

## — Arrest —

### I. *Rechtspleging voor het Hof*

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 29 mei 2018.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 22 augustus 2019 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Secatievoorzitter Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

### II. *Cassatiemiddelen*

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

### III. *Beslissing van het Hof*

#### *Beoordeling*

#### *Eerste middel*

1. Krachtens artikel XI.165, § 1, eerste lid, Wetboek Economisch Recht, heeft enkel de auteur het recht om een werk van letterkunde of kunst op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproduceren of te laten reproduceren.

Indien een werk van letterkunde of kunst aanwezig is, geldt als noodzakelijke maar voldoende voorwaarde voor bescherming onder voormelde bepaling dat wordt bewezen dat het werk oorspronkelijk is, in de zin dat het een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is.

De verweerder die zich beroept op het bestaan van eerdere werken met opvallende gelijkenissen om de originaliteit van het werk, waarvan de bescherming wordt nagestreefd, te betwisten, dient aannemelijk te maken dat de auteur kennis had of redelijkerwijze kon hebben van deze eerdere werken.

2. De appelrechters die besluiten tot de afwezigheid van originaliteit van de meubels van de collectie York van de eiseres, inzonderheid de dressoirkast, de vitrinekast en het TV-meubel, enkel op grond van de overeenstemming met de eerder gecommercialiseerde dressoir, vitrinekast en TV-meubel van de collectie Boniface van meubelproducent Bauwens, zonder vast te stellen dat de eiseres re-delijkerwijze kennis kon hebben van die eerder gecommercialiseerde collectie en zodoende het gebrek aan originaliteit gronden op de enkele omstandigheid dat het werk niet nieuw is, verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

## — Note —

### Petite théorie critique d'un indice pratique

1. Véritable bouteille à encre de la matière du droit d'auteur, la condition d'originalité continue de faire parler d'elle, ici et ailleurs. Et si la notion est désormais sous l'emprise du droit de l'Union européenne, objet de débats sans cesse renouvelés devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) depuis son arrêt *Infopaq*<sup>(10)</sup>, notre Cour de cassation n'est pas pour autant en reste et demeure régulièrement sollicitée<sup>(11)</sup>.

Ayant fait sienne la jurisprudence européenne, la haute juridiction nationale est désormais principalement saisie de points de droit qui touchent, peu ou prou, à la preuve de l'originalité. Chasse gardée des États membres au titre de leur autonomie procé-

(10) CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465. Voy. encore récemment CJUE, 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, aff. C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721; CJUE, 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, aff. C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461.

(11) Cass., 26 janvier 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 202, n° 69, *A&M*, 2012, p. 336, note F. BRISON, *Ann. prat. Marché*, 2012, p. 939, note A. HALLEMANS, *I.R.D.I.*, 2012, note F. GOTZEN, *J.L.M.B.*, 2012, p. 977, note A. JOACHIMOWICZ, *R.W.*, 2012-2013, p. 578, note H. VANHEES, *R.D.C.*, 2012, p. 610, note B. MICHAUX; Cass., 31 octobre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2114, n° 569, *J.L.M.B.*, 2014, p. 445, *R.W.*, 2013-2014, p. 1464, note H. VANHEES; Cass., 17 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 732, n° 211, concl. av. gén. J. M. Genicot, *A&M*, 2015, p. 65, note Y. VANDENDRIESSCHE, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 251, *J.L.M.B.*, 2015, p. 680; Cass., 14 décembre 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 2852, n° 745; *A&M*, 2016, p. 158, note A. JOACHIMOWICZ, *Ing.-Cons.*, 2016, p. 193, note F. PETILLION, *J.T.*, 2016, p. 472, note J. CABAY, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1301; Cass., 17 février 2017, *I.R.D.I.*, 2017, p. 135, note F. GOTZEN, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1415, *R.A.B.G.*, 2017, p. 1460, note V. PEDE, J. VANHERPE; Cass., 17 octobre 2019, *Ing.-Cons.*, 2019, p. 840, note F. DE VISSCHER.



durale, d'aucuns penseront certainement qu'il s'agit là du terrain de jeu des seules juridictions nationales. Nous avons toutefois récemment démontré qu'il n'en est rien et que pas plus que la définition de l'originalité ou de ses critères d'appréciation, la question de la charge et des modalités de la preuve de celle-ci n'échapperont à la CJUE<sup>(12)</sup>.

Mais dans l'attente, ces questions se posent devant les juges du fond qui, de temps à autre, sont critiqués dans leurs réponses jusque devant la Cour de cassation.

