

Note

*Une saveur n'est pas une œuvre: « Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute »¹*Julien Cabay et Frank Gotzen²I. LA PORTÉE DE L'ARRÊT *LEVOLA*

1. Il aura fallu une petite décennie pour que la Cour de justice assoie définitivement son autorité interprétative du droit d'auteur dans l'Union européenne³. Moins de 10 ans après son arrêt *Infopaq*⁴, qui lui avait valu les foudres de ceux qui y voyaient de l'activisme judiciaire et une usurpation de la compétence étatique dans le domaine du droit d'auteur⁵, la Cour vient concrètement d'énoncer dans une affaire *Levola*⁶ que la définition de l'objet du droit d'auteur relève tout entier du droit de l'Union européenne.

Réunie en Grande Chambre pour l'occasion, témoignant ainsi de l'importance attribuée à cette affaire – soit par un ou plusieurs Etat(s) membre(s), soit par la Commission européenne⁷, soit par la Cour de justice elle-même⁸ –, la Cour a en effet énoncé sans équivoque que la notion d'« œuvre » doit recevoir dans toute l'Union une « interprétation autonome et uniforme »⁹.

2. Ce faisant, la Cour s'appuie sur une méthode d'interprétation maintes fois utilisée par elle dans des domaines très divers. Il s'agit de la doctrine des « notions autonomes ». En

vertu de celle-ci, la Cour considère, d'une façon tout à fait générale, qu'il découle des exigences, tant de l'application uniforme du droit communautaire, que du principe d'égalité, que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation. Ainsi la doctrine des notions autonomes a été appliquée dès 1984 à des textes européens concernant des domaines aussi divers que les restitutions à l'exportation dans le secteur de la viande bovine, l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, les décisions d'entrée de personnes sur le territoire, le régime de la TVA, la publicité télévisée ou la compétence juridictionnelle¹⁰. Ce raisonnement continue d'ailleurs d'être appliqué aujourd'hui dans d'autres secteurs que le droit d'auteur¹¹.

¹ Jean de La Fontaine, *Les fables*, Le Corbeau et le Renard.

² Julien Cabay, Chargé de recherches du Fonds National de la Recherche Scientifique (F.R.S.-FNRS), Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB), Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège). Frank Gotzen, Professeur émérite de la Katholieke Universiteit Leuven (KULeuven).

³ F. GOTZEN, « Le rôle de la Cour de justice comme moteur de l'unification du droit d'auteur dans l'Union Européenne », in *Urheberrecht! Festschrift für Michel Walter*, Vienne, Verlag Medien und Recht, 2018, pp. 38-49.

⁴ C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International / Danske Dagblades Forening*.

⁵ Cet activisme de la Cour en droit d'auteur a été souligné par de nombreux auteurs. Voy. not. J. GRIFFITHS, « The Role of the Court of Justice in the Development of European Union Copyright Law », in I. STAMATOUDI et P. TORREMANS (eds.), *EU Copyright Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2014, p. 1124, § 20.52; A. BENSAMOUN, « Reflexions sur la jurisprudence de la CJUE: du discours à la méthode », *P.I.*, 2015, pp. 139 et s.; V.-L. BENABOU, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes », *P.I.*, 2012, pp. 140 et s., spec. pp. 148-153; S. CARRE, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in C. GEIGER (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris, Lexis Nexis, Strasbourg, Université de Strasbourg, pp. 19 et s.; T.-E. SYNODINOU, « The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law », in *Codification of European Copyright Law – Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 100.

⁶ C.J.U.E., 13 novembre 2018, C-310/17, *Levola Hengelo / Smilde Foods*.

⁷ Voy. art. 16, al. 3, du Statut de la Cour de justice, tel que modifié en dernier lieu le 6 juillet 2016 (*J.O.* 26 juillet 2016, L. 200/137): « La Cour siège en Grande Chambre lorsqu'un Etat membre ou une institution de l'Union qui est partie à l'instance le demande. »

⁸ Voy. art. 60, 1., du règlement de procédure de la Cour de justice, tel que modifié en dernier lieu le 19 juillet 2016 (*J.O.* 12 août 2016, L. 217/69): « La Cour renvoie devant les chambres à cinq ou à trois juges toute affaire dont elle est saisie dans la mesure où la difficulté ou l'importance de l'affaire ou des circonstances particulières ne requièrent pas le renvoi devant la Grande Chambre, à moins qu'un tel renvoi n'ait été demandé, en application de l'article 16, troisième alinéa, du statut, par un Etat membre ou une institution de l'Union participant à la procédure. »

⁹ *Levola*, pt. 33.

¹⁰ Ainsi, p. ex., C.J.C.E., 18 janvier 1984, C-327/82, *Ekro / Produktschap*; C.J.C.E., 19 septembre 2000, C-287/98, *Linster*, pt. 43; C.J.C.E., 9 novembre 2000, C-357/98, *Yiadam*, pt. 26; C.J.C.E., 15 juillet 2004, C-321/02, *Harbs*, pt. 28; C.J.C.E., 18 octobre 2007, C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*, pt. 24; C.J.C.E., 6 mars 2008, C-98/07, *Nordania Finans et BG Factoring*, pt. 17; C.J.C.E., 2 avril 2009, C-523/07, *A*, pt. 34. Voy. à ce propos déjà R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, The Hague, Kluwer, 1995, pp. 40-43.

¹¹ Voy., parmi de nombreux exemples, C.J.U.E., 18 octobre 2016, C 135/15, *Nikiforidis*, pt. 28, concernant la loi applicable aux obligations contractuelles; C.J.U.E., 18 mai 2017, C 617/15, *Hummel Holding*, pt. 22, concernant les marques de l'Union européenne; C.J.U.E., 27 septembre 2017, C 24/16 et C 25/16, *Nintendo / Big Ben*, pt. 70, en matière de dessins ou modèles communautaires.



C'est donc par un raisonnement déjà éprouvé et en vertu d'une jurisprudence constante que, à partir de l'année 2003, la Cour s'est mise à transposer la doctrine des notions autonomes aux actes de l'Union concernant le droit d'auteur¹². Dès qu'un mot ou une expression contenue dans une directive sur le droit d'auteur ne s'y trouve pas défini et ne contient aucun renvoi au droit national, la Cour considère qu'il lui appartient d'en préciser la portée. La solution vaut tout particulièrement pour la directive n° 2001/29 dont la finalité même implique, selon un arrêt fondamental de la Cour de 2010¹³, le développement de notions autonomes du droit de l'Union.

3. Ainsi, au départ de cette prémisse et au terme d'un raisonnement relativement concis, la Cour a pu conclure dans cette affaire « (...) que la directive n° 2001/29 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce que la saveur d'un produit alimentaire [un fromage en l'occurrence] soit protégée par le droit d'auteur au titre de cette directive et à ce qu'une législation nationale soit interprétée d'une manière telle qu'elle accorde une protection par le droit d'auteur à une telle saveur »¹⁴.

Ce faisant, la Cour répond à une question qui avait suscité quelques réflexions doctrinales ces derniers temps, notamment dans notre pays à la suite d'un arrêt de la cour d'appel de Liège, qui avait laissé entendre que « (...) la concrétisation d'une recette de cuisine en une forme intelligible ne serait pas tant la rédaction de la recette que *le plat réalisé* grâce à cette idée (...) »^{15,16}. La Cour de justice coupe ici court à toute velléité nationale de s'engager dans cette voie.

A cet égard, on soulignera également que, dans son exercice d'interprétation périlleux, la Cour prend quand même la précaution de prendre appui, dans la mesure permise par l'ordre juridique de l'Union¹⁷, sur les fondements constitués par les traités internationaux classiques du droit d'auteur¹⁸. Il est bon que la Cour, sous le point 38, nous rappelle à nouveau¹⁹ que, notamment, « l'Union, bien que n'étant pas partie contractante à la Convention de Berne, est néanmoins obligée, en vertu de l'article 1^{er}, 4., du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, auquel elle est partie et que la directive n° 2001/29 vise à mettre en œuvre, de se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne ». Cette interprétation systématique²⁰ au regard du droit international s'inscrit dans un cadre

¹² C.J.C.E., 6 février 2003, C-245/00, *SENA / NOS*, pt. 23; C.J.C.E., 12 septembre 2006, C-479/04, *Laserdisken / Kulturministeriet*, pt. 24; C.J.C.E., 7 décembre 2006, C-306/05, *SGAE / Rafael Hoteles*, pt. 31; C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq / Danske Dagblades Forening*, pts. 27-29; C.J.U.E., 21 octobre 2010, C-467/08, *Padawan / SGAE*, pts. 31-37; C.J.U.E., 30 juin 2011, C-271/10, *VEWA / Belgische Staat*, pt. 25; C.J.U.E., 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, *Premier League*, pts. 154 et 185; C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-283/10, *Circul Globus*, pts. 31-32; C.J.U.E., 26 avril 2012, C-510/10, *DR, TV2 / NCB*, pt. 33; C.J.U.E., 21 juin 2012, C-5/11, *Donner*, pt. 25; C.J.U.E., 3 juillet 2012, C-128/11, *UsedSoft / Oracle*, pt. 39; C.J.U.E., 13 février 2014, C-466/12, *Svensson / Retriever*, pts. 33-41; C.J.U.E., 3 septembre 2014, C-201/13, *Deckmyn / Vandersteen*, pts. 14 et 16; C.J.U.E., 13 mai 2015, C-516/13, *Dimensione / Knoll*, pt. 22; C.J.U.E., 7 août 2018, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen / Renckhoff*, pt. 17.

¹³ C.J.U.E., 21 octobre 2010, C-467/08, *Padawan / SGAE*, pt. 35.

¹⁴ *Levola*, pt. 46.

¹⁵ La cour d'appel de Liège a incidemment soulevé l'idée d'une protection des créations gustatives. Voy. Liège, 10 juin 2011, *AM*, 2012, p. 58, note M.-C. JANSSENS; *I.R.D.I.*, 2012, p. 83; *J.L.M.B.*, 2011, p. 2023; *Ann. prat. marché*, 2011, p. 933, note P. PETERS (« (...) la concrétisation d'une recette de cuisine en une forme intelligible ne serait pas tant la rédaction de la recette que le plat réalisé grâce à cette idée (...) »). Le premier juge avait quant à lui considéré que la création d'une recette de cuisine n'appartenait ni au champ littéraire, ni au champ artistique, estimant qu'« elle n'est qu'un mode de préparation et non pas une œuvre (...) ». Voy. Comm. Liège, 26 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1581. Il avait par ailleurs semblé estimer que si une protection devait être octroyée à ce type de création, une intervention législative serait nécessaire.

¹⁶ En Belgique, voy. M.-C. JANSSENS, « Auteursrechtelijke bescherming voor recepten en gerechten: 'Should the belly rule the mind' » (note sous Liège, 10 juin 2011), *AM*, 2012, pp. 61-72; M.-C. JANSSENS, « Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines », 31 p., disponible sur www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116; M.-C. JANSSENS, « *De gustibus non est disputandum?* Over smaken in het auteursrecht valt nochtans wel te discussiëren », *D.A.O.R.*, 2018/4, pp. 87-93; G. TAEKE, « La protection des créations culinaires: quand le droit met les pieds dans le plat », *Le Pli juridique*, 2018/3, pp. 49-56.

¹⁷ H.J. LUCAS, « La C.J.U.E., européenne respecte-t-elle les conventions internationales sur le droit d'auteur et les droits voisins? », *Mélanges André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 555 et s.; J.S. BERGÉ, « La C.J.U.E., de l'Union européenne et les interactions entre les sources internationales et européennes du droit d'auteur », in A. BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Paris, mare&martin ed., 2018, pp. 87-100.

¹⁸ M. WALTER, « Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la C.J.U.E., de l'Union européenne », *Mélanges André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, pp.793-795. Voy. le considérant 15 de la directive n° 2001/29 qui précise qu'elle vise à mettre en œuvre certaines de ses nouvelles obligations internationales découlant des traités de l'OMPI.

¹⁹ Comp. les références au droit d'auteur international que l'on retrouve dans C.J.C.E., 6 février 2003, C-245/00, *SENA / NOS*, pt. 35; C.J.C.E., 12 septembre 2006, C-479/04, *Laserdisken / Kulturministeriet*, pts. 39-42; C.J.C.E., 7 décembre 2006, C-306/05, *SGAE / Rafael Hoteles*, pts. 3-6 et 35; C.J.C.E., 17 avril 2008, C-456/06, *Peek & Cloppenburg / Cassina*, pt. 30; C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq / Danske Dagblades Forening*, pts. 3-5, 32 et 34; C.J.U.E., 18 mars 2010, C-136/09, *OSDD / Divani Akropolis*, pts. 3-6; C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *BSA / Ministerstvo kulture*, pts. 30 et 33; C.J.U.E., 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, *Premier League*, pts. 189 et 191; C.J.U.E., 1 décembre 2011, C-145/10, *Painer / Standard*, pts. 126-127; C.J.U.E., 9 février 2012, C-277/10, *Luksan / van der Let*, pt. 59; C.J.U.E., 15 mars 2012, C-135/10, *SCF / Del Corso*, pts. 55 et 71; C.J.U.E., 26 avril 2012, C-510/10, *DR, TV2 / NCB*, pts. 28-29; C.J.U.E., 21 juin 2012, C-5/11, *Donner*, pts. 23-24; C.J.U.E., 22 janvier 2015, C-419/13, *Allposters / Pictoright*, pt. 38; C.J.U.E., 13 mai 2015, C-516/13, *Dimensione / Knoll*, pts. 22-23; C.J.U.E., 20 octobre 2016, C-169/15, *Montis / Goossens*, pt. 40; C.J.U.E., 10 novembre 2016, C-174/15, *VOB / Stichting Leenrecht*, pts. 31-34; C.J.U.E., 16 novembre 2016, C-301/15, *Soulier / Premier Ministre*, pt. 32; C.J.U.E., 16 février 2017, C-641/15, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk / Hetteger Hotel Edelweiss*, pts. 21-22; C.J.U.E., 16 mars 2017, C-138/16, *AKM / Zürs.net*.

