Brompton*, point 22.

(27) Voy. spéc. J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n’est pas une œuvre : “Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute” », commentaires sous CJUE, 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, R.D.C., 2019, spéc. p. 801, n° 16, p. 805, n° 28, p. 811, n° 43.

(28) CJUE, *Brompton*, point 23.

(29) CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, EU:C:2011:798, points 87-94.

(30) CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 96-99.

(31) CJUE, 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, C-604/10, EU:C:2012:115, point 39.

des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative [...] »⁽³²⁾. Précisant cet aspect, elle convoque en outre un attendu essentiel de son arrêt *BSA*⁽³³⁾, suivant lequel « [...] lorsque l'expression [des] composantes [d'un objet] est dictée par leur fonction technique, les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent »⁽³⁴⁾. Ceci eu égard au fait que les idées ne doivent pas faire l'objet d'une appropriation par le droit d'auteur, afin d'éviter de porter atteinte au « progrès technique et [au] développement industriel »⁽³⁵⁾, suivant les termes repris de *SAS Institute*⁽³⁶⁾.

S'agissant maintenant de la condition d'« expression », elle reprend l'enseignement de *Levola*, à savoir qu'elle doit permettre de rendre « [...] [l']objet [de la protection] identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité »⁽³⁷⁾.

Rien de neuf sous le soleil donc, si ce n'est que la CJUE opère tous ces rappels au visa de son arrêt *Cofemel*⁽³⁸⁾ dans lequel elle a définitivement tranché, pour qui en doutait encore, que l'harmonisation de la condition d'originalité par la CJUE dans le cadre de son interprétation de la directive 2001/29/CE s'applique pareillement aux dessins et modèles qui prétendent à la protection du droit d'auteur, ce nonobstant les réservations dans le droit dérivé spécifique⁽³⁹⁾. Sur ce point, la chose est désormais clairement entendue.

Il s'ensuit donc qu'un modèle de vélo pliable, s'il satisfait à la condition d'originalité (l'existence d'une expression ne faisant pas débat⁽⁴⁰⁾), « [...] peut bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur, quand bien même la réalisation de celui-ci a été déterminée par des considérations techniques, pour autant qu'une telle détermination n'a pas empêché l'auteur de refléter sa personnalité dans cet objet, en manifestant des choix libres et créatifs »⁽⁴¹⁾. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier si tel est le cas⁽⁴²⁾.

(32) CJUE, *Brompton*, point 24.

(33) CJUE, 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816, points 48 et 49.

(34) CJUE, *Brompton*, point 27.

(35) *Ibid.*

(36) CJUE, 2 mai 2012, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd*, C-406/10, EU:C:2012:259, point 40.

(37) CJUE, *Brompton*, point 25.

(38) CJUE, 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721.

(39) Voy. la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins et modèles (art. 17); le règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires (article 96(2)).

(40) CJUE, *Brompton*, point 28.

(41) *Ibid.*, point 26.

(42) *Ibid.*, point 30.

Dans le cadre de cette vérification, la juridiction de renvoi devra avoir égard à la possibilité de choix dont disposait le créateur, étant entendu que son appréciation devra intervenir dans le contexte de la création et donc en « [...] [tenant] compte de tous les éléments pertinents du cas d'espèce, tels qu'ils existaient lors de la conception de cet objet, indépendamment des facteurs extérieurs et ultérieurs à la création du produit »⁽⁴³⁾.

S'agissant maintenant spécifiquement du critère de la multiplicité des formes, sur le plan des principes, la CJUE se prononce dans le même sens que nous l'avions envisagé, à savoir que le rapport entre originalité et multiplicité des formes ne joue pas de la même façon suivant qu'il s'agit de démontrer l'existence ou l'absence d'originalité.

En effet, dans le cas où il n'y a pas de multiplicité des formes et donc «[d]ans le cas où la forme du produit est uniquement dictée par sa fonction technique, ledit produit ne pourrait relever de la protection au titre du droit d'auteur »⁽⁴⁴⁾. Ici, la multiplicité des formes, ou plutôt, l'absence de pareille multiplicité, est déterminante.

À l'inverse, « [...] dès lors que seule l'originalité du produit concerné doit être appréciée, l'existence d'autres formes possibles permettant d'aboutir au même résultat technique, si elle permet de constater l'existence d'une possibilité de choix, n'est pas déterminante [...] »⁽⁴⁵⁾. De manière plus claire encore, la CJUE énonce que :

« [m]ême s'il subsiste une possibilité de choix quant à la forme d'un objet, il ne saurait être conclu que celui-ci relève nécessairement de la notion d'“œuvre” au sens de la directive 2001/29. Pour déterminer si tel est effectivement le cas, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier que les conditions [d'expression et d'originalité] soient satisfaites »⁽⁴⁶⁾.

Dans cette hypothèse, elle rejette donc clairement le critère de la multiplicité des formes⁽⁴⁷⁾.

Sur le plan des modalités concrètes, la CJUE ne précise pas à partir de quand une forme doit être considérée « nécessaire » à l'obtention d'un résultat technique et, pour cette raison, exclue de toute protection du droit d'auteur. Tout au plus indique-t-elle qu'aux fins de cette appréciation, le juge de renvoi pourra

(43) *Ibid.*, point 37.

(44) *Ibid.*, point 33.

(45) *Ibid.*, point 35.

(46) *Ibid.*, point 32.

(47) Ce faisant, les doctrine et jurisprudence belges citées *supra* (notes 13 et 21) sont clairement condamnées.

s'appuyer sur des considérations tirées de « l'existence d'un brevet antérieur » ou de l'« efficacité de la forme pour aboutir au même résultat technique », lorsqu'elles ont pesé sur le « [...] choix de la forme du produit concerné »⁽⁴⁸⁾. Enfin, assez logiquement, elle précise encore que la volonté du prétendu contrefacteur est sans pertinence dans le cadre de l'appréciation de l'originalité. À cet égard, on soulignera qu'elle ne reprend pas à son compte la considération de son avocat général suivant laquelle « [...] le rejet éventuel de la protection par le droit d'auteur n'empêcherait pas le recours à d'autres dispositions prévues pour lutter contre les imitations serviles ou parasitaires »⁽⁴⁹⁾. Sage décision, à notre avis⁽⁵⁰⁾.

Ainsi présentés, les apports de l'arrêt *Brompton* paraissent bien maigres. Sur le plan des principes, le raisonnement de la CJUE s'agissant de la place du critère de la multiplicité des formes est tout à fait logique et donc sans surprise⁽⁵¹⁾. Et sur le plan des modalités de sa mise en œuvre, le juge de renvoi ne reçoit pas de véritables indications quant à la manière d'appréhender le caractère « nécessaire » de la forme employée pour parvenir à un résultat technique. En réalité, c'est dans les interstices du raisonnement de la CJUE que la décision présente son intérêt. Et selon nous, il est capital.

Pour bien comprendre, il faut tout déplier.

C. Comparaison avec *BSA* : la *merger doctrine* comme justification

Dans *BSA*⁽⁵²⁾, à propos de la protection éventuelle du droit d'auteur au titre de la directive 2001/29/CE pour l'interface graphique utilisateur d'un programme

(48) CJUE, *Brompton*, point 36.

(49) Voy. concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Brompton*, point 100.

(50) Il n'est pas dans l'objet limité de cette note d'approfondir cette question, mais il nous paraît essentiel de rappeler ici que l'éventualité de mobiliser le droit de la concurrence déloyale doit, selon nous, être encadrée par la théorie de l'« effet réflexe ». On relève d'ailleurs que ladite théorie a précisément pour objet d'assurer un équilibre entre les différents intérêts en présence (privés et public), ce qui rejoint les préoccupations de l'avocat général (voy. spéc. les points 38-41 de ses conclusions). Nous pensons en outre que ladite théorie peut trouver un ancrage dans la jurisprudence de la CJUE. Sur la théorie de l'effet réflexe, voy. de manière générale A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (éds), *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017 (avec not. notre contribution, J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'« effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le « juste équilibre » », pp. 39-80).

(51) Le raisonnement tenu ici par la CJUE s'inscrit parfaitement dans la lecture prospective que nous avions proposée du critère des « choix libres et créatifs », voy. J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit., spéc. pp. 255-266, n° 51.

(52) CJUE, 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816.

d'ordinateur, la CJUE a repris à son compte les considérations exprimées par son avocat général⁽⁵³⁾ et posé en principe que :

« [...] 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 »⁽⁵⁴⁾.

Elle avait repris ensuite cette même idée dans *Funke Medien*, à propos de rapports de situation militaire, énonçant que :

« [d]ans l'hypothèse où des rapports de situation militaire, tels que ceux en cause au principal, constitueraient des documents purement informatifs, dont le contenu est essentiellement déterminé par les informations qu'ils contiennent, de sorte que ces informations et leur expression dans ces rapports se confondent et que lesdits rapports sont ainsi caractérisés par leur seule fonction technique, excluant toute originalité, il y aurait lieu de considérer, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 19 de ses conclusions, que, lors de la rédaction de tels rapports, l'auteur a été dans l'impossibilité d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle qui lui est propre »⁽⁵⁵⁾.

L'observateur versé dans le droit comparé aura immédiatement identifié la parenté avec un concept bien connu du *copyright* américain, à savoir la *merger doctrine*, dont l'une des expressions emblématiques est empruntée à l'arrêt de la Cour d'appel du 9th Circuit dans l'affaire *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* :

« Lorsque l'“idée” et son “expression” sont ainsi inséparables, copier l'“expression” ne sera pas interdit, dès lors que protéger l'“expression” dans de pareilles circonstances conférerait au titulaire du droit d'auteur un monopole sur l'“idée”, en dehors des conditions et limitations imposées par le droit des brevets » (notre traduction)⁽⁵⁶⁾.

(53) Concl. av. gén. Y. Bot présentées le 14 octobre 2010, EU:C:2010:611, points 75 et 76.

(54) CJUE, *BSA*, point 49.

(55) CJUE, 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2019:623, point 24.