2. L'arrêt annoté traite ainsi de la mobilisation des antériorités dans la preuve de l'originalité, une problématique qui a longuement retenu notre attention. Nous avons modestement tenté d'y contribuer en y consacrant une partie substantielle de notre thèse de doctorat<sup>(13)</sup> ainsi qu'une contribution fouillée avec le professeur Alain Strowel<sup>(14)</sup>. Le lecteur y trouvera par ailleurs toutes les références doctrinales et jurisprudentielles utiles. Nous nous donc permettons de l'y renvoyer. Et si l'on se permet ce cocorico et de nous cantonner ainsi à nos propres écrits, c'est aussi parce que dans ses conclusions sous l'arrêt, l'avocat général Van Ingelgem reprend de manière explicite le schéma de la preuve que nous avons proposé<sup>(15)</sup>. Ceci permet de situer le point de vue duquel nous nous placerons dans les lignes qui suivent.

Dans les faits de la cause, la cour d'appel de Bruxelles avait tranché en faveur de la partie qui contestait l'originalité de meubles, s'appuyant sur les ressemblances qui existaient entre ceux-ci et une collection antérieure de meubles. Ce faisant, ladite partie déniait donc l'originalité en arguant de l'absence de nouveauté des meubles dont la protection était revendiquée.

Cela fait un certain temps que l'on renseigne la nouveauté comme un « indice pratique » de l'origi-

nalité<sup>(16)</sup>. Il faut toutefois se garder de confondre l'une et l'autre et surtout, il convient de bien comprendre la dialectique qui les unit. Car pas plus que la nouveauté suffit à constituer l'originalité d'une œuvre, l'absence de nouveauté suffit à lui dénier ce caractère. Ainsi que nous l'écrivions avec Alain Strowel,

« [à] notre avis, la meilleure manière d'exposer la chose consiste à dire qu'il existe une relation d'implication *pratique* entre originalité et nouveauté, mais qu'elle *ne joue pas de la même manière suivant que l'on veut déduire l'originalité de la nouveauté ou, au contraire, déduire de l'absence de nouveauté l'absence d'originalité*. En effet, le constat de ce qu'une création est nouvelle pourra plaider en faveur de son originalité, mais ne suffira pas à l'établir (...). Par contre, le constat de ce qu'une création n'est pas nouvelle plaidera fortement en faveur de l'absence d'originalité. Dans cette hypothèse, le créateur second en date pourra être présumé avoir emprunté aux antériorités (et, partant, ne pas avoir fait œuvre créative), présomption qu'il pourra toutefois renverser en démontrant le caractère indépendant de sa création (...). »<sup>(17)</sup>.

En l'espèce, la cour d'appel n'avait aucunement motivé sa décision au regard de cette présomption d'emprunt (ou de copie), ayant sans plus de précisions dénié l'originalité de l'objet revendiqué en considération des ressemblances importantes avec les antériorités produites.

C'est précisément ce point qui emporte la cassation, puisqu'en se prononçant de la sorte la cour d'appel versait, à tout le moins en apparence, dans l'erreur classique consistant à déduire de l'absence de nouveauté l'absence d'originalité.

3. Dans un attendu qu'il convient d'approuver<sup>(18)</sup>, la Cour de cassation énonce clairement que « [l]e défendeur qui invoque l'existence d'œuvres antérieures présentant des ressemblances importantes [*opvallende gelijknissen*] pour contester l'originalité de l'œuvre dont la protection est demandée, doit rendre vraisemblable [*aannemelijk maken*] que l'auteur connaissait ou pouvait raisonnablement avoir connaissance [*kennis had of redelijkerwijze kon hebben*] de ces œuvres antérieures » (notre traduction).

(12) Voy. J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement: Lessons from the CJEU », in E. ROSATI (ed.), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Londres, Routledge, 2021, pp. 215-243.

(13) 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, spéc. pp. 266-279, n<sup>os</sup> 52-55 (CJUE), 394-402, n<sup>os</sup> 88-90 (Cass.), 483-509, n<sup>os</sup> 111-118 (juges du fond).

(14) J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté: un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (éd.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 17-68.

(15) Points 9-15.

(16) Voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 22, n<sup>o</sup> 23.

(17) J. CABAY et A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), p. 25.

(18) Visiblement du même avis, voy. également la note d'observation de F. DE VISSCHER sous l'arrêt, *Ing.-Cons.*, 2019, pp. 841-845.



