

Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes

Julien CABAY¹

Nicolas BERTHOLD²

Sigal STARC³

Le principe du cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles est désormais bien établi. Les diverses interventions de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) ont à cet égard écarté toute marge de manœuvre des Etats membres s'agissant des conditions auxquelles ce cumul des protections pourra être octroyé pour un même objet. C'est donc à la lumière du droit de l'Union européenne que doit désormais s'analyser tout entière la question, bien que la tâche d'y répondre dans un cas concret demeure l'office du juge national.

L'analyse comparée des conditions de la protection respectives de l'un et l'autre droit révèle diverses convergences et divergences s'agissant du rôle des antériorités, ainsi que des contraintes (internes et externes) qui pèsent sur sa création. Si les convergences peuvent expliquer une inclination à un cumul aisé de ces deux types de protection en droit belge, encouragé par une certaine doctrine, les divergences qui se dégagent spécialement de l'interprétation des dispositions légales au niveau du Tribunal de l'UE et de la C.J.U.E. doivent au contraire encourager à une limitation des possibilités de cumul. Sur le fondement de cette jurisprudence, une analyse systématique des deux systèmes de protection permet en effet de conclure en ce sens que la condition d'originalité du droit d'auteur doit être appréciée avec bien plus de sévérité que les conditions de nouveauté et de caractère individuel du droit des dessins et modèles.

Cette conclusion est confortée par une analyse à la lumière des droits fondamentaux, qui gouverne désormais l'interprétation du droit d'auteur par la C.J.U.E. et qui trouve écho dans une jurisprudence belge récente. Plus respectueuse des principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle, cette jurisprudence est de nature à emporter une révision à la hausse du seuil d'originalité dans le domaine des arts appliqués.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction critique au principe du cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles	57
2.	Analyse comparée des conditions de la protection	60
	a. Le rôle des antériorités	61
	b. Les contraintes internes	68
	c. Les contraintes externes	73
3.	Conclusion critique : du cumul systématique à la systématisation des conditions du cumul	79

1. Introduction critique au principe du cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles

1. Le principe du cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles a longtemps fait l'objet d'âpres débats⁴. Le statut particulier réservé aux œuvres des arts appliqués en droit international aux termes de l'article 2(7) de la Convention de Berne⁵ a permis aux divers Etats membres de l'Union de

1. Professeur à l'Université libre de Bruxelles (JurisLab), Chargé de cours à l'Université de Liège (LCII), Professeur invité à la KULeuven.

2. Avocat au Barreau de Bruxelles, Assistant à l'Université de Mons, Chercheur associé à l'Université libre de Bruxelles (JurisLab).

3. Master en droit de l'Université libre de Bruxelles (2021). Sigal STARC est l'auteure d'un travail de fin d'études intitulé *Le critère de la saturation de l'état de l'art dans le droit des dessins et modèles et ses conséquences, ou comment le diable est dans les détails*.

4. Voir de manière générale E. DERCLAYE (ed.), *The Copyright/Design Interface – Past, Present, Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

5. « Il est réservé aux législations des pays de l'Union de régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, compte tenu des dispositions de l'article 7.4 de la présente Convention. Pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclaté dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles ; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques ».



Berne de prévoir des régimes juridiques différenciés à cet égard. Cette diversité a longtemps caractérisé la situation au sein de l'Union européenne et un attachement tout particulier de certains Etats membres pour leur système, au point que l'harmonisation et l'uniformisation du droit des dessins et modèles, respectivement par les Directive 98/71/CE⁶ et Règlement (CE) n° 6/2002⁷, leur a laissé la liberté à ce sujet.

Ainsi, aux termes des articles 17 de la directive et 96(2) du règlement, un dessin ou modèle protégé au titre de l'un de ces instruments « (...) bénéficie également de la protection accordée par la législation sur le droit d'auteur de cet Etat à partir de la date à laquelle le dessin ou modèle a été créé ou fixé sous une forme quelconque. La portée et les conditions d'obtention de cette protection, y compris le degré d'originalité requis, sont déterminées par chaque Etat membre ».

2. C'était sans compter les interventions futures de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.).

Au regard de l'articulation entre cette liberté laissée par le droit dérivé de l'Union européenne et celle plus large encore que l'on pouvait trouver dans le droit international, la C.J.U.E. était déjà venue relativiser une première fois celle-ci dans le cadre d'une affaire *Tod's*, sur le fondement du principe général de non-discrimination en raison de la nationalité⁸. Mais c'est surtout à la suite de l'arrêt *Infopaq*⁹ et de l'harmonisation de la condition d'originalité que la C.J.U.E. est venue limiter la liberté dont pensaient pouvoir faire usage les Etats membres de définir les conditions de la protection du droit d'auteur pour les œuvres des arts appliqués. Pour un pays tel la Belgique, acquis depuis l'arrêt *Screenprints*¹⁰ au principe du cumul et de l'unicité de la condition d'originalité, l'arrêt *Infopaq* laissait peu de doutes sur le fait que pareille liberté était désormais exclue, dès lors que la généralisation de la définition de l'originalité en tant que « création intellectuelle propre à son auteur », ne laissait pas de place à un critère différencié suivant la nature de l'œuvre. On avait parfois cru que la C.J.U.E. faisait ici preuve d'« activisme » en

procédant à une interprétation téléologique mensongère, les Etats membres n'ayant jamais eu l'intention d'harmoniser la condition d'originalité dans le cadre de la Directive 2001/29, au contraire¹¹. C'était perdre de vue que l'analyse de la Cour dans *Infopaq* était fondée sur une interprétation systématique du droit de l'UE¹² laquelle favorise, par un souci de cohérence, une approche « notionnelle » de la matière commandée¹³.

A la faveur de cette logique systématique, on devait donc comprendre que la réserve expresse du droit dérivé des dessins et modèles pour ce qui concerne leur protection par le droit d'auteur et spécialement le « degré d'originalité » ne résisterait pas à l'interprétation de la C.J.U.E. Les arrêts *Flos*¹⁴ et surtout *Cofemel*¹⁵ viendraient bientôt le démontrer.

Dans ce dernier arrêt, la C.J.U.E. était directement interrogée sur le point de savoir si l'interprétation qu'elle avait retenue dans ses arrêts *Infopaq* et suivants avait pour conséquence qu'une œuvre des arts appliqués ne pourrait plus être protégée, en droit national, à d'autres conditions que l'originalité ainsi entendue (notamment le fait de générer un « effet visuel propre et notable du point de vue esthétique »). La Cour est on ne peut plus claire sur ce point : la protection du droit d'auteur au titre de la directive 2001/29 « (...) implique qu'il existe un objet original, en ce sens que celui-ci est une création intellectuelle propre à son auteur (...) », ce qui suppose qu'il « (...) reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier (...) », ce qui ne sera pas le cas « (...) lorsque la réalisation [de l'] objet a été déterminée par des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes, qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative (...) »¹⁶. En d'autres termes, un objet des arts appliqués qui a bénéficié ou bénéficie encore d'une protection par le droit des dessins et modèles (au titre du droit national transposant la directive 98/71 ou du règlement 6/2002) ne pourra bénéficier cumulativement de la protection du droit d'auteur en tant qu'œuvre (au titre de la directive 2001/29) que s'il

6. J.O.C.E., 28 octobre 1998, L.289/28.

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

8. C.J.C.E. (2^e ch.), 30 juin 2005, *Tod's SpA et Tod's France SARL c. Heyraud SA*, C-28/04, EU:C:2005:418. La Cour y avait estimé que la règle de réciprocité prévue à l'article 7(2) de la Convention de Berne contiendrait une discrimination en raison de la nationalité, interdite par le droit de l'UE, si elle était interprétée en ce sens qu'un Etat pratiquant le cumul (en l'occurrence la France) pourrait refuser la protection du droit d'auteur à une œuvre des arts appliqués dont le pays d'origine (au sens de l'art. 5 de la Convention de Berne) est un autre Etat membre de l'Union européenne (en l'occurrence l'Italie), au motif que l'œuvre dont question ne pourrait prétendre dans ce pays d'origine qu'à la protection du droit des dessins et modèles.

9. C.J.C.E. (4^e ch.), 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465.

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

11. Sur l'harmonisation de la condition d'originalité en droit de l'Union européenne, voir de manière générale notre thèse de doctorat : J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016, spéc. p. 136 et s. Voir également E. Rosati, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013.

12. Voir notre analyse approfondie in J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, op. cit. (note 11), pp. 161-168, n° 31.

13. Sur les méthodes d'interprétation de la C.J.U.E. dans le domaine du droit d'auteur, voir J. CABAY, « Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : Vers une obligation de filtrage limitée par la C.J.U.E., garante du 'juste équilibre' », in J. DE WERRA (éd.), *Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain – Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*, Genève-Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2020, pp. 197-205.

14. C.J.U.E. (2^e ch.), 27 janvier 2011, *Flos SpA c. Semeraro Casa e Famiglia SpA*, C-168/09, EU:C:2011:29.

15. C.J.U.E. (3^e ch.), 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721.

16. Pts. 29-31.



satisfait par ailleurs à la condition d'originalité ainsi comprise¹⁷. A cet égard, l'« effet esthétique » est indifférent¹⁸.

3. En fait, l'on pourrait presque s'étonner que la chose fasse débat et que certaines juridictions marquent un tel attachement à discriminer entre les œuvres littéraires et artistiques en général, soumises à une certaine condition de l'originalité, et les œuvres des arts appliqués, soumises à une condition plus stricte¹⁹. Pour le comprendre, il faut revenir à ce qui, au-delà des particularités nationales, justifie cette conception plus stricte de l'originalité dans les juridictions concernées, à savoir une crainte que certaines caractéristiques utilitaires de l'œuvre des arts appliqués puissent prétendre à la protection de longue durée du droit d'auteur, plutôt qu'à la protection, plus limitée dans le temps, du droit des dessins et modèles.

L'enjeu principal ici réside dans la limitation qu'entraînent respectivement les deux droits de propriété intellectuelle sur la liberté de concurrence et les valeurs de progrès et d'innovation qui lui sont attachées²⁰. On le comprend aisément, l'impact est très différent suivant que l'on considère une protection de 3 ans (dessin et modèle communautaire non enregistrée), de 25 ans (dessin et modèle enregistré) ou d'une durée équivalente à celle de la vie du créateur allongée de 70 ans (droit d'auteur).

4. Ces considérations ont fait leur chemin dans l'analyse de la Cour. Suivant en cela son Avocat général Szpunar²¹, elle énonce ainsi que « 50. (...) cette protection [du droit des dessins et modèles] est destinée à s'appliquer pendant une durée limitée mais suffisante pour permettre de rentabiliser les investissements nécessaires à la création et à la production de ces objets, sans pour autant entraver excessivement la concurrence. Pour sa part, la protection associée au droit d'auteur, dont la durée est très

significativement supérieure, est réservée aux objets méritant d'être qualifiés d'œuvres.

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

52. Il en découle que, bien que la protection des dessins et modèles et la protection associée au droit d'auteur puissent, en vertu du droit de l'Union, être accordées de façon cumulative à un même objet, ce cumul ne saurait être envisagé que dans certaines situations. »

D'ailleurs pour l'avocat général, « (...) une application rigoureuse du droit d'auteur par les juridictions nationales serait susceptible de remédier dans une large mesure aux inconvénients résultant du cumul de ce type de protection avec la protection sui generis des dessins et modèles (...) »²².

En liant l'analyse comparée de la durée de la protection des différents droits de propriété intellectuelle aux conditions à rencontrer pour bénéficier de l'une ou l'autre de ces protections, la Cour et son avocat général procèdent en réalité à une analyse systématique desdits droits de propriété intellectuelle, individuellement et dans leurs relations les uns aux autres.

Mais surtout, en épousant cette approche – confortée peu après dans l'affaire *Brompton*²³ –, ils ont ouvert la voie à une compréhension raisonnée du cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles, de nature à répondre à certaines des craintes originelles²⁴ et qui remet en cause certains enseignements traditionnels.

5. A la faveur de ces récents arrêts de la C.J.U.E., ils sont plusieurs à avoir pris la plume pour revenir sur les conditions de ce cumul²⁵. Nous nous

17. Pt. 48.

18. Pt. 54.

19. Qu'il s'agisse de l'« effet visuel propre et notable du point de vue esthétique » ou de la qualification de « création artistique ou d'œuvre d'art, compte tenu des conceptions dominantes dans les milieux culturels ou institutionnels », comme cela était demandé par la Cour suprême portugaise dans l'affaire *Cofemel*, ou de tout autre critère du même ordre. Voir pour une énonciation des différents critères en droit comparé (et avec le renvoi aux références utiles), A. KUR, « *Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences* », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 15(4), 2020, p. 296. Pour plus de détails, voir les différentes contributions nationales in E. DERCLAYE (ed.), *The Copyright/Design Interface – Past, Present, Future*, op. cit. (note 4).

20. Ainsi, l'exclusion des idées de la protection, de même que l'expression des composantes d'une œuvre dictée par leur fonction technique, est justifiée par l'objectif d'éviter qu'il soit possible de « monopoliser [ces éléments] au détriment, notamment, du progrès technique et du développement industriel », voir C.J.U.E. (5^e ch.), 11 juin 2020, *Sl et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461, pt. 27 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 2 mai 2012, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd*, C-406/10, EU:C:2012:259, pt. 40.

21. Concl. Av. gén. M. Szpunar présentées le 2 mai 2019 dans l'affaire *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:363, points 50-53 (« (...) Cette protection a une durée suffisante pour permettre de rentabiliser l'investissement que constitue l'élaboration du dessin ou modèle, sans toutefois entraver excessivement la concurrence (...) » ; « (...) on risque de voir le régime du droit d'auteur évincer le régime sui generis destiné aux dessins et modèles. Or cette éviction aurait plusieurs effets négatifs : (...) l'entrave à la concurrence du fait de la durée excessive de la protection (...) »).

22. Pt. 54 concl. Av. gén.

23. C.J.U.E. (5^e ch.), 11 juin 2020, *Sl et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461. Voir notre analyse en ce sens de cet arrêt, 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.

24. Comparer un article critique à propos de l'arrêt *Flos* de la C.J.U.E. L. BENTLY, « The return of industrial copyright », *E.I.P.R.*, 2012, pp. 668-669 (« (...) if the Court insists on deepening harmonisation in this field, a robust doctrine of functionality might mitigate some of the worst effects of design copyright on competitiveness (...) »).

25. Voir en Belgique, P. LEDUC et N. BERTHOLD, « Arrêt Cofemel : La question du cumul entre dessins et modèles et droit d'auteur enfin harmonisée ? », note sous C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel, Sociedade de Vestuário c. C-Star Raw CV*, C-683/17, *Ing.-Cons.*, 2020, pp. 255-270 ; P. MAEYAERT, « Auteursrechten op design en gebruiksvoorwerpen na de arresten Cofemel en Brompton Bicycle », *J.R.D.I.*, 2021, pp. 61-74 ; H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », note sous C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel, Sociedade de Vestuário c. C-Star Raw CV*, C-683/17, *A.M.*, 2018-2019, pp. 481-489.



permettons d'ailleurs d'y renvoyer le lecteur pour prendre connaissance des termes généraux du débat. Dans cette littérature, on trouve plusieurs fois exprimée l'idée que les conditions d'accès à la protection du droit des dessins et modèles seraient largement alignées sur celles du droit d'auteur, permettant un cumul quasi systématique²⁶. Il est vrai qu'avec une approche généreuse de l'originalité, la Belgique a longtemps constitué un « pays de cocagne » pour les créateurs d'objets des arts appliqués^{27 28}. Pourtant, une telle approche ne résiste pas à l'analyse comparée (2) et systématique (3) des conditions de la protection du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles, analyse à laquelle nous nous proposons de procéder dans la présente contribution.

2. Analyse comparée des conditions de la protection

6. L'examen comparé que l'on propose ici sera limité à un objet relevant du champ d'application respectif de chacun des deux droits de propriété intellectuelle considérés.

S'agissant de l'objet protégeable au sens du droit d'auteur, l'on se concentrera donc sur un objet qui peut être qualifié d'« identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité »²⁹ et est donc susceptible de constituer une « œuvre »³⁰. S'agissant de l'objet protégeable au sens du droit des dessins et modèles, l'on aura égard à l'« apparence d'un produit »³¹ et qui

est « visible lors d'une utilisation normale de ce produit »^{32 33}. Pour peu qu'il remplisse respectivement les conditions d'« originalité », d'une part, de « nouveauté » et « caractère individuel », d'autre part, l'objet dont il est question pourra donc bénéficier de la protection cumulée du droit d'auteur et des dessins et modèles.

7. La comparaison que l'on propose interviendra en trois temps : le rôle des antériorités (a), le rôle des contraintes internes à l'objet (b) et le rôle des contraintes externes à l'objet (c) dans l'examen de l'accès à la protection.

La notion d'« antériorité » n'appelle pas à ce stade de précision particulière.

Suivant la typologie que nous proposons³⁴, les contraintes « internes » sont celles qui, dans le contexte de la création, s'imposent au créateur à raison de l'œuvre en tant que telle et sont donc en principe indépendantes de ce contexte. Elles peuvent être naturelles³⁵ ou fonctionnelles³⁶. Elles sont en principe « absolues » (ou « quasi absolues »), en ce sens qu'elles ne sont pas (ou seulement très peu) susceptibles d'évoluer dans le temps et dans l'espace, sous réserve des évolutions de l'état de la technique dans lequel elles s'inscrivent.

Les contraintes « externes » quant à elles sont celles qui, dans le contexte de la création, s'imposent au créateur en raison de ce contexte. Elles peuvent être

26. Voir P. MAEYAERT, *op. cit.* (note 25), spéc. p. 71 (« (...) Zoals hoger gesteld vereist het eigen karakter een scheppingsdaad waarbij de ontwerper van het model afstand neemt van bestaande modellen waardoor er ten aanzien van reeds bestaande modellen een andere algemene indruk wordt gewekt. De ontwerper zal dus bij de totstandkoming van het model vrije en creatieve keuzes maken die een uitdrukking vormen van zijn persoonlijkheid. Het gaat dus eveneens om een 'eigen intellectuele schepping'. De grens tussen 'originaliteit' en 'eigen karakter' is dus heel moeilijk te trekken (...) »).
- Voir H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », *op. cit.* (note 25), spéc. p. 487 (« (...) Ten tweede vindt deze veelvuldige cumulatie haar oorzaak in het feit dat modellen die een eigen karakter vertonen zeer vaak ook origineel zullen zijn. Opdat modellen beschermd kunnen worden krachtens het geharmoniseerde en communautaire modellenrecht moeten ze nieuw zijn en eigen karakter bezitten. De voorwaarde van het eigen karakter vereist een scheppingsdaad waardoor afstand wordt genomen van bestaande modellen. Dergelijke scheppingsdaad brengt vaak mee dat het model in kwestie te beschouwen is als een intellectuele schepping van de ontwerper ervan die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die ontwerper bij de totstandkoming ervan (...) »).
- Voir par ailleurs dans la doctrine européenne A. KUR, *op. cit.* (note 19), spéc. p. 295 (« (...) Creative processes cannot be watched directly, but are necessarily appraised on the basis of the results they have yielded. Thus, assessing the breadth of the designer's freedom in a specific field is not so different in practice from appreciating the creative choices made by an author. For an outside observer performing the appraisal, the distinction-important as it is from a conceptual point of view-is one of terminology rather than substance. Likewise, it is difficult to see how the assessment of whether the features of a design are dictated by their technical function can be securely distinguished in practice from the appraisal under copyright law of whether the appearance of an object is dictated by technical considerations, rules or constraints which leave no room for creative freedom (...) »).
27. Suivant l'expression d'E. DERCLAYE in « La Belgique : un pays de cocagne pour les créateurs de dessins ou modèles ? », *I.R.D.I.*, 2009, pp. 100-109.
28. Cette situation tient également à la facilité avec laquelle les juridictions accueillent la demande fondée sur une atteinte au droit des pratiques du marché à titre de complément ou substitut à la protection des droits de propriété intellectuelle. Voir spéc. à ce propos A. HALLEMANS, « Bescherming van mode op basis van het auteursrecht en de Marktpraktijkenwet », *I.R.D.I.*, 2012, pp. 337-350. Cette jurisprudence (et la doctrine précitée qui la soutient) fait toutefois l'objet de critiques importantes auxquelles nous souscrivons entièrement, voir de manière générale A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (éd.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017.
- On ajoutera encore que les objets des arts appliqués peuvent encore prétendre, dans certaines conditions, à la protection du droit des marques, voir de manière générale J. MUYLDERMANS, « Bescherming van een vorm », *Ing.-Cons.*, 2016, pp. 320-362.
29. C.J.U.E. (gr. ch.), 13 novembre 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, C-310/17, EU:C:2018:899, pt. 40.
30. Voir de manière générale sur ces notions J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : 'Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute' », commentaires sous C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, *R.D.C.*, 2019, pp. 793-811.
31. Art. 1^{er} de la Directive 98/71/CE ; art. 3 du règlement (CE) n° 6/2002.
32. Art. 3(3)(a) de la Directive 98/71/CE ; art. 4(2)(a) du règlement (CE) n° 6/2002.
33. L'on a déjà par ailleurs souligné la proximité entre les deux droits quant à ces conditions, voir not. H. VANHEES, « Cumulatie van het Europese auteurs- en modellenrecht : eerder de regel, niet de uitzondering », *op. cit.* (note 25), p. 487 ; P. MAEYAERT, *op. cit.* (note 25), spéc. p. 71.
34. Voir J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, *op. cit.* (note 11), pp. 435-436, n° 98.
35. Les contraintes naturelles sont celles qui déterminent tout ou partie de la forme d'un objet en raison de la nature des choses. Il en va ainsi des contraintes techniques.
36. Les contraintes fonctionnelles sont celles qui déterminent tout ou partie de la forme d'un objet en raison de la fonction de celui-ci. Il en va ainsi des contraintes tirées de la destination de l'objet.



conventionnelles³⁷, réglementaires³⁸ ou relationnelles³⁹. Elles sont « relatives » en ce sens qu'elles sont fortement susceptibles d'évoluer dans le temps et dans l'espace. Dans le cadre de la présente contribution, l'on se concentrera sur les contraintes conventionnelles au sens où on l'entend ici.

a. Le rôle des antériorités

i. Dessins et modèles

8. Pour être protégée par le droit des dessins et modèles (communautaire ou Benelux, enregistré ou non enregistré), une création doit satisfaire aux conditions de « nouveauté » et de « caractère individuel », visées respectivement aux articles 4 et 5 de la Directive 98/71/CE, aux articles 5 et 6 du règlement (CE) n° 6/2002 et à l'article 3.3(1) et (2) de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (CBPI). Dans le cadre de l'appréciation de chacune de ces deux conditions, le rôle des antériorités est fondamental.