(56) *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971) : « When the “idea” and its “expression” are thus inseparable, copying the “expression” will not be barred, since protecting the “expression” in such circumstances would confer a monopoly of the “idea” upon the copyright owner free of the conditions and limitations imposed by the patent law ». La qualification de cette décision comme une illustration de la *merger doctrine* est quelque peu anachronique puisque le terme « merger » n'a été employé que plus tard, de sorte que l'on pourrait plutôt qualifier cette décision de « proto-merger case », voy. P. SAMUELSON, « Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine », 63 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 417 (2016), p. 421.

Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *BSA*, l'avocat général Y. Bot n'a pas explicité la provenance du concept avancé, mais il fait peu de doutes que le *copyright* américain aura servi de source d'inspiration. Cela nous paraît d'autant plus évident que c'est précisément en matière de programmes d'ordinateur que les juridictions américaines ont pour la première fois employé explicitement le terme « merge » (fusionner), qui s'est depuis lors imposé pour désigner le concept dont question⁽⁵⁷⁾.

Il n'est pas aisé de définir les contours de la *merger doctrine* en droit américain⁽⁵⁸⁾. Notamment, alors qu'elle est traditionnellement rattachée à la *idea/expression dichotomy*, on voit qu'elle a parfois été mise en œuvre par les juridictions américaines en lien avec la notion d'*originality*⁽⁵⁹⁾. Par ailleurs, alors qu'elle est souvent présentée comme une défense au stade de la contrefaçon (*infringement stage*), on voit qu'elle n'y est pas cantonnée et qu'elle peut également être mobilisée dans l'analyse de la protection (*copyrightability stage*)⁽⁶⁰⁾. On relève en outre qu'elle est mobilisée pour des œuvres de natures diverses⁽⁶¹⁾. Sur tous ces points, les choses semblent plus claires en droit de l'UE. Il est en effet indéniable que la *merger doctrine* y a une vocation générale et trouve conceptuellement sa place au stade de la protection du droit d'auteur, dans le cadre de la condition d'originalité et plus précisément dans l'appréciation du « choix libre et créatif ». C'est en effet dans ce contexte, par rapport à des œuvres très différentes, que la CJUE a mobilisé ledit concept dans ses arrêts *BSA*, *Funke Medien* et *Brompton*, non dans l'interprétation de la condition d'expression et/ou au stade de la contrefaçon.

En abordant le critère de la multiplicité des formes à la lumière de cette *merger doctrine*, l'arrêt *Brompton* apporte une importante précision quant à la portée de cette dernière en droit de l'UE. En effet, dans une conception stricte de la *merger doctrine*, celle-ci n'aurait vocation à s'appliquer que dans des circonstances où il existe une véritable unité entre l'expression et l'idée, en ce sens que l'existence d'une autre expression permettant de traduire cette même idée ferait échec à l'application de la *merger doctrine*. On retrouve pareille conception stricte dans la jurisprudence américaine, mais il s'agirait, suivant

(57) Voy. spéc. *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2^d 1240, 1253 (3rd Cir. 1983) : « *If other programs can be written or created which perform the same function as an Apple's operating system program, then that program is an expression of the idea and hence copyrightable. In essence, this inquiry is no different than that made to determine whether the expression and idea have merged, which has been stated to occur where there are no or few other ways of expressing a particular idea* ».

(58) Voy. de manière générale P. SAMUELSON, « Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine », *op. cit.*

(59) *Ibid.*, pp. 450-451.

(60) *Ibid.*, pp. 435-438.

(61) *Ibid.*, pp. 428-429.

la professeure Pamela Samuelson, d'un courant clairement minoritaire⁽⁶²⁾. Au terme d'un examen approfondi de cette jurisprudence, elle conclut au contraire que « [...] l'opinion qui prévaut actuellement, même si elle n'est pas universellement acceptée, est que la *merger* peut et doit être admise lorsqu'il existe quelques alternatives, quoique limitées, pour exprimer certaines idées, faits, ou fonctions » (notre traduction)⁽⁶³⁾.

C'est donc dans ce courant majoritaire que s'inscrit la CJUE. Dans son arrêt *Brompton*, elle est on ne peut plus claire sur ce point, spécialement lorsqu'elle indique que l'originalité sera exclue dans le cas où les contraintes « [...] n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative ou une place à ce point limitée que l'idée et son expression se confondent »⁽⁶⁴⁾.

Aux États-Unis, cette conception plus large de la *merger doctrine* trouve son origine dans un arrêt de la Cour d'appel du 1st Circuit dans l'affaire *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, dans lequel elle a estimé que :

« Lorsqu'un sujet non susceptible de protection par le droit d'auteur est très étroit, de sorte qu'il implique nécessairement pour être exprimé, si pas une seule forme, au mieux un nombre limité de formes, alors admettre la protection du droit d'auteur dans ce cas signifierait qu'une ou plusieurs parties, en obtenant la protection du droit d'auteur pour ces quelques formes, pourraient épuiser toutes les possibilités d'utilisation future dudit sujet. Dans de telles circonstances, il n'est pas exact de dire que toute forme d'expression découle du sujet. Par contre, il est nécessaire de dire que le sujet ferait l'objet d'une appropriation si l'on venait à admettre la protection du droit d'auteur pour ces quelques formes d'expression. Nous ne pouvons pas cautionner que le droit d'auteur constitue une partie d'échecs dans laquelle le public peut être mis échec et mat » (notre traduction)⁽⁶⁵⁾.

On comprend ainsi que cette extension de la *merger doctrine* est justifiée par l'objectif d'intérêt général poursuivi par ladite doctrine, lequel serait mis en

(62) *Ibid.*, pp. 425-426.

(63) *Ibid.*, p. 426 : « [...] the now prevalent, event if not universally accepted, view is that merger can and should be found when there are some, albeit a limited number, of alternative ways to express certain ideas, facts, of functions ».

(64) CJUE, *Brompton*, point 31 (nous soulignons).

(65) *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2^d 675, 678-679 (1st Cir. 1967) : « When the uncopyrightable subject matter is very narrow, so that "the topic necessarily requires", if not only one form of expression, at best only a limited number, to permit copyrighting would mean that a party or parties, by copyrighting a mere handful of forms, could exhaust all possibilities of future use of the substance. In such circumstances it does not seem accurate to say that any particular form of expression comes from the subject matter. However, it is necessary to say that the subject matter would be appropriated by permitting the copyrighting of its expression. We cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated ».

échec si elle était appliquée strictement. En effet, afin d'éviter qu'une idée puisse être monopolisée, il convient non seulement de refuser la protection par le droit d'auteur de sa seule expression possible, mais également des quelques autres expressions envisageables, lorsqu'elles sont en nombre limité. Cette conception large est en effet seule à même d'assurer « [...] la préservation de l'équilibre entre concurrence et protection reflété dans les législations sur les brevets et le droit d'auteur » (notre traduction)⁽⁶⁶⁾, poursuivi par le principe de l'exclusion des idées de la protection du *copyright* et dont la *merger doctrine* est souvent vue comme un corollaire⁽⁶⁷⁾.

Ce type d'approche téléologique est parfaitement en phase avec les méthodes d'interprétation classiques employées par la CJUE. Des mots même de son Président (et de son référendaire), «[a]ucune méthode d'interprétation ne caractérise plus l'analyse de la Cour que la méthode téléologique »⁽⁶⁸⁾. Et c'est précisément dans le principe de l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur⁽⁶⁹⁾, eu égard aux conséquences dommageables qu'un monopole sur celles-ci aurait sur le « progrès technique » et le « développement industriel » et donc à l'objectif poursuivi par celui-ci, que la CJEU trouve le fondement juridique de cette *merger doctrine* européenne.

À l'instar de ce qui a cours aux États-Unis, c'est donc la volonté de mettre en balance divers intérêts qui paraît guider l'interprétation de la CJUE dans cet arrêt *Brompton*, dans le cadre de la méthode téléologique. Ceci apparaît d'autant plus lorsque l'on a égard en outre à la méthode systématique qui, dans l'approche de la CJUE, va souvent de pair avec la méthode téléologique pour dégager et clarifier l'objectif d'une disposition du droit de l'Union⁽⁷⁰⁾. Car ici, le recours par la CJUE à la méthode systématique ne fait aucun doute. Et l'examen de sa mise en œuvre permet de préciser l'exercice de mise en

(66) Voy. not. *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2^d 738, 742 (9th Cir. 1971); *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2^d 1240, 1253 (3rd Cir. 1983) : « [...] *the preservation of the balance between competition and protection reflected in the patent and copyright laws* ». De manière plus générale, ainsi que l'indique Pamela Samuelson, «[t]he merger doctrine in U.S. copyright law performs a significant number of important functions. Foremost among them has been preservation of opportunities for meaningful competition. Burt merger has taken on several other functions within U.S. copyright law as well ["Promoting competition", "Promoting Access to Information", "Promoting Freedom of Expression", "Recognizing Constraints Imposed by Laws or Rules", "Avoiding Needless Variation and Enabling Efficiency and Standardization"]», voy. P. SAMUELSON, « Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine », *op. cit.*, pp. 459-467.

(67) P. SAMUELSON, « Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine », *op. cit.*, p. 451.

(68) K. LENAERTS et J. A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 54, n° 55.

(69) Le principe est notamment exprimé à l'article 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, auquel l'Union européenne est partie.

(70) K. LENAERTS et J. A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 55, n° 58.

balance auquel devra se livrer le juge de renvoi à qui il revient, pour rappel, d'apprécier l'originalité et donc de mettre en œuvre *in concreto* cette *merger doctrine* européenne.

D. Comparaison avec *DOCERAM* : la mise en balance comme *ratio legis*

D'aucuns auront remarqué que, depuis quelques années, la CJUE transporte certains concepts d'un droit de propriété intellectuelle à un autre⁽⁷¹⁾. Si pareil transport relèvera pour certains de l'hérésie, il nous paraît qu'il doit être approuvé dans son principe puisqu'il peut se revendiquer de l'« économie générale »⁽⁷²⁾ de la matière. En effet, dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle répondent à des logiques et poursuivent des fins différentes, il est communément admis que la protection offerte par ces différents droits peut s'appliquer cumulativement à un même objet⁽⁷³⁾ ⁽⁷⁴⁾. Il en va ainsi spécialement de la forme d'un produit qui, pour peu qu'elle satisfasse aux conditions propres à chacun de ces régimes, peut bénéficier de la protection du droit des marques, du droit des dessins et modèles, du droit d'auteur, voire du droit des brevets. Mais afin de préserver la cohérence d'ensemble de la matière, il convient d'articuler harmonieusement les régimes spécifiques entre eux ce qui pourrait, dans certains cas, justifier l'analogie entre différents droits de propriété intellectuelle.