Ce faisant, bien qu'elle taise le mot, elle vient clairement et justement situer le rôle des antériorités dans un jeu de présomptions (F. De Visscher parle d'une « double présomption »<sup>(19)</sup>), à savoir que si l'on peut établir que le prétendu auteur a pu avoir connaissance d'une œuvre antérieure (première présomption), alors il a pu reprendre consciemment ou inconsciemment des éléments originaux de celle-ci (seconde présomption) et donc ne pas faire œuvre originale lui-même. Dans pareil cas de figure, pour prétendre encore à l'originalité de son œuvre, il devra alors établir sa création indépendante, en d'autres termes que les ressemblances avec lesdites antériorités sont le fruit du hasard<sup>(20)</sup>. Une tâche ardue, à suivre la jurisprudence belge<sup>(21)</sup>.

En réalité, la Cour transpose ici au stade de la protection une présomption de copie qu'elle avait déjà entérinée au stade de la contrefaçon dans un arrêt du 3 septembre 2009<sup>(22)</sup>. On l'approuvera évidemment dès lors que nous l'avions déjà suggéré<sup>(23)</sup> à raison de la logique similaire à l'œuvre aux deux stades, s'agissant de l'incidence d'un acte de copie<sup>(24)</sup>. On s'en réjouira d'autant plus qu'à l'examen, l'on remarque que les juges belges restent bien souvent en défaut de se prononcer, au-delà des similitudes avec les antériorités produites par une partie, sur la possibilité qu'elles soient connues de l'autre partie<sup>(25)(26)</sup>.

(19) *Ibid.*, p. 843.

(20) Voy. de manière générale sur la création indépendante M. BUYDENS, « Droit d'auteur et hasard: réflexions sur le cas de la double création indépendante », *A&M*, 2004, pp. 477-483.

(21) La théorie de la création indépendante est rarement retenue dans la jurisprudence et la pertinence des rares décisions où elle a été admise est limitée, voy. J. CABAY et A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), p. 31 et les références citées.

(22) Cass., 3 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1782, n° 476, *A&M*, 2010, p. 171, *I.R.D.I.*, 2009, p. 411, note M. BUYDENS, *R.W.*, 2010-2011, p. 1.

(23) J. CABAY et A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), p. 37.

(24) Ce qui est copié n'est pas personnel au copieur et n'est pas original dans son chef. Ce qui est original et ensuite copié n'est pas personnel au copieur et constitue une contrefaçon dans son chef.

(25) Voy. de manière générale J. CABAY et A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), pp. 32-33 et les références citées. Voy. de manière détaillée J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur*, *op. cit.* (note 13), pp. 493-497, n° 112.

(26) Voy. tout de même, peu avant le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation et anticipant sur ses enseignements en transposant explicitement la jurisprudence de 2009 au stade de la protection, Anvers, 2 octobre 2019, *I.R.D.I.*, 2019, p. 206, *N.J.W.*, 2020, p. 460.

Si l'enseignement de la Cour de cassation est clair, sa mise en œuvre ne sera par contre pas toujours évidente. Un brin de théorie nous paraît donc utile afin de guider l'application.

4. Mais avant toute chose, une petite mise au point linguistique.

L'arrêt (en néerlandais) prend comme appui de la présomption de copie la présence de « opvallende gelijkenissen ». Les auteurs du sommaire (en français) publié dans une autre revue ont traduit ces termes par « similitudes frappantes »<sup>(27)</sup>. On pourrait les suivre mais si l'on comprend que la Cour de cassation transpose ici sa jurisprudence de 2009, qui pareillement employait les termes « opvallende gelijkenissen » (le néerlandais étant là encore la langue de la procédure), alors il serait logique de traduire ces termes en français comme ils le furent à l'époque dans la publication à la *Pasicrisie*, à savoir des « ressemblances importantes » (d'où la traduction proposée ci-dessus).

À l'époque, Mireille Buydens avait pour sa part préféré traduire ces termes par « ressemblances pertinentes », en sens qu'elles devaient porter sur des éléments originaux de l'œuvre antérieure<sup>(28)</sup>. L'attendu de cet arrêt de 2009 ajoutait par ailleurs la formule « voldoende overeenstemming » (« ressemblances suffisantes », toujours suivant la *Pasicrisie*) ce qui amenait Mireille Buydens à déduire « (...) qu'une ressemblance portant par exemple sur un seul élément original ne suffirait pas nécessairement pour faire naître la présomption de copie, la charge de la preuve en cas de "ressemblance insuffisante" restant donc dans le chef de l'auteur »<sup>(29)</sup>.

On voit donc qu'au-delà d'une querelle de mots, l'enjeu est réel. Or ici, la question reste entière de savoir de quelles ressemblances parle-t-on, et au soutien de quelle présomption. La question ne peut évidemment pas être tranchée dans l'abstrait et une réponse précise échappe donc à la Cour de cassation. Ceci étant, il est possible d'affiner l'analyse.