²⁰ Sur les méthodes d'interprétation du droit de l'Union européenne par la Cour de justice, voy. spéc. K. LENAERTS et J.A. GUTTIEREZ-FONS, « To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice », *20 Colum. J. Eur. L.* 3 (2014). A propos de l'utilisation de ces méthodes dans la matière du droit d'auteur, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, pp. 127-135, n° 25.



constant²¹. La précision est d'importance à l'adresse des Etats membres qui pourraient être tentés d'invoquer quelques largesses que leur offrirait (supposément) la Convention de Berne, se prévalant du fait qu'ils sont tous, à l'inverse de l'Union européenne, parties à cette Convention²².

4. Si l'enseignement de la Cour dans son arrêt *Levola* semble de prime abord très clair, la portée de son arrêt n'est pas nécessairement évidente et il convient, pour en saisir le sens, de le replacer dans son contexte global.

Aussi, nous nous proposons de revenir sur la notion d'œuvre dans le droit international (*infra*, II.) avant d'évoquer la controverse qu'a suscitée ces dernières années la question de la protection des parfums par le droit d'auteur en France et aux

Pays-Bas (*infra*, III.)²³. Nous verrons ensuite comment la position adoptée par le Hoge Raad dans ce débat a amorcé le litige au principal (*infra*, IV.), lequel a donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice commenté (*infra*, V.). Nous tenterons de dégager ensuite la portée de cet arrêt en le comparant, de manière critique, aux conclusions de l'avocat général WATHELET (*infra*, VI.), et en ayant égard à la jurisprudence de la Cour dans le domaine du droit d'auteur (*infra*, VII.) ainsi qu'à l'arrêt *Sieckmann* en matière de marques (*infra*, VIII.). Nous pourrions alors conclure en mettant en garde le lecteur contre certaines extrapolations de cet arrêt (*infra*, IX.). A titre d'*addendum*, nous ajouterons encore quelques brèves observations sur l'arrêt *Funke Medien* de la Cour de justice²⁴, prononcé depuis lors (*infra*, X.).

II. LA NOTION D'ŒUVRE EN DROIT INTERNATIONAL

5. En droit de l'Union, l'œuvre, objet du droit d'auteur²⁵, n'est nulle part définie précisément, la directive n° 2001/29 se contentant de spécifier les droits des auteurs, lesquels portent sur leurs « œuvres ».

C'est donc naturellement dans le droit international qu'il convient de se tourner en quête d'une première définition, spécialement vers la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques²⁶.

Aux termes de l'article 2, (1), de la Convention de Berne,

« Les termes 'œuvres littéraires et artistiques' comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, les brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure,

de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences. »

On retrouve une formulation similaire (mais plus succincte) dans la Convention universelle sur le droit d'auteur (art. I). Quant au traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) (art. 1^{er}, 4. et art. 3) et à l'accord sur les ADPIC (art. 9, 1.), ils renvoient tous deux à la Convention de Berne.

Le libellé de l'article 2, (1), de la Convention de Berne laisse clairement apparaître sa structure en deux parties, la première contenant une définition très générale de l'œuvre, la seconde illustrant de manière non exhaustive le type de créations comprises dans la notion²⁷.

Si l'on s'en tient à la définition générale figurant dans la première partie, il s'en déduit suivant S. RICKETSON et J.C. GINSBURG qu'elle comprend deux aspects, le premier restrictif quant à ses effets, le second émancipateur. Ainsi pour

21. Voy. dernièrement C.J.U.E., 19 décembre 2018, C-572/17, *Syed*, pt. 20: « (...) les textes du droit de l'Union doivent être, selon une jurisprudence constante, interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international (...) ».

22. Voy. spéc. à cet égard C.J.U.E., 9 février 2012, C-277/10, *Luksan / van der Let*.

23. Les Sections II et III empruntent largement à J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, pp. 78-88, n° 13.

24. C.J.U.E., 29 juillet 2019, C-469/17, *Funke Medien / Allemagne*.

25. En Belgique, où il est question d'« œuvre littéraire ou artistique », il n'existe pas plus de définition légale alors que l'opportunité de l'introduction d'une définition avait été envisagée lors des travaux parlementaires tant de la première loi du 22 mars 1886 (voy. spéc. la discussion, séance du 12 mars 1886, Sénat, *Ann. parl.*, 1885-1886, pp. 131-132) que de celle du 30 juin 1994 (le projet de loi initial comportait une définition de l'œuvre qui se rapprochait de celle contenue dans la Convention de Berne; voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., s.e. 1991-1992, 473/1, pp. 1-2; il fut finalement décidé de supprimer toute définition du projet de loi; voy. rapport DE CLERCK, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1993-1994, 473/33, pp. 60-62). Le transport de la matière du droit d'auteur dans le Code de droit économique n'a généré aucune discussion à ce propos.

26. C'est d'ailleurs exactement ainsi que procède la Cour de justice (voy. spéc. *Infopaq*, pt. 34; *Levola*, pts. 38-39). Il en va de même de la doctrine belge, voy. not. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 52, n° 30; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 4, n° 3; F. GOTZEN, « Art. XI.165 WER/CDE », in F. BRISON et H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet – Hommage à Jan Corbet – Het Belgische auteursrecht. Artikelsgewijze commentaar – Le droit d'auteur belge. Commentaire par article*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, p. 48.

27. S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 401, n° 8.01.



qu'une œuvre soit « littéraire ou artistique », elle doit être une « production du domaine littéraire, scientifique et artistique » (effet restrictif). Ceci établi, le « mode ou la forme d'expression » de l'œuvre est par contre dépourvu de pertinence aux fins de la protection par la convention (effet émancipateur)²⁸.

Aussi, aux fins de définir ce qui constitue une œuvre au sens de la convention, il convient avant toute chose de définir ce que l'on entend par « littéraire, scientifique et artistique ».

6. L'origine de l'emploi de ces adjectifs peut être trouvée dans le droit conventionnel bilatéral antérieur à la convention²⁹. Leur signification n'a toutefois pas été discutée lors des différentes conférences diplomatiques, de sorte qu'elle demeure incertaine³⁰. Cela étant, la liste figurant dans la seconde partie de la disposition dont il est question, quand bien même les termes qu'elle emploie ne sont pas plus définis³¹, offre un éclairage certain.

Suivant D. GERVAIS, cette liste aurait « (...) été rédigée selon un plan d'ensemble tacite, témoin de la vision des rédacteurs lors des conférences de révision ». Ainsi les œuvres énumérées dans la liste sont regroupées en famille: les œuvres littéraires, les œuvres artistiques, les œuvres musicales, les « autres » œuvres (à savoir les œuvres photographiques), les œuvres des arts appliqués et les œuvres scientifiques^{32,33}. Au vu de l'évolution législative et juris-

prudentielle, il est possible de simplifier ce plan en rangeant les œuvres photographiques et des arts appliqués dans la famille des œuvres artistiques³⁴. Quant aux œuvres scientifiques, elles sont en réalité protégées non pas en tant qu'elles sont scientifiques mais parce qu'elles sont soit littéraires, soit artistiques, soit les deux à la fois³⁵. Aussi très schématiquement, il y aurait trois grands types d'œuvres au sens de l'article 2, (1), de la Convention de Berne, suivant leur mode d'expression: littéraires, artistiques et musicales. Suivant cette lecture, relèveraient donc du domaine « littéraire, scientifique et artistique » au sens de la convention, les œuvres qui s'adressent respectivement à l'intelligence (à travers le langage), à la vue et à l'ouïe. Dans ce cadre défini, le principe est alors celui de l'indifférence de la forme d'expression.

7. Doit-on en déduire que sont exclues de ce domaine les productions de l'homme perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher? Nous le pensons³⁶. La principale raison dirigeant notre opinion est tirée du contexte dans lequel fut élaborée la disposition. Plus spécialement, nous croyons que l'interprétation de cette disposition peut être utilement guidée par certaines considérations esthétiques de l'époque de son adoption. Certes la science juridique et l'esthétique sont des disciplines indépendantes, mais il ne fait pas de doute que l'autonomie de la première face à la seconde est toute relative³⁷. Le droit d'auteur n'est pas le droit de

²⁸ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 401, n° 8.01.

²⁹ Voy. S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 401, n° 8.02, note 3, qui citent une convention entre la France et l'Allemagne conclue du 19 avril 1883 (art. 1^{er}) et une convention entre la France et l'Italie conclue le 9 juillet 1884 (art. 1^{er}).

³⁰ Les délégués aux différentes conférences diplomatiques auraient simplement repris ces termes, se laissant ainsi guider par l'expérience des négociateurs précédents plutôt que tenter de fournir leur propre définition; voy. S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 401-402, n° 8.02.

³¹ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 411, n° 8.12.

³² D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998, p. 41.

³³ Jusqu'à récemment, les œuvres des arts appliqués et les photographies étaient d'un rang inférieur, notamment en ce qui concerne la durée de protection que les Etats pouvaient limiter à 25 ans (voy. art. 7, 4., Convention de Berne). Ce n'est plus vrai aujourd'hui pour les premières en raison du principe du cumul des protections du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur (voy. en UE, art. 17 directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, *J.O.C.E.*, 28 octobre 1998, L. 289/28; en Belgique, C.J. Benelux, 22 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987 et *Cass.*, 24 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 211, n° 208; *I.R.D.I.*, 1996, p. 28, note I. VERNIMME; *R. Cass.*, 1995, p. 321, note M. BUYDENS; *R.W.*, 1995-1996, p. 433). Pour les secondes, il est expressément prévu par le droit européen qu'elles bénéficient de la même durée de protection que les autres œuvres (voy. art. 6 directive n° 2006/116).

³⁴ Ce n'était pas le cas en 1886. Voy. D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998, p. 41, note 39.

³⁵ Voy. D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998, p. 163; G. MASOUYÉ, *Guide de la Convention de Berne*, Genève, OMPI, 1978, p. 12; S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 406, n° 8.06. Voy. aussi le Mémoire du Comité d'experts de l'OMPI sur les dispositions types de législation dans le domaine du droit d'auteur, 3^e session, Genève, 2-13 juillet 1990, document CE/MPC/III/2, p. 38, n° 140, disponible sur [www.wipo.int/mdocsarchives/CE MPC III 1990/CE MPC III 2 F.pdf](http://www.wipo.int/mdocsarchives/CE_MPC_III_1990/CE_MPC_III_2_F.pdf).

³⁶ On relèvera que les commentaires les plus autorisés de la convention (D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998; G. MASOUYÉ, *Guide de la Convention de Berne*, Genève, OMPI, 1978; S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006) ne s'embarrassent pas de la question.

³⁷ Voy. à raison nous I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, p. 24, n° 16, note 25: « Même si le droit possède des notions qui lui sont propres et d'autres qui sont empruntées au langage courant, mais auxquelles il donne parfois un sens différent, ses concepts renvoient aussi à des phénomènes que le législateur a pris en considération en tant que réalités ontologiques lors de l'élaboration de la loi. (...) En réglementant le droit d'auteur, il considère les œuvres littéraires et artistiques en tant que phénomènes, d'abord; c'est seulement par la confection de la loi que les faits sont appréhendés au travers de concepts. »



l'art³⁸ mais dès l'origine, il a entendu protéger (notamment) les œuvres à caractère esthétique³⁹. Ce n'est dès lors probablement pas un hasard si, à l'instar des différents systèmes des arts développés par l'esthétique de l'époque⁴⁰, on ne trouve aucune référence aux créations perceptibles par ces trois autres sens dans les travaux des différentes conférences diplomatiques et que la liste dressée par la convention n'en retient aucune, pas plus d'ailleurs que le droit conventionnel bilatéral qui l'a précédé⁴¹.

Et pas plus que le fruit du hasard, la chose n'est anodine. La liste conventionnelle, empreinte de considérations esthétiques

qui ont présidé à son élaboration, circonscrit donc le champ du protégeable par le droit d'auteur aux œuvres s'exprimant à travers l'un des modes d'expression qu'elle envisage. C'est vrai également de ses antécédents dans le droit conventionnel bilatéral, notamment français⁴². Et c'est encore suggéré par ses évolutions successives de la Convention de Berne, les extensions progressives du bénéfice de sa protection à de nouvelles formes de création ayant toujours reposé sur un lien (d'assimilation ou de rattachement) entre la forme nouvelle et l'une des catégories d'œuvres contenues dans la convention⁴³.

III. LA PROTECTION DES PARFUMS PAR LE DROIT D'AUTEUR EN FRANCE ET AUX PAYS-BAS

8. L'interprétation du droit international que nous venons de dégager devrait en principe conduire à refuser la protection du droit d'auteur aux créations olfactives (telles les parfums) ou gustatives (telles les saveurs culinaires), à défaut pour celles-ci de relever du domaine « littéraire, scientifique et artistique ».

Toutefois, tous ne partagent pas cette lecture et un vif débat s'est noué en France quant à savoir si les parfums peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur. Les juges du fond et la Cour de cassation se sont ainsi livrés pendant plusieurs années à un véritable bras de fer, les premiers se prononçant largement en faveur du caractère protégeable des parfums par le droit d'auteur⁴⁴ tandis que la seconde y

38. Aussi, l'argument que nous développons ne vise pas à justifier l'exclusion des parfums du droit d'auteur parce qu'il ne pourrait pas relever de la matière artistique (voy. sur ce point parmi les partisans de la protection, M. VIVANT, « Les métamorphoses de l'œuvre. Des mythologies aux mythes informatiques », *D.*, 2000, p. 776, spéc. n^{os} 15 et s.).

39. Olivier LALIGANT, à propos des décrets révolutionnaires français, montre bien en quoi il existait une « double nature de l'objet du droit d'auteur » (à savoir les œuvres sans caractère esthétique et les œuvres à caractère esthétique). Voy. O. LALIGANT, « La révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection », *R.I.D.A.*, 1991/147, spéc. pp. 17 et s. On trouve ainsi une référence aux Beaux-Arts à l'art. 7 du décret des 19-24 juillet 1793 (« Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toutes autres productions de l'esprit ou du génie, qui appartiennent aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années »).

40. Dans la plupart des systèmes des arts développés et diffusés au cours des XVIII^e-XIX^e siècles, au moment même où l'on jetait les bases du système de droit d'auteur tel qu'on le connaît encore aujourd'hui, les créations saisissables par le goût, l'odorat ou le toucher n'y avaient pas leur place. A titre d'illustration, et en considération des références philosophiques souvent mobilisées dans la matière du droit d'auteur, nous invitons le lecteur à lire les passages pertinents de la *Critique de la faculté de juger* (1790) de KANT ou encore de l'*Esthétique* (1820-1829) de HEGEL. Voy. E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, suivi de *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* et de *Réponse à la question: Qu'est-ce que les lumières?*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 277-284, § 51-52; G.W.F. HEGEL, *Esthétique*, vol. 2, Paris, Le Livre de Poche, Classiques de la Philosophie, 1997, pp. 16-23. Pour plus de détails, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, p. 82, n^o 13, note 302.