9. En effet, la nouveauté s'apprécie de manière objective, au regard de tout ce qui a été **divulgué** au public avant la date du dépôt du dessin ou du modèle ou la date de priorité (pour un dessin ou modèle enregistré) ou avant sa première divulgation (pour un dessin ou modèle non enregistré).

Un dessin ou modèle est réputé avoir été divulgué au public s'il a été publié, exposé, utilisé dans le commerce ou rendu public de toute autre manière sauf si ces faits, dans la pratique des affaires, ne pouvaient raisonnablement être connus des milieux spécialisés du secteur concerné, opérant au sein de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen^{40 41}.

La nouveauté ne dépend dès lors pas des antériorités qui étaient accessibles ou connues du créateur au moment de la conception du dessin ou modèle mais des antériorités qui étaient effectivement connues des milieux spécialisés.

Ce n'est donc pas tant le fait de la divulgation qui importe, mais son effet. De fait, si la divulgation a raisonnablement pu être connue des milieux spécialisés

du secteur concerné au plus tard la veille du dépôt, de la date de priorité ou de la première divulgation du dessin ou modèle pour lequel la protection est revendiquée, celui-ci n'est pas nouveau. Par contre, si un dessin ou un modèle a effectivement été divulgué avant le dépôt, la date de priorité ou la première divulgation du dessin ou modèle, mais que cette divulgation n'est pas connue des milieux spécialisés du secteur concerné, elle ne porte pas atteinte à la nouveauté du dessin ou du modèle même si le créateur, lui, avait connaissance de cette divulgation⁴².

Il s'agit d'une pure question de fait, qui doit être appréciée au regard des circonstances propres au cas d'espèce.

Il convient en effet de déterminer si, sur la base des éléments factuels qui doivent être fournis par la partie qui conteste la divulgation, et compte tenu de ce qui peut être raisonnablement exigé de leur part pour connaître l'état de l'art antérieur, les milieux spécialisés disposaient réellement de la possibilité de prendre connaissance des faits constitutifs de la divulgation⁴³.

10. Le Tribunal de l'Union européenne (Tribunal de l'UE) a déjà eu l'occasion de préciser que « ces éléments factuels peuvent, à titre d'exemple, porter sur la composition des milieux spécialisés, leurs qualifications, coutumes et comportements, l'étendue de leurs activités, leur présence aux événements lors desquels des dessins ou modèles sont présentés, les caractéristiques du dessin ou modèle en cause, telles que son interdépendance avec d'autres produits ou secteurs, et les caractéristiques des produits dans lesquels le dessin ou modèle en cause a été intégré, notamment le degré de technicité des produits concernés »⁴⁴.

Ainsi, il est admis que les milieux spécialisés participent aux foires et consultent les revues spécialisées de leur secteur d'activité ainsi que les bases de données en matière de brevets⁴⁵. Par contre, un dessin ou modèle ne peut être réputé connu des milieux spécialisés du secteur concerné si ceux-ci ne pouvaient le découvrir que par hasard⁴⁶.

Concernant la preuve de la divulgation d'un dessin ou modèle, celle-ci ne peut jamais être rapportée par

37. Les contraintes conventionnelles sont celles qui déterminent tout ou partie de la forme d'un objet en raison des conventions applicables dans le secteur dont il relève. Ce sont les lois du genre, les standards de l'industrie ainsi que les tendances de la mode.

38. Les contraintes réglementaires sont celles qui déterminent tout ou partie de la forme d'un objet en raison des règles applicables dans le secteur dont relève l'œuvre. Ce sont les contraintes juridiques ou statutaires.

39. Les contraintes relationnelles sont celles qui déterminent tout ou partie de la forme d'un objet en raison du rapport de sujétion dans lequel elle ou son créateur s'inscrit. Ce sont les contraintes tirées du caractère dérivé de l'objet et les prescriptions du commanditaire.

40. Sous la réserve qu'un dessin ou modèle n'est pas réputé avoir été divulgué au public s'il a été divulgué à un tiers sous des conditions explicites ou implicites de secret.

41. Art. 7(1) du Règlement 6/2002 et 6(1) de la Directive 98/71.

42. I. FERRANT, V. CASSIERS et N. BERTHOLD, *Droit des dessins et modèles Benelux et communautaires*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 62.

43. T.U.E. (9^e ch.), 17 novembre 2021, *Marcos Guasch Pubill c. EUIPO et Nap-Kings SL*, T-538/20, EU:T:2021:793, pt. 33 ; T.U.E. (7^e ch.), 14 mars 2018, *Crocs Inc. c. EUIPO et Gifi Diffusion*, T-651/16, EU:T:2018:137, pt. 56 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 mai 2015, *Senz Technologies BV c. EUIPO et Impliva BV*, T-22/13 et T-23/13, EU:T:2015:310, pt. 29.

44. *Ibid.*

45. T.U.E. (2^e ch.), 1^{er} décembre 2021, *Muratbey Gida c. EUIPO et M. J. Dairies EOOD*, T-662/20, EU:T:2021:843, points 37 et 38 ; T.U.E. (7^e ch.), 15 octobre 2015, *Promarc c. OHMI et PIS*, T-251/14, EU:T:2015:780, pt. 25 ; T.U.E. (2^e ch.), 22 juin 2010, *Shenzen c. OHMI et Bosch*, T-153/08, EU:T:2010:248, pt. 21.

46. T.U.E. (9^e ch.), 17 novembre 2021, *Marcos Guasch Pubill c. EUIPO et Nap-Kings SL*, T-538/20, EU:T:2021:793, pt. 33 ; T.U.E. (7^e ch.), 14 mars 2018, *Crocs Inc. c. EUIPO et Gifi Diffusion*, T-651/16, EU:T:2018:137, pt. 56 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 mai 2015, *Senz Technologies BV c. EUIPO et Impliva BV*, T-22/13 et T-23/13, EU:T:2015:310, pt. 29.



des probabilités ou des présomptions. Elle doit reposer sur des éléments concrets et objectifs, établissant une divulgation effective du dessin ou modèle antérieur. En outre, si des éléments de preuve sont, pris de manière isolée, insuffisants pour établir la divulgation d'un dessin ou modèle antérieur, ces éléments peuvent, s'ils sont combinés entre eux ou lus conjointement avec d'autres éléments de preuve, permettre d'établir la preuve de la divulgation. Par ailleurs, pour apprécier le caractère probant d'un élément sur lequel on se fonde pour établir la divulgation d'un dessin ou modèle, il convient de vérifier la vraisemblance et la véracité de l'information qui y est contenue en tenant compte, notamment, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et de son contenu⁴⁷.

11. Le critère de la connaissance des milieux spécialisés autorise en outre la résurgence de la protection.

Les dessins ou modèles qui étaient connus des milieux spécialisés à une certaine époque, avant de tomber dans l'oubli, peuvent en effet faire l'objet d'un nouveau dépôt. Comme ces modèles ne sont plus connus des milieux spécialisés à la veille de la date du dépôt, de la date de priorité ou de la date de la première divulgation, ils satisfont à la condition de nouveauté⁴⁸.

12. Mais qu'entend-on exactement par « milieux spécialisés du secteur concerné » ?

Les termes « milieux spécialisés » font référence aux membres du milieu professionnel qui opèrent dans la même branche de l'industrie ou du commerce.

Les milieux spécialisés comprennent l'ensemble des entreprises actives dans le secteur concerné. Ils ne se limitent pas aux personnes qui, au sein de ce secteur, sont chargées de développer ou de fabriquer des produits conformément aux dessins ou modèles en cause et qui ont une influence conceptuelle sur le design des produits qu'ils commercialisent⁴⁹.

13. Les termes « du secteur concerné » désignaient, par le passé, uniquement le secteur du produit dans lequel le dessin ou modèle, dont la protection était

revendiquée, était destiné à être incorporé ou appliqué.

Cette solution, évidente et pragmatique, a été battue en brèche par la C.J.U.E., dans son arrêt *Group Nivelles*⁵⁰.

Se fondant notamment sur une interprétation discutable de l'avis rendu, en son temps, par le Comité économique et social⁵¹ sur la proposition de règlement (CE) n° 6/2002, la Cour indique que la notion de « secteur concerné » renverrait en réalité au secteur du produit dans lequel le dessin ou modèle antérieur a été incorporé, ou auquel il a été appliqué, et non le secteur du dessin ou modèle dont la protection est revendiquée⁵².

Cette interprétation de la notion de « secteur concerné » nous semble incompatible avec le texte de l'article 7(1) du règlement et même les auteurs favorables à la solution dégagée par la Cour, quant à l'appréciation de la nouveauté, considèrent qu'elle n'est pas convaincante⁵³.

Si cette décision, très critiquable au demeurant⁵⁴, a fait couler beaucoup d'encre, force est de constater que la conclusion de la Cour est sans appel.

Dès lors, un dessin ou modèle incorporé dans, ou appliqué à, un produit totalement différent de celui concerné par un dessin ou modèle postérieur devra être considéré comme étant pertinent pour apprécier la nouveauté de ce dessin ou modèle postérieur.

Pour le dire autrement, il ne doit donc pas – ou plus – être tenu compte de la nature des produits concernés lors de l'appréciation de la nouveauté⁵⁵. Toutes les antériorités, indépendamment du secteur concerné sont dès lors pertinentes, pour peu qu'elles aient fait l'objet d'une divulgation au sens précisé supra.

14. S'agissant des similitudes pertinentes dans le cadre de l'appréciation de la nouveauté, des dessins ou des modèles sont considérés comme étant identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des « détails insignifiants ».

47. T.U.E. (9^e ch.), 17 novembre 2021, *Marcos Guasch Pubill c. EUIPO et Nap-Kings SL*, T-538/20, EU:T:2021:793, pt. 31 ; T.U.E. (5^e ch.), 8 juillet 2020, *Glimarpol sp. z o.o. c. EUIPO et Metar Sp. z o.o.*, T-748/18, EU:T:2020:321, pt. 22 ; T.U.E. (5^e ch.), 12 mars 2020, *Gamma-A SIA c. EUIPO et Zivju*, T-353/19, EU:T:2020:95, pt. 22 ; T.U.E. (5^e ch.), 27 février 2020, *Bog-Fran Sp. Z o.o. sp.k.c. EUIPO et Fabryki Mebli Forte S.A.*, T-159/19, EU:T:2020:77, pt. 22 ; T.U.E. (9^e ch.), 24 octobre 2019, *Atos Medical GmbH c. EUIPO et Andreas Fahl Medizintechnik-Vertrieb GmbH*, T-559/18, EU:T:2019:758, pt. 28 ; T.U.E. (9^e ch.), 17 mai 2018, *T-760/16, Basil BV c. EUIPO et Artex SpA*, EU:T:2018:277, pt. 42 ; T.U.E. (4^e ch.), 16 juillet 2016, *Thun 1794 a.s. c. EUIPO et Adekor s.r.o.*, T-420/15, EU:T:2016:410, pt. 27.

48. I. FERRANT, V. CASSIERS, N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 42), pp. 64-65.

49. C.J.U.E. (3^e ch.), 13 février 2014, *H. Gautzsch Großhandel*, C-479/12, EU:C:2014:75, pt. 25.

50. C.J.U.E. (4^e ch.), 21 septembre 2017, *Easy Sanitary Solutions BV et EUIPO c. Group Nivelles NV*, C-361/15 P et C-405/15 P, EU:C:2017:720.

51. Avis du Comité économique et social sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires, *J.O.*, 1994, C.388, p. 9.

52. Pt. 95 de l'arrêt. Voir : N. BERTHOLD, « Jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit des dessins et modèles », in *Droit de la propriété intellectuelle. Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 222-223.

53. CH. GIELEN, « Noot onder HvJ EU 21-09-2017 », *NJ*, 2018/360, n° 8, qui précise que l'explication de la Cour n'est pas convaincante mais simplement « cohérente », au vu de sa position.

54. Voir l'excellente critique de F. DE VISSCHER concernant l'arrêt de la T.U.E. ayant précédé l'arrêt de la Cour : F. DE VISSCHER, « L'appréciation de la nouveauté d'un dessin ou modèle s'opère-t-elle différemment de celle du caractère individuel quant aux produits concernés ? », *Ing.-Cons.*, 2015, pp. 529-539.

55. La détermination du secteur concerné conserve cependant toute son importance dans l'appréciation du caractère individuel d'un dessin ou d'un modèle (cf. *infra*).



Le Tribunal de l'UE a eu l'occasion de préciser que constituaient des « détails insignifiants », les détails qui ne seront pas immédiatement perceptibles et qui ne produiront pas de différences, même faibles, entre les dessins et modèles⁵⁶.

Il a ainsi été jugé, toujours par le Tribunal de l'UE, que l'apposition d'une marque, en très petits caractères, sur le fond d'un modèle de bouteille totalement identique par ailleurs à un modèle antérieur, constituait un détail insignifiant⁵⁷. Au contraire, le Tribunal de l'entreprise de Bruxelles a considéré qu'une différence dans la longueur d'un modèle de voiture constituait un élément non insignifiant, de nature suffisante pour établir la nouveauté du modèle postérieur⁵⁸.

Pour déterminer si un dessin ou modèle est nouveau, il convient de procéder à une comparaison du dessin ou modèle dont la protection est recherchée avec les dessins ou modèles antérieurs, afin de déterminer si ceux-ci sont identiques ou ne diffèrent que par des détails insignifiants ou si, au contraire, ceux-ci se différencient par des éléments non négligeables⁵⁹.

Les dessins ou modèles doivent être comparés dans leur ensemble⁶⁰, tout en tenant compte des détails qui peuvent les distinguer.

Seuls les éléments visibles des dessins ou des modèles comparés doivent être pris en considération lors de cette comparaison, mais *tous* les éléments visibles doivent effectivement être pris en considération⁶¹. Il n'est dès lors pas question de ne comparer que certaines caractéristiques visibles tout en faisant fi des autres. L'analyse doit être effectuée de manière globale.

Relevons, enfin, que la combinaison nouvelle d'éléments connus ou banals n'empêche pas nécessairement la nouveauté⁶². Par contre, la simple

combinaison de dessins ou modèles ayant déjà été divulgués au public et à propos desquels il a été indiqué qu'ils sont destinés à être utilisés ensemble fait, quant à elle, obstacle à la nouveauté⁶³.

15. En droit des dessins et modèles, le rôle des antériorités n'est toutefois pas cantonné à l'appréciation de la nouveauté. En effet, elles interviennent également **dans l'appréciation du caractère individuel du dessin ou modèle lequel, pour être protégé, doit produire, sur l'utilisateur averti, une impression globale différente** de celle que produit, sur cet utilisateur averti, tout dessin ou modèle qui a été divulgué au public avant la date de présentation de la demande de son enregistrement, avant la date de priorité ou avant sa première divulgation⁶⁴.

16. L'« utilisateur averti » est un personnage de fiction juridique, qui se situe quelque part entre le consommateur moyen du droit des marques et l'homme de métier du droit des brevets. Si ce personnage fait preuve d'une attention plus soutenue que le consommateur moyen, il n'est tout de même pas un professionnel du secteur, doté de compétences techniques spécifiques⁶⁵.

Il s'agit d'un utilisateur doté d'une vigilance particulière, que ce soit en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur considéré⁶⁶.

Sa qualité d'« utilisateur » implique qu'il utilise le produit qui fait l'objet du dessin ou du modèle conformément à sa destination⁶⁷. Le qualificatif « averti » suggère en outre que, sans être un concepteur ou un expert technique, il connaît les différents dessins ou modèles existant dans le secteur concerné, dispose d'un certain degré de connaissances quant aux éléments que ces dessins ou modèles comportent normalement et, du fait de son intérêt pour les produits

56. T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. H.c. F. Porsche AG c. EUIPO et Autec AG*, T-209/18, EU:T:2019:377, pt. 86 ; T.U.E. (9^e ch.), 21 juin 2018, *Haverkamp IP GmbH c. EUIPO et Sissel GmbH*, T-228/16, EU:T:2018:369, pt. 22 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 41 ; T.U.E. (6^e ch.), 6 juin 2013, *Erich Kastenholtz*, T-68/11, EU:T:2013:298, pt. 37.
57. T.U.E. (1^{re} ch.), 9 mars 2012, *Coverpla*, T-450/08, EU:T:2012:117, pt. 27.
58. Prés. Comm. Bruxelles, 20 avril 2016, *Ing.-Cons.*, 2016, p. 732-741 et note d'obs. de B. GEVERS.
59. T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 41 ; T.U.E. (6^e ch.), 6 juin 2013, *Erich Kastenholtz*, T-68/11, EU:T:2013:298, pt. 37.
60. H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 16.
61. T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 84.
62. Liège (14^e ch.), 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778 ; Bruxelles (9^e ch.), 11 septembre 2001, *Ing.-Cons.*, 2001, p. 404 ; Bruxelles (9^e ch.), 3 février 2000, *Ing.-Cons.*, 2000, p. 159 ; Bruxelles, 21 février 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 195.
63. T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 78.
64. T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 78.
65. Art. 6(1) du Règlement 6/2002 et 5(1) de la Directive 98/71.
66. C.J.U.E. (6^e ch.), 18 octobre 2012, *Neuman*, C-101/11P et C-102/11P, EU:C:2012:641, pt. 53 ; T.U.E. (5^e ch.), 8 juillet 2020, *Glimarpol sp. z o.o. c. EUIPO et Metar Sp. z o.o.*, T-748/18, EU:T:2020:321, pt. 39 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 juin 2019, *Visi-one GmbH c. EUIPO et EasyFix GmbH*, T-74/18, EU:T:2019:417, pt. 70 ; T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. H.c. F. Porsche AG c. EUIPO et Autec AG*, T-209/18, EU:T:2019:377, pt. 27 ; T.U.E. (8^e ch.), 25 avril 2013, *Bell & Ross BV*, T-80/10, EU:T:2013:214, pt. 100 ; T.U.E. (6^e ch.) 21 novembre 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL*, T-337/12, EU:T:2013:601, points 21 et 22 ; T.U.E. (7^e ch.), 6 octobre 2011, *Industrias Francisco Ivarra, SL*, T-246/10, EU:T:2011:578, pt. 16 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, pt. 127.
67. C.J.U.E. (4^e ch.), 20 octobre 2011, *PepsiCo c. Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, EU:C:2011:679, pt. 53 ; T.U.E. (5^e ch.), 30 juin 2021, *Framery Oy c. EUIPO et Smartblock Oy*, T-373/20, EU:T:2021:400, pt. 50 ; T.U.E. (2^e ch.), 16 juin 2021, *Davide Groppi SRL c. EUIPO et Viabizzuno SRL*, T-187/20, EU:T:2021:363, pt. 36 ; T.U.E. (5^e ch.), 15 octobre 2020, *Dvectis CZ s.r.o. c. EUIPO et Yado s.r.o.*, T-818/19, EU:T:2020:486, pt. 41 ; T.U.E. (5^e ch.), 12 mars 2020, *Gamma-A SIA c. EUIPO et Zivju*, EU:T:2020:95, pt. 60 ; T.U.E. (9^e ch.), 24 octobre 2019, *Atos Medical GmbH c. EUIPO et Andreas Fahl Medizintechnik-Vertrieb GmbH*, T-559/18, EU:T:2019:758, pt. 51 ; T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. H.c. F. Porsche AG c. EUIPO et Autec AG*, T-209/18, EU:T:2019:377, pt. 27 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 5 juillet 2017, *Gamet c. EUIPO et Metal-Bud II*, T-306/16, EU:T:2017:466, pt. 40 ; T.U.E. (6^e ch.), 6 juin 2013, *Erich Kastenholtz*, T-68/11, EU:T:2013:298, pt. 57 ; T.U.E. (3^e ch.), 28 janvier 2015, *Argo Development and Manufacturing Ltd*, T-41/14, EU:T:2015:53, pt. 34 ; T.U.E. (2^e ch.), 12 mars 2014, *ubes Radiatori SRL*, T-315/12, EU:T:2014:115, pt. 58 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 9 septembre 2011, *Moteur à combustion interne*, T 11/08 et 10/08, EU:T:2011:447 et EU:T:2011:446, pt. 23 ; T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, pt. 62.
67. T.U.E. (6^e ch.), 25 octobre 2013, *Merlin*, T-231/10, EU:T:2013:560, pt. 26.



concernés, fait preuve d'un degré d'attention relativement élevé lorsqu'il les utilise⁶⁸.