5. Afin de systématiser quelque peu la matière, l'on invitera ainsi le plaideur désireux de mobiliser l'enseignement de ces arrêts (de 2009 et 2019) à avoir à l'esprit la différence, inspirée du *copyright* américain<sup>(30)</sup>, entre « similitudes probatoires », qui

(27) Cass., 17 octobre 2019, *Ing.-Cons.*, 2019, p. 840, note F. DE VISSCHER.

(28) M. BUYDENS, « La théorie de la création indépendante consacrée par la Cour de cassation », note sous Cass., 3 septembre 2009, *I.R.D.I.*, 2009, pp. 416-420, spéc. p. 419.

(29) *Idem.*

(30) La distinction doit être rapprochée de celle mise en lumière par A. LATMAN, à propos de la jurisprudence américaine, entre les « substantial similarities » et les « probative



permettent d'établir l'acte de copie, et « similitudes matérielles », qui sont pertinentes en ce sens qu'elles portent sur des éléments originaux de l'œuvre première<sup>(31)</sup>. Et l'on se gardera de les confondre, car des similitudes peuvent établir la copie sans aucunement porter sur des éléments originaux<sup>(32)</sup>. Inversement, eu égard à l'appréciation traditionnellement relâche de l'originalité en Belgique – qui nourrit depuis des années notre plaidoyer en faveur d'une révision à la hausse du seuil d'accès à la protection<sup>(33)</sup> –, l'existence de similitudes portant sur des éléments originaux ne suffit pas nécessairement à rendre vraisemblable la copie<sup>(34)</sup>.

---

similarities », les premières désignant les similarités qui sont suffisamment importantes pour constituer la contrefaçon dans le cas où il est établi que le créateur second en date a copié une œuvre antérieure, les secondes désignant les similarités qui permettent d'inférer que ledit créateur second en date a copié ladite œuvre antérieure, voy. A. LATMAN, « “Probative Similarity” as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement », 90 *Colum. L. Rev.* 1887 (1990).

(31) Pour plus de détails, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur*, *op. cit.* (note 13), pp. 341-351, n° 74.

(32) C'est typiquement le cas des erreurs et autres coquilles qui, sans constituer l'originalité de l'œuvre première, permettent utilement d'établir l'emprunt par l'auteur d'une œuvre seconde. Voy. par ex. Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 68 (« [...] en raison de la présence de nombreuses phrases identiques – jusque dans la reproduction d'erreurs d'orthographe –, parfois même de phrases complexes, d'un paragraphe identique, de titres et sous-titres identiques, la conclusion selon laquelle les textes en présence n'ont pas été élaborés l'un indépendamment de l'autre s'impose à l'évidence [...] »).

(33) Ce plaidoyer découle des conclusions auxquelles nous sommes parvenu dans le cadre de notre thèse de doctorat (*op. cit.*, note 13), à la lumière notamment de la jurisprudence (alors embryonnaire) de la CJUE relative au « juste équilibre » entre les droits fondamentaux (en ce compris le droit de propriété intellectuelle tel que consacré à l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Pour une actualisation de certains aspects de notre analyse à la lumière de la jurisprudence subséquente, voy. récemment J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes (ou: Quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », *Ing.-Cons.*, 2020, pp. 617-650; J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement: Lessons from the CJEU », *op. cit.* (note 12).

(34) Sauf à adopter la définition du « choix créatif » que nous proposons en conséquence. Suivant la définition que nous pensons pouvoir fournir dans notre thèse de doctorat, le « choix créatif » suppose qu'« il n'existe pas de possibilité raisonnable que d'autres créateurs, placés dans les mêmes circonstances, fassent (dans le futur) le choix d'une même forme

Dans le contexte de l'arrêt, dès lors qu'il s'agit de dénier l'originalité de l'œuvre, on convient aisément qu'il y a de véritables antériorités<sup>(35)</sup> et des « similitudes matérielles ». Reste donc à prouver qu'elles sont le fruit d'une copie desdites antériorités.

Rarement il sera possible d'établir directement la copie<sup>(36)</sup>. Dans tous les autres cas, il faudra l'établir indirectement, par présomption. D'où la charge non pas de « prouver » la connaissance (ou la possibilité de connaissance) de l'œuvre antérieure mais celle de rendre ce fait « vraisemblable », ainsi que l'indique justement la Cour de cassation.

En réalité, cette vraisemblance peut être établie de deux manières.