Dans la jurisprudence récente de la CJUE, c'est indéniablement à propos de l'exclusion/limitation de la protection des différents droits de propriété intellectuelle pour les formes techniques⁽⁷⁵⁾ que s'illustre cette tentative d'articulation

(71) Voy. not. E. DERCLAYE, "Right and wrong analogies : the CJEU's use of trade mark concepts in copyright and design law", *E.I.P.R.*, 42(2), 2020, pp. 78-83.

(72) Laquelle fait précisément le lien entre les méthodes téléologique et systématique, voy. K. LENAERTS et J. A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 55, n° 58.

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

(74) On relèvera l'ambiguïté qui peut entourer l'emploi du terme « objet » dans le domaine de la propriété intellectuelle, puisqu'il pourra tantôt viser l'objet « physique », tantôt l'objet « immatériel » (l'œuvre, l'aspect d'un produit, le signe ou l'invention) qui est à proprement parler l'objet de la propriété intellectuelle. Ici, l'on entend évidemment l'objet « immatériel ».

(75) On trouve par ailleurs une autre illustration de cette recherche dans le cadre de l'interprétation du motif absolu d'exclusion du droit des marques pour la « forme, ou une autre caractéristique du produit, qui donne une valeur substantielle au produit », visé aux articles 4(1)(e)(iii) de la directive (UE) 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques et 7(1)(e)(iii) du règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne. Voy. spéc. CJUE, 23 avril 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. c. Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19, EU:C:2020:296; CJUE, 14 mars 2019, *Textilis Lts et Ozgur Keskin c. Svenskt Tenn AB*, C-21/18, EU:C:2019:199; CJUE, 18 septembre

harmonieuse. Et c'est précisément cette jurisprudence qui a, pour partie du moins, amené le tribunal de l'entreprise de Liège à saisir la CJUE à titre préjudiciel dans l'affaire commentée.

En effet, dans son arrêt *DOCERAM*⁽⁷⁶⁾ intervenu un peu plus tôt en matière de droit des dessins et modèles, la CJUE s'est prononcée sur l'interprétation qu'il convient de retenir de l'article 8(1) du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires, lequel dispose qu'«[u]n dessin ou modèle communautaire ne confère pas de droits sur les caractéristiques de l'apparence d'un produit qui sont exclusivement imposées par sa fonction technique». Aussi le tribunal de l'entreprise de Liège s'interrogeait-il si les enseignements de cet arrêt devaient être transposés dans le domaine du droit d'auteur⁽⁷⁷⁾.

À titre liminaire, relevons que le rapprochement entre cette limitation de la protection du droit des dessins et modèles et les conditions de la protection du droit d'auteur a été opéré dès l'origine, ainsi qu'il ressort du *Livre vert* de la Commission européenne *sur la protection juridique des dessins et modèles industriels*⁽⁷⁸⁾. Ceci n'est pas évidemment décisif, puisque le recours par la CJUE aux travaux préparatoires aux fins de son interprétation du droit dérivé joue un « [...] rôle auxiliaire par rapport aux autres méthodes d'interprétation [...] », sans toutefois que ce rôle ne puisse « [...] être qualifié de marginal [...] »⁽⁷⁹⁾. Toujours est-il qu'ici le rapprochement nous apparaît tout à fait fondé.

Dans *DOCERAM*, dans le cadre d'une interprétation téléologique de l'article 8(1) du règlement (CE) n° 6/2002 – dont la CJUE indique qu'il « [...]

2014, *Hauck GmbH & Co. KG c. Stokke A/S e.a.*, C-205/13, EU:C:2014:2233. Ainsi que l'indique l'avocat général M. SZPUNAR dans ses conclusions présentées le 14 mai 2014 dans cette dernière affaire (EU:C:2014:322, point 70), « [...] l'ensemble des manières d'interpréter l'article 3, paragraphe 1, sous e), troisième tiret, envisagées par la doctrine et la jurisprudence se fondent sur des prémisses téléologiques similaires. Ces considérations sont issues de la prémisse selon laquelle l'interdiction d'enregistrer des formes donnant une valeur substantielle au produit a pour objectif de tracer une limite entre la protection des marques et celle d'autres biens immatériels (protégés au titre du droit des dessins et modèles industriels ou du droit d'auteur). Il convient donc, pour l'interprétation de la disposition concernée, d'exclure le cas dans lequel le droit des marques serait exclusivement utilisé pour atteindre les objectifs que visent d'autres droits de propriété intellectuelle ».

(76) CJUE, 8 mars 2018, *DOCERAM GmbH c. CeramTec GmbH*, C-395/16, EU:C:2018:172.

(77) CJUE, *Brompton*, point 18.

(78) *Green paper on the legal protection of industrial designs*, III/F/5131/91, June 1991, Brussels, p. 60, point 5.4.6.2 : « *If a technical effect can be achieved only by a given form, the design cannot be protected. On the other hand, if the designer has a choice among various forms in order to arrive at the technical effect, the features in question can be protected. Understood in this way the exclusion from protection corresponds exactly to the idea/expression dichotomy of copyright law. What is meant in reality is that if there is no choice when designing a product with a given effect, there is no personal creativity displayed and consequently nothing to protect – at least under copyright or design law [...]* » (nous soulignons).

(79) K. LENAERTS et J. A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 53, n° 54.

visé à empêcher que l'innovation technologique soit entravée au moyen de la protection des caractéristiques de l'apparence imposées exclusivement par la fonction technique d'un produit »⁽⁸⁰⁾ –, la CJUE estime que :

« [...] si la seule existence de dessins ou modèles alternatifs permettant de réaliser la même fonction que celle du produit concerné était suffisante pour écarter l'application de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 6/2002, il ne pourrait être exclu qu'un opérateur économique fasse enregistrer, en tant que dessin ou modèle communautaire, plusieurs formes concevables d'un produit incorporant des caractéristiques de l'apparence de celui-ci qui sont exclusivement imposées par sa fonction technique. Cela permettrait à un tel opérateur de bénéficier, à l'égard d'un tel produit, d'une protection en pratique exclusive et équivalente à celle offerte par un brevet, sans être soumis aux conditions qui sont applicables à l'obtention de ce dernier, et serait de nature à empêcher les concurrents d'offrir un produit incorporant certaines caractéristiques fonctionnelles ou limiterait les solutions techniques possibles et priverait ainsi ledit article 8, paragraphe 1, de son effet utile »⁽⁸¹⁾.

La parenté avec l'affaire *Morrissey v. Procter & Gamble Co.* précitée⁽⁸²⁾ est évidente et on voit ici très clairement exprimée, au fondement de l'exclusion du critère de la multiplicité des formes, la poursuite d'une mise en balance entre, d'une part, la protection du droit des dessins et modèles, et d'autre part, la liberté de concurrence s'agissant des formes imposées par techniques.

Les conclusions de l'avocat général H. Saugmandsgaard Øe⁽⁸³⁾ dans cette affaire permettent d'ailleurs d'éclairer la nature de cette balance de deux manières, relevant respectivement des approches téléologique et systématique. Premièrement, il apparaît de toute évidence que pour l'avocat général, cette mise en balance traduit un choix politique du législateur. Ainsi qu'il le souligne :

« [l]a recherche d'un équilibre entre la protection de l'innovation et de la créativité, d'une part, et la sauvegarde d'une concurrence équitable et profitable à l'ensemble des entreprises communautaires, d'autre part, a effectivement constitué l'une des préoccupations du législateur »⁽⁸⁴⁾.

Deuxièmement, il apparaît clair également que cette mise en balance est selon lui justifiée au titre de l'articulation harmonieuse entre les différents droits de propriété intellectuelle. Dans ce cadre, une limitation à la liberté de

(80) CJUE, *DOCERAM*, point 29.

(81) *Ibid.*, point 30.

(82) Voy. *supra*, note 65.

(83) Concl. présentées le 19 octobre 2017, EU:C:2017:779.

(84) Concl. av. gén. SAUGMANDSGAARD ØE, *DOCERAM*, point 38.

concurrence s'agissant des formes imposées par la technique ne pourrait intervenir que dans les conditions plus strictes du droit des brevets⁽⁸⁵⁾.

Ce souci de cohérence entre les différents droits de propriété intellectuelle est d'autant plus évident que l'avocat général le revendique expressément⁽⁸⁶⁾, appuyant son raisonnement sur la jurisprudence de la CJUE en droit des marques. Dans le cadre de celui-ci, il existe en effet un motif absolu d'exclusion pour la « forme, ou une autre caractéristique du produit, nécessaire à l'obtention d'un résultat technique »⁽⁸⁷⁾, dont on sait depuis un arrêt *Philips*⁽⁸⁸⁾ qu'il ne peut y être échappé en démontrant l'existence d'une multiplicité de formes possibles.

Cette jurisprudence en matière de marques offre encore un autre élément d'éclairage. La CJUE et ses avocats généraux y soulignent en effet l'importance de la durée de protection du droit de propriété intellectuelle considéré. Ainsi dans son arrêt *Lego*, la CJUE souligne que :

« [...] dans le système des droits de propriété intellectuelle tel que développé dans l'Union, les solutions techniques sont seulement susceptibles d'une protection de durée limitée, de sorte qu'elles puissent être librement utilisées par la suite par l'ensemble des opérateurs économiques [...] »⁽⁸⁹⁾.

Le souci est donc « [...] d'éviter que le droit exclusif et permanent que confère une marque puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits que le législateur de l'Union a voulu soumettre à des délais de péremption »⁽⁹⁰⁾. Eu égard à la durée relativement limitée de la protection des dessins et modèles (25 ans maximum en cas d'enregistrement) – laquelle ne diffère pas fondamentalement de celle du droit des brevets (20 ans maximum) –, on ne retrouve pas cette considération dans l'affaire *DOCERAM*. Mais si l'on est amené à raisonner sur pied du droit d'auteur, une considération de cet ordre

(85) Comp. *ibid.*, point 39.

(86) Concl. *ibid.*, point 43.