41. Et singulièrement de la France, voy. de manière significative les conventions bilatérales conclues dans les années 1840-1850 et dont les textes sont repris in J. DELALAIN, *Législation de la propriété littéraire et artistique suivie des Conventions internationales*, Paris, Librairie Delalain, 1858, pp. 51 et s. La pratique de la liste non exhaustive était déjà bien ancrée dans le droit conventionnel bilatéral.

42. C'est d'autant plus vrai du fait que certaines des conventions bilatérales – outre le fait que les œuvres listées relèvent du domaine littéraire, artistique ou musical – emploient *in fine* les termes « toutes autres productions analogues du domaine littéraire ou artistique » pour englober les œuvres non citées expressément (voy. p. ex. la convention du 28 août 1843 entre la France et la Sardaigne; la convention du 12 avril 1851 entre la France et le Portugal; la convention du 22 août 1852 entre la France et la Belgique; la convention du 15 novembre 1853 entre la France et l'Espagne; la convention du 19 mai 1856 entre la France et la Saxe royale, dont les textes sont repris in J. DELALAIN, *Législation de la propriété littéraire et artistique suivie des Conventions internationales*, Paris, Librairie Delalain, 1858).

43. Voy. D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998, p. 11.

44. Voy. en faveur de la protection Aix-en-Provence, 10 décembre 2010, *P.I.*, 2011, p. 81, obs. J.-M. BRUGIÈRE; Paris, 22 septembre 2010, *R.I.D.A.*, 2010/226, p. 501, obs. P. SIRINELLI; Paris, 14 février 2007, *P.I.*, 2007, p. 202, obs. J.-M. BRUGIÈRE; *R.L.D.I.*, 2007/26, p. 55, obs. B. HUMBLLOT; *D.*, 2007, AJ, p. 735, obs. J. DALEAU; Paris, 15 février 2006, *R.T.D.Com.*, 2006, p. 365, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Paris, 25 janvier 2006 *R.L.D.I.*, 2006/14, p. 26, obs. A. S. LABORDE; *R.L.D.I.*, 2006/16, p. 19, obs. B. HUMBLLOT; *R.T.D.Com.*, 2006, p. 365, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Paris, 17 septembre 2004, *P.I.*, 2005, p. 47, obs. P. SIRINELLI; *R.T.D.Com.*, 2006, p. 365, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Paris, 17 septembre 2004, *P.I.*, 2005, p. 47, obs. P. SIRINELLI; *R.T.D.Com.*, 2006, p. 365, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Trib. gr. inst. Lille, 22 octobre 2009, *R.I.D.A.*, 2010/226, p. 510, obs. P. SIRINELLI; Trib. gr. inst. Nancy, 6 avril 2009, *R.L.D.I.*, 2009/54, obs. D. GALAN; Trib. gr. inst. Bobigny, 28 novembre 2006, *P.I.*, 2007, p. 202, obs. J.-M. BRUGIÈRE; Trib. gr. inst. Paris, 4 juin 2004, *P.I.*, 2004, p. 907, obs. P. SIRINELLI; Trib. gr. inst. Paris, 26 mai 2004, *J.C.P. G.*, 2004, II, 10144, p. 1697, note J.-M. BRUGIÈRE; *D.*, 2004, jurisp., p. 2641, note J.-C. GALLOUX; *P.I.*, 2004, p. 907, obs. P. SIRINELLI; Comm. Paris, 24 septembre 1999, *P.A.*, 3 mars 2000, p. 13, note J. CALVO. Voy. égal. Lyon, 10 mai 2012, *R.T.D.Com.*, 2012, p. 763, obs. F. POLLAUD-DULIAN (qui refuse la protection sur pied du droit d'auteur mais l'accorde sur celui de la concurrence déloyale).



était résolument opposée⁴⁵.

9. La position des juges du fond est largement soutenue par la doctrine, majoritairement en faveur du principe de la protection⁴⁶. Suivant cette doctrine, dès lors que la loi protège « toute œuvre de l'esprit », que la notion ne reçoit aucune définition dans la loi⁴⁷, que la liste des œuvres protégeables figurant à l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) est non exhaustive⁴⁸ et que la forme d'expression est indifférente (art. L.112-1 CPI)⁴⁹, il n'y aurait aucune raison d'exclure les parfums de la protection⁵⁰. Cette interprétation des dispositions du CPI – qui paraît contraire à la logique (exposée *supra*) de la Convention de Berne⁵¹ dont sont pourtant inspirées les dispositions françaises⁵² –, constitue la prémisse sur laquelle s'articule tout le raisonnement. Admise cette prémisse, il est alors possible de raisonner suivant les principes classiques et, une fois identifiée la forme originale du parfum, de reconnaître à celui-ci la protection du droit d'auteur.

10. Amenée à plusieurs reprises à se prononcer sur la question, la Cour de cassation française n'a jamais suivi cette doctrine jusqu'au bout en admettant qu'un parfum accède à la protection convoitée. Saisie en 2006, 2008 et 2009, elle a chaque fois refusé la protection au motif que

« (...) la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des articles L.112-1 et L.112-2 du CPI, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur »⁵³.

Dans son dernier arrêt en date (2013), elle a justifié un même dispositif en s'appuyant cette fois sur la considération que:

« (...) le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication; que la fragrance d'un parfum, qui, hors de son procédé d'élaboration, lequel n'est pas lui-même une œuvre de l'esprit, ne revêt pas une forme présentant cette caractéristique, ne peut dès lors bénéficier de la protection par le droit d'auteur (...) »⁵⁴.

On le voit, dans ces arrêts, la Cour de cassation française justifie essentiellement l'absence de protection des parfums par le droit d'auteur au motif que ceux-ci ne rencontrent pas les conditions d'originalité (qui ne peut résulter de la « simple mise en œuvre d'un savoir-faire ») ou de forme (qui devrait être « identifiable avec une précision suffisante » – *quod non*). Ainsi, la Cour semble raisonner sur pied des conditions de la protection plutôt qu'au départ de la notion d'œuvre, à travers une définition du domaine « littéraire,

⁴⁵ Cass. fr. (com.), 10 décembre 2013, *P.I.*, 2014, p. 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE; *R.T.D.Com.*, 2014, p. 103, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 22 janvier 2009, *R.I.D.A.*, 219/2009, p. 371; *R.T.D.Com.*, 2009, p. 302, obs. F. POLLAUD-DULIAN; Cass. fr. (com.), 1^{er} juillet 2008, *P.I.*, 2008, p. 419, obs. J.-M. BRUGUIÈRE; *R.L.D.I.*, 2008/42, p. 14, note J. AITTOUARES; *R.T.D.Com.*, 2008, p. 735, obs. F. POLLAUD-DULIAN; *D.*, 2009, Chron., p. 1182, note B. EDELMAN; Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 13 juin 2006, *P.I.*, 2006, p. 442, obs. A. LUCAS; *JCP G*, 2006, II, 10138, p. 1597, note F. POLLAUD-DULIAN; *D.*, 2006, jurispr., p. 2470, note B. EDELMAN; *R.L.D.I.*, 2006/18, p. 10, obs. B. HUMBLLOT.

⁴⁶ *Pro*: voy. not. A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e ed., Paris, LexisNexis, 2017, pp. 98-101, n° 78, ainsi que les observations et notes de J. AITTOUARES, J.-M. BRUGUIÈRE, D. GALAN, J.-C. GALLOUX, B. HUMBLLOT, A.S. LABORDE, A. LUCAS et P. SIRINELLI (citées *supra*, notes 43 et 44). *Voy. égal.* S. BALANA, « L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur ... *fumus boni juris?* », *P.I.*, 2005, pp. 254 et s.; C. CARON, « Pour la protection des fragrances de parfum par le droit d'auteur », *J.C.P. G*, 2013, 225, pp. 404 et s.; D. GALAN, « L'œuvre olfactive à l'épreuve du droit d'auteur », *P.I.*, 2010, pp. 568 et s.; O. LALIGANT, « Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *R.R.J.*, 1992, pp. 99 et s.; O. LALIGANT, « Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur », *R.R.J.*, 1989, pp. 587 et s.; M. VIVANT, « Droit d'auteur: le Paradis pour le boulon? L'enfer pour le parfum? », *R.L.D.I.*, 2013/91, pp. 57 et s.; M. VIVANT, « L'heureuse résistance des juges du fond », *D.*, 2007, Chron., pp. 954 et s. *Contra*: voy. not. les observations et notes de B. EDELMAN et F. POLLAUD-DULIAN (cités *supra*, notes 43 et 44).

⁴⁷ *Voy. art. L. 112-1 CPI*: « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. » Le législateur s'est gardé de tenter la moindre définition (LUCAS (2012), p. 61, n° 44).

⁴⁸ « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code: (...) » S'ensuit une liste d'exemples similaire à celle de la Convention de Berne. Sous réserve de la précision suivant laquelle sont visés tous les « écrits littéraires, artistiques et scientifiques » (1^o) et de certains ajouts (4^o les tours de cirque; 8^o les œuvres typographiques; 13^o les logiciels; 14^o les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure), le contenu de la liste est identique.

⁴⁹ « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »

⁵⁰ Bien qu'il ait en l'espèce refusé la protection, un premier arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 juillet 1975 (*Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 1976, p. 43, note J. CALVO et G. MORELLE) avait considéré que « (...) si l'article 3 de la loi du 11 mars 1957 aujourd'hui art. L. 112-2 CPI ne cite comme exemple d'œuvres de l'esprit que les œuvres perceptibles par la vue ou par l'ouïe, la présence de l'adverbe 'notamment' ne permet pas d'exclure *a priori* celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens ». Ce faisant, il ouvrait une brèche dans laquelle s'engouffrerait massivement l'industrie du parfum quelques années plus tard (*voy. la jurisprudence citée supra*, note 43).

⁵¹ Suivant cette logique, le prescrit légal selon lequel est protégée « toute œuvre de l'esprit, quelle qu'en soit la forme d'expression » devrait être lu au regard de la liste des œuvres qui circonscrit le domaine « littéraire, scientifique et artistique », et non l'inverse (comme le fait pourtant l'ensemble de la doctrine *pro* citée *supra*, note 45).

⁵² En France, voy. J. ESCARRA, « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », *R.I.D.A.*, 1958/19, p. 7 (« L'énumération – purement énonciative – des œuvres protégées remplit l'art. 3 et s'aligne sur l'énumération adoptée à Bruxelles en juin 1948. »); A. TOURNIER, « Le bilan de la loi », *R.I.D.A.*, 1958/19, p. 81 (« La loi ne donne pas de définition de l'œuvre de l'esprit », car l'expression se suffit à elle-même tout en distinguant la notion d'œuvre de la création intellectuelle, mais elle lui donne une forme concrète en l'illustrant par des exemples (art. 3). Ce procédé, emprunté à la Convention de Berne, est le plus sage. »).

⁵³ *Voy. les arrêts de 2006, 2008 et 2009 cités supra*, note 44.

⁵⁴ *Voy. l'arrêt de 2013 cité supra*, note 44.



scientifique et artistique ». Autrement dit, si elle refuse la protection du droit d'auteur aux parfums, elle ne dénonce pas pour autant la prémisse du raisonnement de ses partisans.

11. Hasard du calendrier, à peine 3 jours après la première intervention de la Cour de cassation française sur ce terrain, le Hoge Raad aux Pays-Bas, dans un arrêt du 16 juin 2006 *Lancôme / Kecofa*, s'est prononcé dans le sens opposé et donc en faveur de la protection des parfums par le droit d'auteur⁵⁵. Les termes du débat étaient pourtant rigoureusement les mêmes, la législation néerlandaise – pareillement inspirée de la Convention de Berne⁵⁶ – étant en tous points comparables⁵⁷ à la législation française. D'ailleurs, pour parvenir à sa conclusion, le Hoge Raad prenait précisément appui sur la prémisse mise en évidence ci-dessus, en énonçant que

« (...) une odeur – qui doit s'entendre ci-après d'une combinaison d'odeurs – peut bénéficier de la protection du droit d'auteur. Ce point de départ est correct. Outre la liste non

limitative des types d'œuvre qui figure à l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur, la description de ce qu'il faut entendre par œuvre au sens de cette loi est générale et n'empêche pas qu'elle vise également une odeur (...) »

Et le Hoge Raad de poursuivre, très classiquement:

« (...) Il s'ensuit qu'afin de déterminer si une odeur peut être protégée par le droit d'auteur, il convient de déterminer s'il s'agit d'un produit susceptible d'une perception humaine et s'il dispose d'un caractère propre, original et porte l'empreinte personnelle de l'auteur (...) »⁵⁸.

Résolument contraires dans leurs conséquences (mais pas nécessairement dans leur raisonnement), ces jurisprudences dissonantes des Cours Suprêmes française et néerlandaise, intervenues avant les premières interventions de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de l'objet de la protection du droit d'auteur, constituent la toile de fond des affaires *Levola* sur lesquelles il convient maintenant de revenir.

IV. LE REJET DE LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR POUR LA SAVEUR D'UN FROMAGE PAR LES JUGES DU FOND NÉERLANDAIS DANS LES AFFAIRES *LEVOLA*

12. *Levola Hengelo* (ci-après *Levola*) est une société néerlandaise active dans le domaine alimentaire, qui produit et commercialise des produits frais. Parmi ceux-ci figure le « *Heksenkaas* », un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes créé par un marchand de légumes et de produits frais en 2007, et sur lequel *Levola* dispose des droits de propriété intellectuelle aux termes d'un contrat conclu avec son créateur en 2011. Ce contrat prévoit notamment la cession au profit exclusif de *Levola* des droits d'auteur sur « la recette, les méthodes de préparation et les caractéristiques gustatives »⁵⁹ du *Heksenkaas*. *Levola* a débuté la commercialisation de ce produit en 2012 dans les supermarchés aux Pays-Bas.