5.1. Premièrement, on pourra rendre « vraisemblable » la connaissance d'une œuvre antérieure en raison des similitudes en tant que telles. À raison de leur nature<sup>(37)</sup> ou de leur étendue<sup>(38)</sup>, certaines similitudes rendent en effet « invraisemblable » le fait que l'auteur second n'ait pas eu connaissance de l'œuvre première. Pareilles similitudes sont « frappantes » (on parle de « striking similarities » dans la jurisprudence américaine<sup>(39)</sup>) et à ce titre véritable-

---

de manière indépendante » (J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur*, *op. cit.* (note 13), p. 616, n° 149).

(35) Sur les conditions que doit satisfaire une antériorité pour être pertinente, voy. de manière générale J. CABAY, A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), pp. 35-36. Voy. de manière détaillée J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur*, *op. cit.* (note 13), pp. pp. 488-497, n°s 112-113.

(36) Sauf les cas d'aveux, le plus souvent dans la correspondance de la partie qui a prétendument copié, voy. par ex. Gand, 24 février 2020, *I.R.D.I.*, 2020, p. 40; Civ. Bruxelles, 21 septembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 29.

(37) Voy. par ex. Bruxelles, 22 décembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 887, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1001 (« (...) ces deux photographies présentent la même correction au niveau de la circularité de la pièce de monnaie; Une création indépendante dans le chef de Tradart Institut est impossible (...) »).

(38) Voy. par ex. Civ. Namur, réf., 17 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1872 (« (...) il n'est pas sérieusement contestable que les cadres mis en vente par la défenderesse présentent un degré de similitude avec les produits de la demanderesse d'une intensité telle qu'elle ne peut, à l'évidence, être fortuite (...) »).

(39) Voy. M. B. NIMMER, D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender & Company, *F. mob.* (2012), § 13.01[B]: « (...) A more common circumstance requiring no independent proof of access occurs when the similarity between plaintiff's and defendant's work is sufficiently striking such that the trier of fact may be permitted to infer copying on that basis alone. (...) What is required is that the similarities in question be so striking as to preclude the possibility that the defendant independently arrived at the same result. (...) ».



ment « probatoires ». Elles nourrissent à elles seules une présomption tellement forte qu'il sera d'ailleurs impossible pour l'auteur second en date de la renverser. Par leur étendue et/ou leur nature, elles excluent le fait du hasard et sont donc antinomiques de l'hypothèse d'une création indépendante.

Lorsque les similitudes sont telles, déduire l'absence d'originalité de l'absence de nouveauté ne revient donc pas à confondre l'une et l'autre puisqu'à proprement parler, l'absence de nouveauté ne peut se concevoir ici autrement que par un acte de copie. Dans ce cas, le juge qui négligerait de se prononcer explicitement sur la « connaissance vraisemblable » ne verserait donc que dans l'apparence de l'erreur, puisque ladite connaissance serait établie à travers le constat des similitudes.

On ne peut toutefois admettre que le juge se contente d'énoncer l'existence de similitudes probatoires sans exposer en quoi elles coïncident avec la démonstration d'une connaissance de l'œuvre antérieure. En effet, il n'est pas possible d'établir dans l'abstrait quelles similitudes sont « probatoires ». Au contraire, il convient de l'apprécier au cas par cas, en ayant égard notamment à la nature des œuvres en cause, la physionomie du secteur dont elles relèvent ainsi qu'à l'espace de liberté dont jouissent leur créateur<sup>(40)</sup>. De fait, les contraintes qui pèsent sur l'auteur de l'œuvre antérieure (l'antériorité) pourront, le cas échéant, peser pareillement sur l'auteur de l'œuvre postérieure (dont l'originalité est revendiquée/contestée) et justifier la présence de similitudes, parfois importantes. Celles-ci, pour autant, ne seront pas « probatoires » au sens où on l'entend ici. Le juge ne peut donc réduire sa motivation au constat de similitudes, fussent-elles importantes.

5.2. Deuxièmement, dans tous les cas où les similitudes ne permettront pas à elles seules d'établir cette vraisemblance, il faudra alors s'en remettre par ailleurs à d'autres éléments de fait permettant d'attester une « possibilité de connaissance ».