(87) Articles 4(1)(e)(ii) de la directive (UE) 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques et 7(1)(e)(ii) du règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne.

(88) CJUE, 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd*, C-299/99, EU:C:2002:377, points 81 à 84. Voy. égal. CJUE, 16 septembre 2015, *Société des Produits Nestlé SA c. Cadbury UK Ltd*, C-215/14, EU:C:2015:604, point 56; CJUE, 14 septembre 2010, *Lego Juris A/S c. OHMI*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, points 53 à 58.

(89) CJUE, 14 septembre 2010, *Lego Juris A/S c. OHMI*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, point 46.

(90) Voy. spéc. CJUE, 23 avril 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. c. Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19, EU:C:2020:296, point 27. Voy. égal. CJUE, 14 septembre 2010, *Lego Juris A/S c. OHMI*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, point 45. Voy. encore les concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 23 janvier 2001 dans l'affaire *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd*, C-299/99, EU:C:2001:52, point 30; concl. av. gén. M. WATHELET présentées le 11 juin 2015 dans l'affaire *Société des Produits Nestlé SA c. Cadbury UK Ltd*, C-215/14, EU:C:2015:395, points 61 et 69.

retrouve toute sa pertinence, car, si la protection n'est pas perpétuelle, elle n'en reste pas moins relativement longue (la vie de l'auteur + 70 ans)⁽⁹¹⁾.

Dans son arrêt *Brompton*, la CJUE ne dit pas expressément qu'elle entend fonder son interprétation de la condition d'originalité sur l'idée d'une mise en balance du même ordre. Mais comment pourrait-il seulement en aller autrement ? Outre que la CJUE recourt à la *merger doctrine* – dont on a vu qu'en droit américain qu'elle repose effectivement sur cette idée de mise en balance –, son avocat général a très clairement énoncé qu'il estimait utile et opportun d'appliquer en droit d'auteur, par analogie, des considérations tirées de la jurisprudence précitée⁽⁹²⁾. Le tout au visa d'observations liminaires relatives à l'importance de tenir compte des équilibres entre divers intérêts, recherchés par le législateur⁽⁹³⁾.

Alors, si effectivement au fondement de la notion d'originalité se trouve l'idée d'une mise en balance, comment celle-ci doit-elle s'opérer ? L'avocat général souligne que l'« [...] équilibre prudent – dont la conséquence pratique la plus immédiate est une durée de la protection plus courte pour l'inventeur ou le concepteur – se briserait si l'on étendait tout simplement la période de protection jusqu'à ce qu'elle égale les conditions généreuses propres au droit d'auteur [...] »⁽⁹⁴⁾.

Or, si l'on a égard au cumul possible entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles, il n'est à notre avis qu'une seule manière d'assurer le respect de cet « équilibre prudent », à savoir interpréter de manière bien plus rigoureuse les conditions de la protection dans le cadre du premier, par rapport au second. On se souviendra en effet que, suivant la description générale que l'on en donnait il y a un instant, l'équilibre est recherché entre, d'une part, la protection du droit des dessins et modèles, d'autre part, la liberté de concurrence s'agissant des formes imposées par techniques.

Or, et spécialement⁽⁹⁵⁾, dès lors que la durée de protection du droit d'auteur est bien plus longue que celle du droit des dessins et modèles⁽⁹⁶⁾, les conséquences de la protection du premier sur ladite liberté de concurrence sont bien plus importantes que dans le cadre du second. Il s'ensuit que les conditions d'accès à la protection du premier devraient être plus strictes que pour le second. Ceci est tout à fait logique, une logique que semble d'ailleurs partager l'avocat général M. Szpunar

(91) Comp. concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Brompton*, point 41.

(92) *Ibid.*, points 66 à 76.

(93) *Ibid.*, spéc. points 38 à 41 et 45.

(94) *Ibid.*, point 41.

(95) Pour une comparaison plus approfondie entre les régimes de droit d'auteur et de dessins et modèles à la lumière de leurs potentiels effet anti-concurrentiels, voy. E. DERCLAYE, « *Doceram, Cofemel and Brompton* : How does the current and future CJEU case law affect digital designs », *op. cit.*, pp. 12-13.

(96) Et plus encore s'il s'agit d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré (3 ans).

(nous y reviendrons *infra*⁽⁹⁷⁾). On relève également qu'en suivant raisonnement du même ordre, l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer estimait qu'il conviendrait de retenir une conception « plus sévère » du motif d'exclusion des formes techniques en droit des marques, par rapport au droit des dessins et modèles⁽⁹⁸⁾.

Pareille conception exigeante de l'originalité peut-elle trouver sa place dans le droit d'auteur de l'Union européenne ? Nous pensons l'avoir démontré par ailleurs (et ce de manière tout à fait générale, et non limitée au seul cas des œuvres des arts appliqués et/ou à l'hypothèse d'un cumul de protections)⁽⁹⁹⁾. Mais plus encore, un indice décisif nous paraît pouvoir être trouvé dans la jurisprudence récente de la CJUE, relative précisément au cumul de la protection du droit d'auteur et des dessins et modèles. Un indice qui, si l'on voit juste, est la marque d'un tournant décisif dans la conception européenne de l'originalité.

E. Comparaison avec *Cofemel* : le « juste équilibre » comme prospective

Dans son arrêt *Cofemel*⁽¹⁰⁰⁾, la CJUE a – sans aucun doute possible selon nous – énoncé tout simplement qu'un objet qui peut, pourrait ou aurait pu – sous réserve des limitations qui découlent du droit transitoire⁽¹⁰¹⁾ – bénéficier de la protection du droit des dessins et modèles, ne peut prétendre à la protection du droit d'auteur au titre de la directive 2001/29/CE que pour autant qu'il constitue une « œuvre (protégée) » au sens de ladite directive et donc qui satisfait aux conditions d'« expression » et d'« originalité », telles qu'interprétées par la CJUE.

(97) Concl. av. gén. M. SZPUNAR présentées le 2 mai 2019 dans l'affaire *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:363, spéc. point 52 (reproduit *in extenso infra*, note 134).

(98) Concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 23 janvier 2001 dans l'affaire *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd*, C-299/99, EU:C:2001:52, points 36 et 38: «36. Il est logique que la barre au-dessus de laquelle on constate l'existence d'un motif d'exclusion d'une forme fonctionnelle soit placée plus haut pour les modèles que pour les marques : la nature et la portée de la protection des uns et des autres sont totalement différentes. [...] 38. En deuxième lieu, alors que la marque jouit d'une protection illimitée dans le temps, les droits sur les modèles - comme ceux sur les brevets - ont une vocation temporaire. De ce point de vue également, il est approprié d'utiliser, pour exclure l'enregistrement comme marques de formes fonctionnelles et ornementales, un critère plus sévère que celui qui doit être employé pour classer les modèles et les brevets ».

(99) J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.*

(100) CJUE, 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721.

(101) Voy. à ce propos CJUE, 27 janvier 2011, *Flos SpA c. Semeraro Casa e Famiglia SpA*, C-168/09, EU:C:2011:29; CJUE, 9 septembre 2011, *Cassina c. Alivar Srl et Galliani Host Arredamenti Srl*, C-198/10, EU:C:2011:570; CJUE, 20 octobre 2016, *Montis Design BV c. Goossens Meubelen BV*, C-169/15, EU:C:2016:790.

De manière surprenante, les commentateurs de cet arrêt⁽¹⁰²⁾ n'ont fait absolument aucun cas de la référence faite par la CJUE à l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte DFUE). Entamant sa réponse à la question de savoir si « [...] des modèles sont, de manière générale, qualifiables d'œuvres », au sens de la directive 2001/29 »⁽¹⁰³⁾, la CJUE a en effet souligné qu' :

« [à] cet égard, il convient de relever, d'emblée, que, en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la propriété intellectuelle est protégée.

Il découle du libellé de cette disposition que les objets constituant une propriété intellectuelle bénéficient d'une protection au titre du droit de l'Union. En revanche, il n'en résulte pas que de tels objets ou catégories d'objets doivent tous bénéficier d'une protection identique »⁽¹⁰⁴⁾.

Considérée de manière isolée dans le cadre de l'arrêt, cette référence à l'article 17(2) de la Charte DFUE peut sembler sans conséquence. Mais lorsqu'elle est mise en lien avec l'ensemble de la jurisprudence de la CJUE ces dernières années dans le domaine du droit d'auteur, elle n'a plus rien d'anodin. Au contraire, elle vient donner corps à cette mise en balance que nous pensons déceler au fondement du critère de l'originalité.

En effet depuis un arrêt *Fransson*⁽¹⁰⁵⁾ de la CJUE, il est clair qu' :

« il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte ».

Et l'on savait déjà depuis un arrêt *Promusicae*⁽¹⁰⁶⁾ que lorsqu'il s'agit de concilier des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, la CJUE vérifie s'il existe un « juste équilibre » entre ceux-ci.

(102) P. LEDUC et N. BERTHOLD, « Arrêt Cofemel : La question du cumul entre dessins et modèles et droit d'auteur enfin harmonisée ? », *I.C.I.P.*, 2020, pp. 255-270 ; A. KUR, « Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences », *J.I.P.L.P.*, 15(4), 2020, pp. 290-300 ; M. MOUNCIF-MOUNGACHE, « La portée du cumul de protection précisée par la Cour de justice », *R.A.E.*, 2019, pp. 663-669 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Unité de l'art et définition de l'œuvre originale : la CJUE dissipe les incertitudes », *RTD Com.*, 2020, p. 54 ; H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », *A&M*, 2018-2019, pp. 481-489.

(103) CJUE, *Cofemel*, point 37.

(104) *Ibid.*, points 38-39.

(105) CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280, point 21.

(106) CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, C-275/06, EU:C:2008:54, spéc. points 61 à 70.

Plus encore, depuis *GS Media*⁽¹⁰⁷⁾ il est acquis que dans le cadre de la méthode téléologique, le maintien d'un « juste équilibre » entre droits fondamentaux (ainsi que l'intérêt général) doit guider l'interprétation de la directive 2001/29/CE. La CJUE est allée encore un pas plus loin dans son triptyque *Spiegel Online*⁽¹⁰⁸⁾/*Funke Medien*⁽¹⁰⁹⁾/*Pelham*⁽¹¹⁰⁾ en soulignant que :

« les mécanismes permettant de trouver un équilibre entre ces différents droits et intérêts sont inscrits dans la directive 2001/29 elle-même, en ce qu'elle prévoit notamment, d'une part, à ses articles 2 à 4, les droits exclusifs des titulaires de droits et, d'autre part, à son article 5, les exceptions et limitations à ces droits [...] ».