17. L'appréciation du caractère individuel du dessin ou modèle s'effectue au regard de l'« **impression globale** » qu'il produit sur l'utilisateur averti. Cette impression globale doit être différente de tout dessin ou modèle déjà divulgué au public à la date de présentation de la demande d'enregistrement⁶⁹.

Pour ce faire, l'utilisateur averti procédera généralement à une comparaison directe des dessins ou modèles en cause⁷⁰.

La comparaison devra être réalisée par rapport à un ou plusieurs dessins ou modèles antérieurs « complets » et non par rapport à différentes parties ou différents éléments spécifiques tirés de ceux-ci. La comparaison devra par ailleurs s'effectuer par rapport à un ou plusieurs dessins ou modèles précis, individualisés, déterminés et identifiés parmi l'ensemble des dessins ou modèles divulgués au public antérieurement⁷¹.

18. Suivant une jurisprudence constante, l'appréciation du caractère individuel d'un dessin ou d'un modèle procède d'un examen en quatre étapes⁷².

La première étape consiste à déterminer le secteur concerné, c'est-à-dire le secteur du ou des produit(s) au(x)quel(s) le dessin ou modèle est destiné à être incorporé ou au(x)quel(s) il est destiné à être appliqué.

La nature du ou des produit(s) concerné(s) doit, ici, être prise en considération. En effet, si depuis l'arrêt *Group Nivelles*, le secteur concerné ne peut plus être pris en considération dans le cadre de l'appréciation de la nouveauté, celui-ci doit toujours être pris

en compte lors de l'appréciation du caractère individuel⁷³. **Les antériorités pertinentes sont donc ici limitées à celles qui relèvent du secteur concerné.**

La deuxième étape consiste à identifier l'utilisateur averti et, ensuite, son degré de connaissance de l'art antérieur ainsi que le niveau d'attention dont il fait preuve dans la comparaison, si possible directe, des dessins ou modèles⁷⁴.

Moins le degré de connaissance et le niveau d'attention de l'utilisateur averti seront élevés, plus les différences entre les dessins et modèles devront être importantes pour permettre d'établir une impression globale différente entre les dessins et modèles en cause. Un degré élevé de connaissance et un niveau élevé d'attention de l'utilisateur averti renforcent la conclusion inverse⁷⁵. A cet égard, et nous y reviendrons en détail ultérieurement, une circonstance particulière susceptible d'influencer la perception de l'utilisateur averti est l'effet de la saturation de l'art (voir *infra*, pt. 38 et s.).

La troisième étape, sur laquelle nous reviendrons également dans le détail ultérieurement, consiste à tenir compte du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou du modèle (voir *infra*, pt. 28 et s.).

Enfin, la quatrième étape consiste à vérifier *in fine* l'existence du caractère individuel en se fondant sur le résultat de la comparaison réalisée conformément aux étapes précédentes.

19. Le caractère individuel du dessin ou modèle en cause sera retenu si le dessin ou modèle ne présente pas, sur l'utilisateur averti, une impression de 'déjà

68. C.J.U.E. (4^e ch.), 20 octobre 2011, *Grupo Promer*, C-281/10P, EU:C:2011:679, pt. 59 ; T.U.E. (10^e ch.), 10 novembre 2021, *Eternit c. EUIPO et Eternit Österreich GmbH*, T-193/20, EU:T:2021:782, pt. 49 ; T.U.E. (5^e ch.), 10 novembre 2021, *Sanford LP c. EUIPO et Avery Zweckform GmbH*, T-443/20, EU:T:2021:767, pt. 62 ; T.U.E. (10^e ch.), 22 septembre 2021, *Ti D kontrolnini EOOD c. EUIPO et Sigmatron EOOD*, T-503/20, EU:T:2021:613, pt. 48 ; T.U.E. (5^e ch.), 30 juin 2021, *Framery Oy c. EUIPO et Smartblock Oy*, T-373/20, EU:T:2021:400, pt. 51 ; T.U.E. (2^e ch.), 16 juin 2021, *Davide Groppi SRL c. EUIPO et Viabizzuno SRL*, T-187/20, EU:T:2021:363, pt. 37 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 avril 2021, *Bibita Group c. EUIPO et Benkomers OOD*, T-326/20, EU:T:2021:208, pt. 45 ; T.U.E. (5^e ch.), 15 octobre 2020, *Dvectis CZ s.r.o. c. EUIPO et Yado s.r.o.*, T-818/19, EU:T:2020:486, pt. 42 ; T.U.E. (9^e ch.), 24 octobre 2019, *Atos Medical GmbH c. EUIPO et Andreas Fahl Medizintechnik-Vertrieb GmbH*, T-559/18, EU:T:2019:758, pt. 50 ; T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. H.c.F. Porsche AG c. EUIPO et Autec AG*, T-209/18, EU:T:2019:377, pt. 26 ; T.U.E. (5^e ch.), 10 mai 2019, *Zott SE & Co. KG c. EUIPO et TSC Food Products GmbH*, EU:T:2019:323, pt. 27 ; T.U.E. (5^e ch.), 18 octobre 2018, *Linak A/S c. EUIPO et Changzhou Kaidi Electrical Co. Ltd.*, T-368/176, EU:T:2018:695, pt. 26 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 13 juin 2007, T-9/15, *Ball Beverage packaging Europe c. EUIPO et Crown Hellas Can*, EU:T:2017:386, pt. 81 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 mai 2015, *Group Nivelles*, T-15/13, EU:T:2015:281, points 127 et 128 ; T.U.E. (2^e ch.), 12 mars 2014, *Tubes Radiatori SRL*, T-315/12, EU:T:2014:115, points 59 et 60 ; T.U.E. (7^e ch.), 4 février 2014, *Gandia Blasco, SA*, T-339/12, EU:T:2014:54, points 14 et 15 ; T.U.E. (7^e ch.), 4 février 2014, *Sachi Premium-Outdoor Furniture, Lda.*, T-357/12, EU:T:2014:55, pt. 16 ; T.U.E. (6^e ch.) 21 novembre 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL*, T-337/12, EU:T:2013:601, pt. 23 ; T.U.E. (6^e ch.), 6 juin 2013, *Erich Kastenhof*, T-68/11, EU:T:2013:298, points 58 et 59 ; T.U.E. (8^e ch.), 25 avril 2013, *Bell & Ross BV*, T-80/10, EU:T:2013:214, pt. 102 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 9 septembre 2011, *Moteur à combustion interne*, T 11/08 et 10/08, EU:T:2011:447 et EU:T:2011:446, pts. 24 et 25 ; T.U.E. (4^e ch.), 14 juin 2011, *Sphere Time*, T-68/10, EU:T:2011:269, pt. 51 ; T.U.E. (2^e ch.), 22 juin 2010, *Équipement de communication*, T-153/08, EU:T:2010:248, pts. 46 et 47.

69. I. FERRANT, V. CASSIERS et N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 42), p. 72.

70. C.J.U.E. (4^e ch.), 20 octobre 2011, *PepsiCo c. Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, EU:C:2011:679, pt. 55 ; T.U.E. (5^e ch.), 12 mars 2020, T-353/19, *Gamma-A SIA c. EUIPO et Zivju*, T-353/19, EU:T:2020:95, pt. 61 ; T.U.E. (4^e ch.), 18 juillet 2017, *Chanel SAS c. EUIPO, Li Jing Zhou et Golden Roses 999 SRL*, T-57/16, EU:T:2017:517, pt. 56 ; T.U.E. (3^e ch.), 14 mars 2017, *Wessel-Werk c. EUIPO et Wolf PVG*, T-174/16, EU:T:2017:161, pt. 24.

71. C.J.U.E. (2^e ch.), 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions Ltd*, C-345/13, EU:C:2014:2013, pt. 25.

72. T.U.E. (2^e ch.), 1^{er} décembre 2021, *Muratbey Gida c. EUIPO et M. J. Dairies EOOD*, T-662/20, EU:T:2021:843, pt. 47 ; T.U.E. (9^e ch.), 17 novembre 2021, *Marcos Guasch Pubill c. EUIPO et Nap-Kings SL*, T-538/20, EU:T:2021:793, pt. 46 ; T.U.E. (10^e ch.), 22 septembre 2021, *Ti D kontrolnini EOOD c. EUIPO et Sigmatron EOOD*, T-503/20, EU:T:2021:613, pt. 44 ; T.U.E. (5^e ch.), 15 octobre 2020, *Dvectis CZ s.r.o. c. EUIPO et Yado s.r.o.*, T-818/19, EU:T:2020:486, pt. 21 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 juin 2019, *Visi-one GmbH c. EUIPO et EasyFix GmbH*, T-74/18, EU:T:2019:417, pt. 66 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 7 novembre 2013, *Danuta Budziewska*, T-666/11, EU:T:2013:584, pt. 21 ; T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, pts. 54 à 84.

73. T.U.E. (10^e ch.), 10 novembre 2021, *Eternit c. EUIPO et Eternit Sterreich GmbH*, T-193/20, EU:T:2021:782, pt. 44. En ce sens, voir également : F. DE VISSCHER, « Un clair-obscur en recherche de cohérence », *Ing.-Cons.*, 2019, pp. 82-89 ; N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 52), p. 224 ; F. DE VISSCHER, « L'appréciation de la nouveauté d'un dessin ou modèle s'opère-t-elle différemment de celle du caractère individuel quant aux produits concernés ? », *Ing.-Cons.*, 2015, pp. 529-539.

74. C.J.U.E. (4^e ch.), 20 octobre 2011, *Grupo Promer*, C-281/10P, EU:C:2011:679, points 53, 55 et 59 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 7 novembre 2013, *Danuta Budziewska*, T-666/11, EU:T:2013:584, pt. 21 ; T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, pt. 62.

75. T.U.E. (1^{re} ch.), 7 novembre 2013, *Danuta Budziewska*, T-666/11, EU:T:2013:584, pt. 32 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 9 septembre 2011, *Moteur à combustion interne*, T 11/08 et 10/08, EU:T:2011:447 et EU:T:2011:446, pt. 33.



vu' par rapport au patrimoine des dessins et modèles antérieurs.

Il convient à cet égard de ne pas tenir compte des différences insuffisamment marquées pour affecter l'impression globale, bien qu'excédant des détails insignifiants, mais d'avoir égard à des différences suffisamment marquées pour créer des impressions d'ensemble dissemblables⁷⁶.

Pour reprendre les termes du considérant 14 du règlement (CE) n° 6/2002 et du considérant 13 de la Directive 98/71/CE, il convient de « déterminer s'il existe une différence claire entre l'impression globale [que le dessin ou modèle] produite sur un utilisateur averti qui le regarde et celle produite sur lui par le patrimoine des dessins ou modèles, compte tenu de la nature du produit auquel le dessin ou modèle s'applique ou dans lequel celui-ci est incorporé et, notamment, du secteur industriel dont il relève et du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle ».

Cette nécessité de retrouver une « différence claire », entre le dessin ou modèle dont la protection est recherchée et le patrimoine antérieur des dessins et modèles, est largement admise par la doctrine⁷⁷ et par la jurisprudence⁷⁸.

On relèvera encore que la comparaison des impressions globales produites par les dessins ou modèles doit être synthétique⁷⁹. Elle ne peut se limiter à comparer une liste de similitudes et de différences. Bien entendu, seuls les éléments faisant l'objet de la protection par le droit des dessins et modèles doivent faire l'objet de la comparaison. Les autres caractéristiques (notamment celles dont la protection n'est pas

revendiquée, celles qui ne sont pas visibles lors d'une utilisation normale du produit⁸⁰ ou encore celles qui sont exclusivement dictées par des considérations d'ordre technique) en sont exclues⁸¹.

ii. Droit d'auteur

20. A ce jour, le rôle des antériorités dans l'appréciation de l'**originalité** n'a jamais été abordé par la C.J.U.E.⁸². Tout au plus la C.J.U.E. a-t-elle souligné dans *Brompton* qu'aux fins d'apprécier l'existence d'une protection au titre du droit d'auteur, « (...) il revient à la juridiction de renvoi de tenir compte de tous les éléments pertinents du cas d'espèce, tels qu'ils existaient lors de la conception de cet objet, indépendamment des facteurs extérieurs et ultérieurs à la création du produit »⁸³.

Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Cofemel*, l'Avocat général Szpunar a pour sa part énoncé que « (...) la protection par le droit d'auteur (...) s'applique dès la création de l'objet et sans condition de nouveauté (...) »⁸⁴. Pour autant, il ne s'en déduit pas que la nouveauté ne peut jouer un rôle en droit d'auteur dans l'Union européenne.

21. Singulièrement, dans la pratique devant les juridictions belges, il est communément admis que l'examen de l'originalité peut être pratiqué à la lumière des créations antérieures⁸⁵.

Sur le fond, il est bien établi, et sans que cela apparaisse en contradiction avec les critères d'appréciation de l'originalité dégagés par la C.J.U.E. (sur lesquels nous reviendrons *infra*), qu'un agencement d'éléments tirés de créations antérieures peut être original s'il consiste en une combinaison « nouvelle »⁸⁶,

76. T.U.E. (2^e ch.), 1^{er} décembre 2021, *Muratbey Gida c. EUIPO et M. J. Dairies EOOD*, T-662/20, EU:T:2021:843, pt. 55 ; T.U.E. (9^e ch.), 17 novembre 2021, *Marcos Guasch Pabil c. EUIPO et Nap-Kings SL*, T-538/20, EU:T:2021:793, pt. 47 ; T.U.E. (10^e ch.), 10 novembre 2021, *Eternit c. EUIPO et Eternit Österreich GmbH*, T-193/20, EU:T:2021:782, pt. 71 ; T.U.E. (2^e ch.), 16 juin 2021, *Daive Groppi SRL c. EUIPO et Viabizzuno SRL*, T-187/20, EU:T:2021:363, pt. 48 ; T.U.E. (5^e ch.), 15 octobre 2020, *Dvectis CZ s.r.o. c. EUIPO et Yado s.r.o.*, T-818/19, EU:T:2020:486, pt. 54 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 29 avril 2020, *Bergslagens Järnvaruaktiebolag c. EUIPO et Scheppach Fabrikation von Holzbearbeitungsmaschinen GmbH*, T-73/19, EU:T:2020:157, pt. 24 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 juin 2019, *Visi-one GmbH c. EUIPO et EasyFix GmbH*, T-74/18, EU:2019:417, pt. 83 ; T.U.E. (9^e ch.), 21 juin 2018, *Haverkamp IP GmbH c. EUIPO*, T-227/16, EU:T:2018:370, pt. 72 ; T.U.E. (5^e ch.), 29 novembre 2018, *Sata GmbH & Co. KG c. EUIPO*, T-651/17, EU:T:2018:855, pt. 39 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 7 novembre 2013, *Danuta Budziewska*, T-666/11, EU:T:2013:584, pt. 29 ; T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, points 77 à 84 ; T.U.E. (2^e ch.), 22 juin 2010, *Équipement de communication*, T-153/08, EU:T:2010:248, pts. 73 et 74 ; T.U.E. (7^e ch.), 16 décembre 2010, *Personnage assis*, T-513/09, EU:T:2010:541, pts. 21 à 25.
77. F. DE VISSCHER, « La protection des dessins et modèles », in *Guide jur. entr.*, 2^e éd., Titre X, Livre 98bis, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 26 ; H. VANHEES, « De Benelux Tekeningen- en Modellenwet (BTMW) na de Europese harmonisatie », *R.D.C.*, 2003, p. 565 ; Bruxelles (9^e ch.), 23 février 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 104 ; Bruxelles (9^e ch.), 7 décembre 2012, *Ing.-Cons.*, 2013, p. 464 ; Bruxelles, 10 septembre 2001, *I.R.D.I.*, 2002, p. 87.
78. T.U.E. (2^e ch.), 1^{er} décembre 2021, *Muratbey Gida c. EUIPO et M. J. Dairies EOOD*, T-662/20, EU:T:2021:843, pt. 16.
79. H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, op. cit. (note 60), p. 19.
80. Voir notamment : T.U.E. (10^e ch.), 10 novembre 2021, *Eternit c. EUIPO et Eternit Österreich GmbH*, T-193/20, EU:T:2021:782, pt. 31 ; T.U.E. (4^e ch.), 3 octobre 2014, *Cezar c. OHMI et Poli-Eco*, 5-39/13, EU:T:2014:852, pt. 40 ; T.U.E. (3^e ch.), 9 septembre 2014, *Biscuits Poult SAS c. OHMI et Banketbakkerij Merba BV*, T-494/12, EU:T:2014:757, pts. 22 à 24.
81. T.U.E. (5^e ch.), 30 juin 2021, *Framery Oy c. EUIPO et Smartblock Oy*, T-373/20, EU:T:2021:400, pt. 65 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 avril 2021, *Bibita Group c. EUIPO et Benkomers OOD*, T-326/20, EU:T:2021:208, pt. 61 ; T.U.E. (5^e ch.), 8 juillet 2020, *Glimarpol sp. z o.o. c. EUIPO et Metar Sp. z o.o.*, T-748/18, EU:T:2020:321, pt. 47 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 29 avril 2020, *Bergslagens Järnvaruaktiebolag c. EUIPO et Scheppach Fabrikation von Holzbearbeitungsmaschinen GmbH*, T-73/19, EU:T:2020:157, pt. 69 ; T.U.E. (5^e ch.), 12 mars 2020, *T-353/19, Gamma-A SIA c. EUIPO et Zivju*, EU:T:2020:95, pt. 56 ; T.U.E. (7^e ch.), 17 novembre 2017, *Ciarko c. EUIPO et Maan sp. z o.o.*, T-684/16, EU:T:2017:819, pt. 43 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 13 juin 2017, *Ball Beverage packaging Europe c. EUIPO et Crown Hellas Can*, T-9/15, EU:T:2017:386, pt. 79 ; T.U.E. (5^e ch.), 29 octobre 2015, *Roc Sanitario c. OHMI et Villeroy & Boch*, T-334/14, EU:T:2015:817, pt. 58.
82. Pour une analyse approfondie du rôle des antériorités en droit d'auteur, voir 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.
83. C.J.U.E. (5^e ch.), 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461, pt. 37.
84. Concl. Av. gén. M. Szpunar présentées le 2 mai 2019 dans l'affaire *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:363, pt. 52.
85. Voir Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174 (modèles de fauteuil et de chaises ; « (...) si originalité ne se confond pas avec nouveauté, l'examen des réalisations antérieures constitue toutefois un critère de nature à permettre d'apprécier l'originalité de l'œuvre (...) »). Voir également not. Gand, 12 novembre 2007 ; Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845 (modèle de barbecue) ; Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 (modèle de chaise pour enfant) ; Mons, 26 mars 2001, *A.M.*, 2001, p. 367, *J.T.*, 2002, p. 170 (modèle de bureau).
86. Bruxelles, 11 septembre 2001, *A.M.*, 2002, p. 518, *Ing.-Cons.*, 2001, p. 404 (modèle de chaussure).