Les circonstances permettant d'établir l'existence de cette possibilité raisonnable sont multiples et diverses<sup>(41)</sup>. La jurisprudence ayant analysé la question au stade de la protection se fait discrète. On identifiera bien quelques décisions ayant estimé la possibilité de connaissance établie du fait du suc-

cès rencontré par l'antériorité ou de son auteur<sup>(42)</sup> ou de la qualité de professionnel de celui à qui elle est opposée<sup>(43)</sup>. Mais c'est plutôt dans la jurisprudence en matière de contrefaçon que l'on trouvera les principaux précédents. On y rencontrera ainsi des décisions ayant retenu la possibilité d'une connaissance du fait de l'existence d'une chaîne de causalité particulière entre le défendeur et l'œuvre du demandeur<sup>(44)</sup>, en raison du succès de l'œuvre prétendument copiée (tant auprès du public<sup>(45)</sup> que des spécialistes<sup>(46)</sup>), de la qualité de professionnel du défendeur<sup>(47)</sup> ou encore de la proximité géographique entre les activités du défendeur et du demandeur<sup>(48)</sup>. À cet égard, la jurisprudence a parfois admis de manière particulièrement souple l'existence d'une possibilité de connaissance qui, dans les circonstances de l'espèce, relevait certainement plus de l'anecdotique que du raisonnable<sup>(49)</sup>.

(42) Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 249, note T. HEREMANS; Anvers, 2 octobre 2019, *I.R.D.I.*, 2019, p. 206, *N.J.W.*, 2020, p. 460.

(43) Anvers, 2 octobre 2019, *I.R.D.I.*, 2019, p. 206, *N.J.W.*, 2020, p. 460.

(44) Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2002, *A&M*, 2003, p. 53, *A.J.T.*, 2001-02, p. 748, *J.L.M.B.*, 2002, p. 877; Bruxelles, 28 février 2006, *A&M*, 2006, p. 436.

(45) Civ. Bruxelles (réf.), 5 août 2004, *A&M*, 2005, p. 244; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261, note A. STROWEL.

(46) Voy. Civ. Bruxelles (cess.), 27 février 1998, *A&M*, 1998, p. 143, *J.L.M.B.*, 1998, p. 821, obs. V.-V. DEHIN; Comm. Bruxelles (cess.), 15 mai 2013, *Ann. Prat. Marché*, 2013, p. 1110, note A. HALLEMANS, *I.R.D.I.*, 2013, p. 186.

(47) Voy. Bruxelles, 19 février 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 107; Bruxelles (cess.), 27 février 1998, *A&M*, 1998, p. 143, *J.L.M.B.*, 1998, p. 821, obs. V.-V. DEHIN; Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *A&M*, 2006, p. 261, note A. STROWEL.

(48) Voy. Bruxelles, 15 septembre 2000, *A&M*, 2001, p. 249, note T. HEREMANS; Bruxelles, 26 juin 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 507, *I.R.D.I.*, 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS.

(49) Voy. spéc. l'affaire Michaël Jackson : Bruxelles, 18 décembre 2008, *A&M*, 2010, p. 22, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 707 (« (...) À cet égard, Yves Swolfs expose, sans être pertinemment contredit, que le disque "Lazare" a été produit et diffusé en Belgique (certes sans grand rayonnement) en 1988 et que Michaël Jackson s'est trouvé en Belgique au moins le 23 août de la même année. Il souligne également, sans être sérieusement contredit, que le disque "Lazare" a été produit en France par E.M.I. sous le label "Big Beat Record" et a bénéficié de plusieurs passages à la télévision et en radio (...) »). En première instance, le tribunal de première instance de Bruxelles avait exclu la possibilité de connaissance, voy. Civ. Bruxelles, 15 octobre 2004, *A&M*, 2006, p. 260, note A. STROWEL (« (...) Attendu qu'en l'espèce, il paraît établi que l'œuvre du

(40) Comp. la notion d'originalité comme « critère à géométrie variable » (suivant la formule d'Alain Strowel) et notre analyse in J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur*, *op. cit.* (note 13), pp. 416-423, n° 93.

(41) Soulignant cet aspect également, F. DE VISSCHER, *op. cit.* (note 18), p. 845.



Combinés avec les similitudes probatoires, ces divers éléments nourriront une présomption de copie qui sera plus ou moins forte suivant le cas, sans qu'il soit possible de fixer une règle claire. On insistera tout de même sur le fait que, sauf les cas où les similitudes probatoires sont telles qu'elles rendent invraisemblable l'absence de connaissance, la présomption de copie doit pouvoir être renversée par la démonstration de la création indépendante par le créateur second. Aussi, pas plus que celui qui conteste l'originalité ne doit prouver la possibilité de connaissance d'une antériorité – il doit simplement rendre celle-ci vraisemblable –, celui qui prétend à l'originalité de son œuvre ne pourra être tenu de prouver le fait négatif qu'il ne connaissait pas ladite antériorité. Si l'on poursuit le transport des enseignements de la Cour de cassation dans son arrêt de 2009 du stade de la contrefaçon à celui de la protection, alors il serait attendu de lui qu'il « (...) rend[e] plausible [*aannemelijk*] le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance »<sup>(50)</sup>.