Or, dans l'approche suivie par la CJUE dans *Infopaq*⁽¹¹¹⁾, la condition d'originalité a été précisément dégagée au départ d'une interprétation dudit droit de reproduction ce qui, à suivre la logique que nous esquissons ici, implique qu'elle est pareillement un instrument permettant d'assurer ce « juste équilibre ». Aussi, dès lors que sa mise en œuvre concrète relève toujours de l'office du juge national, ce dernier devrait appliquer celle-ci à la lumière de ce critère. D'ailleurs, dans *Deckmyn*⁽¹¹²⁾ à propos de l'exception

(107) CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, C-160/15, EU:C:2016:644, point 31: « [...] il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la "Charte"), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général ». Voy. égal. CJUE, 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, point 41; CJUE, 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*, C-516/17, EU:C:2019:625, point 42; CJUE, 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2019:623, point 57; CJUE, 29 juillet 2019, *Pelham GmbH e.a. c. Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, EU:C:2019:624, point 59.

(108) CJUE, 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*, C-516/17, EU:C:2019:625, point 43.

(109) CJUE, 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2019:623, point 58.

(110) CJUE, 29 juillet 2019, *Pelham GmbH e.a. c. Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, EU:C:2019:624, point 60.

(111) CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465, points 33-39.

(112) CJUE, 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, EU:C:2014:2132, point 32: « Il appartient, par conséquent, à la juridiction de renvoi d'apprécier, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire au principal, si l'application de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, à supposer que le dessin en cause au principal réponde aux caractéristiques essentielles énoncées au point 20 du présent arrêt, respecte le juste équilibre auquel il est fait référence au point 27 de cet arrêt ».

de parodie – qui, comme l’originalité, constitue une « notion autonome et uniforme du droit de l’Union » –, la CJUE a énoncé de manière explicite que l’obligation de rechercher ce « juste équilibre » s’imposait *in concreto* à la juridiction nationale.

Le raisonnement proposé ici se trouve encore conforté par un récent arrêt de la CJUE à propos de la contrariété aux bonnes mœurs du signe verbal « Fack Ju Göthe », dans lequel elle a clairement mobilisé la Charte DFUE au stade de l’accès à la protection d’un droit de propriété intellectuelle (en l’occurrence le droit des marques)⁽¹¹³⁾. L’on relève au passage que dans ses conclusions (suivies par la CJUE), l’avocat général M. Bobek a apporté une réponse cinglante à l’argument légaliste que certains seront tentés d’invoquer :

« la thèse de l’EUIPO, selon laquelle les droits fondamentaux et leur mise en balance ont déjà été pris en compte par le législateur de l’Union dans le libellé de l’article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009, est difficilement défendable. Il n’est nulle indication d’aucune sorte sur la manière dont une telle balance devrait exactement être établie dans des cas individuels. Compte tenu des droits aux multiples facettes et des intérêts en jeu, prétendre que cette question a déjà été convenablement résolue en inscrivant les notions d’“ordre public” et de “bonnes mœurs” dans le libellé de l’article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009 est tout simplement intenable »⁽¹¹⁴⁾.

Aussi, lorsque la CJUE dans *Cofemel* ouvre sa réflexion sur l’objet de la protection du droit d’auteur au visa de l’article 17 de la Charte DFUE, elle invite à penser celui-ci à la lumière de ce critère du « juste équilibre ». Et si l’on traduit en ces termes la mise en balance que l’on croit déceler dans l’interprétation du critère de l’originalité proposée par la CJUE dans l’arrêt *Brompton*, il appartiendrait alors au juge de renvoi d’appliquer le critère des « choix libres et créatifs » en cherchant à assurer un juste équilibre entre, d’une part, la protection du droit d’auteur garantie à l’article 17(2) de la Charte DFUE, et, d’autre part, et la liberté de concurrence s’agissant des formes imposées par la technique, laquelle est vraisemblablement garantie au titre de la liberté

(113) CJUE, 27 février 2020, *Constantin Film Produktion GmbH c. EUIPO*, C-240/18 P, EU:C:2020:118, point 56: « [...] contrairement à ce que constate le Tribunal au point 29 de l’arrêt attaqué, aux termes duquel “il existe, dans le domaine de l’art, de la culture et de la littérature, un souci constant de préserver la liberté d’expression qui n’existe pas dans le domaine des marques”, la liberté d’expression, consacrée à l’article 11 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, doit, ainsi que l’a reconnu l’EUIPO lors de l’audience et comme l’a exposé M. l’avocat général aux points 47 à 57 de ses conclusions, être prise en compte lors de l’application de l’article 7, paragraphe 1, sous f), du règlement n° 207/2009 ».

(114) Concl. av. gén. M. BOBEK présentées le 2 juillet 2019, EU:C:2019:553, point 53.

d'entreprise visée à l'article 16 de la Charte DFUE⁽¹¹⁵⁾ ⁽¹¹⁶⁾. Et toujours en suivant cette logique, il est possible d'extrapoler, au-delà du cas des formes imposées par la technique, à des hypothèses d'expressions d'informations ou

(115) Suivant la CJUE, la liberté d'entreprise « [...] comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose [...] » (CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12, EU:C:2014:192, point 49) ainsi que « [...] la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre [...] » (CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, EU:C:2013:28, point 42). Cette dernière référence à la « concurrence libre » doit s'entendre au sens de l'article 119(1) et (3) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, voy. l'« Explication ad article 16 » des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *J.O.U.E.*, 14 décembre 2007, C 303/17.

(116) L'étude des rapports entre la liberté de concurrence et la liberté d'entreprise au sens de l'article 16 de la Charte DFUE dépasse le cadre limité de la présente contribution, et il n'est donc pas certain quelle place est accordée à la première au titre de la seconde. Il nous paraît toutefois important de souligner ici deux éléments au soutien de notre propos. Premièrement, on relève que l'article 16 de la Charte DFUE, dans sa composante « liberté d'exercer une activité économique ou commerciale », a été mobilisée à plusieurs reprises par la CJUE dans le cadre de sa jurisprudence relative au « juste équilibre » en droit d'auteur pour venir limiter quelque peu la portée de ce dernier, s'agissant sa mise en œuvre à l'encontre d'intermédiaires sur Internet (voy. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, EU:C:2011:771, points 46 à 49; CJUE, 16 février 2012, *SABAM c. Netlog NV*, C-360/10, EU:C:2012:85, points 44 à 47; CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12, EU:C:2014:192, points 48 à 54; CJUE, 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, C-484/14, EU:C:2016:689, points 88-101). A priori, rien n'exclut que la CJUE fasse de même s'agissant de la composante « concurrence libre » de cette même liberté d'entreprise. Deuxièmement, on relève que dans une affaire *Huawei*, la CJUE a limité les possibilités pour le titulaire d'un brevet essentiel à une norme, dans certaines circonstances, de mettre en œuvre son droit de propriété intellectuelle, ce afin « [...] de mettre en balance, d'une part, la préservation du libre jeu de la concurrence au titre duquel le droit primaire et notamment l'article 102 TFUE prohibent les abus de position dominante et, d'autre part, la nécessaire garantie des droits de propriété intellectuelle de ce titulaire et de son droit à une protection juridictionnelle effective, garantis, respectivement, par les articles 17, paragraphe 2, et 47 de la Charte » (CJUE, 16 juillet 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, EU:C:2015:477, point 42) (cette limitation prend concrètement la forme d'un encadrement procédural de l'action en contrefaçon qui vise précisément à « [...] garantir un juste équilibre des intérêts concernés » (point 55)). Si le raisonnement de la CJUE est déployé uniquement au visa de l'article 102 TFUE, l'avocat général WATHELET avait pour sa part articulé son raisonnement à la fois sur le fondement de cette disposition et de l'article 16 de la Charte DFUE. Spécialement, il a souligné « [...] qu'une réponse aux questions posées par la juridiction de renvoi exige, à la lumière du droit de la concurrence, une mise en balance entre, d'une part, le droit de propriété intellectuelle et le droit au juge du détenteur d'un BEN (*Huawei*) et, d'autre part, la liberté d'entreprise dont bénéficient, en vertu de l'article 16 de la Charte, les opérateurs économiques, tels que les entreprises qui mettent en œuvre la norme LTE (*ZTE*). En effet, l'adoption d'une injonction visée par une action en cessation restreint considérablement cette liberté et est, par conséquent, susceptible de fausser la concurrence » (Concl. av. gén. M. WATHELET présentées le 20 novembre 2014, EU:C:2014:2391, point 59). À suivre la logique de l'avocat général WATHELET, dans un cas où les dispositions du droit primaire en matière de concurrence n'auraient pas vocation à s'appliquer, il ne nous paraîtrait pas exclu que l'article 16 de la Charte DFUE puisse être mobilisé de manière autonome pour assurer que l'objectif d'une concurrence libre et non faussée soit atteint, ce dans le cadre d'une interprétation du droit dérivé en matière de propriété intellectuelle, interprétation qui assurerait un « juste équilibre » entre la liberté d'entreprise garantie par cette disposition et la propriété intellectuelle garantie par l'article 17(2) de la Charte DFUE.

de formes plus créatives, substituant à l'article 16 les articles 11 relatif à la liberté d'expression et d'information⁽¹¹⁷⁾ ou 13 relatif à la liberté des arts.