Depuis 2009, la société *European Food Company* commercialise une gamme de produits de fromage à la crème dénommés « *Magic Cheese* ». Par ailleurs, en 2014, la société *Smilde Foods* (ci-après *Smilde*) a initié la fabrication d'un produit dénommé « *Witte Wievenkaas* » pour la chaîne de supermarchés *Aldi*.

Estimant que les *Magic Cheese* et *Witte Wievenkaas* portent atteinte au droit d'auteur dont elle disposerait sur le *Heksenkaas*, *Levola* a introduit deux actions en justice respectivement contre la *European Food Company* et *Smilde*, la première devant le tribunal de La Haye⁶⁰, la seconde devant le tribunal de Gelderland⁶¹.

⁵⁵. HR, 16 juin 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, *AM*, 2006, p. 326, note H. COHEN JEHORAM; *R.C.J.B.*, 2007, p. 6, note L. VAN BUNNEN.

⁵⁶. Voy. J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE et D.J.G. VISSER, *Auteursrecht – Auteursrecht, naburige rechten en databanken recht*, 3^{de} ed., Deventer, Kluwer, p. 690: « De BC Berner Conventie bevat in artikel 2 een niet-limitatieve opsomming van beschermde werken, die in grote lijnen overeenstemt met de opsomming van artikel 10 Aw Auteurswet; dit artikel is dan ook rechtstreeks aan de BC ontleend. »

⁵⁷. Art. 10, § 1^{er}, de la loi du 23 septembre 1912 contenant de nouvelles règles du droit d'auteur (AW): « Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet: (...) ». S'ensuit une liste d'exemples similaire à la Convention de Berne, ponctuée d'une formule *catch-all* d'où se déduit son caractère exemplatif et le principe de l'indifférence de la forme d'expression: « (...) en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht ». Est tout de même ajouté au contenu de la liste les logiciels (12°).

⁵⁸. Pt. 3.3.2: « (...) een geur – waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie – in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Dat uitgangspunt is juist. De in artikel 10 AW, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. » (notre traduction).

⁵⁹. Voy. art. 2.1 (overdracht auteursrecht) du contrat reproduit in Trib. Gelderland, 10 juin 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674, pt. 2.5: « (...) draagt hierbij het volledige en exclusieve auteursrecht met betrekking tot de receptuur, de bereidingswijze en de smaakzintuiglijke kenmerken van het product over aan *Levola* voor de volledige duur van dit auteursrecht ».

⁶⁰. Trib. La Haye, 3 mai 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4384.

⁶¹. Trib. Gelderland, 10 juin 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674.



13. Dans ces deux affaires, Levola a demandé tout d'abord au juge de dire pour droit que le goût du Heksenkaas constitue une création intellectuelle de son auteur et donc une œuvre au sens de la loi sur le droit d'auteur, bénéficiant par cela même de sa protection. Par « goût », Levola entend l'« impression d'ensemble provoquée par la consommation d'un produit alimentaire sur les organes sensoriels du goût, en ce compris la sensation en bouche perçue par le sens du toucher »⁶². Suivant en cela la distinction cardinale entre l'œuvre (*corpus mysticum*) et son support (*corpus mechanicum*)⁶³, l'œuvre selon Levola consisterait donc bien dans le goût en tant que tel, indépendamment du mélange de substances dans lequel il s'incarne (la recette)⁶⁴.

Au soutien de son argumentation pour justifier de la protection du droit d'auteur pour le goût du Heksenkaas, Levola invoque l'arrêt *Lancôme / Kecofa* du Hoge Raad relatif à la protection du droit d'auteur pour les parfums, dont elle estime pouvoir transposer les enseignements au cas d'espèce. Et dès lors que par analogie, le goût doit pouvoir constituer une œuvre au même titre que le parfum, il suffit alors pour celui-ci de satisfaire à la condition d'originalité, entendue comme la « création intellectuelle propre à son auteur », suivant la jurisprudence *Infopaq* de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁵.

Tant devant le tribunal de La Haye que devant le tribunal de Gelderland, Levola va succomber sur ce second point de l'argumentation, à défaut de rapporter la preuve de l'originalité du goût du Heksenkaas. Levola entendait en effet prouver l'originalité de la saveur de son fromage en amenant les juges à goûter celui-ci, soulignant que celle-ci ne pouvait se laisser décrire par des mots et qu'il n'était possible de la constater que par l'expérience du produit⁶⁶. Le tribunal de La Haye se laissera tenter par l'expérience pour conclure finale-

ment à l'absence d'originalité, estimant que le goût du Heksenkaas est banal^{67,68}. De son côté, le tribunal de Gelderland refusera de se livrer à cet exercice, soulignant que c'est au demandeur que revient la charge de prouver l'originalité de sa création et non au tribunal de décrire celle-ci suite à son expérience⁶⁹. Spécialement dans cette dernière affaire, le tribunal a précisé que c'est pour des raisons d'économie du procès qu'il ne se prononcerait pas sur la question centrale de savoir si un goût peut être protégé par le droit d'auteur, puisqu'en tout état de cause, il faudrait encore prouver son originalité, *quod non*⁷⁰.

14. Ainsi, alors que Smilde, dans l'affaire qui a donné lieu au jugement du tribunal de Gelderland, avait soulevé à titre subsidiaire que l'arrêt *Lancôme / Kecofa* du Hoge Raad ne constituait pas un précédent valable dès lors que la notion d'œuvre serait désormais harmonisée en droit de l'Union européenne et de toute évidence ne pourrait viser les « goûts »⁷¹, ce débat avait été largement évincé.

C'est en appel du jugement rendu dans cette affaire que ce débat sera initié, devant la cour d'appel de Arnhem-Leeuwarden⁷². C'est toutefois à l'échelon supérieur qu'il aura lieu. Constatant les incertitudes qui règnent autour du champ d'application du droit d'auteur à propos des odeurs et saveurs, lesquelles sont marquées au point de voir dans l'Union européenne deux cours suprêmes (en France et aux Pays-Bas) se prononcer différemment sur la même question, la cour d'appel a décidé de poser une série de questions préjudicielles à la Cour de justice. Celles-ci portent, pour une part, sur la possibilité de protéger la saveur d'un produit alimentaire au titre du droit d'auteur, et pour une autre part, dans l'hypothèse d'une réponse positive aux premières questions, sur l'appréciation de l'étendue de cette protection.

⁶² Voy. Trib. La Haye, 3 mai 2017, pt. 3.1.1; Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 3.1.1. Nous reprenons la traduction de l'arrêt de la Cour de justice (*Levola*, pt. 18).

⁶³ Sur cette distinction, voy. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 1, *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 114-118.

⁶⁴ Voy. Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 4.1: « (...) het werk de waarneembare smaak is en irrelevant is in welk mengsel van stoffen (de receptuur) de smaak (het werk) wordt belichaamd (...) ». Dans son arrêt *Lancôme / Kecofa*, le Hoge Raad avait pareillement souligné qu'il convient de distinguer l'odeur du mélange de substances qui compose le parfum (pt. 3.3.2).

⁶⁵ Voy. Trib. La Haye, 3 mai 2017, pts. 4.3-4.4; Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 4.1.

⁶⁶ Voy. spéc. Trib. La Haye, 3 mai 2017, pt. 3.3: « Levola stelt verder dat de smaak van Heksenkaas (inclusief het mondgevoel) niet in woorden te vatten is en dat zij ook niet gehouden is de auteursrechtelijk beschermde trekken te benoemen. Of de smaak voldoet aan de auteursrechtelijke werktoets (en of hierop inbreuk wordt gemaakt) kan slechts worden vastgesteld door waarneming (proeven) van het betreffende product. »

⁶⁷ Trib. La Haye, 3 mai 2017, pts. 4.12-4.14. Le tribunal conclut son analyse en ces termes: « (...) Van enige verrassende smaak is geen sprake. »

⁶⁸ Pour une discussion de la notion de banalité en droit d'auteur, voy. J. CABAY, « L'affaire *Madonna* ou le triomphe de l'anecdote » (obs. sous Cass., 14 décembre 2015), *J.T.*, 2016, pp. 476-479; J. CABAY, « L'originalité d'une œuvre musicale » (note sous Mons, 3 février 2014), *R.D.C.*, 2014, pp. 519-527.

⁶⁹ Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 4.5.

⁷⁰ Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 4.4.

⁷¹ Trib. Gelderland, 10 juin 2015, pt. 4.2.: « (...) Meer subsidiair stelt Smilde zich op het standpunt dat smaken geen auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten, omdat het *Lancôme / Kecofa*-arrest geen geldend recht meer is doordat het auteursrechtelijk werkbegrip sindsdien Europees is geharmoniseerd en evident is dat smaken niet (kunnen) vallen onder dat werkbegrip (...) »

⁷² Arnhem-Leeuwarden, 23 mai 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6697. On relèvera que parmi les membres du siège figure le Pr. Bernt Hugenoltz de l'Université d'Amsterdam, autorité dans le domaine du droit d'auteur.



V. L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DANS L'AFFAIRE *LEVOLA* (C-310/17)

15. Après avoir admis la recevabilité des questions qui lui étaient adressées⁷³, la Grande Chambre de la Cour de justice énonce d'emblée l'enseignement principal de cet arrêt, à savoir que l'« œuvre », objet des droits exclusifs prévus par la directive n° 2001/29, n'étant pas définie par renvoi exprès au droit des Etats membres, la notion doit recevoir dans toute l'Union une « interprétation autonome et uniforme »⁷⁴. On imaginait mal la Cour se prononcer autrement eu égard à sa jurisprudence antérieure (voy. *supra*, n° 2).

16. Posé ce principe, la Cour s'emploie à interpréter la notion et souligne donc qu'une saveur ne pourra bénéficier de la protection du droit d'auteur au titre de la directive qu'autant qu'elle constitue une œuvre⁷⁵. A cet égard, la Cour indique que deux conditions cumulatives doivent être remplies⁷⁶, à savoir que l'objet concerné doit être « (...) *original*, en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur (...) »⁷⁷ et que la qualification d'œuvre « (...) est réservée aux éléments qui sont l'*expression* d'une telle création intellectuelle (...) »⁷⁸. D'ores et déjà, on insistera à ce stade sur le fait que la Cour n'énonce pas ici que la réunion de ces deux conditions suffit à qualifier l'objet concerné d'« œuvre », mais bien que cette qualification ne peut être retenue, au sens de la directive n° 2001/29, si ces deux conditions ne sont pas rencontrées. Il est manifeste que lorsqu'elle parle d'« œuvre », la Cour vise l'« œuvre protégée » au titre de la directive n° 2001/29. Il existe en effet des « œuvres » qui ne sont pas ou plus protégées par le droit d'auteur – celles qui composent respectivement le « domaine public réglementaire » et le « domaine public temporel »⁷⁹ – et qui n'en perdent pas pour autant leur qualification d'« œuvre »^{80,81}. Aussi une lecture conciliante de ce passage de l'arrêt suppose de le comprendre en ce sens qu'une œuvre ne peut être protégée dans le cadre de la directive – et son auteur de bénéficier des droits qu'elle prévoit – qu'autant que sont remplies cumulativement les conditions d'originalité et d'expression.

17. Suivant en cela sa jurisprudence constante, rappelée sous la première partie de nos commentaires, la Cour poursuit son exercice d'interprétation en se référant au droit international. Elle convoque à ce titre la Convention de Berne, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'accord sur les ADPIC, pour en tirer des éléments de précision relatifs exclusivement à la deuxième condition de protection identifiée ci-dessus, à savoir l'« expression ». La Cour retient ainsi qu'aux termes de la Convention de Berne, « (...) les œuvres littéraires et artistiques comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, *quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* (...) » et que les autres traités mettent en exergue le fait que « (...) ce sont les *expressions*, et non les idées (...) qui peuvent faire l'objet d'une protection au titre du droit d'auteur (...) »⁸².

Cette interprétation au regard du droit international permet à la Cour d'inscrire clairement la notion d'« expression » dans la définition de l'œuvre au sens de la directive n° 2001/29, ce qui ne peut se déduire d'une interprétation littérale de celle-ci dès lors que la notion n'y est nulle part mentionnée⁸³. Pour le reste, le détour par le droit international s'avère relativement stérile, car celui-ci ne fournit concrètement aucune précision sur ce qu'il convient d'entendre par « expression ». C'est donc plutôt dans le cadre d'une interprétation de type téléologique que la Cour va préciser les caractéristiques que doit revêtir cette « expression », comme condition de la protection de l'œuvre.

18. La Cour énonce ainsi que « (...) la notion d'« œuvre » visée par la directive n° 2001/29 implique nécessairement une *expression* de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le *rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité*, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente (...) »⁸⁴. Ce faisant, la Cour nous paraît clairement marquer le départ entre

73. *Levola*, pts. 26-32.

74. *Levola*, pt. 33.

75. *Levola*, pt. 34.

76. *Levola*, pt. 35.

77. *Levola*, pt. 36 (nous soulignons).

78. *Levola*, pt. 37 (nous soulignons).

79. S. DUSOLLIER, « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle? », in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER (eds.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 131 et s.

80. On relèvera à cet égard que la distinction entre « œuvre » et « œuvre protégée » est consacrée implicitement mais certainement dans la Convention de Berne. En particulier, on aura égard à son art. 2, relatif aux « œuvres protégées », qui réserve aux termes de son point 4. la possibilité pour « (...) les pays de l'Union de déterminer la protection à accorder aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes ». De même, l'art. 2bis intitulé « Possibilité de limiter la protection de certaines œuvres » prévoit que les pays de l'Union peuvent « (...) exclure partiellement ou totalement de la protection prévue à l'article précédent les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires ».

81. On ajoutera encore qu'il ressort sans équivoque possible d'une interprétation littérale de l'art. 1^{er} de la directive n° 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, que dans l'Union européenne, les droits de l'auteur sur son œuvre s'éteignent 70 ans après sa mort, mais aucunement que, passé ce délai, la production de cet auteur cesse d'être une « œuvre ».

82. *Levola*, pts. 38-39 (nous soulignons).

83. Dans le droit dérivé de l'UE dans le domaine du droit d'auteur, la notion d'expression ne figure en effet que dans la directive n° 2009/24 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (voy. art. 1^{er}, 2.).

84. *Levola*, pt. 40.



l'« œuvre » en tant qu'« objet de la protection du droit d'auteur » et l'« expression » de celle-ci, laquelle doit permettre d'identifier ledit objet de manière suffisamment précise et objective.