Ce sont donc deux vraisemblances qui s'opposent et il reviendra au juge de déterminer, au regard des faits, laquelle emporte sa conviction.

6. Certes, il s'agit d'une balance des probabilités, par définition casuistique. Mais il convient d'attirer l'attention sur le déséquilibre structurel qui existe, dans nos sociétés désormais numériques, en défaveur de celui qui devra défendre l'originalité de son œuvre à l'encontre d'antériorités qui lui sont opposées.

D'une part, le fonctionnement d'Internet entraîne une augmentation considérable du nombre d'antériorités, facilement et rapidement identifiables grâce aux moteurs de recherche, et qui pourront potentiellement être produites dans le cadre d'un litige. Ainsi les plaideurs auront désormais pour premier réflexe d'effectuer une recherche d'antériorités sur Internet, comme cela se pratique dans d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle, et de contester sur cette base l'originalité de la création pour laquelle la protection est revendiquée<sup>(51)</sup>.

---

demandeur a fait l'objet d'une diffusion très limitée, c'est-à-dire essentiellement, voire exclusivement, en Belgique; (...) Qu'à cet égard, le demandeur ne démontre pas que son œuvre ait été diffusée ailleurs que sur des chaînes privées et des radios locales, auxquelles les deux premiers défendeurs, citoyens américains résidant aux États-Unis, ne pouvaient avoir accès; Que dans ces conditions, il est hautement improbable que les deux premiers défendeurs aient eu une connaissance quelconque de l'œuvre du demandeur (...)»; nous soulignons).

(50) Cass., 3 septembre 2009, *op. cit.* (note 22).

(51) J. CABAY, A. STROWEL, *op. cit.* (note 14), pp. 50-51.

D'autre part, chaque fois que l'antériorité sera présente sur Internet sans restriction d'accès, il y aura une possibilité théorique de connaissance. Alors certes, à la suite de l'arrêt commenté la partie qui conteste l'originalité ne pourra se contenter de produire des antériorités issues d'Internet mais devra rendre vraisemblable le fait que celui à qui elle les oppose a pu raisonnablement en avoir connaissance<sup>(52)</sup>. Pour autant, il n'est pas exclu que des biais cognitifs affectent l'analyse, potentiellement au détriment de l'auteur second en date qui doit échapper au soupçon d'avoir copié ce dont il a pu théoriquement prendre connaissance<sup>(53)</sup>.

7. En conclusion, l'arrêt commenté pose un principe clair que l'on ne peut qu'approuver.

On peut toutefois se demander s'il ne s'agit pas d'une réponse correcte à un problème mal posé.

À l'ère numérique et à mesure que l'intelligence artificielle poursuit sa course effrénée, on s'interroge sur l'opportunité de situer le débat en droit d'auteur sur le terrain de la preuve de l'originalité, à travers l'examen délicat de la possibilité de connaissance des antériorités et, corrélativement, de la création indépendante<sup>(54)</sup>. Vraisemblablement, tout le bénéfice que les plaideurs trouvaient encore il y a une vingtaine d'années dans la nouveauté comme « indice pratique » de l'originalité, s'évanouira dans une application rigoureuse du principe dans notre société de l'information ubiquitaire.

---

(52) *Ibid.*, pp. 51-52.

(53) Comp. S. BALGANESH, I. D. MANTA et T. WILKINSON-RYAN, « Judging Similarity », *100 Iowa L. Rev.* 267 (2014). Les auteurs de cette étude ont, au départ de deux expériences, tenté d'identifier l'impact de certaines informations sur l'analyse des similitudes entre deux œuvres. Notamment, dans le cadre de l'une de ces expériences, ils ont constaté que les participants à l'étude, appelés à apprécier les similitudes entre des paires d'œuvres, concluaient à un degré plus important de similitudes lorsqu'ils recevaient l'information suivant laquelle l'auteur de l'œuvre seconde avait copié la première, en comparaison avec les autres participants qui, pour les mêmes paires, avaient reçu l'information suivant laquelle l'auteur de l'œuvre seconde n'avait pas connaissance de l'œuvre première.

(54) À plus forte raison, les progrès de l'intelligence artificielle doivent à notre avis amener à situer le débat sur le terrain de l'originalité, qu'il conviendrait de rehausser, voy. J. CABAY, « Mort ou résurrection de l'auteur? À propos de l'intelligence artificielle et de la propriété intellectuelle », *Rev. Dr. ULg*, 2019, pp. 179-190. D'autres voient au contraire dans une résurgence de théorie de la création indépendante la solution aux défis posés au droit d'auteur par cette même intelligence artificielle, voy. C. D. ASAY, « Independent Creation in a World of AI », *14 FIU L. Rev.* 201 (2020).