« unique »⁸⁷, « qui n'avait pas encore été réalisée »⁸⁸, « qui se distingue clairement des autres créations »⁸⁹, etc. La nouveauté peut en effet résulter de la combinaison d'éléments issus de différentes antériorités et n'est donc détruite que par une antériorité présentant cette même combinaison (antériorité dite « compacte » ou « de toutes pièces »⁹⁰). Il en va de même de l'originalité bien que celle-ci, dès lors qu'elle ne se confond pas avec la nouveauté, peut également être contredite par des antériorités « non compactes », qui viendront soutenir l'idée que l'œuvre serait « banale »⁹¹.

L'on s'écarte toutefois ici du rôle principal conféré en droit belge aux antériorités, lesquelles servent surtout d'« **indice pratique** » de l'originalité⁹². Suivant cette approche, il ne s'agit pas de confondre, en théorie, les notions d'originalité et de nouveauté mais bien de tirer, en pratique, des enseignements de l'existence ou non de la seconde sur la première. Comme on a pu l'écrire

« [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 (...) »⁹³.

22. La présomption de copie (ou d'emprunt) sur laquelle s'appuie cette approche pratique de l'absence de nouveauté comme indice de l'absence d'originalité a été entérinée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 octobre 2019⁹⁴. Dans un attendu qu'il convient

d'approuver, la Cour de cassation y énonce clairement que

« [l]e défendeur qui invoque l'existence d'œuvres antérieures présentant des ressemblances importantes [*opvallende gelijkenissen*] 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).

L'on voit donc clairement que le rôle de la nouveauté en droit d'auteur belge se situe sur le plan de la preuve. A notre avis, la matière de la preuve n'échappe pas totalement à l'harmonisation du droit d'auteur mais pour autant, l'examen de l'originalité à la lumière des antériorités ne paraît pas incompatible avec le droit de l'UE, au contraire⁹⁵.

23. A suivre la Cour de cassation, on comprend que les antériorités pertinentes aux fins de cette présomption de copie doivent présenter deux caractéristiques⁹⁶.

Premièrement, elles doivent présenter des « **ressemblances** importantes avec l'œuvre dont la protection est demandée ».

Il est difficile d'identifier un critère précis d'appréciation des similitudes mais, à l'examen de la jurisprudence relative aux œuvres des arts appliqués, on constate que plusieurs juges ont tantôt repoussé les antériorités qui ne produisaient pas une même « image globale » (« *totaalbeeld* »)⁹⁷ ou une même « impression d'ensemble » (« *totaalindruk* »)⁹⁸, tantôt considéré au contraire que l'œuvre pour laquelle la protection était revendiquée n'était pas originale dès lors qu'elle fournissait une même « impression globale » ou « impression d'ensemble » (« *globale indruk* » ; « *algemene indruk* ») que les antériorités produites^{99 100}. A notre avis, ces différents critères peuvent être subsumés sous la règle de l'appréciation synthétique, bien établie au stade de la contrefaçon¹⁰¹, et qui peut ici être transposée. C'est d'ailleurs

87. Anvers, 16 octobre 2000, *I.R.D.I.*, 2001, p. 29 (modèle de fauteuil).

88. Bruxelles, 23 juin 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, p. 732 ; *I.R.D.I.*, 2010, p. 89 (modèles de meubles d'extérieur).

89. Anvers, 23 janvier 2012, *I.R.D.I.*, 2012, p. 374, *R.A.B.G.*, 2012, p. 1373 (modèle de vêtements).

90. Voir sur cette notion en droit des brevets, B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 100 et s., n° 107 et s.

91. Voir récemment Anvers, 24 mars 2021, *Ing.-Cons.*, 2021, p. 375, *I.R.D.I.*, 2021, p. 95 (modèles de meubles).

92. Voir F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 22, n° 23.

93. J. CABAY et A. STROWEL, « La nouveauté : un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *op. cit.* (note 82), p. 25.

94. Cass., 17 octobre 2019, *Ing.-Cons.*, 2019, p. 840, note F. DE VISSCHER, *A.M.*, 2021, p. 217, note J. CABAY.

95. Pour plus de détails sur ce point voir J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement Lessons from the CJEU », in E. ROSATI (ed.), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, London, Routledge, 2021, pp. 215-243.

96. Pour plus de détails sur cet arrêt, voir J. CABAY, « Petite théorie critique d'un indice pratique », note sous Cass., 17 octobre 2019, *A.M.*, 2021, pp. 220-226.

97. Bruxelles, 12 avril 2011, *A.M.*, 2013, p. 93 (modèle de chaise pour enfant) ; Bruxelles, 8 mai 2012, *I.R.D.I.*, 2012, p. 259 (modèle de sac à main).

98. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d'iPod Nano).

99. Anvers, 23 avril 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 359, *I.R.D.I.*, 2013, p. 208 (modèle de sofa) ; Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174 (modèles de fauteuil et de chaise).

100. De manière critiquable sur le plan des principes mais procédant de la même logique, les juges ont par ailleurs parfois repoussé les antériorités produites au motif qu'elles ne pouvaient pas être « confondues » avec l'œuvre pour laquelle la protection est revendiquée, voir Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285, *I.R.D.I.*, 2007, p. 26 (modèle de sac).

101. J. CABAY, « Qui veut gagner son procès ? – L'avis du public dans l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur », *A.M.*, 2012, p. 19.



la position récemment entérinée par les Cours d'appel de Mons¹⁰² et d'Anvers¹⁰³, cette dernière ayant énoncé clairement que

« [l']appréciation des exigences tant de d'originalité que de la contrefaçon doit se faire de manière synthétique, en tenant compte à la fois de l'image globale de la création et, respectivement de l'image globale de l'art antérieur (antériorité) ou de l'objet prétendument contrefait ».

En tout état de cause, l'appréciation des similitudes suppose la prise en considération du point de vue d'un certain public, lequel n'est toutefois pas précisé dans la jurisprudence¹⁰⁴. L'arrêt précité de la Cour d'appel d'Anvers offre d'ailleurs une parfaite illustration de cette imprécision¹⁰⁵.

24. Deuxièmement, pour être pertinente l'antériorité doit « être connue ou avoir **raisonnablement pu être connue** de celui qui demande la protection du droit d'auteur pour son œuvre ».

Il s'agit là d'une question de fait, et les circonstances permettant d'établir l'existence de cette possibilité raisonnable sont multiples et diverses.

Sur ce point, la jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation de 2019 s'est le plus souvent gardée de se prononcer explicitement¹⁰⁶. L'un des rares cas de figure où les juridictions se sont exprimées sur ce point concerne précisément des hypothèses où la protection cumulative du droit d'auteur et des dessins et modèles était revendiquée¹⁰⁷, la possibilité de connaissance des antériorités par les « milieux spécialisés du secteur concerné » – dont relèverait par hypothèse¹⁰⁸ l'auteur – étant alors vérifiée pour apprécier la protection du second. Ceci étant dans plusieurs cas où seule la protection du droit d'auteur

était revendiquée pour des œuvres des arts appliqués, et bien que les juridictions soient restées en défaut de se prononcer de manière explicite, on voit qu'une possibilité raisonnable de connaissance pouvait être inférée de ce que les antériorités produites avaient été mises sur le marché, de sorte que tout opérateur sur le même marché, notamment l'auteur, pourrait être présumé en avoir eu connaissance¹⁰⁹.

Si la jurisprudence est maigre s'agissant de l'analyse de cette question pour les œuvres des arts appliqués au stade de la protection, on pourra toutefois se référer utilement aux enseignements tirés de la jurisprudence en matière de contrefaçon pour tout type d'œuvres en général. 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 demandeur¹¹⁰, en raison du succès de l'œuvre prétendument copiée (tant auprès du public¹¹¹ que des spécialistes¹¹²), de la qualité de professionnel du défendeur¹¹³ ou encore de la proximité géographique entre les activités du défendeur et du demandeur¹¹⁴. Combinés avec les similitudes¹¹⁵, 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.

iii. Conclusion : convergences et divergences

25. L'examen comparé met en évidence une double **convergence**. Tant en droit d'auteur qu'en droit des dessins et modèles, la mobilisation des antériorités dans l'appréciation de l'existence d'une protection commande d'examiner, d'une part, les similitudes entre les antériorités produites et l'objet dont la protection est revendiquée et, d'autre part, la possibilité de connaissance desdites antériorités.

102. Mons, 23 septembre 2019, *Ann. prat. marché*, 2019, p. 875, note P.-Y. THOUMSIN et M. VANHEMELLEN (modèle de bougie). Cet arrêt est toutefois critiquable, notamment en tant qu'il confond au titre des principes les règles respectives du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles.

103. « De beoordeling van zowel de oorspronkelijkheidsvereisten als de inbreuk dient synthetisch te gebeuren waarbij dient rekening te worden gehouden zowel met het totaalbeeld van de creatie als het totaalbeeld van respectievelijk de voorbekenndheid (antérioriteit) dan wel het vermeend inbreukmakend object » (notre traduction), Anvers, 24 mars 2021, *Ing.-Cons.*, 2021, p. 375, *I.R.D.I.*, 2021, p. 95 (modèles de meubles).

104. A suivre la logique du déplacement de la règle de l'appréciation synthétique du stade de la contrefaçon au stade de la protection, l'on pourrait alors considérer que les similitudes devraient être appréciées du point de vue d'un public similaire. La jurisprudence sur ce point est toutefois très diverse, mais nous pensons possible d'en dégager de manière générale un public de référence du point de vue duquel les juges se placent pour apprécier la contrefaçon, à savoir un « public, doté d'une certaine culture, à qui l'œuvre est destinée et qui en prend connaissance avec une attention normale », voir J. CABAY, « Qui veut gagner son procès ?... », *op. cit.* (note 101), pp. 13-29.

105. Anvers, 24 mars 2021, *Ing.-Cons.*, 2021, p. 375, *I.R.D.I.*, 2021, p. 95 (modèles de meubles ; la cour repousse certains critères sans pour autant en fournir d'autres : « (...) Hierbij is niet zozeer de perceptie van de gemiddelde aanschouwer met een gemiddeld aandachtniveau bepalend. Het auteursrecht beschermt immers het werk op zich in abstracta en niet de voor de hand liggende (perceptuele) gewaarwording van het werk »).

106. Voir pour un cas d'application de la présomption de copie au stade de la protection, Anvers, 2 octobre 2019, *I.R.D.I.*, 2019, p. 206.

107. Voir p. ex. Bruxelles, 23 juin 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, p. 732 ; *I.R.D.I.*, 2010, p. 89 (modèles de meubles d'extérieur) ; Gand, 2 novembre 2009, *A.M.*, 2013, p. 106 ; *I.R.D.I.*, 2010, p. 199, note B. GOOSSENS et K. VAN DER MAAT (modèle de set à couverts).

108. Il s'agit toutefois d'un raccourci critiquable, voir *infra*.

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

110. Bruxelles, 1^{er} 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.

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

112. Voir 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.

113. Voir 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.

114. Voir 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.

115. Les similitudes envisagées ici sont celles dites « probatoires », à savoir qui permettent d'établir l'acte de copie. Elle se distinguent des similitudes « matérielles », constitutives de la contrefaçon, en tant qu'à l'inverse de ces dernières elles ne doivent pas nécessairement porter sur des éléments originaux de l'œuvre première. Voir à ce propos J. CABAY, « Petite théorie critique d'un indice pratique », *op. cit.* (note 96), p. 223.



De là pour certains à considérer, lorsque le cumul des protections est revendiqué, que les antériorités pertinentes en droit des dessins et modèles le sont également en droit d'auteur, il n'y aurait qu'un pas. Cette approche procéderait pourtant d'un raccourci critiquable.

En effet, le **point de vue** à partir duquel il convient de se placer pour apprécier ces deux questions est **différent** et ne peut en aucun cas être assimilé par principe.

26. S'agissant de l'appréciation des similitudes, en matière de droit des dessins et modèles, il convient en effet de se placer du point de vue de l'« utilisateur averti », lequel consiste, ainsi que nous l'avons vu *supra*, en une notion intermédiaire entre l'homme du métier (droit des brevets) et le consommateur moyen (droit des marques). Nous avons souligné *supra* qu'en droit d'auteur il existe une grande incertitude s'agissant du public pertinent pour apprécier les similitudes. Mais en tout état de cause, le recours à ce même critère de l'« utilisateur averti » apparaît par contre critiquable, ne serait-ce que parce que la condition d'originalité constituant une notion autonome et uniforme du droit de l'Union, applicable à tout type d'œuvres, une généralisation du recours à la notion d'utilisateur averti en dehors du domaine des œuvres des arts appliqués serait bien souvent incompatible avec la nature de ces autres œuvres (par hypothèse non utilitaires). Et inversement, une distinction du point de vue pertinent suivant la nature de l'œuvre apparaît incompatible avec l'unicité de la notion d'originalité.

Par ailleurs, quand bien même on estimerait que le critère de l'utilisateur averti puisse, dans le domaine des arts appliqués, coïncider *in concreto* avec le public pertinent pour l'appréciation des similitudes en droit d'auteur, il n'en reste pas moins que les règles qui gouvernent cette appréciation diffèrent fondamentalement. D'une part, il n'existe en droit d'auteur aucune limitation du champ d'analyse en considération du « secteur concerné » qui viendrait limiter le rôle des antériorités dans l'appréciation de l'originalité, à l'inverse de ce qui a cours dans le cadre de l'appréciation du caractère individuel. D'autre part, ainsi que nous le verrons *infra*, les facteurs tels qu'une limitation du degré de liberté du créateur ou qu'une saturation de l'état de l'art entraîne des conséquences particulières quant à l'« impression visuelle globale » attribuée à l'utilisateur averti. Il en résulte qu'en droit des dessins et modèles, l'appréciation des similitudes entre la création dont la protection est revendiquée et les antériorités est plus libérale qu'en droit d'auteur, conférant ainsi un rôle moins critique aux antériorités s'agissant de l'accès à la protection du droit considéré.

27. Concernant maintenant l'appréciation de la possibilité de connaissance, la distinction apparaît plus grande encore entre le droit des dessins et modèles qui a recours à la notion de « milieux spécialisés du secteur concerné, opérant dans la Communauté » et le droit d'auteur où la possibilité de connaissance doit évidemment être appréciée dans le chef non d'une figure abstraite, mais dans celle individualisée de l'auteur. A nouveau, l'auteur pourra parfois être considéré comme faisant partie desdits milieux spécialisés et disposer de la connaissance qui leur est attribuée. Cette assimilation ne peut toutefois être considérée comme étant de principe. D'une part, il est des cas où un auteur, spécialement lorsqu'il n'est pas professionnel, pourrait ne pas être considéré comme faisant partie desdits milieux. L'on ne trouve toutefois pas de cas d'illustration dans la jurisprudence relative aux œuvres des arts appliqués, de sorte que cette réflexion théorique n'est peut-être pas rencontrée en pratique. D'autre part, la circonstance qu'un fait de divulgation ait échappé à la possibilité raisonnable de connaissance des milieux spécialisés, envisagés *in abstracto*, puisse être connu de l'auteur, *in concreto*, ne peut être exclue. Or, et indépendamment de son appartenance auxdits milieux, dans pareil cas il n'est pas contestable que ledit fait de divulgation – inopposable en droit des dessins et modèles – pourra être opposé à cet auteur pour contester l'originalité de l'œuvre dont il revendiquerait la protection. Cette considération, on le comprend, amène à nouveau à une conception plus stricte du rôle des antériorités en droit d'auteur par rapport à ce qui a cours en droit des dessins et modèles.

Il résulte de ces différentes considérations que, dans l'hypothèse d'un cumul de protections revendiqué, les antériorités produites pourront contredire l'originalité de la création sans contredire son caractère individuel. La situation inverse où des antériorités pourraient contredire le caractère individuel sans faire de même avec l'originalité semble cantonnée au cas exceptionnel où lesdites antériorités seraient connues des milieux spécialisés sans que l'auteur ait pu raisonnablement en avoir connaissance. A cet égard, il semble donc bien que l'accès à la protection du droit des dessins et modèles soit généralement plus aisé qu'à celle du droit d'auteur.

b. Les contraintes internes

i. Dessins et modèles

28. Les contraintes qui pèsent sur le créateur jouent un rôle déterminant dans l'accès à la protection du droit des dessins et modèles. En effet, les divers instruments législatifs disposent explicitement que « [p]our apprécier le caractère individuel, il est tenu compte du **degré de liberté du créateur** dans l'élaboration du

dessin ou modèle »¹¹⁶. Ainsi que nous l'avons indiqué *supra*, l'analyse de ce degré de liberté constitue la troisième étape de l'examen pratiqué par les juges du caractère individuel.

De cette analyse découlent des conséquences importantes s'agissant de l'appréciation du caractère individuel. En effet, suivant une jurisprudence constante, plus la liberté du créateur est grande, moins des différences mineures entre les dessins ou modèles en conflit suffisent à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti. À l'inverse, plus la liberté du créateur est restreinte, plus les différences mineures entre les dessins ou modèles en conflit suffisent à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti¹¹⁷.

S'agissant de l'étendue de la liberté dont jouit le créateur, le Tribunal de l'UE a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises que

« (...) le degré de liberté du créateur est considéré comme étant élevé ou très élevé lorsqu'il est possible d'imaginer diverses configurations pour un même produit, lorsque le produit peut être réalisé dans une très grande variété de formes, de couleurs ou de matériaux ou encore lorsque les contraintes de nature fonctionnelle concernant la présence de certains éléments essentiels ne sont pas susceptibles d'influer, dans une mesure significative, sur la forme et l'aspect général du produit, celui-ci pouvant revêtir diverses formes et être aménagé de diverses manières »¹¹⁸.

29. S'il apparaît évident que les contraintes « internes » peuvent être appréhendées à travers la notion de « degré de liberté du créateur », elles se voient par ailleurs réserver une attention toute particulière dans le cadre de la législation en matière de dessins et modèles. En effet, conformément aux articles 8(1) du règlement (CE) n° 6/2002, article 7(1) de la Directive 98/71/CE et article 3.2(1)(a) de la CBPI, un dessin ou modèle ne confère pas de droit sur les **caractéristiques de l'apparence d'un produit qui sont exclusivement dictées par sa fonction technique**.

Ces caractéristiques, imposées par la contrainte interne, sont donc purement et simplement exclues de

la protection conférée par le droit des dessins et modèles.

Précisons immédiatement que sont seules exclues de la protection les caractéristiques de l'apparence d'un produit qui sont *exclusivement* imposées par sa fonction technique.

Or, l'apparence d'un produit peut être largement inspirée par des considérations d'ordre technique ou fonctionnel, sans l'être exclusivement. Dès lors, si les caractéristiques de l'apparence d'un produit permettent l'obtention d'un effet technique mais ne sont pas dictées exclusivement par l'obtention de cet effet technique, et sont aussi le fruit d'autres considérations, par exemple de nature esthétique, ces caractéristiques peuvent être protégées par le droit des dessins et modèles¹¹⁹.

30. L'exclusion de la protection des caractéristiques de l'aspect d'un produit qui sont exclusivement dictées par un impératif technique, sans qu'aucune autre considération n'ait présidé au choix de ces caractéristiques, a longtemps fait l'objet de deux interprétations diamétralement opposées.