La Cour s'emploie alors à justifier cette exigence particulière à laquelle doit répondre l'« expression ». La justification d'une « possibilité d'identification précise et objective » tient à la sécurité juridique: il faut en effet permettre aux « (...) autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur (...) », de même qu'aux « (...) particuliers, notamment des opérateurs économiques (...) » d'identifier avec clarté et précision les objets protégés par le droit d'auteur, ce qui suppose « (...) d'écarter tout élément de subjectivité (...) »⁸⁵.

De l'avis de la Cour, l'expression de la saveur d'un produit alimentaire ne satisfait pas à cette exigence pour deux raisons.

Premièrement, l'identification d'une saveur « (...) repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables (...) », lesquelles dépendent de nombreuses variables (âge, préférences alimentaires, habitudes de consommation, environnement, contexte). En cela, l'expression d'une saveur différerait de celle d'une « (...) œuvre littéraire, picturale, cinématographique ou musicale, qui est [*sic*] une expression précise et objective (...) »⁸⁶. On relèvera qu'en procédant par métonymie (« l'œuvre est une expression »), la version française (ainsi que dans les autres langues latines⁸⁷) de ce passage de l'arrêt est critiquable puisqu'elle semble confondre l'objet

de la protection (l'œuvre) avec l'une des conditions de cette protection (l'expression). Les autres versions linguistiques germaniques, dans lesquelles il est question de « forme d'expression »⁸⁸, sont à cet égard préférables.

Deuxièmement, « (...) l'identification précise et objective de la saveur d'un produit alimentaire, qui permette de la distinguer de la saveur d'autres produits de même nature, n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique (...) »⁸⁹.

19. En conclusion, puisque l'« expression » d'une création intellectuelle constitue l'une des deux conditions cumulatives pour qu'un objet puisse revêtir la qualification d'œuvre, que cette expression doit permettre l'« identification précise et objective » de cet objet pour que celui-ci puisse être protégé, que l'expression de la saveur et que l'expression d'une saveur ne présente pas cette caractéristique, il s'ensuit que « (...) la saveur d'un produit alimentaire ne saurait être qualifiée d'« œuvre », au sens de la directive n° 2001/29 (...) »⁹⁰. Et puisque la notion d'œuvre doit recevoir une interprétation autonome et uniforme au sein de l'Union, « (...) la directive n° 2001/29 s'oppose à ce qu'une législation nationale soit interprétée d'une manière telle qu'elle accorde une protection par le droit d'auteur à la saveur d'un produit alimentaire (...) »⁹¹.

20. Compte tenu de cette réponse négative, il n'y a pas lieu pour la Cour de répondre aux questions relatives à l'appréciation de l'étendue de la protection du droit d'auteur pour une saveur⁹².

VI. L'ARRÊT *LEVOLA* COMPARÉ AUX CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL WATHELET

21. Une bonne compréhension de cet arrêt ne peut faire l'économie d'une comparaison avec les conclusions de l'avocat général Melchior WATHELET dans cette affaire, présentées le 25 juillet 2018. Inutile de souligner que l'avocat général, comme la Cour, entame son raisonnement en posant le principe que l'« œuvre » constitue une notion autonome du droit de l'Union⁹³.

22. Premièrement, l'avocat général met en garde la Cour contre toute interprétation qui consisterait à reconnaître la

protection du droit d'auteur à un objet au seul motif qu'il est original. Il souligne ainsi que si l'originalité est une « condition nécessaire », pour autant elle n'est « pas suffisante »⁹⁴. Si cela est clairement dit et tout à fait exact, la suite du propos est marquée d'une imprécision. L'avocat général estime en effet qu'« (...) [o]utre l'exigence que l'objet en cause soit original, il doit être une « œuvre » (...) »⁹⁵ et qu'« (...) [i]l est important de ne pas fusionner ou de faire un amalgame de ces deux notions qui sont distinctes (...) »⁹⁶. Ce faisant, l'avocat général laisse enten-

^{85.} *Levola*, pt. 41.

^{86.} *Levola*, pt. 42.

^{87.} « expresión » (ES), « espressione » (IT), « expressão » (PT).

^{88.} « uitdrukingsvorm » (NL; langue de la procédure), « form of expression » (EN), « Ausdrucksform » (DE).

^{89.} *Levola*, pt. 43.

^{90.} *Levola*, pt. 44.

^{91.} *Levola*, pt. 45.

^{92.} *Levola*, pt. 47.

^{93.} Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pts. 37-40.

^{94.} Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 44.

^{95.} Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 44.

^{96.} Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 46.



dre que la protection du droit d'auteur supposerait la réunion de deux conditions, à savoir l'œuvre et l'originalité.

Or, la notion d'œuvre détermine en réalité l'objet du droit d'auteur (*in abstracto*) tandis que les notions d'originalité et d'expression servent à déterminer l'étendue de sa protection (*in concreto*). Une œuvre peut être protégée par le droit d'auteur dans son ensemble, sans pour autant qu'il en aille de même de tous les éléments qui la composent, soit que ces éléments ne sont pas originaux, soit qu'ils ne constituent pas une expression (parce qu'ils relèvent du domaine de l'idée)⁹⁷. Même si la formulation employée laisse à désirer, la Cour a, semble-t-il, bien compris ces principes lorsqu'elle a distingué, pour qu'un objet puisse revêtir la qualification d'œuvre, entre ces deux conditions cumulatives⁹⁸. On a toutefois vu que, dans un autre passage, elle a semblé confondre l'œuvre et son expression, en procédant par métonymie⁹⁹. Il n'est pas exclu que ce passage critiquable tire son origine de la confusion entretenue par les conclusions de l'avocat général sur ce point.

23. Deuxièmement, alors que la Cour est restée muette sur l'étendue du « domaine littéraire, scientifique et artistique » au sens de la Convention de Berne, l'avocat général nous paraît très clairement avoir embrassé l'interprétation que nous avons proposée de ces termes (voy. *supra*, n° 7). L'avocat général a notamment souligné que la liste contenue à l'article 2, (1), de la Convention de Berne « (...) ne fait aucune référence aux saveurs, pas plus qu'à des œuvres analogues aux saveurs telles que les odeurs ou parfums (...) »¹⁰⁰. Certes, il reconnaît que cette liste « (...) ne les exclut pas expressément (...) »¹⁰¹, mais relève tout de même que « (...) cette disposition ne fait référence qu'aux œuvres qui sont perçues par des moyens visuels ou sonores (...) à l'exclusion des productions qui peuvent être perçues par d'autres sens comme le goût, l'odorat et le toucher (...) »¹⁰² et que « (...) [l]a saveur d'un produit alimen-

taire ne peut être rapprochée d'aucune des 'œuvres' protégées (...) »¹⁰³. Il rappelle en outre qu'en cas de doute persistant (notamment pour ce qui concerne les programmes d'ordinateur et les bases de données), les extensions du droit d'auteur ont chaque fois été assurées par l'intervention de la Communauté internationale¹⁰⁴ et qu'à sa connaissance, « (...) aucune autre disposition du droit international ne protège, par le droit d'auteur, la saveur d'un produit alimentaire (...) »¹⁰⁵.

Aucune de ces considérations, parfaitement justes au demeurant, n'ont trouvé leur voie dans l'arrêt de la Cour de justice, alors même que celle-ci conclut pareillement à l'exclusion de la protection du droit d'auteur pour les saveurs. On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles la Cour n'a pas explicitement suivi son avocat général sur ce point et quelles sont les conséquences de ce silence, notamment pour ce qui concerne la transposition des enseignements de l'arrêt à d'autres objets que celui en cause (et singulièrement aux parfums). Nous y reviendrons plus tard. A notre avis, l'explication du silence de la Cour tient moins au fond de la question qu'à la forme de sa réponse. L'opinion de l'avocat général remet en effet drastiquement en cause la prémisse du raisonnement du Hoge Raad ainsi que de la doctrine française majoritaire, prémisse qui, nous l'avons vu, n'a jamais été dénoncée par la Cour de cassation¹⁰⁶. Dans l'esprit du dialogue de juge à juge entre la Cour de justice et les juridictions des Etats membres qui préside à la procédure de renvoi pré-judiciel¹⁰⁷, on peut imaginer que la Cour de justice ait voulu éviter de sanctionner, clairement pour ce qui concerne le Hoge Raad, éventuellement pour ce qui concerne la Cour de cassation, deux juridictions suprêmes au sein de l'Union européenne.

24. Troisièmement, l'avocat général appuie son argumentation sur la notion d'expression. Après une incise sur laquelle il ne nous paraît pas nécessaire de nous attarder¹⁰⁸,

⁹⁷. Pour une analyse approfondie en droit de l'Union européenne et en droit belge, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, 691 p.

⁹⁸. *Levola*, pts. 35-37.

⁹⁹. *Levola*, pt. 42.

¹⁰⁰. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 50. Comp. C.J.C.E., 12 décembre 2002, *Sieckmann*, C-273/00, pt. 43 (« L'article 2 de la directive [n° 89/104/CEE] rapprochant les législations des Etats membres sur les marques a pour objet de définir les types de signes susceptibles de constituer des marques. Cette disposition prévoit que peuvent constituer des marques 'notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement [...]'. Certes, elle ne mentionne que des signes qui sont susceptibles d'être perçus visuellement, de type bidimensionnel ou tridimensionnel, et qui peuvent donc être représentés au moyen de lettres ou de caractères écrits ou d'une image. »).

¹⁰¹. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 50. Comp. C.J.C.E., 12 décembre 2002, C-273/00, *Sieckmann*, pt. 44 (« (...) ladite disposition [l'art. 2 de la directive n° 89/104/CEE], si elle ne mentionne pas les signes qui ne sont pas en eux-mêmes susceptibles d'être perçus visuellement, tels que les odeurs, ne les exclut cependant pas expressément »).

¹⁰². Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 51.

¹⁰³. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 54.

¹⁰⁴. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 52.

¹⁰⁵. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 54.

¹⁰⁶. *Voy. supra*, n°s 9-11.

¹⁰⁷. Comp. C.J.U.E., 18 décembre 2014, avis 2/13, pt. 176.

¹⁰⁸. L'avocat général énonce que « (...) si la forme dans laquelle une recette est exprimée (l'expression) peut être protégée par le droit d'auteur si l'expression est originale, le droit d'auteur ne protège pas la recette en tant que telle (l'idée) (...) » (pt. 55). Sauf pour l'avocat général à contredire ses précédentes observations, il nous paraît que l'expression ici visée ne peut concerner la saveur d'un produit alimentaire, mais tout au plus d'autres aspects tels ceux visuels. Sur la protection du plat dans ses aspects visuels, voy. spéc. M.-C. JANSSENS, « Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines », pp. 23-24, n°s 47-49, disponible sur www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116.



il estime que l'expression originale, pour être protégée, « (...) devrai[t] être identifiable[e] avec suffisamment de précision et d'objectivité (...) »¹⁰⁹. Cette exigence, que la Cour de justice a reprise à son compte, ne découle d'aucune disposition du droit d'auteur dans l'Union européenne mais provient directement de la jurisprudence de la Cour en droit des marques. En effet, l'avocat général convoque au soutien de cette exigence l'arrêt *Sieckmann*¹¹⁰, aux termes duquel la Cour de justice a estimé que « (...) peut constituer une marque un signe [en l'occurrence une odeur] qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement, à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective ». « Certes », souligne l'avocat général dans une note, « la condition qu'un signe doive faire l'objet d'une représentation graphique n'existe plus en droit de l'Union »¹¹¹. Mais il remarque ensuite que les nouveaux instruments européens en matière de marque exigent que les signes « (...) soient propres à être représentés dans le registre d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisé-

ment et clairement l'objet bénéficiaire de la protection conférée à leur titulaire »^{112,113}. A nouveau, la Cour de justice a fait ces considérations siennes et les a intégrées à sa motivation.

25. Sur la base de ces éléments, la suite du propos de l'avocat général consiste à démontrer que cette identification précise et objective de l'expression d'une saveur n'est pas possible, à tout le moins au vu de l'état actuel de la technique, et que même par le recours à l'expertise, elle demeurerait marquée au sceau de la subjectivité, dont ne peut s'accommoder le principe de sécurité juridique¹¹⁴. Sur ces points également, il sera suivi par la Cour.

26. La comparaison des conclusions de l'avocat général et de l'arrêt de la Cour permet certainement de guider la lecture de ce dernier, qui à divers égards prend les dehors d'un palimpseste. A force de le gratter, on découvre en effet une partie du texte des conclusions de l'avocat général. Celles-ci ne permettent pas toutefois de saisir toute la portée de l'arrêt. Aussi il convient de recourir encore à des outils différents, qui révèlent d'autres aspects de cet arrêt plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord.

VII. L'ARRÊT *LEVOLA* AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR

27. Replacé dans le contexte plus large de la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine du droit d'auteur et des controverses que celle-ci a suscitées, l'arrêt *Levola* livre à la fois des enseignements plus profonds ainsi que certaines limites à l'interprétation qu'on serait tenté de lui donner.

28. Premièrement, on relève que le développement du raisonnement de la Cour fait largement écho à celui tenu dans *Infopaq*¹¹⁵.

Ainsi dans l'arrêt *Infopaq*, l'harmonisation de la condition d'« originalité » est intervenue au détour d'une interprétation de la notion de « reproduction en partie ». Après avoir posé à titre liminaire le principe de l'autonomisation des notions de « reproduction » et de « reproduction en partie »¹¹⁶, c'est dans l'interprétation textuelle de ces notions que la Cour de justice trouve le point de départ du raisonnement qui la conduira à l'originalité. Elle constate en effet

qu'aux termes de l'article 2, a), de la directive n° 2001/29, le droit de reproduction des auteurs a pour objet une « œuvre »¹¹⁷. De là, constatant que la notion d'« œuvre » n'est pas plus précise que celle de « reproduction » définie dans la directive, la Cour procède à une interprétation contextuelle au regard du droit international puis du droit dérivé dans le domaine du droit d'auteur, pour finalement retenir l'interprétation de l'originalité que l'on connaît, à savoir la « création intellectuelle propre à son auteur »¹¹⁸. Il va de soi que dans cet arrêt, l'« œuvre » visée par la Cour devait s'entendre de l'« œuvre protégée » au titre de la directive n° 2001/29, à l'égard de laquelle seul le droit de reproduction prévu par ladite directive a vocation à s'appliquer.