Qu'on y songe un instant: à quelle économie procédurale pourra-t-on encore prétendre lorsqu'il s'agira de déterminer l'originalité de chaque œuvre au regard de quantités d'antériorités, identifiées en un clic sur Internet grâce à des moteurs de recherche boursoufflés de Deep Learning, *a fortiori* dans le domaine des petites monnaies du droit d'auteur dont la production aura explosé avec l'aide des GANs (Generative Adversarial Networks) ou autres, et pour lesquelles le juge devra chaque fois se poser la lancinante question de la « possibilité de connaissance » à la lumière des arguments contradictoires de parties qui respectivement ne pourront jamais prouver quoi que ce soit, mais tout au plus faire état de vraisemblances?

Il est pourtant possible de poser le problème autrement. Il suffit en effet de réviser à la hausse le seuil d'accès à la protection du droit d'auteur, ce qui résoudra en amont la problématique dans la majeure partie des cas et cantonnera la discussion de la « possibilité de connaissance », tant au stade de la protection que de la contrefaçon, aux cas exceptionnels d'une véritable création, véritablement indépendante<sup>(55)</sup>.

Les derniers développements au niveau de la Cour de justice nous paraissent tracer cette voie, en théorie<sup>(56)</sup>. Reste au juge national à l'emprunter, en pratique.

Julien Cabay<sup>(57)</sup>

## Orb. Gent, afd. Gent (vz.) 9 september 2020

Zetel: K. Dehing

BV CREATIVE4 (Mrs. Stampaert en Criel) tegen NV VAN DEN WEGHE (Mrs. Maeyaert en De Bleeckere)

AR nr. A/19/02879

### Concept/systeem – Oorspronkelijkheid (neen) – “Techniekrestrictie”

(55) Voy. spéc. les références note 33.

(56) Voy. en particulier notre analyse des arrêts *Cofemel* et *Brompton in J. CABAY*, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes (ou: Quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », *op. cit.* (note 33).

(57) Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB – JurisLab), chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège – LCII).

C4 houdt voor in 2004 het zogenaamde “Trimless”-concept te hebben ontwikkeld die zij beschrijft als een “systeem dat toelaat om een schakelaar, stopcontact, bewegingsmelder, camera, druktoets, etc. in een vlak te verwerken, in tegenstelling tot de meeste producten in dit segment die in opbouw worden geplaatst en gemonteerd”. Een “Trimless” schakelaar, stopcontact, bewegingsmelder, camera, druktoets, etc. zit volledig geïntegreerd en verzonken in het vlak waarin het is ingewerkt.

Het criterium van oorspronkelijkheid of de originaliteit is niet vervuld indien het maken van het werk bepaald is door technische overwegingen, regels of beperkingen die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid. Aan het oorspronkelijkheidscriterium is niet voldaan wanneer de uitdrukking door de technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee uit te voeren dan zodanig beperkt zijn dat de idee samenvalt met de uitvoering ervan; in een dergelijk geval kan de auteur onmogelijk uitdrukking geven aan zijn creatieve geest en tot een resultaat komen dat een eigen intellectuele schepping vormt (de “techniekrestrictie”).

Voortbouwend op deze principes en rekening houdend met de door eiseres aangegeven argumenten die het bestaan van auteursrechten moeten ondersteunen, kan slechts de conclusie volgen dat het voorwerp waarop eiseres auteursrechtelijke bescherming opeist een werkwijze is om een bepaald technisch effect te bereiken, en geen werk uitmaakt in de zin van het auteursrecht.

### Concept/système – Originalité (non) – « Restriction technique ».

C4 prétend avoir développé en 2004 le concept dit « Trimless », qu'elle décrit comme un « système permettant d'incorporer un interrupteur, une prise de courant, un détecteur de mouvement, une caméra, un bouton-poussoir, etc. dans une surface, contrairement à la plupart des produits de ce segment qui sont montés et fixés en surface ». Un interrupteur, une prise de courant, un détecteur de mouvement, une caméra ou un bouton poussoir « Trimless » est entièrement intégré et encastré dans la surface dans laquelle il est incorporé.

La condition d'originalité n'est pas remplie lorsque la création de l'œuvre est déterminée par des considérations, règles ou limitations techniques qui ne laissent pas de place à la liberté créative. La condition d'originalité n'est pas remplie lorsque l'expression est déterminée par la fonction technique, car les différentes manières d'exécuter une idée sont alors tellement limitées que l'idée coïncide avec son exécution; dans ce