La première interprétation se fonde sur l'analyse littérale des textes : dès lors que les caractéristiques de l'aspect d'un produit sont exclusivement dictées par l'obtention d'un résultat technique, ces caractéristiques sont exclues de la protection par le droit des dessins et modèles et ce, même s'il existe d'autres formes alternatives qui permettent d'obtenir le même résultat.

La seconde interprétation a donné lieu à ce qu'il convient d'appeler « **la théorie de la multiplicité des formes** » : la forme d'un produit qui est exclusivement dictée par sa fonction technique n'est exclue de la protection par le droit des dessins et modèles que s'il n'existe aucune autre forme qui permettrait d'aboutir au même résultat. Par contre, si le même résultat peut être obtenu par l'intermédiaire d'autres formes, c'est-à-dire s'il existe des alternatives à la forme choisie qui permettent également d'obtenir le même effet technique, la forme choisie n'est pas exclue de la protection.

116. Art. 6(2) du Règlement 6/2002 ; 5(2) de la Directive 98/71 ; 3.3(2) de la CBPI.

117. T.U.E. (5^e ch.), 30 juin 2021, *Framery Oy c. EUIPO et Smartblock Oy*, T-373/20, EU:T:2021:400, pt. 59 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 avril 2021, *Bibita Group c. EUIPO et Benkomers OOD*, T-326/20, EU:T:2021:208, pt. 54 ; T.U.E. (5^e ch.), 15 octobre 2020, *Dvectis CZ s.r.o. c. EUIPO et Yado s.r.o.*, T-818/19, EU:T:2020:486, pt. 47 ; T.U.E. (9^e ch.), 24 octobre 2019, *Atos Medical GmbH c. EUIPO et Andreas Fahl Medizintechnik-Vertrieb GmbH*, T-559/18, EU:T:2019:758, pt. 47 ; T.U.E. (6^e ch.), 24 septembre 2019, *Piaggio & C. SpA c. EUIPO et Zhejiang Zhongneng Industry Group Co. Ltd.*, T-219/18, EU:T:2019:681, pt. 59 ; T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. H.c. F. Porsche AG c. EUIPO et Autec AG*, T-209/18, EU:T:2019:377, pt. 44 ; T.U.E. (4^e ch.), 18 juillet 2017, *Chanel SAS c. EUIPO, Li Jing Zhou et Golden Roses 999 SRL*, T-57/16, EU:T:2017:517, pt. 30 ; T.U.E. (8^e ch.), 21 mai 2015, *Senz Technologies*, T-22/13 et 23/13, EU:T:2015:310, pt. 57 ; T.U.E. (2^e ch.), 12 mars 2014, *Tubes Radiatori SRL*, T-315/12, EU:T:2014:115, pt. 67 ; T.U.E. (7^e ch.), 4 février 2014, *Sachi Premium-Outdoor Furniture, Lda.*, T-357/12, EU:T:2014:55, pt. 20 ; T.U.E. (7^e ch.), 4 février 2014, *Gandia Blasco, SA*, T-339/12, EU:T:2014:54, pt. 18 ; T.U.E. (6^e ch.) 21 novembre 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL*, T-337/12, EU:T:2013:601, pt. 33 ; T.U.E. (6^e ch.), 6 juin 2013, *Erich Kastentholz*, T-68/11, EU:T:2013:298, pt. 113 ; T.U.E. (8^e ch.), 25 avril 2013, *Bell & Ross BV*, T-80/10, EU:T:2013:214, pt. 113 ; T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax IT*, T-83/11 et 84/11, EU:T:2012:592, pt. 45 ; T.U.E. (1^{re} ch.), 9 septembre 2011, *Moteur à combustion interne*, T 11/08 et 10/08, EU:T:2011:447 et EU:T:2011:446, pt. 33 ; Prés. Comm. NI. Bruxelles, 20 avril 2016, R.G. A/15/06246 (inédit) ; Bruxelles (9^e ch.), 7 décembre 2012, *Ing.-Cons.*, 2013, p. 464.

118. T.U.E. (10^e ch.), 22 septembre 2021, *Ti D kontrolini EOOD c. EUIPO et Sigmatron EOOD*, T-503/20, EU:T:2021:613, pt. 63 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 juin 2019, *Visi-one GmbH c. EUIPO et EasyFix GmbH*, T-74/18, EU:T:2019:417, pt. 79 et jurisprudence citée.

119. N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 52), p. 243 ; I. FERRANT, V. CASSIERS et N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 42), p. 43. Voir, en ce sens : T.U.E. (5^e ch.), 21 mai 2015, *Senz Technologies BV c. EUIPO et Impliva BV*, T-22/13 et T-23/13, EU:T:2015:310, pt. 67.



La théorie de la multiplicité des formes a, de tout temps, trouvé un écho particulièrement favorable au sein du Benelux, tant auprès de la doctrine¹²⁰ que de la jurisprudence¹²¹.

La C.J.U.E. a cependant sonné le glas de l'application de cette théorie.

Si les premiers coups avaient été portés à l'occasion de deux arrêts rendus en matière de marques¹²², c'est toutefois dans son arrêt *Doceram*¹²³, rendu le 8 mars 2018, que la Cour porta l'estocade.

Interrogée sur la question de savoir si l'existence de dessins et/ou modèles alternatifs est déterminante pour apprécier si des caractéristiques de l'apparence d'un produit sont exclusivement imposées par sa fonction technique ou s'il faut, pour ce faire, simplement établir que cette fonction technique est l'unique facteur ayant présidé au « choix » de ces caractéristiques, la C.J.U.E. a considéré que doit être exclue de la protection la caractéristique de l'apparence d'un produit dont le choix n'est déterminé que par la seule nécessité de remplir une fonction technique, lorsque les considérations d'une autre nature, en particulier celles liées à l'aspect visuel du produit, n'ont joué aucun rôle¹²⁴.

La conséquence de cet arrêt est claire et ne souffre d'aucune contestation possible : la théorie de la multiplicité des formes a définitivement vécu.

ii. Droit d'auteur

31. En précisant dans ces arrêts *Football Association Premier League*¹²⁵, *Painer*¹²⁶ puis *Football Dataco*¹²⁷ que le critère de l'originalité est rempli lorsque l'auteur a pu effectuer des « choix libres et créatifs », la

C.J.U.E. a mis en avant le rôle central des contraintes dans l'appréciation du critère de l'originalité. Dans ce dernier arrêt, elle a énoncé en principe que :

« (...) ledit critère n'est pas rempli lorsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative »¹²⁸.

Les contraintes « internes » – auxquelles émarginent les « considérations techniques » visées dans l'attendu reproduit ci-dessus – peuvent, suivant leur étendue, être envisagées de deux manières.

Lorsqu'elles déterminent entièrement le choix du créateur, elles peuvent être envisagées sous l'angle du seul choix « libre ». Il nous paraît en effet que le choix entièrement déterminé par une contrainte interne n'est pas libre et donc ne peut donner prise à l'originalité. Ceci est d'ailleurs très clairement exprimé par la C.J.U.E. dans son arrêt *BSA*¹²⁹ où, transposant manifestement la *merger doctrine* du copyright américain en droit d'auteur dans l'UE¹³⁰, elle énonce que : « (...) lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent »¹³¹.

Lorsqu'elles déterminent seulement en partie le choix du créateur, les contraintes doivent à notre avis être envisagées non pas uniquement sous l'angle du choix « libre » mais également du choix « créatif ». Il nous paraît en effet que le choix, s'il n'est pas entièrement déterminé par la contrainte, doit pouvoir être considéré libre et que pour apprécier son impact sur l'originalité, il convient donc de vérifier s'il est en outre créatif. La C.J.U.E. ne dit pas autre chose dans son

120. F. DE VISSCHER, « Le critère de la multiplicité des formes en droit des dessins et modèles retrouvera-t-il la vie ? », in *Liber Amicorum Ludovic de Gryse* (sous la dir. de B. DAUWE et B. DE GRYSSE e.a.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 131-138 ; D. OP DE BEEK, « Technisch belaalde modellen : wordt het kaf van het koren gescheiden ? », *I.R.D.I.*, 2010, pp. 7-16 ; P. LAURENT, « Exclusion de la protection par le droit des dessins et modèles des « caractéristiques de l'apparence d'un produit qui sont exclusivement imposées par sa fonction technique » : passé et présent », *I.R.D.I.*, 2003, pp. 205-213 ; F. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur l'exclusion de l'effet technique en droit des dessins et modèles », in *Jura Vigilantibus. Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 117-131 ; A. BRAUN et J.-J. EVRARD, *Droit des dessins et modèles au Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1975, pp. 58-60 et jurisprudence citée.
121. La Haye, 20 juillet 2016, NL:GHDHA:2016:2232, pt. 12 de l'arrêt ; Mons, 7 mars 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226 ; Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 789 ; Den Bosch, 12 février 2008, *I.E.R.*, 2008, p. 147 ; Civ. Dendermonde, 5 octobre 2007, *I.R.D.I.*, 2008, p. 380 ; Trib. Amsterdam, 30 mai 2007, *I.E.R.*, 2007, p. 310 ; Utrecht, 3 juin 2004, *B.I.E.*, 2005, p. 162 ; Amsterdam, 13 février 2002, *B.I.E.*, 2002, p. 433 ; Haarlem, 28 décembre 2001, *B.I.E.*, 2002, p. 305 ; Utrecht, 16 décembre 1997, *Bull. B.M.M.*, 1999, p. 55 ; Prés. Trib. s'Gravenhage, 30 août 1996, *B.I.E.*, 1999, p. 379 ; Arnhem, 17 octobre 1995, *B.I.E.*, 1997, p. 137 ; Prés. Trib. s'Gravenhage, 16 août 1994, *B.I.E.*, 1995, p. 365 ; Civ. Liège, 27 mars 1991, *Ing.-Cons.*, 1992, p. 339 ; Amsterdam, 6 juin 1985, *B.I.E.*, 1986, p. 158 ; Prés. Trib. Bois-le-Duc, 5 décembre 1986, *I.E.R.*, 1987, p. 14 ; Prés. Trib. Breda, 9 septembre 1985, *B.I.E.*, 1986, p. 154 ; Amsterdam, 26 mai 1983, *B.I.E.*, 1984, p. 197 ; Leeuwarden, 6 avril 1983, *B.I.E.*, 1984, p. 323 ; Amsterdam, 21 mars 1980, *B.I.E.*, 1980, p. 205 ; Civ. Charleroi, 21 mars 1979, *J.T.*, 1979, p. 543 ; Prés. Trib. La Haye, 2 mars 1979, *B.I.E.*, 1980, p. 82.
122. C.J.U.E. (gr. ch.), 14 septembre 2010, C-48/09 P, *Lego Juris A S c. OHMI et Mega Brands Inc* ; C.J.U.E., 18 juin 2002, C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd.*
123. C.J.U.E. (2^e ch.), 8 mars 2018, *Doceram GmbH c. CeramTec GmbH*, C-395/16, EU:C:2018:172.
124. Pt. 26 de l'arrêt ; N. BERTHOLD, *op. cit.* (note 52), pp. 246-247. Voir également : T.U.E. (2^e ch.), 24 mars 2021, T-515/19, *Lego A/S c. EUIPO et Delta Sport Handelskontor GmbH*, EU:T:2021:155, pt. 98 ; T.U.E. (10^e ch.), 18 novembre 2020, *Tinnus Entreprises LLX c. EUIPO, Koopman International BV et Mystic Products Import & Export SL*, T-574/19, EU:T:2020:543, pt. 54.
125. C.J.U.E. (gr. ch.), 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd e.a. c. QC Leisure e.a. et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, pt. 98.
126. C.J.U.E. (3^e ch.), 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, EU:C:2011:798, pt. 89.
127. C.J.U.E. (3^e ch.), 1^{er} mars 2012, *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Ltd e.a.*, C-604/10, EU:C:2012:115, pt. 38.
128. Pt. 39 de l'arrêt.
129. C.J.U.E. (3^e ch.), 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816, pt. 49.
130. Voir J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), p. 628.
131. Pt. 49 de l'arrêt.



arrêt *Brompton*¹³² lorsqu'elle repousse la **théorie de la multiplicité des formes** en ces termes :

« 34. (...) afin d'établir si le produit concerné relève de la protection au titre du droit d'auteur, il revient à la juridiction de renvoi de déterminer si, à travers ce choix de la forme du produit, son auteur a exprimé sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et a modelé le produit de sorte qu'il reflète sa personnalité.

35. Dans ce contexte, et dès lors que seule l'originalité du produit concerné doit être appréciée, l'existence d'autres formes possibles permettant d'aboutir au même résultat technique, si elle permet de constater l'existence d'une possibilité de choix, n'est pas déterminante pour apprécier les facteurs ayant guidé le choix effectué par le créateur. (...) ».

Il en ressort, selon nous¹³³, une compréhension du « choix libre et créatif » comme le siège d'une mise en balance entre les intérêts de l'auteur qui revendique la protection, d'une part, et celles des tiers, d'autre part. Lorsque le choix est entièrement déterminé par la contrainte et n'est donc aucunement libre, cette mise en balance commande d'exclure la protection du droit d'auteur pour la forme qu'il détermine et qui est, pour cette raison, dépourvue d'originalité. Lorsque le choix est libre mais que les contraintes internes

demeurent, cette mise en balance doit encore être analysée afin de déterminer si elle penche en faveur des intérêts à la protection individuelle de l'auteur, ou si au contraire elle penche en faveur des intérêts à la libre disposition de la forme pour les tiers.

32. En Belgique, les critères des « choix libres et créatifs » dégagés par la C.J.U.E. sont désormais clairement inscrits dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹³⁴ et des juges du fond¹³⁵. Avant cela (et de nos jours encore), une appréciation de l'originalité au regard de la « liberté de choix »¹³⁶ et de la « banalité »¹³⁷ rejoignait déjà lesdits critères qui semblent ainsi bien ancrés dans le droit belge. Quant à l'idée que nous avançons suivant laquelle la notion de « créativité » puisse reposer sur une mise en balance d'intérêts concurrents, elle a été explicitement endossée par certaines juridictions de fond¹³⁸, signe d'une certaine réceptivité.

33. La jurisprudence belge fournit de nombreuses illustrations de l'impact des contraintes internes sur l'appréciation de l'originalité. A l'examen du sort réservé à la théorie de la multiplicité des formes par les juges du fond et à sa traduction procédurale de la « preuve des alternatives »¹³⁹, il se dégage toutefois une certaine confusion.

132. C.J.U.E. (5^e ch.), 11 juin 2020, *Sl et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461.

133. Voir pour le détail de notre analyse J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), spéc. p. 636.

134. 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 ; *Pas.*, 2017, I, p. 421, n° 115 ; *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 et J. VANHERPE ; Cass., 17 octobre 2019, *Ing.-Cons.*, 2019, p. 840, note F. DE VISSCHER ; *A.M.*, 2021, p. 217, note J. CABAY.

135. Voir not. Anvers, 24 mars 2021, *Ing.-Cons.*, 2021, p. 375 ; *I.R.D.I.*, 2021, p. 95 (modèle de meuble) ; Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ing.-Cons.*, 2017, p. 808 (modèle de vêtements) ; Gand, 18 décembre 2017, *I.R.D.I.*, 2017, p. 297 (modèle de monture de lunettes) ; Mons, 23 septembre 2019, *Ann. prat. marché*, 2019, p. 875, note P.-Y. THOUMSIN et M. VANHEMELLEN (modèle de bougie).

136. Voir p. ex. Mons, 7 mars 2011, *A.M.*, 2011, p. 517, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226 (« (...) L'originalité suppose un choix arbitraire du créateur, qui ne soit pas seulement dicté par les contraintes de la technique ; (...) La fonctionnalité qu'elles remplissent pouvait être obtenue par des modèles très différents que ceux que les intimées ont adoptés, à l'issue d'un processus de création, au cours duquel ont été opérés des choix qui excèdent manifestement les contraintes techniques (...) » ; nous soulignons). Pour une analyse approfondie du critère de la « liberté de choix » en droit belge, voir J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, *op. cit.* (note 11), 2016, pp. 431-459, n° 97-105.

137. Voir p. ex. Bruxelles, 7 décembre 2007, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 32 (« (...) L'originalité réside dans la présence, au départ du casque hémisphérique classique, d'une bande centrale, située dans la partie frontale du casque, partant du milieu du casque au niveau de la visière pour se terminer au sommet de celui-ci et qui lui donne son côté esthétique qui le distingue d'un casque banal (...) »). Pour une analyse approfondie du critère de la « banalité » en droit belge, voir J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, *op. cit.* (note 11), pp. 459-483, n° 106-110.

138. Voir récemment Trib. entr. Gand, 22 octobre 2020, *Ing.-Cons.*, 2020, p. 845 (« Tenslotte kan met zekerheid tot het bestaan van auteursrechten worden besloten na een afweging van de belangen die aan de grondslag liggen van het criterium van de creatieve keuze ; daarom zal in een volgende stap moeten nagegaan worden of bij een toekenning dan wel afwijzing van auteursrechten de bescherming van de belangen van de auteur opwegen tegen het algemene belang van derden op vrije beschikking op het werk of de elementen ervan. Concreet dient de rechter na te gaan of de ingeroepen keuzes niet banaal zijn in de zin dat anderen al dan niet dezelfde keuzes zouden gemaakt hebben om hetzelfde uit te drukken »).

Le Tribunal de l'entreprise de Gand renvoie à une jurisprudence précédente du Tribunal de l'entreprise d'Anvers, laquelle endosse explicitement certaines propositions formulées dans notre thèse de doctorat, voir Trib. entr. Anvers, 2 novembre 2017, *A/16/8494*, disponible sur IE-Forum (*IEFbe 2404*) <https://www.ie-forum.be/artikelen/auteursrechtelijke-bescherming-van-pliage-tas-slechts-de-techniek-van-plooibare-tas-is-bekend-uit-ee> (dernière consultation : 13 décembre 2021) (« In een vierde stap zal daarom moeten worden nagegaan hoe bij het toekennen dan wel afwijzen van bescherming de belangen van de auteur op bescherming afwegen tegen het algemene belang van derden op vrije beschikking over het werk of de elementen ervan. Er zal met andere woorden moeten nagegaan of de ingeroepen vrije keuzes niet banaal zijn in de zin dat anderen dezelfde keuzes zou hebben gemaakt om het hetzelfde uit te drukken. Aan de orde is de vraag : is het waarschijnlijk dat een toekomstige auteur op onafhankelijke wijze een werk zou scheppen met dezelfde globale indruk ? De balans van de belangenbescherming weegt bij het negatief antwoord naar het voordeel van auteursrechtelijke bescherming, en bij een positief antwoord naar de belangen van derden bij de vrije beschikking over de elementen van het werk »). Voir également Trib. entr. Anvers, 14 février 2019, *Ing.-Cons.*, 2019, p. 138, *R.D.J.P.*, 2020, p. 29 ; Trib. entr. Anvers, 18 janvier 2018, *A/17/1092*, inédit ; Trib. entr. Anvers, 2 novembre 2017, *A/16/7026*, inédit.

139. Suivant la formule de la Cour d'appel de Gand. La preuve des alternatives repose sur un raisonnement *a contrario*, à savoir que s'il est possible d'établir l'existence d'une autre création, qui présente une forme différente de celle de la création pour laquelle la protection est revendiquée, mais qui produit le même effet technique ou poursuit la même fonction, alors il s'en déduit que la forme de cette dernière n'est pas entièrement définie par la contrainte. La démonstration de l'existence d'une alternative constitue donc la démonstration de l'existence d'une liberté de choix. Voir Gand, 3 janvier 2002, *A.M.*, 2003, p. 116, note B. MICHAUX et N. RIJCKENBERG (modèle de grillage) : « (...) Ook in het licht van de noodzakelijkheids- of onafscheidelijkheidstheorie (...) beantwoordt het litigieuze afsterfingsmodel ook aan de vereiste voorwaarde dat 'in beginsel' kan beoordeeld worden aan de hand van de alternatievenproef. Het betreft te dezen immers een concrete, bijzondere en originele variatie van een versterkte afsterfing (zoom- of boordeffect), waarvan niet blijkt dat het louter technisch of functioneel zou zijn, noch zelfs dat bij het ontwerp het utilitaire of technische oogmerk zou hebben geprimeerd op het uitzicht. (Niet door geïntimeerde weerhouden) alternatieven waren onder meer het gebruik van meerdere extra neggedraden en/of op een andere afstand dan alhier, voorzien, mogelijkheid die bevestigd wordt door het initiatief van appellante zelf om een nieuwe variatie 'Luxor 2' op de markt te brengen na het bestreden vonnis (...) »). Pour des illustrations, voir not. Bruxelles, 26 juin 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 507 ; *I.R.D.I.*, 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS (modèles de lampe) ; Bruxelles, 12 avril 2011, *A.M.*, 2013, p. 93 ; Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 ; Bruxelles, 10 novembre 1999, *Ing.-Cons.*, 2000, p. 148 (modèle de jeu aquatique) ; Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-Cons.*, 1998, p. 89 (modèle de porte-serviettes).