Dans l'arrêt *Levola*, une lecture attentive révèle que si la Cour énonce explicitement que l'« œuvre » constitue une notion autonome du droit de l'Union, c'est en réalité la notion d'« expression » qui fait l'objet des éclaircissements

¹⁰⁹. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pt. 56.

¹¹⁰. C.J.C.E., 12 décembre 2002, C-273/00, *Sieckmann*.

¹¹¹. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, note 29.

¹¹². Art. 3, b), de la directive (UE) n° 2015/2436 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (*J.O.* 23 décembre 2015, L. 336/1); art. 4, b), du règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne (texte codifié) (*J.O.* 16 juin 2017, L. 154/1). On relèvera que les critères de la jurisprudence *Sieckmann* n'ont pas pour autant perdu leur pertinence dès lors qu'ils sont repris dans les considérants de ces deux instruments (respectivement 13 et 10).

¹¹³. Voy. F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 40-41 et 48-49.

¹¹⁴. Concl. Av. gén. WATHELET, *Levola*, pts. 57-58.

¹¹⁵. C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International / Danske Dagblades Forening*.

¹¹⁶. *Infopaq*, pts. 27-29 et 31.

¹¹⁷. *Infopaq*, pt. 33.

¹¹⁸. *Infopaq*, pts. 34-37.



de la Cour. La notion d'« œuvre » ne fait ainsi office, comme dans l'arrêt *Infopaq*, que de point de départ du raisonnement. D'ailleurs, aucune des considérations de l'avocat général relatives au « domaine littéraire, artistique et scientifique », qui participent pourtant de la définition de l'œuvre, n'ont été reprises par la Cour. Seules les considérations relatives à la notion d'expression ont finalement trouvé leur voie dans l'arrêt, qui tourne tout entier autour de celle-ci¹¹⁹.

En réitérant cette manière de raisonner, la Cour nous paraît confirmer que contrairement à ce qu'une doctrine a pu écrire, et malgré une formulation ambiguë, celle-ci ne réduit pas la notion d'« œuvre » à celle d'« originalité »¹²⁰. Comme nous l'avons déjà souligné, l'ambiguïté de la formulation tient au fait que lorsqu'elle parle d'« œuvre », la Cour vise nécessairement l'« œuvre protégée ».

29. Deuxièmement, l'interprétation de la notion d'« expression » et singulièrement l'exigence que celle-ci permette une « identification précise et objective » de l'objet protégé doit à notre avis se comprendre en ayant égard au principe de l'exclusion des idées de la protection, que l'on retrouve en particulier énoncé dans l'arrêt *SAS Institute*¹²¹.

A la lecture des points 39 et 40, on comprend en effet mal le lien logique que la Cour opère – par le recours au terme « partant » qui relie les deux paragraphes – entre la règle suivant laquelle la protection du droit d'auteur s'attache à l'« expression » et la caractéristique que celle-ci devrait présenter, à savoir permettre une « identification précise et objective » de l'objet protégé. Ce lien apparaît plus évident

si l'on a égard à la règle précitée, non dans son volet positif, mais dans son volet négatif.

Ainsi dans *SAS Institute*, la Cour a souligné qu'« (...) admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel (...) »¹²². L'exclusion de la protection des idées tire ainsi sa justification dans le fait qu'elle est de nature à préserver certains intérêts. Comme la Cour l'a énoncé de manière tout à fait générale dans l'arrêt *GS Media*:

« (...) il découle des considérants (3) et (31) de la directive n° 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, 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 (...) »¹²³.

Or, admettre que la protection du droit d'auteur puisse s'attacher à une expression qui ne permettrait pas une « identification précise et objective » de l'objet protégé ne paraît pas de nature à respecter ce « juste équilibre »¹²⁴ recherché par la directive n° 2001/29. L'expression qui ne satisfait pas à cette exigence partage en effet avec l'idée ce

¹¹⁹ Comp. C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: One answer given, three questions marks ahead », *E.I.P.R.*, 2019, p. 419: « (...) Compared to the AG Opinion, however, Article 2(1) BC and its exemplificative reference to works which can be perceived by sight and hearing are set aside. The key source to give meaning to the notion of expression is identified in the idea-expression dichotomy (...) ».

¹²⁰ Une doctrine importante s'était prononcée en ce sens, à propos des arrêts *BSA* et *Premier Football Association Premier League* (C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany / Ministerstvo kultury*; C.J.U.E., 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a. / QC Leisure e.a.*). Voy. not. E. BARKER et I. HARDING, « Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into *SAS* », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2012, Vol. 7, No. 9, p. 677; V.-L. BENABOU, « L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 24; V.-L. BENABOU, obs. sous C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany / Ministerstvo kultury*, P.I., 2011, p. 210; S. CARRE, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », in *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris, LexisNexis, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2013, p. 56; E. DERCLAYE, « La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit d'auteur: évaluation de son impact sur et de sa réception par le droit du Royaume-Uni. Que réserve l'avenir? », *R.I.D.A.*, 2014/240, p. 18; E. DERCLAYE, « L'arrêt *Softwarová*: une révolution en droit d'auteur ou une 'erreur de jugement'? » (note sous C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany / Ministerstvo kultury*), *R.D.T.I.*, 2011/43, p. 61; J. GRIFFITHS, « Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, Vol. 33, No. 4, p. 782; J. GRIFFITHS, « *Infopaq*, *BSA* and the 'Europeanisation' of United Kingdom copyright law », pp. 8-9, disponible sur www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1777027; F. POLLAUD-DULIAN, « Chronique. Propriété littéraire et artistique », *R.T.D.Com.*, 2011, p. 746; E. ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013, pp. 123 et 138; E. ROSATI, « Closed subject-matters are no longer compatible with EU copyright », p. 5, disponible sur www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468104; T. SHAPIRO et B. LINDNER, « More football in pubs: European Union – Court of Justice (Grand Chamber) *Football Association Premier League Ltd and others / QC Lesiure and Others* (C-403/08) and *Karen Murphy / Media Protection Services Ltd* (C-429/08) », *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2013, Vol. 3, No. 1, p. 46; M. VAN ECHOU, « Along the Road to Uniformity – Diverse Reading of the Court of Justice Judgments on Copyright Work », 3 *JIPITEC* 60 (2012), pp. 70-71, nos 79-81.

¹²¹ C.J.U.E., 2 mai 2012, C-406/10, *SAS Institute / World Programming*, pts. 29-46.

¹²² *SAS Institute*, pt. 40.

¹²³ C.J.U.E., 8 septembre 2016, C-160/15, *GS Media / Sanoma Media Netherlands e.a.*, pt. 31.

¹²⁴ Sur cette notion, voy. 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 » », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses?*, Bruxelles, Larcier, 2017, spéc. pp. 57-68.



caractère indéterminé qui devrait justifier que lui soit réservé le même sort, à savoir l'absence de protection¹²⁵. Admettre l'inverse serait de nature à porter indûment atteinte notamment aux intérêts identifiés par la Cour dans l'arrêt *Levola* comme étant ceux des « (...) particuliers, notamment des opérateurs économiques, qui doivent pouvoir identifier avec clarté et précision les objets protégés au profit de tiers, notamment de concurrents (...) »¹²⁶, lesquels intérêts sont protégés, le cas échéant, au titre de la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²⁷.

Ainsi comprise, l'exigence posée par la Cour s'inscrit de manière cohérente dans sa jurisprudence et semble pouvoir prétendre découler d'une interprétation téléologique de la directive n° 2001/29. Nous verrons que ceci est encore confirmé par l'analyse de l'arrêt *Sieckmann* (voy. *infra*, nos 32-33).

30. Troisièmement, bien que la Cour n'ait pas suivi son avocat général dans ses observations relatives au fait que le domaine « littéraire, scientifique et artistique » serait circonscrit aux œuvres perceptibles par la vue et par l'ouïe, il nous paraît toutefois que ceci doit se déduire de l'arrêt de la Cour.

Dans l'arrêt *Levola*, on relève en effet qu'après avoir précisé les caractéristiques (« précision et objectivité ») que doit revêtir l'expression, la Cour de justice n'a aucunement renvoyé à la juridiction de renvoi le soin de vérifier si l'expression de la saveur du *Heksenkaas* présentaient pareilles caractéristiques. Au contraire, elle a estimé que l'expression d'une saveur ne présente pas et ne peut pas présenter ces caractéristiques eu égard à l'état de la technique, pour conclure de manière péremptoire en ce sens que « (...) la saveur d'un produit alimentaire ne saurait être qualifiée d'œuvre »¹²⁸. Le contraste avec d'autres arrêts est sur ce point

saissant, spécialement avec l'ensemble de sa jurisprudence relative à l'originalité, où la Cour à chaque fois renvoyé au juge national le soin d'identifier l'« expression d'une création intellectuelle propre à son auteur »¹²⁹.

Comme le précise N. FENGER et M. BROBERG, « (...) eu égard à l'article 267 TFUE, il revient en principe à la Cour de justice la seule tâche d'interpréter le droit de l'Union, mais pas d'appliquer cette interprétation à l'affaire en cause (...) »¹³⁰. Toutefois, le style de la Cour a évolué au fil du temps au point que la formulation de ses arrêts revient parfois à une application au cas d'espèce, ne laissant aucune marge de manœuvre à la juridiction de renvoi¹³¹. La formulation de l'arrêt *Levola* s'inscrit dans cette évolution.

On comprend alors que, si l'arrêt semble justifier l'exclusion de la protection du droit d'auteur pour une saveur à défaut de rencontrer l'une des conditions de la protection (l'expression), c'est en réalité parce que de toute évidence, une saveur ne relève pas du champ d'application du droit d'auteur. Elle n'appartient tout simplement pas au « domaine littéraire, scientifique et artistique » et ne peut donc être qualifiée d'œuvre.

A cet égard, on relève le parallèle avec le raisonnement tenu dans l'arrêt *Football Association Premier League*, dans lequel la Cour a estimé que des rencontres sportives (en l'occurrence des matchs de football) ne sont pas qualifiables d'œuvres au sens de la directive n° 2001/29, dans la mesure où elles sont « (...) encadrées par des règles de jeu, qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur (...) »¹³². Ici aussi, la Cour avait, semble-t-il, disqualifié de manière générale une catégorie d'objet au titre de la protection du droit d'auteur au motif qu'elle ne satisfait pas à l'une des conditions de la protection (l'originalité), s'attirant ainsi les critiques de la doctrine¹³³. En réalité, et

¹²⁵. L'exclusion des idées de la protection est parfois justifiée par ce fait que l'idée est abstraite, indéterminée, insaisissable et partant, ne pourrait être objet de droit. Voy. spéc. en Belgique: M. BUYDENS, « La protection des idées originales: droit d'auteur, responsabilité civile ou droit de la personnalité », *Ing.-Cons.*, 1993, p. 70, n° 4; J. CABAY, « 'Ce sont les *regardeurs* qui font les tableaux'. La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur », in A. PUTTEMANS et B. DEMARSIN (dirs.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Bruxelles, Larcier, 2012, spéc. pp. 17-18, n° 9.

¹²⁶. *Levola*, pt. 41.

¹²⁷. Suivant la Cour de justice, la liberté d'entreprise « [...] comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose [...] » (C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien / Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, pt. 49; voy. plus récemment C.J.U.E., 30 juin 2016, C-134/15, *Lidl / Freistaat Sachsen*, pt. 27) ainsi que « [...] la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre [...] » (C.J.U.E., 22 janvier 2013, C-283/11, *Sky Österreich / Österreichischer Rundfunk*, pt. 42; voy. plus récemment C.J.U.E., 26 octobre 2017, C-534/16, *Finanné riaditestvo Slovenskej republiky / BB construct*, pt. 35).

¹²⁸. *Levola*, pts. 42-44.

¹²⁹. Voy. spéc. le dispositif de l'arrêt du 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International / Danske Dagblades Forening*: « Un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur. » (nous soulignons). Voy. égal. C.J.U.E., 2 mai 2012, C-406/10, *SAS Institute / World Programming*, pt. 68; C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, C-604/10, *Football Dataco e.a. / Yahoo! UK e.a.*, pt. 43; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer / Standard VerlagsGmbH e.a.*, pt. 94; C.J.U.E., 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a. / QC Leisure e.a.*, pt. 158; C.J.U.E., 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezenostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany / Ministerstvo kultury*, pt. 47.

¹³⁰. N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 545.

¹³¹. N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 545-549.

¹³². C.J.U.E., 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a. / QC Leisure e.a.*, pts. 96-99.

¹³³. Voy. *supra*, note 118.



malgré une formulation critiquable, la Cour n'avait fait probablement qu'entériner l'idée bien ancrée qu'une rencontre sportive ne relève pas du « domaine littéraire, scientifique et artistique » et ne constitue donc pas une œuvre¹³⁴.

Toujours dans le cadre de cette comparaison, le rejet de la protection du droit d'auteur, et plus généralement du droit de la propriété intellectuelle, nous paraît plus prononcé encore à l'égard des saveurs dans *Levola* qu'à l'égard des rencontres sportives dans *Football Association Premier League*. En effet pour ces dernières, la Cour avait encore réservé explicitement la possibilité qu'elle soit l'objet d'une protection

par le droit national à un autre titre que le droit d'auteur¹³⁵. On ne retrouve aucun tempérament du même genre dans l'arrêt *Levola*, ce qui nous porte à croire que l'exclusion des saveurs est radicale et que, plus que probablement, une solution identique serait retenue pour les odeurs si la Cour devait être interrogée sur ce point.

Cette dernière conclusion est corroborée par la référence à l'arrêt *Sieckmann*, seul soutien convoqué à l'appui des exigences de « précision » et d'« objectivité » de l'expression. L'on quitte ainsi le domaine du droit d'auteur pour pénétrer dans celui du droit des marques.