Probablement, pareille analyse – qui, selon nous, s'impose en droit positif – amènerait à revisiter le « bestiaire du droit d'auteur »⁽¹¹⁸⁾ composé de toutes sortes de pinces pour trier la ferraille⁽¹¹⁹⁾, lavabos⁽¹²⁰⁾, modes d'emploi⁽¹²¹⁾, conditions générales⁽¹²²⁾, biberons⁽¹²³⁾, pièces de carrosserie de voiture⁽¹²⁴⁾, emballages de produits pharmaceutiques⁽¹²⁵⁾, gants de cuisine⁽¹²⁶⁾, et autres photographies de pièces de monnaie⁽¹²⁷⁾, d'appareils de redressage de carrosserie⁽¹²⁸⁾, de croquettes de fromage⁽¹²⁹⁾, de semi-remorque⁽¹³⁰⁾, etc. Car oui, nous sommes clairement d'avis que bon nombre de ces créations n'ont tout simplement pas leur place en droit d'auteur. Non par ostracisme à l'égard de tel ou tel type de création, mais bien parce qu'une analyse des conséquences systémiques d'un niveau faible d'originalité nous a persuadé de son caractère inopportun et de son incompatibilité avec les droits fondamentaux. Spécialement pour ce qui concerne les œuvres des arts appliqués, il nous semble d'ailleurs que pareille révision à la hausse du seuil de l'originalité serait de nature à répondre à bien des maux que l'on impute à un cumul trop facile des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles⁽¹³¹⁾.

(117) Ceci nous paraît d'autant plus évident lorsque l'on a égard à la référence à la *merger doctrine* dans l'arrêt *Funke Medien*, voy. *supra*, note 55.

(118) Voy. notre critique et notre plaidoyer en ce sens, J. CABAY, « Mort ou résurrection de l'auteur ? À propos de l'intelligence artificielle et de la propriété intellectuelle », *Rev. Dr. ULg*, 2019, pp. 179-190.

(119) Civ. Courtrai (cess.), 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153.

(120) Anvers, 19 janvier 2004, *I.R.D.I.*, 2004, p. 246.

(121) Bruxelles, 10 octobre 1997, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 1997, p. 737, note A. STROWEL, *DA/OR*, 1998/46, p. 64 ; Bruxelles, 28 janvier 1997, *A&M*, 1907, p. 262, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 1997, p. 655, *Pas.*, 1996, II, p. 7 ; Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 68.

(122) Bruxelles, 16 janvier 2013, *Ann. Prat. Marché*, 2013, p. 531, note J. LAFFINEUR ; Anvers, 5 février 2007, *A&M*, 2007, p. 352, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 2007, p. 406, note V. PEDE.

(123) Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403.

(124) Mons, 7 mars 2011, *A&M*, 2011, p. 517, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226.

(125) Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 291 ; Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 311.

(126) Gand, 17 décembre 2012, *Ann. Prat. Marché*, 2012, p. 951, *DA/OR*, 2014, p. 154.

(127) Bruxelles, 22 décembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 887, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1001.

(128) Bruxelles, 29 mars 1991, *R.W.*, 1991-92, p. 814, note D. VOORHOOF.

(129) Civ. Bruxelles, 21 novembre 2003, *A&M*, 2004, p. 156.

(130) Bruxelles, 5 avril 2011, *Ann. Prat. Comm.*, 2011, p. 877, *DA/OR*, 2012, p. 119, note M.-C. JANSSENS.

(131) Ces divers maux sont résumés dans les concl. av. Gén. M. SZPUNAR présentées le 2 mai 2019 dans l'affaire *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:363, point 52 (reproduit *in extenso infra*, note 134). Il semble d'ailleurs que l'avocat général partage notre opinion ci-dessus, voy. le point 54 de ses conclusions : « Il me semble pourtant qu'une application rigoureuse du droit d'auteur par les juridictions nationales serait susceptible de remédier dans une large mesure aux inconvénients résultant du cumul de ce type de protection avec la protection sui generis des dessins et modèles. [...] ». Dans la doctrine, certains se montrent particulièrement concernés par ces divers maux,

Et en définitive, la CJUE dit-elle autre chose dans *Cofemel* lorsque, ponctuant son raisonnement relatif à la possibilité du cumul, elle conclut en termes généraux que :

« (...) comme M. l’avocat général l’a également relevé au point 52 de ses conclusions, l’octroi d’une protection, au titre du droit d’auteur, à un objet protégé en tant que dessin ou modèle ne saurait aboutir à ce qu’il soit porté atteinte aux finalités et à l’effectivité respectives de ces deux protections.

Il en découle que, bien que la protection des dessins et modèles et la protection associée au droit d’auteur puissent, en vertu du droit de l’Union, être accordée de façon cumulative à un même objet, ce cumul ne saurait être envisagé que dans certaines situations »^{(132)?}

Les « certaines situations » visées par la CJUE sont indéniablement celles où le modèle satisfait cette condition européenne de l’originalité, entendue comme la « création intellectuelle propre à son auteur ». Mais peut-être faut-il comprendre de ce passage que pour la CJUE, il apparaît désormais que cette condition ne doit pas être aisément remplie⁽¹³³⁾. D’ailleurs au point 52 des conclusions de son avocat général M. Szpunar auquel renvoie la CJUE, celui-ci critiquait précisément le fait qu’un objet puisse accéder trop facilement à la protection du droit d’auteur⁽¹³⁴⁾, une position qu’il avait déjà exprimée auparavant dans l’affaire *Funke Medien*, précisément dans un contexte où les droits fondamentaux présentaient un enjeu majeur⁽¹³⁵⁾. D’autres ont relevé

voy. spéc. E. DERCLAYE, « *Doceram, Cofemel and Brompton* : How does the current and future CJEU case law affect digital designs », *op. cit.*, pp. 11-14. D’autres semblent s’en accommoder, voy. spéc. H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », *op. cit.*, p. 486. D’autres encore doutent de leur matérialité, voy. spéc. A. KUR, « *Unité de l’art* is here to stay – *Cofemel* and its consequences », *op. cit.*, p. 296.

(132) CJUE, *Cofemel*, points 51-52.

(133) Comp. concl. av. gén. V. TRESTENJAK présentées le 12 avril 2011 dans l’affaire *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, EU:C:2011:239, point 124: « Les exigences auxquelles une photographie doit répondre, en vertu de l’article 6 de la directive 93/98 (de la directive 2006/116), pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d’auteur, ne sont donc pas particulièrement élevées [...] ».

(134) Concl. av. gén. M. SZPUNAR présentées le 2 mai 2019 dans l’affaire *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:363, point 52: « Cependant, s’il est trop facile d’obtenir, pour le même objet, la protection par le droit d’auteur, qui est affranchie de toute formalité, qui s’applique dès la création de l’objet et sans condition de nouveauté et dont la durée est pratiquement infinie au regard de l’utilité d’un dessin ou modèle pour son propriétaire, on risque de voir le régime du droit d’auteur évincer le régime *sui generis* destiné aux dessins et modèles. Or cette éviction aurait plusieurs effets négatifs : la dévaluation du droit d’auteur, sollicité pour protéger des créations en fait banales, l’entrave à la concurrence du fait de la durée excessive de la protection ou encore l’insécurité juridique, en ce que les concurrents ne sont pas en mesure de prévoir si un dessin ou modèle dont la protection *sui generis* a expiré n’est pas également protégé par le droit d’auteur ».

(135) Comp. concl. av. gén. M. SZPUNAR présentées le 25 octobre 2018 dans l’affaire *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2018:870, points 14-22.

également cette approche très circonspecte de la CJUE et son avocat général à l'égard d'un accès aisé à la protection droit d'auteur et donc d'un cumul quasi-total avec la protection des dessins et modèles qui en découlerait⁽¹³⁶⁾. D'aucuns ont même suggéré qu'ils auront probablement voulu éviter une application trop lâche du critère de l'originalité par la juridiction de renvoi, à craindre eu égard aux antécédents de la procédure⁽¹³⁷⁾.

Aussi l'arrêt *Brompton* augure-t-il peut-être une nouvelle ère où, au-delà du choix « libre », nécessaire, mais non suffisant, les juridictions de renvoi seront désormais appelées par la CJUE à procéder à une analyse exigeante du choix « créatif », encadrée par cet impératif que soit assuré un « juste équilibre » entre les divers intérêts protégés par les droits fondamentaux en présence. Telle est la thèse⁽¹³⁸⁾ que nous avons défendue il y a quelques années déjà, avec les raffinements que l'espace limité de la présente contribution ne permet pas. Elle nous paraît ici confortée, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE considérée dans son ensemble, et peut même se revendiquer des mots de son Président qui, commentant sa propre jurisprudence en matière de droit d'auteur pour commémorer les vingt ans de l'ancienne loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et sa codification dans le nouveau Code de droit économique, soulignait déjà que « la façon dont un conflit entre droits fondamentaux est résolu *in concreto* n'incombe pas au droit de l'Union, mais au droit national [...] »⁽¹³⁹⁾.

F. Conclusion pratique : la recherche du « juste équilibre » au stade de la protection et/ou de la contrefaçon

Ces considérations théoriques en auront décontenancé plus d'un et le lecteur praticien, avocat ou magistrat, s'interroge probablement sur la manière dont il conviendrait de mettre en œuvre ce « juste équilibre ». Certes, la méthode

(136) Voy. not. H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », *op. cit.*, spéc. pp. 485-486.

(137) En ce sens A. KUR, « *Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences* », *op. cit.*, p. 293 : « [...] *being aware that the result of the appeal court applying the standard of “own intellectual creation” to the case at bar had been that the apparel was considered as protected under copyright, the CJEU – and even more so the Advocate General – felt a need to point out that such result was no matter of course. Both therefore declare that, while cumulation of design and copyright cannot be excluded, this is not intended to provide the general rule, but rather an exception applying in “certain cases”, with a rather clear subtext reading “but not in a case like this”.* »

(138) J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.*

(139) K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, FOSSOUL et M. LAMBRECHT (éds), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, p. 245.

doit encore être éprouvée. Pour autant, cela n'affecte aucunement la validité de son principe (qui, répétons-le, nous paraît s'imposer en droit positif). Certains magistrats s'y sont d'ailleurs déjà essayé, reprenant à leur compte notre proposition de procéder à une mise en balance des intérêts dans le cadre de l'examen des « choix créatifs »⁽¹⁴⁰⁾ ⁽¹⁴¹⁾. Alors certainement, dans sa mise en œuvre, il y aura des chutes, plus ou moins lourdes. Mais l'apprentissage de l'équilibre est à ce prix, car, il ne faut pas s'en cacher, l'équilibre est quelque chose que l'on sent bien plus que quelque chose que l'on sait.