Premièrement, dans l'hypothèse où il existe une multiplicité de formes possible, l'on a pu voir par le passé certains juges verser dans l'erreur consistant à déduire l'originalité de l'existence d'une liberté de choix ainsi attestée¹⁴⁰. La jurisprudence récente témoigne toutefois d'une meilleure compréhension de la dialectique entre liberté de choix et originalité et semble éviter de verser dans ce type d'erreur, s'alignant ainsi sur les enseignements de la C.J.U.E. dans son affaire *Brompton* précitée¹⁴¹.

Deuxièmement, il règne une certaine incertitude autour de l'hypothèse inverse où il n'existerait pas de multiplicité de formes. S'agissant de la mise en œuvre de la théorie, la jurisprudence emploie en effet des formulations concurrentes, indiquant tantôt que la forme doit être « uniquement » (ou tout autre adjectif similaire) déterminée par la contrainte¹⁴² ou qu'elle doit être « inséparable » (« *onafscheidbaar* ») de la fonction¹⁴³. Ces différentes formules laissent entendre une compréhension restrictive de l'impact de la contrainte interne, en ce sens que l'originalité ne serait, pour une forme donnée, exclue que dans l'hypothèse où la contrainte détermine entièrement le choix du créateur quant à cette forme. Sur ce point, il n'y a pas encore de réelle clarification dans la jurisprudence récente¹⁴⁴. On voit toutefois que sur renvoi dans l'affaire *Brompton* précitée, le Tribunal de l'entreprise de Liège a refusé de considérer originale l'apparence du cadre courbé du vélo en question non parce que sa forme était « uniquement » dictée par sa fonction technique ou « inséparable » de celle-ci, mais parce qu'elle est « dictée par des contraintes techniques qui ne laissent que très peu de place à des choix créatifs et libres » (nous soulignons)¹⁴⁵.

iii. Conclusion : convergences et divergences

34. A nouveau, l'examen comparé met en lumière une double **convergence**. Tant en droit d'auteur qu'en droit des dessins et modèles, la contrainte interne intervient dans l'appréciation des conditions de la protection. En droit des dessins et modèles, elle est

appréhendue à travers, d'une part, la notion de « degré de liberté du créateur », dont il convient de tenir compte dans l'appréciation du caractère individuel, et, d'autre part, l'exclusion explicite de la protection pour les « caractéristiques de l'apparence d'un produit qui sont exclusivement dictées par sa fonction technique ». Conceptuellement, on retrouve l'équivalent fonctionnel en droit d'auteur à travers les « choix libres et créatifs » qui déterminent l'originalité.

S'agissant de son impact, on voit que lorsqu'elle détermine entièrement tout ou partie de la forme d'un produit, la contrainte interne exclut l'existence d'une protection de l'un et l'autre droit, suivant le cas, pour le tout ou la partie considérée. Lorsqu'à l'inverse elle ne détermine pas entièrement tout ou partie de ladite forme, il n'en résulte pas pour autant que la forme accède alors à la protection de l'un et l'autre droit dès lors que la C.J.U.E., dans ses arrêts *Doceram* et *Brompton* précités, a clairement rejeté la théorie de la multiplicité des formes, suivant des termes similaires et sur le fondement d'une même *ratio legis*¹⁴⁶. La contrainte interne demeure dès lors, dans ce cas également, pertinente dans l'analyse de la protection de l'un et l'autre droit.

35. Ces convergences ne doivent toutefois pas occulter la **différence** fondamentale qui existe entre les deux droits s'agissant de l'impact de la contrainte interne. Une fois de plus, il faut avoir égard au **point de vue** duquel il convient de se placer pour son appréciation.

Car si dans les deux droits la contrainte doit être appréciée en considération du créateur, en droit des dessins et modèles elle exerce également une influence sur l'impression visuelle globale de l'utilisateur averti, laquelle participe de l'appréciation du caractère individuel (ainsi que nous l'avons vu *supra*). Ainsi en droit des dessins et modèles, il est de jurisprudence constante que les similitudes qui existent entre une antériorité et la création pour laquelle la protection est revendiquée ne contredisent pas le caractère individuel

140. Voir p. ex. Bruxelles, 21 janvier 2002, *A.M.*, 2003, p. 49, *I.R.D.I.*, 2002, p. 80. Dans cette affaire, la protection était revendiquée pour un modèle de fermeture de bijoux en forme de paire de menottes. Le défendeur a contesté l'originalité de ce modèle en soutenant que « (...) la 'forme de menottes est justement indispensable pour obtenir l'effet technique désiré : fermer les bijoux en glissant aisément les anneaux l'un dans l'autre', ... ceci précisément pour ne pas devoir, comme c'est le cas pour d'autres fermetures de bijoux, actionner par exemple, une petite barrette coulissante' (...) ». La cour d'appel a refusé de le suivre dans son argumentation. Au contraire, elle en a induit que « (...) en même temps qu'est ainsi évoquée une multiplicité de modèles de fermeture, est aussi démontrée sinon soulignée l'originalité du modèle (...) ». Pour un autre exemple, voir Gand, 12 juin 2003, *Ing.-Cons.*, 2003, p. 385 ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 233 (modèle de barbecue).

141. Voir spéc. Gand, 27 avril 2020, *Ing.-Cons.*, 2020, p. 731 ; *I.R.D.I.*, 2020, p. 158 (modèle de réceptacle de déjections canines ; la cour d'appel renvoie expressément aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Brompton*). Voir également la décision rendue par le juge de renvoi dans l'affaire *Brompton*, Trib. entr. Liège (prés.), 16 mars 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 110, *A.M.*, 2021, p. 59, note E. DERCLAYE.

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

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

144. Voir p. ex. (employant une formulation apparemment stricte) Gand, 27 avril 2020, *Ing.-Cons.*, 2020, p. 731 ; *I.R.D.I.*, 2020, p. 158 (modèle de réceptacle de déjections canines ; « die functie de enige factor is die bepalend was »). Voir à l'inverse (employant une formule apparemment plus large) Anvers, 18 novembre 2020, *I.R.D.I.*, 2021, p. 81 (modèle de lampe ; « voor een deel doch niet uitsluitend functioneel bepaald »).

145. Trib. entr. Liège (prés.), 16 mars 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 110 ; *A.M.*, 2021, p. 59, note E. DERCLAYE.

146. Voir pour une analyse comparée de ces deux arrêts J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), pp. 632-637.



de celle-ci dans la mesure où des « différences mineures » avec cette antériorité peuvent, à raison de ce degré de liberté limité, suffire à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti. Il n'existe aucune jurisprudence équivalente du point de vue du droit d'auteur, ni aucune analogie possible, l'originalité n'étant, à l'inverse du « caractère individuel », appréciée qu'en considération de la personne du créateur (et non, en outre, d'un public).

Il en résulte que dans l'hypothèse d'un cumul de protections, les antériorités – compte tenu des contraintes internes qui caractérisent à la fois celles-ci et l'objet pour lequel la protection est revendiquée – ne s'opposeront pas nécessairement à l'accès à la protection du droit des dessins et modèles, là où au contraire, elles contrediront nécessairement la protection du droit d'auteur. Ainsi comprise, la condition que la création présente un « caractère individuel » apparaît plus souple que celle de l'originalité, caractérisant ainsi un accès plus restrictif à la protection du droit d'auteur en comparaison avec le droit des dessins et modèles.

c. Les contraintes externes

i. Dessins et modèles

36. Au rang des contraintes qui affectent le « degré de liberté du créateur » – dont on a vu *supra* qu'il doit en être tenu compte pour apprécier le caractère individuel –, ni la loi ni la jurisprudence ne distinguent explicitement les contraintes « internes » des contraintes « externes », suivant notre typologie. Ainsi à côté des contraintes techniques et fonctionnelles, qui relèvent de la première catégorie, la jurisprudence estime que le degré de liberté du créateur du dessin ou modèle peut encore être restreint par la nécessité de respecter diverses contraintes qui relèvent plutôt de la seconde catégorie telles les contraintes d'ordre économique¹⁴⁷ ou relatives aux prescriptions légales applicables au produit¹⁴⁸. Ces contraintes engendrent en effet une normalisation de certaines caractéristiques, lesquelles deviennent communes aux dessins ou modèles appliqués au produit concerné¹⁴⁹. De manière générale, ces contraintes participent à la définition des « conventions » applicables dans un secteur donné.

37. L'on aurait pu s'attendre à ce que la jurisprudence range également, parmi ces contraintes affectant la liberté du créateur, les **tendances de la mode**, qui constituent certainement l'archétype de ces contraintes externes conventionnelles. En effet, les tendances de la mode « focalisent les désirs »¹⁵⁰ le temps d'une saison ou une collection, et retiennent un moment toute l'attention des consommateurs. Ces tendances conduisent les créateurs, soucieux du succès commercial de leurs produits, à les suivre. Le design d'un produit leur permet d'obtenir un avantage concurrentiel sur le marché et le droit des dessins et modèles protège l'investissement fourni dans cette approche marketing. Les tendances de la mode apparaissent ainsi comme la principale contrainte « externe » qui pèse sur le créateur.

Pourtant, la jurisprudence refuse de considérer la tendance générale de la mode et du design comme une limite à la liberté du créateur, « (...) dès lors que c'est précisément cette liberté du créateur qui lui permet de découvrir de nouvelles formes, de nouvelles tendances, ou encore d'innover dans le cadre d'une tendance existante »¹⁵¹. La jurisprudence européenne répète ainsi que « (...) la question de savoir si un dessin ou modèle suit ou non une tendance générale en matière de design est pertinente, tout au plus, par rapport à la perception esthétique du dessin ou modèle concerné et peut donc, éventuellement, exercer une influence sur le succès commercial du produit dans lequel ce dernier est incorporé (...) » mais qu'« [e]n revanche, elle est sans pertinence dans le cadre de l'examen du caractère individuel du dessin ou modèle concerné (...) »¹⁵². Le Tribunal de l'UE a d'ailleurs estimé que l'EUIPO est fondé à refuser de prendre en considération des « attentes des consommateurs » dans les limites à la liberté du créateur¹⁵³.

En dépit de cette position de principe sur le plan théorique, la question se pose toutefois de l'impact des tendances de la mode sur la perception de l'utilisateur averti. On observe généralement une volonté de réduire le plus possible l'écart entre le prescrit légal renvoyant à cette notion abstraite d'« utilisateur averti » et la réelle expérience des consommateurs et utilisateurs des produits incorporant le design en question. Le design d'un produit se veut en effet une véritable valeur ajoutée dans le marketing d'un produit commercialisé¹⁵⁴ et le consommateur est

147. T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, pt. 70.

148. T.U.E. (2^e ch.), 7 juillet 2021, *S. Tous SL c. EUIPO et Zhejiang China-Best Import & Export Co. Ltd*, T-492/20, EU:T:2021:413, pt. 19 ; T.U.E. (5^e ch.), 30 juin 2021, *Framery Oy c. EUIPO et Smartblock Oy*, T-373/20, EU:T:2021:400, pt. 58.

149. T.U.E. (5^e ch.), 18 mars 2010, *Grupo Promer*, T-9/07, EU:T:2010:96, pt. 67.

150. G. ERNER, *Sociologie des tendances*, Paris, PUF, 2009, p. 5.

151. T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax It c. OHMI*, T-83/11, EU:T:2012:592, pt. 95.

152. T.U.E. (2^e ch.), 1^{er} décembre 2021, *Jieyang Defa Industry Co. Ltd c. EUIPO*, T-84/21, EU:T:2021:844, pt. 39 ; T.U.E. (10^e ch.), 10 novembre 2021, *Eternit c. EUIPO*, T-193/20, EU:T:2021:782, pt. 64 ; T.U.E. (8^e ch.), 13 juin 2019, *Visi/one GmbH c. EUIPO*, T-74/18, EU:T:2019:417, pt. 75 ; T.U.E. (7^e ch.), 17 novembre 2017, *Ciarko spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. c. EUIPO*, T-684/16, EU:T:2017:819, pt. 58 ; T.U.E. (7^e ch.), 4 février 2014, *Sachi Premium-Outdoor Furniture, Lda. c. OHMI – Gandia Blasco*, T-357/12, EU:T:2014:55, points 22 à 24 ; T.U.E. (2^e ch.), 22 juin 2010, *Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd c. OHMI*, T-153/08, EU:T:2010:248, pt. 58.

153. T.U.E. (3^e ch.), 6 juin 2019, *Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG c. EUIPO*, T-210/18, EU:T:2019:380, pt. 62.

154. J. CORNWELL, « Underreferred, underreasoned, underresourced ? Reexamining EU design law before the Court of Justice and General Court », *Intellectual Property Quarterly*, 2016, p. 330.



naturellement attentif aux tendances qui impactent le design des produits. Par conséquent, l'utilisateur averti vivra une expérience différente du consommateur, comme « filtrée »¹⁵⁵ de ce qui est en vogue.

Or, à suivre le Tribunal de l'UE, l'utilisateur averti « n'accorde qu'une attention limitée aux éléments qui sont totalement banals et communs à tous les exemples du type de produit en cause et se concentre sur les caractéristiques qui sont arbitraires ou qui diffèrent de la norme »¹⁵⁶. Il n'est donc pas insensible à une certaine tendance générale au niveau du design d'un produit. Au contraire, la forme qui se distingue de la norme commune est susceptible de retenir son attention¹⁵⁷, d'avoir un impact sur son impression globale¹⁵⁸ ce qui, en principe, influence l'analyse du caractère individuel. Manifestement, il existe donc une certaine tension entre le principe théorique avancé par le Tribunal, suivant lequel les tendances de la mode seraient sans influence sur le degré de liberté du créateur, alors même que sa jurisprudence témoigne de ce qu'elles ne sont pas complètement indifférentes dans l'appréciation de l'impression globale du point de vue de l'utilisateur averti, lesquels concepts interviennent de manière combinée pour l'appréciation du caractère individuel.

38. Cette tension apparaît de manière éclatante lorsque l'on considère une dimension essentielle des tendances, à savoir leur inscription dans le temps. Quelques grandes maisons de mode, dans quelques grandes capitales de la mode, créent et produisent les modèles qui seront tendance. Ainsi, les créateurs vont encombrer, le temps d'une saison ou d'une collection, les secteurs de la mode avec un design tendance. Mais si cet encombrement devait atteindre un certain seuil et s'inscrire dans la durée, la possibilité d'une protection par le droit des dessins et modèles pourrait s'en trouver affectée. Cette considération n'est évidemment pas limitée aux secteurs les plus prestigieux et présente peut-être plus de pertinence encore dans des secteurs plus « mineurs » sur le plan artistique. Singulièrement dans ce genre de secteurs, l'encombrement

peut mener à une « saturation de l'état de l'art », laquelle suivant la jurisprudence du Tribunal de l'UE ne doit pas être confondue avec la tendance générale du dessin ou modèle¹⁵⁹.

La saturation de l'état de l'art joue ainsi clairement un rôle dans l'examen du caractère individuel d'un dessin ou modèle, et plus particulièrement lors de l'analyse du degré d'attention de l'utilisateur averti¹⁶⁰. En effet, la saturation de l'état de l'art est un critère particulier qui peut « rendre l'utilisateur averti plus sensible aux différences de détail des dessins ou modèles en cause, avec pour conséquence qu'un dessin ou modèle peut, du fait d'une saturation de l'état de l'art, avoir un caractère individuel du fait de caractéristiques qui, en l'absence d'une telle saturation, ne seraient pas susceptibles de susciter une différence d'impression globale sur l'utilisateur averti »¹⁶¹.

La saturation de l'état de l'art peut être établie lorsqu'on retrouve, pour un même secteur, une multitude de dessins ou modèles, disposant des mêmes caractéristiques globales¹⁶², de telle façon qu'ils constituent « une famille »¹⁶³. Les créateurs voient alors leur créativité limitée dans la conception de nouveaux dessins ou modèles au sein de ces secteurs saturés et se concentreront davantage sur des détails. L'utilisateur averti, familiarisé avec ces dessins et modèles qui présentent globalement les mêmes caractéristiques, portera une attention plus particulière à ces détails.

39. Dans l'analyse du caractère individuel d'un dessin ou modèle, la saturation de l'état de l'art est un critère que le Tribunal de l'UE a pris en compte pour la première fois en 2012, dans une affaire qui concernait deux modèles de radiateurs. Le litige opposait la société italienne Antrax It (ci-après, « Antrax ») à « The Heating Company », auquel a succédé Vasco Group. La **Chambre de recours de l'EUIPO** ne prit pas en compte l'argument de la saturation de l'état de l'art invoqué par Antrax, afin de prouver le caractère individuel de ses modèles. Antrax saisit alors le Tribunal qui considéra le critère de la saturation de l'état de

155. M.M. FRABBONI, « Fashion Designs and Brands: The Role of the Informed User and the Average Consumer », *J. World Intellect Prop.*, 2020, p. 820.

156. T.U.E. (5^e ch.), 21 juin 2017, *Ernst Kneidinger c. EUIPO – Topseat International*, T-286/16, EU:T:2017:411, pt. 45 et jurisprudence mentionnée.

157. T.U.E. (2^e ch.), 7 février 2019, *Eglo Leuchten GmbH c. EUIPO*, T-767/17, EU:T:2019:67, pt. 45 (« (...) la requérante ne conteste pas le fait que le dispositif de fixation ne saurait être considéré comme étant commun à tous les plafonniers de sorte que, eu égard à la jurisprudence citée au pt. 43 ci-dessus, il ne peut être présumé que ledit dispositif n'attire pas l'attention de l'utilisateur averti »).

158. T.U.E. (2^e ch.), 7 février 2019, *Eglo Leuchten GmbH c. EUIPO*, T-766/17, EU:T:2019:68, pt. 49 (« (...) il y a lieu de constater que le fait que la forme du dispositif de fixation en cause soit banale ne signifie pas nécessairement que ce dispositif ne puisse, notamment en raison de sa taille, se différencier d'une prétendue norme et, ainsi, être déterminant dans l'impression globale produite par le dessin ou modèle contesté »).

159. T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax It c. OHMI*, T-84/11, EU:T:2012:592, pts 94 à 96.

160. P. GREFFE, « L'observateur averti en droit des dessins et modèles », *Legicom*, 2014, p. 126.

161. T.U.E. (5^e ch.), 12 mars 2020, *Gamma c. EUIPO*, T-352/19, EU:T:2020:94, pt. 18 ; T.U.E. (9^e ch.), 24 octobre 2019, *Atos Medical GmbH c. EUIPO*, T-559/18, EU:T:2019:758, pt. 58 ; T.U.E. (8^e ch.), 6 juin 2019, *Rietze GmbH & Co. KG c. EUIPO*, T-191/18, EU:T:2019:378, pt. 18 ; T.U.E. (9^e ch.), 7 février 2019, *Eglo Leuchten GmbH c. EUIPO*, T-767/17, EU:T:2019:67, pt. 18 ; T.U.E. (5^e ch.), 29 novembre 2018, *Sata GmbH & Co. KG c. EUIPO*, T-651/17, EU:T:2018:855, points 52 et 54 ; T.U.E. (3^e ch.), 22 novembre 2018, *Buck-Chemie GmbH c. EUIPO*, T-296/17, EU:T:2018:823, pt. 42 ; T.U.E. (9^e ch.), 17 mai 2018, *Basil BV c. EUIPO*, T-760/16, EU:T:2018:277, pt. 78 ; T.U.E. (9^e ch.), 21 juin 2018, *Haverkamp IP GmbH c. EUIPO*, T-227/16, EU:T:2018:370, pt. 63 ; T.U.E. (5^e ch.), 28 septembre 2017, *Lothar Rühlhand c. EUIPO*, T-779/16, EU:T:2017:674, pt. 48 ; T.U.E. (7^e ch.), 17 novembre 2017, *Ciarka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. c. EUIPO*, T-684/16, EU:T:2017:819, pt. 20 ; T.U.E. (5^e ch.), 21 juin 2017, *Ernst Kneidinger c. EUIPO*, T-286/16, EU:T:2017:411, pt. 17 ; T.U.E. (2^e ch.), 16 février 2017, *Tubes Radiatori c. EUIPO – Antrax It*, T-98/15, EU:T:2017:91, pt. 57 ; T.U.E. (5^e ch.), 29 octobre 2015, *Roca Sanitario c. OHMI – Villeroy & Boch*, T-334/14, EU:T:2015:817, pt. 83 ; T.U.E. (2^e ch.), 12 mars 2014, *Tubes Radiatori c. OHMI – Antrax It*, T-315/12, EU:T:2014:115, pt. 87 ; T.U.E. (5^e ch.), 7 novembre 2013, *Budziwska c. OHMI – Puma*, T-666/11, EU:T:2013:584, pt. 31 ; T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax It c. OHMI*, T-83/11, EU:T:2012:592, pt. 89.