VIII. L'ARRÊT *LEVOLA* À LA LUMIÈRE DE L'ARRÊT *SIECKMANN* EN MATIÈRE DE MARQUES

31. Pour le spécialiste du droit d'auteur, le détour opéré par l'avocat général – et, implicitement mais certainement, par la Cour de justice – par la jurisprudence en matière de marques peut certes dérouter mais ne doit pas étonner¹³⁶. En l'occurrence, il paraît d'ailleurs pertinent à un double titre. Premièrement, l'affaire *Levola* s'inscrit sur fond d'une dissonance entre la Cour de cassation française et le Hoge Raad néerlandais relative à la protection des créations olfactives, en l'occurrence des parfums (voy. *supra*, nos 10-11). Or, l'arrêt *Sieckmann*¹³⁷ a trait précisément à la protection d'un signe olfactif au titre du droit des marques. Deuxièmement, conceptuellement, les termes du débat en droit d'auteur comme en droit des marques sont largement les mêmes puisque l'indétermination du statut des odeurs (et saveurs) naît dans les deux cas du caractère exemplatif des listes des objets – respectivement des œuvres¹³⁸ et des signes¹³⁹ – éligibles à la protection considérée, lesquelles listes ne font aucune référence à des objets perceptibles par le goût, l'odorat et le toucher.

32. Au-delà de la pertinence du rapprochement, il nous paraît que la solution dégagée en matière de marques vaut *a fortiori* dans le domaine du droit d'auteur.

Nous l'avons vu, la Cour énonce dans l'arrêt *Sieckmann* une série de critères auxquels devrait satisfaire la représentation graphique du signe olfactif pour que celui-ci puisse constituer une marque. On relèvera que la suppression de l'exigence de représentation graphique lors de l'adoption du « paquet marques » n'a pas rendu caducs ces critères, puisqu'on les retrouve respectivement aux considérants (13) et (10) de la directive (UE) n° 2015/2436 et du règlement (UE) n° 2017/1001. Ceci ne doit pas étonner dès lors que ces critères ne sont pas tant liés à l'exigence d'une représentation graphique *per se*, mais bien à la fonction qu'elle est censée remplir. Interprétant l'exigence, la Cour a en effet souligné qu'elle doit permettre que le signe « (...) puisse être identifié avec exactitude (...) » et qu'« (...) [u]ne telle interprétation est commandée par le bon fonctionnement du système de l'enregistrement des marques »¹⁴⁰. Les critères *Sieckmann* sont donc le résultat d'une interprétation téléolo-

¹³⁴ Ce qui était d'ailleurs bien admis parmi les commentateurs de cet arrêt, même les plus critiques. Voy. not. J. GRIFFITHS, « Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, Vol. 33, No. 4, p. 782, note 82; F. W. GROSHEIDE, « Werk in uitvoering », *AM*, 2012, p. 289, n° 20; C. HANDIG, « The 'sweat of the brow' is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term 'work' », *E.I.P.R.*, 2013, p. 337; J.-B. HUBIN et J. JOST, « L'arrêt *Premier League*: les droits de diffusion exclusifs par territoire mis hors jeu? », *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 122; P.B. HUGENHOLTZ, note sous C.J.U.E., 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a. / QC Leisure e.a.*, *N.J.*, 2012-2013, nr. 164, p. 1737; F. POLLAUD-DULIAN, « Chronique. Propriété littéraire et artistique », *R.T.D.Com.*, 2011, p. 746; E. ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013, p. 137.

¹³⁵ *Football Association Premier League*, pts. 100 et 102: « (...) [c]ela étant, les rencontres sportives, en tant que telles, revêtent un caractère unique et, dans cette mesure, original, qui peut les transformer en des objets dignes de protection comparable à la protection des œuvres, cette protection pouvant être accordée, le cas échéant, par les différents ordres juridiques internes (...); (...) Dans ces conditions, il est loisible à un Etat membre de protéger les rencontres sportives, le cas échéant, au titre de la protection de la propriété intellectuelle, en mettant en place une réglementation nationale spécifique (...) ».

¹³⁶ J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, p. 321, n° 68: « L'état de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal en matière de droit des marques a atteint un tel seuil de raffinement qu'il serait ingénu de croire qu'elle n'exercera aucune influence sur le contentieux dévolu à ces deux juridictions dans des matières apparentées (...) ».

¹³⁷ C.J.C.E., 12 décembre 2002, C-273/00, *Sieckmann*.

¹³⁸ Voy. *supra*, n° 5.

¹³⁹ Voy. art. 3 directive (UE) n° 2015/2436 et art. 4 du règlement (UE) n° 2017/1001. Dans son arrêt *Sieckmann*, la Cour souligne précisément que la liste est « exemplative » et que « (...) si elle ne mentionne pas les signes qui ne sont pas en eux-mêmes susceptibles d'être perçus visuellement, tels que les odeurs, [elle] ne les exclut cependant pas expressément » (pt. 44).

¹⁴⁰ *Sieckmann*, pts. 46-47.



gique du droit des marques, spécialement du système d'enregistrement « (...) qui constitue un élément essentiel de protection de celles-ci (...) » en tant qu'il contribue, notamment, à la « sécurité juridique »¹⁴¹. *In fine*, il s'agit donc de garantir correctement la fonction essentielle de marque, à savoir « (...) garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer *sans confusion possible* ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance (...) »¹⁴².

33. Or, transposé au domaine du droit d'auteur, la justification téléologique de critères de « précision » et d'« objectivité » apparaît à plus forte raison.

D'abord, en l'absence d'enregistrement, il apparaît d'autant plus important que l'objet de la protection puisse être identifié avec précision¹⁴³. Car si l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'enregistrement de la marque commande que celle-ci y soit précisément et objectivement décrite – au moyen ou non d'une « représentation graphique » –, *a fortiori* cet objectif ne pourra être rencontré en droit d'auteur sans une exigence similaire – le cas échéant au titre de l'interprétation de l'« expression » en tant que condition de la protection – dès lors que la protection de celui-ci est acquise *sans enregistrement*¹⁴⁴.

Ensuite, et surtout, parce que la directive n° 2001/29 vise notamment à garantir un niveau de protection élevé des droits de l'auteur¹⁴⁵ tout en maintenant un juste équilibre entre les droits et intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs protégés¹⁴⁶. Or, par comparaison avec la marque dont l'étendue de la protection est généralement fonction du

« risque de confusion »¹⁴⁷, la protection du droit d'auteur apparaît plus étendue puisqu'il y a atteinte au droit dès qu'il y a « *reprise d'un élément qui constitue l'expression de la création intellectuelle propre à son auteur* »¹⁴⁸. Et si des précisions de la Cour de justice à ce propos se font encore attendre, il est en tout cas clairement acquis dans les différents droits d'auteur nationaux que la contrefaçon ne suppose pas l'existence d'un « risque de confusion »¹⁴⁹. Dans ces conditions, la nécessité que l'objet de la protection puisse être identifié avec précision apparaît d'autant plus forte, afin de répondre aux objectifs identifiés ci-dessus de la directive n° 2001/29.

En se gardant de se référer explicitement à l'arrêt *Sieckmann* comme l'avait fait son avocat général, et en justifiant les critères de « précision » et d'« objectivité » auxquels doit répondre l'expression par référence au but poursuivi par ceux-ci¹⁵⁰, la Cour nous paraît procéder à une interprétation téléologique de la directive, conforme aux objectifs qu'elle poursuit.

34. Enfin et pour terminer, on soulignera encore la différence entre les voies entreprises par la Cour pour éconduire les odeurs et saveurs respectivement hors du droit des marques et du droit d'auteur. En effet, dans son arrêt *Sieckmann*, la Cour n'a aucunement exclu qu'un signe olfactif puisse constituer une marque, que du contraire¹⁵¹. A l'inverse, l'arrêt *Levola* est catégorique sur le fait que « (...) la saveur d'un produit alimentaire ne saurait être qualifiée d'« œuvre » (...) »¹⁵². La comparaison en dit long sur l'ampleur de la condamnation opérée par la Cour de justice dans ce dernier arrêt.

¹⁴¹. *Sieckmann*, pt. 37.

¹⁴². *Sieckmann*, pt. 34 (nous soulignons).

¹⁴³. De manière intéressante, on relève qu'en matière de dessins et de modèles communautaires non enregistrés, la Cour a fait le lien entre l'absence d'enregistrement et la nécessité d'une identification précise de l'objet de la protection. Voy. C.J.U.E., 19 juin 2014, C-345/13, *Karen Millen / Dunnes Stores*, pt. 43 (« (...) Dans ce contexte, il convient de relever que la différence opérée, à l'article 85 du règlement n° 6/2002, entre les procédures concernant un dessin ou un modèle communautaire enregistré et celles concernant un dessin ou un modèle communautaire non enregistré découle de la nécessité, s'agissant de cette dernière catégorie, de déterminer la date à partir de laquelle le dessin ou le modèle en cause bénéficie de la protection prévue par ce règlement ainsi que l'objet précis de cette protection. En effet, en raison de l'absence de la formalité d'enregistrement, ces éléments peuvent être plus difficiles à identifier dans le cas d'un dessin ou d'un modèle non enregistré que dans celui d'un dessin ou d'un modèle enregistré » (nous soulignons)) et 46 (« (...) il est nécessaire, en raison de l'absence, pour cette catégorie de dessin ou modèle, de la formalité d'enregistrement, que le titulaire du dessin ou modèle en cause spécifie l'objet de la protection qu'il revendique au titre dudit règlement (...) » (nous soulignons)).

¹⁴⁴. Voy. art. 4, 2., de la Convention de Berne: « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité (...) ».

¹⁴⁵. Voy. spéc. le considérant 9.

¹⁴⁶. Voy. spéc. le considérant 31. Voy. égal. le passage de l'arrêt *GS Media* reproduit *supra*, note 122.

¹⁴⁷. Voy. art. 10, 2., b), de la directive (UE) n° 2015/2436 et 9, 2., b), du règlement (UE) n° 2017/1001. Sur les différentes hypothèses d'atteinte au droit de marque (tributaire ou non du risque de confusion), voy. de manière générale F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Larcier, 2016, pp. 215 et s.

¹⁴⁸. *Infopaq*, pt. 51.

¹⁴⁹. Voy. ainsi en Belgique: Cass., 16 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 823; en France: Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 15 mai 2015, *P.I.*, 2015, p. 298, obs. J.-M. BRUGUIÈRE; aux Pays-Bas: HR, 12 avril 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532. Sur les différents critères d'appréciation des similitudes en tant que condition de la contrefaçon, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, pp. 309-329, nos 67-68, pp. 543-551, n° 131.

¹⁵⁰. *Levola*, pt. 41.

¹⁵¹. *Sieckmann*, pt. 45: « (...) il convient d'interpréter l'article 2 de la directive en ce sens que *peut constituer une marque un signe qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement*, à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique » (nous soulignons). Voy. égal. Concl. Av. gén. COLOMER présentées le 6 novembre 2001 dans cette affaire, pt. 45: « Il n'est pas nécessaire d'exclure de manière expresse certains signes de la législation sur les marques. D'aucuns s'excluent d'eux-mêmes du fait qu'ils ne remplissent pas les exigences propres au droit des marques. » (nous soulignons).

¹⁵². *Levola*, pt. 44.



IX. CONCLUSION: NE NOUS FAITES PAS DIRE CE QUE NOUS N'AVONS PAS DIT!

35. « If there was a decision that every EU copyright lawyer was waiting for in the tail of 2018, that was *Levola Hengelo* »¹⁵³. C'est ainsi qu'une auteure entame son commentaire de l'arrêt, et, nous devons concéder que pour ce qui nous concerne, le propos est très juste. Mais cet engouement pour l'arrêt et le caractère passionnel que sa question centrale a déjà suscité doit amener le lecteur à exercer une certaine méfiance à l'égard de ce qui a été et sera encore écrit à son propos. Loin de nous l'idée que notre lecture ne puisse être la cible de critiques en règle. Simplement, nous avons la faiblesse de penser que l'analyse globale à laquelle nous avons procédé doit nous permettre d'éviter certaines des dérives interprétatives auxquelles nous paraissent s'être déjà livrés certains de ses exégètes.

36. Aussi l'on se gardera de conclure que la Cour confond l'objet du droit d'auteur (« l'œuvre ») et ses conditions de protection (en l'occurrence l'« expression »¹⁵⁴)¹⁵⁵. Nous avons vu en effet qu'il n'en est rien, bien que la formulation de l'arrêt puisse le laisser penser et soit, pour cette raison, critiquable. Encore une fois, nous invitons encore le lecteur à lire la jurisprudence de la Cour en comprenant le terme « œuvre » comme l'« œuvre protégée ». Ceci nous paraît aller de soi et lève l'ambiguïté que d'aucuns dénoncent, à tort selon nous.

De même, on évitera de faire grand cas de la référence à l'impossibilité d'identifier avec précision et objectivité une saveur eu égard aux « moyens techniques en l'état actuel du

développement scientifique »¹⁵⁶. Si la Cour avait entendu véritablement réserver à l'avenir la protection des saveurs par le droit d'auteur en considération des évolutions technologiques, nous pensons qu'elle se serait engagée dans une autre voie, similaire à celle entreprise dans l'arrêt *Sieckmann*, et se serait gardée d'énoncer sans réserve qu'une saveur n'est pas une œuvre.

Ensuite, on écartera l'idée que la Cour ait pu introduire un embryon de critère de fixation en droit d'auteur¹⁵⁷. Nous avons en effet vu que ce n'est pas tant l'exigence de représentation graphique qui inspire la Cour, mais bien son interprétation téléologique dans l'arrêt *Sieckmann*.

Pour cette raison également, ainsi qu'en raison de l'absence totale de marge de manœuvre laissée au juge de renvoi (ou au législateur national), et en gardant à l'esprit le débat relatif à la protection des parfums qui sert de toile de fond à cette affaire, on ne se laissera pas séduire par l'idée du « distinguishing », suivant laquelle la Cour pourrait vouloir réserver aux odeurs un sort plus favorable qu'aux saveurs¹⁵⁸. Ceci nous paraît hautement improbable.

37. En définitive, l'arrêt *Levola* ne fait qu'entériner la position majoritairement admise dans la plupart des droits nationaux suivant laquelle les saveurs¹⁵⁹ (de même que les odeurs¹⁶⁰) ne relèvent pas du champ d'application du droit d'auteur, lequel n'est absolument pas adapté à ce type d'objets. Les frontières de l'Union européenne dépassent celle de la France et des Pays-Bas et la Cour, lorsqu'elle

¹⁵³. C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: One answer given, three questions marks ahead », *E.I.P.R.*, 2019, p. 415.

¹⁵⁴. Pour une lecture de sa jurisprudence antérieure dans le sens d'une confusion entre les notions d'« œuvre » et d'« originalité », voy. *supra*, notes 118 et 132.