Ceci peut paraître insatisfaisant et l'on comprend d'ailleurs que le tribunal de l'entreprise de Liège, par sa deuxième question, cherchait surtout à savoir quels éléments mobiliser concrètement dans son analyse de l'originalité. De ce côté, la réponse de la CJUE pourra paraître décevante, mais cela tient aux limites du contentieux préjudiciel. D'une part, la CJUE se prononce sur l'interprétation du droit de l'UE sur la base des faits qui lui sont soumis par la juridiction de renvoi⁽¹⁴²⁾. Des faits, par définition spécifiques au cas d'espèce et qui rendent difficile, voire inappropriée⁽¹⁴³⁾, la formulation de règles générales.

(140) Voy. tout récemment Trib. Entr. Gand, 22 octobre 2020, A/19/01407, disponible en ligne sur : IE-Forum (*IEFbe 3138*), <https://www.ie-forum.be/artikelen/schadevergoeding-wegens-foutief-beslag-en-roekeloos-geding> (dernière consultation : 26 novembre 2020) (« *Tenslotte kan met zekerheid tot het bestaan van auteursrechten worden besloten na een afweging van de belangen die aan de grondslag liggen van het criterium van de creative keuze ; daarom zal in een volgende stap moeten nagegaan worden of bij een toekenning dan wel afwijzing van auteursrechten de bescherming van de belangen van de auteur opwegen tegen het algemene belang van derden op vrije beschikking op het werk of de elementen ervan. Concreet dient de rechter na te gaan of de ingeroepen keuzes niet banaal zijn in de zin dat anderen al dan niet dezelfde keuzes zouden gemaakt hebben om hetzelfde uit te drukken* »). Le tribunal de l'entreprise de Gand renvoie à une jurisprudence précédente du tribunal de l'entreprise d'Anvers, laquelle endosse explicitement certaines propositions formulées dans notre thèse de doctorat, voy. Trib. Entr. Anvers, 2 novembre 2017, A/16/8494, disponible en ligne sur : IE-Forum (*IEFbe 2404*) <https://www.ie-forum.be/artikelen/auteursrechtelijke-bescherming-van-plegi-tas-slechts-de-techniek-van-plooibare-tas-is-bekend-uit-ee> (dernière consultation : 26 novembre 2020) (« *In een vierde stap zal daarom moeten worden nagegaan hoe bij het toekennen dan wel afwijzen van bescherming de belangen van de auteur op bescherming afwegen tegen het algemene belang van derden op vrije beschikking over het werk of de elementen ervan. Er zal met andere woorden moeten nagegaan of de ingeroepen vrije keuzes niet banaal zijn in de zin dat anderen dezelfde keuzes zou hebben gemaakt om het hetzelfde uit te drukken. Aan de orde is de vraag : is het waarschijnlijk dat een toekomstige auteur op onafhankelijke wijze een werk zou scheppen met dezelfde globale indruk ? De balans van de belangenbescherming weegt bij het negatief antwoord naar het voordeel van auteursrechtelijke bescherming, en bij een positief antwoord naar de belangen van derden bij de vrije beschikking over de elementen van het werk* »). Voy. égal. Trib. Entr. Anvers, 14 février 2019, *I.C.I.P.*, 2019, p. 138, *R.D.J.P.*, 2020, p. 29 ; Trib. Entr. Anvers, 18 janvier 2018, A/17/1092, inéd. ; Trib. Entr. Anvers, 2 novembre 2017, A/16/7026, inéd.

(141) Pour un résumé de cette proposition, voy. J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement : Lessons from the CJEU », in E. ROSATI (éd.), *Handbook on EU Copyright Law*, London, Routledge (à paraître 2021).

(142) Sur la répartition des compétences entre le juge national et la CJUE, voy. de manière générale G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 77 et s.

(143) Comp. concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Brompton*, point 99 : « [...] il ne serait pas approprié d'énumérer ces critères [d'appréciation de la relation d'exclusivité entre l'apparence du produit

D'autre part, le principe de l'autonomie procédurale des États membres, qui touche également la matière de la preuve – et le critère de la multiplicité des formes, appréhendé à travers la « preuve des alternatives », s'y rattache –, vient ici aussi limiter la compétence de la CJUE⁽¹⁴⁴⁾.

Alors concrètement, de quelles options dispose le juge de renvoi pour statuer dans cette affaire *Brompton* ? Il ne nous revient évidemment pas de nous prononcer s'agissant de la mise en œuvre *in concreto* de ce « juste équilibre ». *A fortiori* eu égard à la dimension éminemment technique des objets litigieux qui, dans le cadre de la procédure, aura certainement été éclairée par de savantes analyses dont nous ne disposons pas. Mais de manière générale, deux grandes voies s'ouvrent au tribunal de l'entreprise de Liège, à savoir faire prévaloir soit la protection du droit d'auteur (dans le cadre de sa protection au titre de l'article 17(2) de la Charte DFUE), soit la liberté de concurrence (dans le cadre de sa protection au titre de l'article 16 de la Charte DFUE).

Si le tribunal estime que le droit d'auteur doit ici l'emporter, alors il statuera en deux temps.

Premièrement, au stade de la protection, il constatera que le créateur du vélo *Brompton* a réalisé certains choix qui sont non seulement « libres » – ce qui est vraisemblablement le cas en l'espèce, dès lors qu'il existe une multiplicité des formes possibles pour parvenir au résultat technique recherché – mais également « créatifs »⁽¹⁴⁵⁾, conférant l'originalité au vélo *in abstracto*. Ledit vélo constituera alors une « œuvre (protégée) » au sens de la directive 2001/29/CE et bénéficiera à ce titre d'une protection qui n'est pas inférieure à celle garantie à toute autre œuvre au sens de la directive, et ce nonobstant le « degré de liberté créative dont a disposé son auteur »⁽¹⁴⁶⁾, par hypothèse limité eu égard aux contraintes techniques qui ont pesé sur ce dernier dans la conception du vélo.

Deuxièmement, il constatera *in concreto* que lesdits « choix libres et créatifs » ont été effectivement repris, car l'on sait depuis *Infopaq* que « [...] les différentes

et le résultat technique obtenu] dans l'abstrait, de manière exhaustive ou non, lorsque, en réalité, cette évaluation (de nature factuelle) est liée à un ensemble de circonstances qui sont difficiles à reconnaître a priori ».

(144) Sur le rapport entre le principe de l'autonomie procédurale et la preuve des conditions de la protection du droit d'auteur, voy. J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement : Lessons from the CJEU », *op. cit.*

(145) Pour une analyse approfondie à la lumière respectivement de la jurisprudence de la CJUE, de la jurisprudence belge (consacrée à la « banalité ») et à travers le prisme des droits fondamentaux, voy. J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.*, pp. 253-266, n^{os} 50-51, pp. 459-483, n^{os} 106-110, pp. 618-619, n^o 149.

(146) CJUE, 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721, point 35; CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, EU:C:2011:798, points 97 à 99.

parties d'une œuvre bénéficient ainsi d'une protection au titre de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à son auteur »⁽¹⁴⁷⁾. En effet, au-delà des ressemblances entre les vélos *Brompton* et *Chedech*, il existe des différences qui obligent à raisonner sur pied du droit de reproduction non pas « en tout », mais « en partie » au sens de ladite directive, de sorte qu'il revient au juge de vérifier que les éléments repris « [...] contien[nen]t un élément de l'œuvre qui, en tant que tel, exprime la création intellectuelle propre à l'auteur »⁽¹⁴⁸⁾.

Si le tribunal estime au contraire que la liberté de concurrence doit l'emporter, il pourra statuer soit en un temps, soit en deux temps.

Dans le cadre d'un raisonnement en un seul temps, entièrement déroulé au stade de la protection, une alternative s'offre à lui. Il peut soit constater que le vélo *Brompton* n'est le fruit d'aucun choix « libres et créatifs », soit que ces choix sont tout à fait accessoires compte tenu des contraintes fonctionnelles. La seconde branche de l'alternative est peu orthodoxe, mais elle pourrait se revendiquer de cette recherche du « juste équilibre »⁽¹⁴⁹⁾. Elle est d'ailleurs suggérée à la fois par un passage des conclusions de l'avocat général dans cette affaire⁽¹⁵⁰⁾, ainsi que par le sentiment qui se dégage de l'arrêt *Cofemel* suivant lequel le droit d'auteur serait accordé avec trop de légèreté aux modèles. Cette thèse rejoint d'ailleurs celle défendue en son temps par Mireille Buydens⁽¹⁵¹⁾,

(147) CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465, point 39.

(148) *Ibid.*, point 48.

(149) Par hypothèse, une restriction à la liberté d'entreprise (qui comprend la concurrence libre, voy. *supra*, note 115) des tiers qui découlerait de l'octroi d'une protection du droit d'auteur pour un objet qui n'est pas le fruit de « choix libres » serait disproportionnée et ne pourrait donc être admise en vertu de l'article 52(1) de la Charte DFUE, et ne serait pas conforme au « juste équilibre » (sur le rapport entre ce dernier concept et le principe de proportionnalité, voy. J. CABAY et M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un "juste équilibre" en droit d'auteur », *op. cit.*, spéc. pp. 215-235). Or, la présence d'un ou de quelques « choix libres » dans ledit objet, s'ils devaient être considérés « créatifs », n'emporte pas que la restriction à ladite liberté sera automatiquement proportionnée (sauf pour les juges à avoir une conception sévère de la notion de choix « créatif » et donc d'en faire un critère véritablement discriminant, *quod non* selon nous à l'examen de la jurisprudence). La restriction peut être tout aussi disproportionnée dans le cas où il n'existe aucun ou seulement quelques choix « libres » jugés, sans analyse serrée, « créatif » également. Comp. notre critique de la distinction entre production générée et assistée par l'intelligence artificielle, J. CABAY, « Droit d'auteur et intelligence artificielle : comparaison n'est pas raison », *Entertainment & Law*, 2019, spéc. p. 325.

(150) Comp. concl. av. gén. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Brompton*, point 68 : « [...] *A priori*, il n'y a pas de raisons d'exclure ces dessins *mixtes* de la protection du droit d'auteur, mais cela est le cas lorsque les éléments fonctionnels priment sur les éléments artistiques au point que ces derniers perdent toute pertinence ».