162. T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax It c. OHMI*, T-83/11, EU:T:2012:592, pt. 89.

163. Décision de la troisième Chambre de recours de l'EUIPO, 18 janvier 2017, *AHT Cooling Systems GmbH c. Ugur Sogutma Makinalari Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi*, R 1785/2015-3, pt. 42.



l'art comme un argument tout à fait pertinent, susceptible de modifier la perception qu'a l'utilisateur averti des différences entre les deux modèles et ainsi, apte à déterminer si le modèle contesté dispose d'un caractère individuel ou non.

Finalement, la saturation de l'état de l'art ne sera pas retenue, pour un manque de documentation probante. La Chambre de recours considère effectivement qu'elle ne peut être ni alléguée ni établie « a priori et de manière sommaire »¹⁶⁴ et se montre particulièrement exigeante quant aux moyens de preuve à invoquer. De manière générale, l'EUIPO estime que les éléments de preuve apportés par la partie invoquant l'argument de la saturation de l'état de l'art doivent être suffisamment clairs, précis et cohérents. La Chambre a placé la barre haute et attend notamment des « (...) autres catalogues et preuves documentaires ayant trait aux produits proposés par un grand nombre d'entreprises concurrentes, des déclarations d'experts du secteur, des déclarations émanant d'associations de fabricants et de consommateurs, des catalogues et des listes de prix des grands distributeurs opérant dans le secteur de référence et, enfin, des enquêtes et des études de secteur menées par des sociétés tierces »¹⁶⁵. L'exigence au niveau des preuves à apporter est telle que l'EUIPO ou le Tribunal de l'UE n'en ont été que rarement convaincus.

40. On relève toutefois que cette jurisprudence européenne se distingue foncièrement de la pratique des **cours et tribunaux italiens**, qui consacraient déjà ce critère de la saturation de l'état de l'art avant qu'il ne fasse son chemin au niveau du Tribunal de l'UE, et ce de manière bien plus souple. En 1989 déjà, le Tribunal de Milan avait validé un dessin, bien qu'il présentât une « combinaison d'éléments connus dans le secteur »¹⁶⁶, en prenant en compte l'encombrement de ce dernier. De manière générale, la jurisprudence italienne considère que la saturation de l'état de l'art, ou l'*affollamento dello stato dell'arte*, « influence positivement la validité d'un modèle, en prenant en compte de légères différences par rapport à l'état de l'art connu »¹⁶⁷. Depuis, les tribunaux italiens ont admis une saturation de l'état de l'art dans plusieurs secteurs¹⁶⁸. La saturation de certains secteurs semble

être acquise sans exigence quelconque au niveau de la preuve.

La pratique des cours et tribunaux italiens est donc toute autre. Le critère de la saturation de l'état de l'art, déjà bien ancré dans la pratique jurisprudentielle italienne, ne demande guère de documentation probante. La juridiction se contente de la déclarer. Peut-être est-ce une compensation à l'accès difficile d'un dessin ou modèle à la protection du droit d'auteur. Bien que la théorie de la *scindibilità* n'était déjà plus d'actualité au moment où la décision *Cofemel* a été prise, les dessins et modèles devaient encore disposer d'un caractère créatif et d'une valeur artistique¹⁶⁹. Reste à observer si le critère de la saturation de l'état de l'art conservera sa facilité d'application, une fois la pratique jurisprudentielle italienne adaptée à *Cofemel* et à l'absence de conditions supplémentaires pour les œuvres d'art appliqué afin d'accéder à une protection par le droit d'auteur.

41. La jurisprudence italienne s'écarte aussi du raisonnement retenu par l'EUIPO et le Tribunal de l'UE en ce qui concerne l'implication du critère de la saturation de l'état de l'art sur le degré de liberté du créateur¹⁷⁰. En janvier 2011, le Tribunal de Milan a estimé que l'examen du caractère individuel d'un dessin ou modèle doit se faire en tenant compte de la marge de liberté du créateur, qui peut varier en fonction du degré d'encombrement du secteur de référence¹⁷¹. La saturation de l'état de l'art constituerait ainsi un critère à prendre en compte dans l'analyse du degré de liberté du créateur. Or pour la jurisprudence européenne, « la saturation ne peut être considérée comme une limite à la liberté du créateur »¹⁷².

La Division d'annulation de l'EUIPO a également souligné que le degré de liberté du créateur ne dépend pas du nombre de produits sur le marché et que l'argument ne peut être soulevé que dans le cadre de l'analyse de la saturation de l'état de l'art¹⁷³. Pourtant, un degré de liberté du créateur plus restreint entraîne les mêmes conséquences qu'un secteur saturé. En effet, « (...) plus la liberté du créateur dans l'élaboration d'un dessin ou modèle est restreinte, plus les différences mineures entre les dessins ou modèles

164. T.U.E. (2^e ch.), 16 février 2017, *Tubes Radiatori c. EUIPO – Antrax It*, T-98/15, EU:T:2017:91, pt. 61. Pour un commentaire, voir : T. DE HAAN, « Des difficultés à prouver une prétendue saturation de l'état de l'art », *Ing.-Cons.*, 2017, pp. 566-570.

165. T.U.E. (2^e ch.), 16 février 2017, *Tubes Radiatori c. EUIPO – Antrax It*, T-98/15, EU:T:2017:91, pt. 61.

166. Tribunale di Milano, 27 février 1989, *Giur. Dir. Ind.*, 1990, p. 177.

167. « In materia di apprezzamento del requisito del carattere individuale dei disegni e modelli l'affollamento del settore influisce positivamente sulla validità del titolo, giustificandolo anche in base a lievi differenze rispetto all'arte nota » (notre traduction) (Tribunale di Milano, 28 décembre 2005, *Sez. Spec. P.I.*, 2005, 2, p. 85).

168. C'est le cas par exemple de l'industrie de la joaillerie (Tribunale Torino Sez. Proprieta Industriale e Intellettuale, 11 mai 2007, *Sez. Spec. P.I.*, 2008, 1, p. 346) ou encore du secteur de l'horlogerie sportive (Corte d'appello Torino Sez. spec. Impresa, 16 septembre 2019, ud. 19 juillet 2019, dep. 16 septembre 2019, n° 1509).

169. E. DERCLAYE, « The Copyright/Design Interface in Italy », in E. DERCLAYE (ed.), *The Copyright/Design Interface. Past, Present and Future*, Cambridge University Press, 2018, p. 290.

170. Nous étudierons cette problématique dans la partie suivante.

171. Tribunale Milano, 13 janvier 2011, n° 3054.

172. T.U.E. (2^e ch.), 7 février 2019, *Eglo Leuchten GmbH c. EUIPO*, T-767/17, EU:T:2019:67, pt. 26 ; T.U.E. (2^e ch.), 16 février 2017, *Tubes Radiatori c. EUIPO – Antrax It*, T-98/15, EU:T:2017:91, pt. 55 ; décision de la troisième Chambre de recours de l'EUIPO, 20 janvier 2020, *Zhejiang Zhengte Co., Ltd. c. Yotrio Group Co., Ltd.*, R 19/2018-3, pt. 22 ; décision de la troisième Chambre de recours de l'EUIPO, 26 novembre 2019, *Husky Refrigerator Mfg Co., Ltd c. SMEG S.p.A.*, R 2146/2018-3, pt. 33 ; décision de la troisième Chambre de recours de l'EUIPO, 18 septembre 2017, *G. Nicoletti Trade S.R.L. c. CINNA*, R1365/2016-3, pt. 28.

173. Décision de la Division d'annulation de l'EUIPO, 24 octobre 2019, *Salomon SAS vs. Guo Guofei*, n° ICD 103 661, p. 5.



en conflit suffisent à produire une impression globale différente sur l'utilisateur averti »¹⁷⁴. Tous deux mettent les projecteurs sur les détails et entraînent la protection de dessins ou modèles dont le caractère individuel est moindre. Force est de se demander si les deux ne seraient pas donc liés, de telle sorte qu'un secteur saturé par des dessins ou modèles présentant les mêmes caractéristiques restreint la liberté du créateur. On imagine en effet difficilement un secteur caractérisé à la fois par une saturation de l'état de l'art et par un degré élevé de liberté du créateur, avec des conséquences radicalement opposées s'agissant de la prise en considération des détails dans le cadre de l'examen de l'impression globale. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence européenne est catégorique, la saturation de l'état de l'art ne limite pas le degré de liberté du créateur.

ii. Droit d'auteur

42. Dans le cadre de la typologie proposée des contraintes, nous avons souligné que celles-ci doivent être appréciées dans le contexte de la création. Ainsi que l'indiquent justement les Cours d'appel de Bruxelles¹⁷⁵ et de Gand¹⁷⁶,
« (...) l'originalité est une notion évolutive. C'est dans le contexte de l'œuvre et au moment de sa réalisation que l'originalité doit être appréciée (...) ».

Ce caractère évolutif de l'originalité et cette appréciation contextuelle des contraintes qui pèsent sur le créateur présentent une dimension particulière lorsque l'on considère les contraintes externes conventionnelles, dont nous avons souligné qu'elles sont grandement sujettes à évolution dans le temps et dans l'espace. A cet égard et comme nous l'avons déjà souligné *supra*, les **contraintes de la mode** font figure d'archétype, singulièrement dans les secteurs de la création propices au cumul de protections.

43. A ce jour, la C.J.U.E. n'a jamais été amenée à se prononcer sur l'impact éventuel des tendances de la mode sur l'appréciation de l'originalité. Il nous paraît

toutefois peu contestable que le critère des choix libres et créatifs permet d'intégrer lesdites tendances dans l'appréciation de l'originalité.

44. A l'analyse de la jurisprudence belge, l'incidence des tendances de la mode sur la protection du droit d'auteur n'est pas évidente à cerner.

De manière générale, la plupart des cours d'appel soulignent à juste titre que le fait qu'une œuvre s'inscrive dans un style déterminé ou une tendance de la mode n'exclut pas la protection de cette œuvre¹⁷⁷. Et elles semblent à ce propos particulièrement généreuses, refusant rarement à l'œuvre la protection du droit d'auteur sous prétexte que ses lignes et contours s'inscrivent dans l'air du temps¹⁷⁸. Plus encore, les juridictions de première instance ont parfois fait preuve de telles largesses qu'à les lire, une œuvre ne pourrait jamais être entièrement déterminée par les tendances de la mode et serait donc toujours originale¹⁷⁹.

Contrastant avec cette appréciation particulièrement souple de l'originalité des articles à la mode, certaines décisions semblent pourtant apprécier plus sévèrement l'originalité de ce type de création. Ainsi la Cour d'appel de Bruxelles (9^e ch. fr.) a-t-elle rejeté la protection d'un modèle de chaises dont les caractéristiques correspondaient à la mode des années 1990, attestée par une série d'antériorités¹⁸⁰. Cette même cour (8^e ch. nl.) a pareillement estimé que l'agencement des éléments d'un modèle de robe ne pouvait être considéré original car déterminé par la mode alors dominante¹⁸¹. Cette même chambre s'est prononcée d'une manière similaire plus récemment encore, toujours à propos de modèles de robe, jupe et top¹⁸².

45. Ces différentes décisions semblent toutefois quelque peu isolées et la référence aux tendances de la mode y apparaît anecdotique¹⁸³. Il n'en va pas de même au niveau de la **Cour d'appel de Gand**, qui développe manifestement une jurisprudence appréciant strictement l'originalité des articles à la mode. Coup sur coup, elle a ainsi refusé de reconnaître l'originalité

174. T.U.E. (2^e ch.), 13 novembre 2012, *Antrax It c. OHMI*, T-83/11, EU:T:2012:592, pt. 67; T.U.E. (1^{er} ch.), 9 septembre 2011, *Kwang Yang Motor Co., Ltd c. OHMI*, T 11/08 et 10/08, EU:T:2011:447 et EU:T:2011:446, pt. 33.

175. Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174 (modèles de fauteuil et de chaises).

176. Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845 (modèle de barbecue); Gand, 6 octobre 2003 (modèle de chaise pour enfant); Gand, 30 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 219 (modèles de tapis revêtus de dessins issus du monde de l'enfance).

177. Anvers, 24 mars 2021, *Ing.-Cons.*, 2021, p. 375; *I.R.D.I.*, 2021, p. 95 (modèles de meubles); Anvers, 23 avril 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 359; *I.R.D.I.*, 2013, p. 208 (modèles de sofa); Anvers, 28 juin 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 612 (modèles de robe); Bruxelles, 26 juin 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 507; *I.R.D.I.*, 2013, p. 96, note J. MUYLDERMANS (modèles de lampe); Bruxelles, 21 novembre 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 385 (modèle de parasol); Bruxelles, 6 décembre 2011, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 758 (modèle de feux ouverts); Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d'iPod Nano); Bruxelles, 11 septembre 2001, *A.M.*, 2002, p. 518; *Ing.-Cons.*, 2001, p. 404 (modèle de chaussure); Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285; *I.R.D.I.*, 2007, p. 26 (modèle de sac).

178. Voir toutefois parmi les exemples cités à la note précédente Anvers, 23 avril 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 359; *I.R.D.I.*, 2013, p. 208; Bruxelles, 6 décembre 2011, *Ann. prat. marché*, 2011, p. 758. Dans les deux cas, l'originalité a été déniée sur base de l'existence d'antériorités.

179. Voir spéc. Civ. Bruxelles, 10 juin 1998, *I.R.D.I.*, 2001, p. 298, note B. DE VUYST (modèle de chaise de jardin); Civ. Bruxelles (cess.), 29 mai 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 207, *Pas.*, 1996, III, p. 59 (modèle de chaussure).

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

181. Bruxelles, 1^{er} mars 2011, *A.M.*, 2013, p. 85, note B. MICHAUX; *Ann. prat. marché*, 2011, p. 855, note V. WILLEMS; *I.R.D.I.*, 2012, p. 399; *R.A.B.G.*, 2011, p. 1136.

182. Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ing.-Cons.*, 2017, p. 808.

183. Dans la première de ces décisions, l'originalité semble plutôt refusée en raison de l'existence d'antériorités. Dans la deuxième décision, la cour accorde de manière critiquable sur le plan du droit de la concurrence déloyale ce qu'elle a refusé sur le plan du droit d'auteur. Dans la troisième décision, par contre, la référence aux tendances de la mode apparaît plus déterminante.



de montures de lunettes¹⁸⁴, d'un modèle de set de mouchoirs¹⁸⁵, d'un réchaud de terrasse¹⁸⁶ et plus récemment d'un réceptacle de déjections canines¹⁸⁷ au motif (notamment) que leur forme s'inscrivait entièrement dans les tendances de mode en vogue au moment de la création¹⁸⁸.

Cette conception plus stricte de l'originalité n'est peut-être pas sans lien avec son appréhension à travers son antonyme que constitue la « banalité ». La cour répète en effet régulièrement qu'« [u]ne œuvre originale n'est pas évidente. Elle n'est pas non plus banale. Il n'est accordé aucune protection par le droit d'auteur si la forme est tellement banale ou triviale qu'il n'est pas possible d'y déceler le moindre travail créatif »¹⁸⁹.

L'un de ses arrêts, prononcé le 20 octobre 2014 à propos du sac *Pliage* de Lonchamp¹⁹⁰, a fait grand bruit et retiendra pour cette raison notre attention. Cet arrêt se distingue des arrêts précités de la Cour d'appel de Gand dans la mesure où il ne s'agit pas ici d'apprécier l'originalité d'une forme qui s'inscrit dans une tendance de la mode, mais l'originalité de la forme qui est précisément à l'origine de cette tendance de la mode.

En l'espèce, le prétendu titulaire des droits sur un sac à main *Pliage* ne revendiquait pas la protection du sac en tant que création individualisée (dont l'originalité avait déjà été reconnue préalablement dans le cadre d'autres litiges¹⁹¹ et encore admise ultérieurement¹⁹²), mais uniquement de la combinaison d'éléments correspondant à ses contours¹⁹³. La

forme du sac *Pliage* avait en effet connu un certain succès et il était ainsi apparu postérieurement à sa création qu'elle avait été « (...) à la base d'une tendance, d'une mode voire d'un style sur le marché des sacs à main (...) »¹⁹⁴. La cour d'appel a toutefois refusé de suivre l'argumentation du demandeur, qu'elle a repoussée en invoquant les conséquences dommageables qu'entraînerait la solution postulée. La cour souligne ainsi que

« (...) pour la mode, il est important que celle-ci puisse se développer sans être inutilement entravée par le monopole d'une personne (morale).

Accorder la protection du droit d'auteur à une tendance de la mode (ou à ses prémices), ce serait inutilement restreindre la liberté d'expression des autres auteurs telle que prévue à l'article 10 de la CEDH (...) »¹⁹⁵.

Critiqué par certains dans la doctrine¹⁹⁶, cet arrêt a par ailleurs fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation¹⁹⁷. Si les motifs qui ont conduit au rejet du pourvoi procèdent d'une lecture possible de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand¹⁹⁸, il nous paraît toutefois que la motivation de cette dernière est surtout inspirée d'une **recherche d'équilibre** entre l'intérêt individuel à la protection du droit d'auteur pour le sac *Pliage* et l'intérêt des concurrents à l'absence de protection.

Cette approche a nos faveurs, de manière générale, et nous pensons qu'elle s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit d'apprécier l'originalité d'une forme conditionnée par ou déterminant des contraintes externes, telles les tendances de la mode. On voit d'ailleurs

184. Gand, 26 janvier 2009, *D.A.O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS. Voir également Gand, 18 décembre 2017, *I.R.D.I.*, 2017, p. 297 (la cour a retenu l'originalité d'une des montures litigieuses mais a refusé d'admettre l'originalité de la seconde monture disputée).

185. Gand, 17 mai 2010, *A.M.*, 2013, p. 102; *I.R.D.I.*, 2012, p. 417.

186. Gand, 31 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 97.

187. Gand, 27 avril 2020, *Ing.-Cons.*, 2020, p. 731; *I.R.D.I.*, 2020, p. 158.

188. Voir également (refusant la protection à des mannequins, sans référence explicite toutefois aux tendances de la mode) Gand, 7 octobre 2019, *Ann. prat. marché*, 2019, p. 860.

189. « (...) Een origineel werk is niet vanzelfsprekend. Het is ook niet banaal. Geen auteursrechtelijke bescherming wordt verleend indien de vorm zo banaal of triviaal is dat geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen (...) » (notre traduction). Voir not. Gand, 31 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 97 (modèle de réchaud de terrasse); Gand, 17 mai 2010, *A.M.*, 2013, p. 102; *I.R.D.I.*, 2012, p. 417 (modèle de set de mouchoirs); Gand, 2 novembre 2009, *A.M.*, 2013, p. 106; *I.R.D.I.*, 2010, p. 199, note B. GOOSSENS et K. VAN DER MAAT (modèle de set à couverts); Gand, 26 janvier 2009, *D.A.O.R.*, 2009, p. 308, note M.-C. JANSSENS (modèles de montures de lunettes); Gand, 30 avril 2007, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 783 (modèle de profilé pour parapets); Gand, 9 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1845 (modèle de barbecue); Gand, 6 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2003, p. 222 (modèle de chaise pour enfant); Gand, 30 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 219 (modèles de tapis revêtus de dessins issus du monde de l'enfance).