¹⁵⁵. C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: One answer given, three questions marks ahead », *E.I.P.R.*, 2019, p. 420; M. DE VROEY, « Kan het 'Heksenkaas'-arrest worden gesmaakt? », p. 2, IEFBE 2792, www.ie-forum.be/artikelen/micha-l-de-vroey-onder-hvj-eu-levola-hengelo-smilde. Adde: E. COCHE, « Heksenkaas or the 'Fifty Shades of Taste' Explained by the CJEU through EU Copyright Law », *E.I.P.R.*, 2019, p. 176; M.-C. JANSSENS, « *De gustibus non est disputandum?* Over smaken in het auteursrecht valt nochtans wel te discussiëren », *D.A.O.R.*, 2018/4, p. 93.

¹⁵⁶. C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: One answer given, three questions marks ahead », *E.I.P.R.*, 2019, p. 420. Adde: E. COCHE, « Heksenkaas or the 'Fifty Shades of Taste' Explained by the CJEU through EU Copyright Law », *E.I.P.R.*, 2019, pp. 173 et 178; M.-C. JANSSENS, « *De gustibus non est disputandum?* Over smaken in het auteursrecht valt nochtans wel te discussiëren », *D.A.O.R.*, 2018/4, p. 93.

¹⁵⁷. C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU copyright law after *Levola Hengelo*: One answer given, three questions marks ahead », *E.I.P.R.*, 2019, p. 421; M. DE VROEY, « Kan het 'Heksenkaas'-arrest worden gesmaakt? », p. 3, IEFBE 2792, www.ie-forum.be/artikelen/micha-l-de-vroey-onder-hvj-eu-levola-hengelo-smilde.

¹⁵⁸. L. DIJKMAN, « CJEU rules that taste of a good product is not protectable by copyright », *J.I.P.L.P.*, 2019/2, p. 86.

¹⁵⁹. On se référera en particulier à l'opinion de la European Copyright Society (composée de nombreux professeurs de droit d'auteur européens, qui font autorité en la matière), « Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes) », 19 février 2018, 13 p., disponible sur www.europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2018/03/ecs-opinion-on-protection-for-tastes-final1.pdf.

¹⁶⁰. Voy. not. en Belgique: A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 53, n° 30; M.-C. JANSSENS, « Auteursrechtelijke bescherming voor recepten en gerechten: 'Should the belly rule the mind?' » (note sous Liege, 10 juin 2011), *AM*, 2012, spec. p. 70, n° 25; S. STORMS, « Parfums beschermd via het auteursrecht? » (note sous Ger. 's-Hertogenbosch, 8 juin 2004), *I.R.D.I.*, 2004, pp. 397 et s.; L. VAN BUNNEN, « Le droit d'auteur peut-il protéger des parfums? » (note sous HR, 16 juin 2006), *R.C.J.B.*, 2007, pp. 18 et s.; L. VAN BUNNEN, « L'élaboration d'un parfum: savoir-faire ou œuvre artistique? » (note sous Paris, 14 février 2007), *Ing.-Cons.*, 2007, pp. 632 et s.

Voy. spéc. au Royaume-Uni et plus généralement pour les pays dont la législation prévoit une liste fermée d'œuvres protégées, T. APLIN, « Subject matter », in E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2009, p. 68 (« (...) It is reasonably safe to say, however, that under a 'closed list' approach such as that adopted in the UK, it would be extremely unlikely that perfumes would qualify for protection (...) »); T.-E. SYNODINOU, « The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law », in *Codification of European Copyright Law – Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 108.



tranche, n'ignore pas les tendances jurisprudentielles et doctrinales en vogue dans les autres Etats membres¹⁶¹. Le résultat de l'arrêt ne doit donc pas étonner et doit être approuvé. Par contre, la formulation laisse à désirer. Il est en effet regrettable que, pour que l'arrêt déploie tout son sens, l'interprète doive se livrer à pareil travail de glossateur.

38. On sait que dans les cuisines de l'Union européenne, il y a les Etats membres. Et on comprend que la Cour doive choisir savamment les divers ingrédients de sa recette et composer avec la liste non exhaustive de leurs allergènes. Mais en définitive, ce ne sont pas les Etats qui consomment le plat, ce sont leurs juridictions, leurs avocats, leurs professeurs, leurs étudiants, etc. Or, ce plat-là est assez indigeste.

X. ADDENDUM: L'ARRÊT *FUNKE MEDIEN* DE LA C.J.U.E. DU 29 JUILLET 2019

39. Peu avant la date prévue pour la publication du présent commentaire dans ces colonnes, la Cour de justice, à nouveau réunie en Grande Chambre, a répété dans un arrêt *Funke Medien* du 29 juillet 2019¹⁶² plusieurs des enseignements qui figurent dans son arrêt *Levola*. Une analyse de cette nouvelle décision dépasserait largement le cadre assigné à nos observations, mais il nous paraît tout de même nécessaire de faire part au lecteur d'une observation.

40. Les questions préjudicielles posées à la Cour de justice par le Bundesgerichtshof dans cette affaire reposaient tout entières sur la prémisse suivant laquelle des rapports de situation militaire sur les interventions de l'armée allemande, établis à destination du Parlement (*Unterrichtung des Parlaments*, informations du Parlement), peuvent être protégés en tant qu'« œuvres littéraires » au sens du droit d'auteur¹⁶³. Avant de répondre aux questions dont elle était saisie, la Cour a jugé utile, dans une partie introductive intitulée « Considérations liminaires », de livrer un résumé de sa doctrine sur la définition de l'œuvre et sur le concept d'originalité¹⁶⁴.

Les points 18 à 20 de cet arrêt, qui comportent certaines de ces considérations, sont rédigés comme suit:

« 18. (...) un objet n'est susceptible d'être protégé par le droit d'auteur au titre de la directive n° 2001/29 que pour autant qu'un tel objet peut être qualifié d'« œuvre », au sens de ces dispositions [art. 2 et 3 de ladite directive].

19. Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence bien établie, pour

On aurait aimé que la Cour de justice soit plus généreuse dans son arrêt, qu'elle offre plus de gourmandise dans son raisonnement, afin d'éviter que ses lecteurs doivent rectifier l'assaisonnement.

Peut-être le régime sévère auquel la Cour de justice nous astreint s'explique-t-il par le fait qu'à trop en dire, elle craint de susciter d'autres questions, qui à leur tour risqueront de mettre à mal les réponses qu'elle aura apportées précédemment. On retrouve ici le paradoxe du gruyère: plus il y a de fromage, plus il y a de trous; or plus il y a de trous, moins il y a de fromage; donc plus il y a de fromage, moins il y a de fromage. Alors c'est vrai, il n'y a pas de trous dans le Heksenkaas. Mais dans *Levola*?

qu'un objet puisse être qualifié d'« œuvre », il importe que soient réunies deux conditions cumulatives. D'une part, l'objet concerné doit être original, en ce sens qu'il constitue une création intellectuelle propre à son auteur. Pour qu'une création intellectuelle puisse être considérée comme étant propre à son auteur, celle-ci doit refléter la personnalité de celui-ci, ce qui est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs.

20. D'autre part, la qualification d'« œuvre », au sens de la directive n° 2001/29, est réservée aux éléments qui sont l'expression d'une telle création intellectuelle. »

On le voit, ces attendus sont très largement similaires aux points 34 à 37 de l'arrêt *Levola*, auxquels la Cour fait logiquement référence.

Et au point 22, en se référant à l'arrêt *Infopaq*, la Cour estime que:

« C'est au juge national qu'il appartient de déterminer si des rapports de situation militaire, tels que ceux en cause au principal, ou certains éléments de ceux-ci peuvent être qualifiés d'« œuvres », au sens de l'article 2, sous a), et de l'article 3, 1., de la directive n° 2001/29, et, partant, peuvent être protégés par le droit d'auteur. »

41. En répétant sa doctrine et en employant à nouveau une formulation qui semble réduire la notion d'œuvre (objet de la protection) à l'existence d'une expression originale (con-

¹⁶¹. Voy. spéc. K. LENAERTS, « Interlocking legal orders in the European Union and comparative law », 52 *Int'l & Comp. L.Q.* 873 (2003). L'actuel président de la Cour de justice souligne notamment que « (...) More often, the Court of Justice or the CFI [Court of First Instance] will request their research and documentation service, which is composed of lawyers familiar with the respective national legal systems, to prepare a comparative survey on a particular issue. Such survey normally highlights the recent trends observed in the case law and the writings of academics and other commentators in the different Member States. Even if such research rarely transpires directly in the reasoning set forth in the judgment, it nevertheless backs up the decision taken by the Court (...) » (p. 873).

¹⁶². C.J.U.E., 29 juillet 2019, C-469/17, *Funke Medien / Allemagne*.

¹⁶³. *Funke Medien*, pt. 16.

¹⁶⁴. *Funke Medien*, pts. 16-26.



ditions de la protection), la Cour vient une fois de plus donner du grain à moudre à ses lecteurs les plus critiques.

Encore une fois, nous pensons que, de la même manière que l'arrêt *Levola*, l'arrêt *Funke Medien* ne peut en aucun cas être compris comme comportant pareille confusion. D'ailleurs si l'on devait lire l'arrêt en ce sens, alors il faudrait déduire du point 22 que toute « partie d'une œuvre » est une « œuvre » en soi. Or ceci reviendrait à supprimer toute hypothèse de « reproduction en partie ». Car si toute « expression originale » est une « œuvre », alors toute reproduction d'une « expression originale » – fût-elle une partie d'une œuvre plus grande – est une reproduction « en tout » d'une œuvre. Suivant cette lecture, la notion de « reproduction en partie » expressément visée à l'article 2 de la directive n° 2001/29 serait dépourvue de toute utilité puisqu'elle n'aurait plus jamais vocation à s'appliquer, toute reproduction « en partie » d'une œuvre (plus grande) consistant en une reproduction « en tout » d'une autre œuvre (plus petite).

Pareille lecture est inadmissible en droit dès lors qu'elle contrevient au principe de l'effet utile. Suivant ce principe, qui repose sur le postulat que le législateur de l'Union européenne est rationnel, l'interprétation d'une disposition du droit de l'UE doit lui permettre de conserver son effet utile et ne peut être *contra legem*¹⁶⁵. Il implique notamment que l'on ne peut retenir « (...) une lecture de la loi qui ferait d'une partie de celle-ci quelque chose d'inutile ou de dépourvu de sens (...) »¹⁶⁶. Le principe est général et fait évidemment partie de l'arsenal des méthodes mises en œuvre par la Cour de justice. Il est d'ailleurs précisément convoqué dans ce même arrêt en réponse à l'une des questions préjudicielles¹⁶⁷.

Aussi, voir dans l'arrêt *Funke Medien* une confirmation de

ce que la Cour de justice, réunie en Grande Chambre, confond objet et conditions de protection nous paraît particulièrement audacieux. Cela revient à l'accuser de méconnaître le principe de l'effet utile des dispositions de la directive n° 2001/29, ce que l'on peine à croire dans le chef de magistrats aussi expérimentés. D'autant plus que la Cour a déjà fourni, dans son arrêt *Infopaq*, une interprétation de la notion de « reproduction en partie ». Il nous paraît peu probable que la Cour ait ainsi entendu supprimer toute portée à cette notion et à sa propre jurisprudence y relative.

42. Et s'il est vrai qu'une partie d'une œuvre peut être une œuvre (que l'on songe p. ex. aux bases de données, pour prendre une situation clairement réglementée en droit européen¹⁶⁸), toute expression originale tirée d'une « œuvre » n'est pas nécessairement une « œuvre ». Ainsi qu'il ressort très clairement de l'arrêt *Infopaq*, si cette expression originale bénéficie de la protection accordée par la directive, à travers la notion de « reproduction en partie », c'est parce qu'elle « (...) particip[e], comme tell[e], à l'originalité de l'œuvre entière »¹⁶⁹. A notre avis, la Cour ne dit pas autre chose dans le point 22 de son arrêt *Funke Medien*¹⁷⁰.

43. Une fois encore, nous insistons sur le fait qu'il est plus juste de distinguer entre les notions d'« œuvre » et d'« œuvre protégée » et d'admettre avec nous que – que ce soit dans *Infopaq*, *Levola* ou *Funke Medien*¹⁷¹ – lorsque la Cour vise l'« œuvre », objet des droits prévus par la directive n° 2001/29, elle entend nécessairement l'« œuvre protégée » au titre de ladite directive. Et très classiquement pour qu'une « œuvre » soit ainsi « protégée », il faut simplement que deux conditions cumulatives soient remplies: une 1) « expression » 2) « originale ».

Bis repetita placent.

¹⁶⁵ Voy. spéc. K. LENAERTS et J.A. GUTTIEREZ-FONS, « To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice », *20 Colum. J. Eur. L.* 3 (2014), p. 20: « (...) in accordance with the premise that the EU legislator is a rational actor, (...) where a provision of EU law is open to several interpretations, preference must be given to that interpretation that ensures that the provision retains its effectiveness – of course, the general principle of interpretation must not trespass on the limit of 'contra legem' (...) ».

¹⁶⁶ Voy. not. S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 39.

¹⁶⁷ *Funke Medien*, pt. 51 (à propos des exceptions).

¹⁶⁸ La base de données, dont la structure est protégée par le droit d'auteur (si elle est originale), constitue nécessairement une « œuvre ». Par ailleurs, elle peut consister en un « recueil d'œuvres » (voy. la définition de la base de données à l'art. 1^{er}, 2., de la directive n° 96/9/CE).

¹⁶⁹ *Infopaq*, pt. 38.

¹⁷⁰ En effet, si la Cour énonce que des rapports militaires ou certains éléments de ceux-ci peuvent être qualifiés d'œuvre, c'est parce que dans les faits, le gouvernement allemand avançait que la structure sur laquelle reposent ces rapports a été établie sur la base d'un modèle uniforme et que celui-ci est, en soi, susceptible d'être protégé par le droit d'auteur. Voy. *Funke Medien*, pt. 21. Comp. notre observation à propos de la base de données, *supra*, note 167.

¹⁷¹ Mais également l'arrêt *Football Association Premier League* qui avait pu être la cible de critiques du même genre, lesquelles tournent court si l'on retient notre lecture. Voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, n° 40, pp. 211-213.