(151) Dans sa thèse, en se fondant sur l'idée de « liberté dans le champ de la création » et en ayant égard au caractère principal ou accessoire de celle-ci, elle a distingué entre la création (protégeable par un droit d'auteur), la quasi-crédation (protégeable par une législation spécifique) et l'absence de création (non

laquelle ne semblait toutefois pas avoir reçu de véritable écho dans la jurisprudence belge⁽¹⁵²⁾.

Dans le cadre d'un raisonnement en deux temps, il devra d'abord constater, au stade de la protection, l'existence de « choix libres et créatifs », conférant l'originalité au vélo *in abstracto*. Ensuite, au stade de la contrefaçon, une alternative s'offrira à nouveau à lui.

S'il est particulièrement audacieux, il constatera que malgré les similitudes existant quant aux éléments originaux de *Brompton*, celles-ci ne sont pas suffisantes pour constituer le grief de contrefaçon. Présentée ainsi la chose pourrait étonner eu égard au principe de concordance entre l'étendue de l'originalité et de la protection qui découle de *Infopaq*⁽¹⁵³⁾ mais à l'examen de la jurisprudence belge, on constate que l'analyse de la contrefaçon est largement gouvernée par le critère de l'« impression d'ensemble », objet d'une « appréciation synthétique »⁽¹⁵⁴⁾, et qui pourrait être le siège d'une pondération des intérêts dans le cadre de l'examen du « juste équilibre ». Dans un contexte d'harmonisation, la compatibilité du recours à pareil critère est toutefois sujette à caution et s'il désire s'engager dans cette voie, le tribunal serait bien inspiré de se tourner à nouveau vers la CJUE pour s'assurer de cette possibilité⁽¹⁵⁵⁾.

protégeable, sous réserve des recours fondés sur le droit commun et le droit de la concurrence déloyale), en précisant que « [...] la création au sens strict [...] suppose que le prestataire soit essentiellement libre, les contraintes (techniques ou hiérarchiques) étant marginales ou accessoires ; la quasi-crédation [...] suppose par contre que le prestataire soit essentiellement contraint ou déterminé dans sa prestation de nature créative, tout en disposant cependant d'un espace de liberté marginal mais certain (le rapport de principal à accessoire quant à la liberté est donc ici renversé)», voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 252.

(152) Au contraire, les différentes cours d'appel estiment que ce qui est *uniquement* déterminé par la contrainte n'est pas original, voy. la jurisprudence citée *supra*, note 22.

(153) En ce sens voy. not. B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2009, p. 487.

(154) Voy. à ce propos 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. 13-29.

(155) Sur ce point, il nous paraît en effet opportun que la CJUE soit amenée à se prononcer, eu égard en particulier aux pratiques divergentes des différentes juridictions européennes. À titre d'illustration, on retiendra que la Cour de cassation française (Cass. fr. (com.), 8 avril 2014, *Propriétés Intellectuelles*, 2014, p. 271, obs. A. LUCAS) et le Hoge Raad néerlandais (Hoge Raad, 12 avril 2013, *Stokke t. Fikszo en H3 Products*, NL:HR:2013:BY1532) ont respectivement rejeté et adopté le critère de l'« impression d'ensemble » (ou « *totaalindruk* » en néerlandais) aux fins de l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur, témoignant des différences majeures entre les juridictions des États membres. La jurisprudence de notre Cour de cassation sur ce point (Cass., 25 septembre 2003, *Pas.*, I, 2003, p. 1471, n° 455, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1733, n° 454, concl. av. gén. G. BRESSELEERS, *A&M*, 2004, p. 29, *I.R.D.I.*, 2003, p. 214, *R.A.B.G.*, 2004, p. 205, note F. BRISON, *R.D.C.*, 2004, p. 55, concl., *R.W.*, 2003-2004, p. 1179, concl.) est par ailleurs extrêmement critiquable, en raison d'un « *legal transplant* » malheureux. Pour plus de détails sur la question de l'harmonisation et la critique de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. J. CABAY, *L'objet de la condition de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.*, pp. 309-313, n° 67, pp. 543-553, n° 131.

De manière plus orthodoxe, il constatera plutôt que les « choix libres et créatifs » qui caractérisent le vélo *Brompton* n'ont pas été repris *in concreto* dans le vélo *Chedech* et que les similitudes entre les deux vélos ne portant pas sur des éléments originaux, elles ne sont pas coupables. Ici, le tribunal emprunterait une voie plus conciliante avec la jurisprudence de la CJUE, car s'il est vrai que le droit d'auteur offre à toute œuvre *in abstracto* la même protection, indépendamment du degré de liberté dont a joui son auteur, il n'en reste pas moins qu'*in concreto*, dans le cadre d'une comparaison avec une autre œuvre, ce degré de liberté aura un impact sur l'étendue de la protection. En effet, plus les contraintes sur la création sont importantes – et c'est particulièrement le cas des œuvres des arts appliqués –, plus limitée sera l'étendue de la protection qui pourra être revendiquée à l'égard d'autres créations, soumises aux mêmes contraintes⁽¹⁵⁶⁾. On se rapproche ici l'idée de *thin copyright*, bien connue du droit américain⁽¹⁵⁷⁾. Et à ce propos, on relèvera incidemment que dans les cas où elles ne retiennent pas la *merger doctrine*, les juridictions américaines semblent enclines à conclure en ce sens que le *copyright* est *thin*^{(158) (159)}.

(156) Comp. M. VAN EECHOU, « Along the Road to Uniformity – Diverse Reading of the Court of Justice Judgments on Copyright Work », 3 *JIPITEC* 60 (2012), p. 71, n° 80 : « [...] a chosen form or an intended functionality of a text or design can limit creative freedom available to the author and impact how 'thick' the copyright in the object is ». La référence à l'« épaisseur » (par l'emploi de l'adjectif « *thick* ») du droit d'auteur peut être rapprochée de la notion de « *thin copyright* » du droit américain (voy. la note suivante).

(157) Endossée par la Cour suprême, voy. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 349 (S. Ct. 1991) : « [...] the copyright in a factual compilation is thin. Notwithstanding a valid copyright, a subsequent compiler remains free to use the facts contained in another's publication to aid in preparing a competing work, so long as the competing work does feature the same selection and arrangement ». D'aucuns ont fait une lecture de cet arrêt en ce sens que plus les choix sont dictés par des considérations fonctionnelles, plus maigre sera la protection du *copyright*, voy. R. A. GORMAN, « The Feist Case : Reflections on a Pathbreaking Copyright Decision », 18 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 731 (1992), at 755, 758. On relèvera que lorsqu'il s'agit de qualifier l'antonyme de « *thin copyright* », on trouvera plus volontiers la référence à un « *broad copyright* » dans la jurisprudence américaine, voy. not. *Apple v. Microsoft*, 35 F.3d 1435, 1443 (9th Cir., 1994) : « [...] Having dissected the alleged similarities and considered the range of possible expression, the court must define the scope of the plaintiff's copyright—that is, decide whether the work is entitled to "broad" or "thin" protection [...] ».

(158) P. SAMUELSON, « Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine », *op. cit.*, pp. 428-429 : « [...] Merger is, however, not at all rare. Merger defenses were partly or wholly successful in over half of the cases in my sample. Yet, it is accurate to say that merger defenses have met with considerable success in functional work cases. [...] In the relatively few depiction-of-nature cases, merger defenses have met with mixed success. [...] However, even when merger defenses were not successful, courts have treated copyright in works depicting things found in nature to be "thin," so that generally only exact or near-exact copying will result in infringement. The range of cases in which merger defenses have been at least partly and sometimes fully successful is, though, much broader than these two categories of cases [...] ».

(159) Sans compter le fait qu'en amont de l'application de la *merger doctrine*, pour pouvoir prétendre au bénéfice d'une protection du *copyright* américain, une œuvre des arts appliqués aura dû passer avec succès le *separability test* qui, ainsi que le souligne la Professeure Jane C. Ginsburg, serait souvent plus strict que

Ces considérations nombreuses et variées soulignent un peu plus encore la complexité de la tâche de ceux qui devront à l'avenir mettre en œuvre cette condition d'originalité *in concreto*. Elle pourra même paraître plus ardue encore lorsque l'on voit tout ce qu'elle dissimule. Aussi si l'on devait pour conclure exprimer un souhait, ce serait précisément celui de la transparence. Que cette recherche du « juste équilibre » ne soit justement pas celée, qu'elle trouve sa place dans la motivation des jugements et que leurs auteurs acceptent de s'exposer à la critique des commentateurs, tantôt positive, tantôt négative, toujours constructive. Cette publicité donnée à l'exercice de pondération, qui échappe difficilement à toute subjectivité, est certainement la meilleure garantie d'une bonne justice dans la mise en œuvre de cette condition d'originalité, tout aussi subjective⁽¹⁶⁰⁾.

Alors certes, il y aura des chutes, des genoux écorchés, des poignets éraflés, etc. Mais l'apprentissage de l'équilibre est à ce prix. Et avec lui, à l'horizon, la liberté...

JULIEN CABAY*

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB – JurisLab)

Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège – LCII)

ladite *merger doctrine*, voy. de manière générale J. C. GINSBURG, « "Courts Have Twisted Themselves into Knots" : U.S. Copyright Protection for Applied Art », *40 Colum. J.L. & Arts I* (2016).

(160) Cela a été souvent dénoncé et de longue date dans la doctrine belge, voy. not. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 30, n° 52 ; F. BRISON, « Tien jaar auteurswet : en nu ? Haar toepassingsgebied onder de loep genomen », *A&M*, 2004, p. 421, n° 21 ; M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », *A&M*, 1996, pp. 387-388. D'aucuns estiment d'ailleurs que les juges ne pourront jamais complètement se départir de tout jugement de valeur lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère original d'une création, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 68, n° 36 ; J. CORBET, « Het oorspronkelijkheidsbeginsel in het auteursrecht en de toepassing ervan op de vormgeving van een industriële machine », *A&M*, 2006, p. 130 ; A. STROWEL, « L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable », *J.T.*, 1991, pp. 514-515.

* Je tiens à remercier mes collègues du JurisLab (ULB) Frederic Blockx, Andrée Puttemans et Jean-Ferdinand Puyraimond pour leurs observations sur une première version de ce texte. Merci également à Vincent Cassiers et Estelle Derclaye pour nos échanges à ce propos.