190. Gand, 20 octobre 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, p. 739, note P. PETERS et C. DE CALLATAY, *Ann. prat. marché*, 2014, p. 1092, note P. CALLENS.

191. Voir Bruxelles, 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1837; Liège, 18 décembre 2006, *Ing.-Cons.*, 2007, p. 285, *I.R.D.I.*, 2007, p. 26.

192. Voir Bruxelles, 26 juillet 2018, *Ing.-Cons.*, 2018, p. 488, *I.R.D.I.*, 2019, p. 211; Bruxelles, 19 juin 2015, *Ing.-Cons.*, 2015, p. 570. Dans les deux cas, le contrefacteur a invoqué vainement l'arrêt de la Cour d'appel de Gand pour dénier l'originalité au sac *Pliage*.

193. Plus précisément, la protection était revendiquée pour la combinaison de caractéristiques visuelles suivantes :

- une structure de base carrée, dont les coins supérieurs sont pointus ;
- des saillies en forme de lèvres aux coins supérieurs qui se situent dans le prolongement de la ligne supérieure et qui accentuent le caractère pointu des coins ;
- deux poignées dont les extrémités ont la forme de fers de lance arrondis et dont les lignes présentent une proportion bien définie avec les autres lignes de la forme ;
- un volet légèrement arrondi, qui se prolonge entre les poignées sur la fermeture à glissière, qui est également dans une proportion bien définie avec les autres lignes de la forme.

194. Ceci explique pourquoi les ayants droit du créateur du sac recherchaient la protection des contours du sac indépendamment de sa forme concrète. Ceci devait leur permettre de poursuivre en contrefaçon tout concurrent produisant le même genre de sac à main, peu importe sa concrétisation.

195. « (...) Ook voor mode is het belangrijk dat deze zich kan ontwikkelen, zonder onnodig gehinderd te worden door een monopolie van een welbepaalde (rechts) persoon. Door auteursrechtelijke bescherming toe te kennen aan (het begin van) een modetrend, wordt verder de uitdrukkingsvrijheid van andere auteurs, zoals vastgelegd in artikel 10 EVRM, onnodig beperkt (...) » (notre traduction).

196. Sur le fondement parfois de postulats critiquables, voir not. P. PETERS et C. DE CALLATAY, « Ce sac n'est pas protégeable car il est à la mode », note sous Gand, 20 octobre 2014, *Ing.-Cons.*, 2014, spéc. p. 748 (ces auteurs avancent ainsi qu'« (...) étant donné que le droit d'auteur protège la forme et non le fond, on ne voit pas en quoi il constituerait un frein à la liberté d'expression »).

197. 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 et J. VANHERPE.

198. Suivant la lecture de la Cour de cassation, les juges d'appel ont estimé que la combinaison d'éléments pour laquelle la protection était revendiquée ne constituait qu'une tendance de la mode qui ne satisfait pas à la condition de forme.



que la préoccupation première de la Cour d'appel de Gand, à savoir éviter la monopolisation par le premier arrivé des déterminants d'un style ou tendance de la mode, trouve un écho dans d'autres décisions¹⁹⁹.

46. Il va sans dire que ce type d'exercice de pondération est extrêmement délicat, ce pour deux raisons.

Premièrement, s'agissant d'une contrainte externe, elle n'existe pas *per se* mais varie dans le temps et dans l'espace. Une mode (et plus généralement toute contrainte conventionnelle) a nécessairement un point de départ et il est impossible de définir *ex ante* si et, le cas échéant, quelles caractéristiques formelles d'une œuvre vont s'imposer et se répandre au point de constituer une mode. Or, il est crucial de conserver dès le départ un espace de liberté à destination des créateurs subséquents. Aussi, lorsqu'il s'agit d'admettre l'originalité de nouvelles caractéristiques formelles, il convient d'être particulièrement circonspect afin d'éviter que le premier à les utiliser ne soit indûment placé dans une situation de monopole. Cette logique est bien exprimée par le Tribunal de commerce de Bruxelles à propos de la couleur verte et de la fenêtre transparente employées pour les conditionnements de biberons²⁰⁰.

Deuxièmement, les juges ne seront jamais appelés à réaliser cet exercice de pondération *ex ante*, mais toujours *ex post*. La tâche n'en est pas plus simple pour autant puisqu'elle expose le juge au risque du jugement de valeur à raison du succès rencontré par l'œuvre. En effet, si les caractéristiques formelles d'une œuvre se sont imposées et répandues au point de constituer une mode, c'est nécessairement parce que l'œuvre en question a rencontré un certain succès. En principe, le succès commercial d'une œuvre²⁰¹ ou la reconnaissance par les pairs²⁰² est sans incidence sur la protection. Mais nonobstant les déclarations en

ce sens dans la jurisprudence, on constate qu'en pratique ces éléments ont une influence patente sur l'appréciation par les juges de l'originalité, qui énoncent que lesdits éléments constituent tantôt un indice de l'originalité²⁰³, tantôt une confirmation de celle-ci²⁰⁴. L'on ne peut en outre exclure ici l'influence de biais rétrospectifs qui affecteraient l'analyse.

A l'inverse, le succès d'une œuvre ne peut avoir comme conséquence que ses caractéristiques formelles dégénéreraient au point de constituer une mode non protégeable. Par hypothèse, le succès dans ce cas pourrait être dû à un certain attentisme de la part du titulaire potentiel des droits d'auteur qui aurait laissé les tiers copier son œuvre sans s'en offusquer. Cette circonstance est en principe indifférente sur la protection et il a par exemple été jugé à ce propos qu'il ne peut y avoir déchéance des droits d'un auteur du fait qu'il n'agit pas à l'encontre de tous les contrefacteurs²⁰⁵.

L'arrêt précité de la Cour d'appel de Gand du 20 octobre 2014 illustre cette difficulté générée par le caractère évolutif des tendances de la mode à raison du succès rencontré par l'œuvre qui est à son origine. Certes, la cour souligne qu'il n'existe en droit d'auteur aucun principe comparable à ceux de l'« *inburgering* » – suivant lequel une marque dépourvue de caractère distinctif peut acquérir celui-ci par l'usage²⁰⁶ – ou de la « dilution » – suivant lequel le caractère distinctif d'une marque peut être affecté par l'usage de la marque ou d'un signe similaire par un tiers²⁰⁷ – du droit des marques²⁰⁸. Mais on a peine à croire que l'exercice de pondération réalisé par la cour, qui intervient *ex post* et à la lumière des vicissitudes subséquentes à l'acte de création (en l'occurrence son succès), ait pu faire totalement abstraction de ces dernières.

199. Voir spéc. Bruxelles, 27 août 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1644, note F. PETILLION (modèle de camions de chevaux ; « (...) Zelfs al was StepheX een trendsetter en heeft zij deze algemene trend tot een rondere en meer gestroomlijnde vormgeving gelanceerd in de sector van de paardentrucks, dan nog kan StepheX geen monopolie claimen op deze modetrend en stijl. Anderen staat het vrij om mee te surfen op de ontstane nieuwe golf. Een denkbeeldige vloeiende lijn is niet vatbaar voor auteursrecht. (...) Zij kan niet beletten dat ook anderen een rondere en meer gestroomlijnde vormgeving toepassen »).
200. Comm. Bruxelles (cess.), 2 février 2009, *I.R.D.I.*, 2009, p. 297 (« (...) S'il est exact que, pour des emballages de biberons, le vert (et ses variations) ne semble pas avoir été utilisé comme couleur avec le blanc et le rouge (...), le choix de cette couleur afin de distinguer le conditionnement du biberon Dr. Brown's des autres conditionnements ne suffit pas à accorder un droit d'auteur au conditionnement Dr. Brown's. (...) La forme courbée en diagonale et la disposition de la fenêtre qui se prolonge sur les deux côtés extérieurs du conditionnement, qui ne paraissent pas avoir été utilisées pour le conditionnement des autres biberons, ne suffit pas à accorder un droit d'auteur au conditionnement du Dr. Brown. A défaut, la demanderesse aurait un monopole sur tous les types d'emballages similaires au sien, parce qu'ils seraient verts ou dans une teinte de vert ou présenteraient une fenêtre transparente courbée en diagonale se prolongeant sur les deux côtés extérieurs (...) »).
201. Voir not. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d'iPod Nano) ; Bruxelles, 23 mars 2006, *Ing.-Cons.*, 2006, p. 174 (modèles de fauteuil et de chaises) ; Mons, 23 septembre 2019, *Ann. prat. marché*, 2019, p. 875, note P.-Y. THOUMSIN et M. VANHEMELEN (modèle de bougie).
202. Voir not. Gand, 31 janvier 2011, *A.M.*, 2013, p. 97 (modèle de chauffage de terrasse) ; Mons, 23 septembre 2019, *Ann. prat. marché*, 2019, p. 875, note P.-Y. THOUMSIN, M. VANHEMELEN (modèle de bougie).
203. Bruxelles, 28 juin 2011, *I.R.D.I.*, 2012, p. 207 (modèle d'iPod Nano ; « (...) Het feit dat bepaalde organisaties design- en consumentenprijzen toegekend hebben aan de iPod nano van geïntimeerde, vormt slecht een aanwijzing dat het betrokken product oorspronkelijk is, zonder echter als bewijs van deze oorspronkelijkheid te volstaan (...) »).
204. Voir p. ex. Bruxelles, 24 avril 2001, *I.R.D.I.*, 2001, p. 308 ((modèle de jouet ; « (...) Op die gronden neemt het hof aan dat het spel 'Roller Coaster' van de nodige originaliteit getuigt om beschermd te worden als een werk van een auteur. Deze conclusie vindt overigens bevestiging in het feit dat de verschillende toepassingsvormen van het concept commercieel niet alle even succesvol bleken, hetgeen illustreert dat ze een eigenheid bezitten (...) » ; nous soulignons) ; Bruxelles, 21 février 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 195 (modèle de sac à mains).
205. Anvers, 18 octobre 2005, *I.R.D.I.*, 2006, p. 31 (modèles de montures de lunettes).
206. Voir F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Handboek Merkenrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 90.
207. *Ibid.*, p. 194.
208. « (...) Een beginsel zoals « verwatering » of « inburgering » bestaat evenwel niet in het auteursrecht (...) ».



iii. Conclusion : convergences et divergences

47. A nouveau, l'examen comparé permet de mettre en évidence une certaine **convergence**, à savoir que les contraintes externes qui s'imposent au créateur – appréciées ici principalement à travers les tendances de la mode – sont pertinentes dans l'appréciation de l'existence d'une protection du droit des dessins et modèles, comme du droit d'auteur.

48. Ici toutefois, les **divergences** sont décisives en raison (à nouveau) du **point de vue** d'où il convient de se placer, s'agissant de l'impact des contraintes externes considérées, et qui distingue de manière radicale l'un et l'autre droit.

En effet, en droit des dessins et modèles il est de jurisprudence constante que les tendances de la mode, ainsi qu'une éventuelle saturation de l'état de l'art, ne peuvent être considérées comme limitant le degré de liberté du créateur. Plutôt, elles affectent la perception de l'utilisateur averti. Ainsi, elles l'amènent respectivement à « n'accorde[r] qu'une attention limitée aux éléments qui sont totalement banals et communs à tous les exemples du type de produit en cause et [à] se concentrer sur les caractéristiques qui sont arbitraires ou qui diffèrent de la norme »²⁰⁹ ou alors à être « plus sensible aux différences de détail »²¹⁰.

Il n'y a rien de semblable en droit d'auteur où c'est bien dans le cadre de l'appréciation des choix libres et créatifs, envisagés exclusivement dans le chef de l'auteur, que les tendances de la mode sont prises en considération. Le point de vue d'un public externe n'intervient en aucune manière dans l'appréciation de l'originalité et rien ne permettrait de justifier qu'il en aille autrement eu égard à sa définition comme la « création intellectuelle propre à l'auteur ».

Cette différence conceptuelle entraîne des conséquences concrètes diamétralement opposées dans l'un et l'autre droit. En droit des dessins et modèles, la contrainte externe, à mesure qu'elle se renforce, entraîne par hypothèse une appréciation sensiblement plus relâchée de l'impression visuelle globale entre les antériorités qui composent l'état de l'art et une création pour laquelle une protection serait revendiquée, allant même jusqu'à permettre de conférer à cette dernière un caractère individuel auquel elle n'aurait pu prétendre à défaut de saturation dudit état de l'art. Cette résurgence d'une possibilité de protection est inconcevable en droit d'auteur, où l'on ne saurait admettre qu'une forme considérée non

originale en l'absence d'un état de saturation de l'état de l'art puisse se voir reconnaître ultérieurement une quelconque originalité une fois atteint cet état de saturation. Tout au contraire, dans l'hypothèse d'un cumul de protection revendiqué, la reconnaissance d'un caractère individuel à raison d'une situation de saturation de l'état de l'art plaide selon nous à l'encontre voire à l'exclusion de toute originalité. Ceci vaut *a fortiori* si l'on admet avec nous que l'appréciation de la nouveauté et de l'impact des contraintes internes est plus stricte en droit d'auteur qu'en droit des dessins et modèles (voir *supra*).

Ainsi, on comprend sur ce point également que l'accès à la protection du droit des dessins et modèles est en principe plus aisé qu'à celle du droit d'auteur.

3. Conclusion critique : du cumul systématique à la systématisation des conditions du cumul

49. Si l'on devait résumer en quelques mots l'analyse comparée des conditions de la protection du droit d'auteur et des dessins et modèles, il serait possible de l'articuler tout entière autour d'une idée toute simple, à savoir que « tout est une question de point de vue ». En effet, ce qui démarque l'un et l'autre droit réside finalement presque entièrement dans ce que le critère de l'originalité est apprécié du point de vue de l'auteur, tandis que ceux de la nouveauté et du caractère individuel convoquent de manière combinée les points de vue du créateur, de l'utilisateur averti et des milieux spécialisés. Ceci témoigne du fait que le droit des dessins et modèles, depuis l'origine, tient d'une approche orientée vers le marché, là où le droit d'auteur est tout entier tourné vers le créateur²¹¹.

Ainsi tant s'agissant du rôle des antériorités, des contraintes internes et des contraintes externes (conventionnelles), pertinents dans l'un et l'autre droit, l'examen comparé révèle sans doute possible qu'ils sont plus susceptibles de contredire l'originalité plutôt que le caractère individuel.

50. Comment alors comprendre que d'aucuns puissent envisager un certain alignement entre les conditions d'accès à la protection des deux droits, favorisant les cas de cumul ? Vraisemblablement, c'est aussi une question de point de vue qui distingue nos conclusions de celles de cette doctrine, certes particulièrement autorisée, mais qui ne semble pas voir les

209. Voir *supra*, note 160.

210. Voir *supra*, note 167.

211. A. KUR, *op. cit.* (note 19), pp. 294-295 (« (...) on an imaginary horizontal line connecting the creator (author/designer), the creation (work/design) and the public, the accent in copyright lies on the first sector of the line, that is, on the personal relationship between author and work. In design law, however, the focus lies on the second sector, that is, on the communication relationship established between the design and the public. Thus, different from copyright, in design law it is crucial for assessing protectability whether the design is capable of establishing that relationship. It is the market perspective that matters, and not the extent to which the design constitutes the personal expression of an individual author »).



forces à l'œuvre au niveau de la C.J.U.E.²¹². En effet, en reliant l'analyse des conditions de la protection des différents droits de propriété intellectuelle à la durée de ceux-ci, approche qui a mené à un rejet généralisé de la théorie de la multiplicité des formes en droit des marques, des dessins et modèles puis du droit d'auteur²¹³, la C.J.U.E. s'inscrit dans une approche systématique de la matière. Or cette approche peut certainement se revendiquer de celle, systématique également, du droit de la propriété intellectuelle à travers le prisme des droits fondamentaux, qui commande d'assurer un « **juste équilibre** » entre ceux-ci lorsqu'ils entrent en conflit^{214 215}.

De manière schématique dans la matière qui nous occupe, le conflit oppose principalement, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle du titulaire, garanti par l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, les libertés d'expression, des arts et d'entreprise des tiers, garantis par les articles 11, 13 et 16 de ce même instrument.

Il semble ressortir des derniers développements de la C.J.U.E. s'agissant de la notion de « juste équilibre » en droit d'auteur que celui-ci doit être conceptuellement assuré dans le cadre même de la directive 2001/29/CE²¹⁶. La C.J.U.E. s'est exprimée explicitement en

ce sens en considération de l'agencement entre les droits de l'auteur et les exceptions²¹⁷ et l'on ne voit pas ce qui empêcherait d'extrapoler ce raisonnement à l'agencement entre conditions et durée de la protection, d'une part, et à l'appliquer dans la matière du droit des dessins modèles, d'autre part. Au contraire, cette extrapolation s'impose à raison de l'interprétation retenue par la C.J.U.E. de la Charte des droits fondamentaux et de son champ d'application²¹⁸. Son président rappelait encore tout récemment que « (...) Tant le droit dérivé de l'Union que le droit national mettant en œuvre le droit de l'Union doivent être interprétés conformément à la Charte. La Charte 'irradie' ainsi l'ordre juridique de l'Union »²¹⁹.

51. Or, à suivre cette logique d'un « juste équilibre » dans l'architecture du droit considéré, dès lors que le droit d'auteur offre une protection de très longue durée, emportant de ce fait une restriction importante des libertés des tiers, son accès doit logiquement être conditionné plus sévèrement que l'accès au droit des dessins et modèles qui, en raison d'une durée de protection significativement plus courte, restreint dans une plus faible mesure lesdites libertés²²⁰.

Certes, l'analyse doit être bien plus raffinée dans la mesure où l'examen complet suppose la prise en considération de l'ensemble des éléments constitutifs

212. Ainsi que nous l'avions souligné par ailleurs, les commentateurs de l'arrêt *Cofemel* n'ont fait absolument aucun cas de la référence faite par la C.J.U.E., aux points 38-39 de son arrêt, à l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte DFUE), voir J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), p. 638 et les références citées. L'impact de la Charte des droits fondamentaux sur l'analyse contemporaine de droit de l'UE par la C.J.U.E. est pourtant clairement assumé, notamment par son président, voir encore récemment K. LENAERTS, « La Charte dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Cah. dr. europ.*, 2021, pp. 29-54. Ainsi que nous le développerons dans les lignes qui suivent et contrairement à l'avis de certains, il nous paraît donc bel et bien qu'il existe dans la jurisprudence de la C.J.U.E. à la fois le fondement normatif et les outils interprétatifs permettant d'assurer une cohérence entre les régimes juridiques du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles dans le cadre d'une interprétation systématique, *contra* : T. ENDRICH-LAIMBÖCK, « Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in *Cofemel* », *GRUR International*, 69(3), 2020, p. 269.
213. Voir J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), spéc. pp. 632-637.
214. *Ibid.*, pp. 637-643.
215. Sur le critère du « juste équilibre » dans la jurisprudence de la C.J.U.E., voir de manière générale J. CABAY et M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un 'juste équilibre' en droit d'auteur », in J. CABAY et A. STROWEL (coord.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions et interrogations*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 181-242. Pour une analyse approfondie des conditions de la protection et de la contrefaçon du droit d'auteur à la lumière de cette jurisprudence alors embryonnaire, voir J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, *op. cit.* (note 11). Pour analyse approfondie et récente d'un cas d'application particulier du critère du « juste équilibre », voir J. CABAY, « Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique ... », *op. cit.* (note 13), pp. 169-273.
216. Voir spéc. à l'origine C.J.U.E. (2^e ch.), 8 septembre 2016, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, C-160/15, EU:C:2016:644, pt. 31 (« (...) il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la 'Charte'), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général » ; nous soulignons). Voir encore récemment C.J.U.E. (gr. ch.), 22 juin 2021, *Frank Peterson c. Google LLC e.a. et Elsevier Inc. c. Cyando AG*, aff. jointes C-682/18 et C-683/18, EU:C:2021:503, pt. 64.
217. Voir spéc. C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*, C-516/17, EU:C:2019:625, pt. 43 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, *Funk Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2019:623, pt. 58 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, *Pelham GmbH e.a. c. Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, EU:C:2019:624, pt. 60 (« (...) les mécanismes permettant de trouver un juste équilibre entre ces différents droits et intérêts sont inscrits dans la directive 2001/29 elle-même, en ce qu'elle prévoit notamment, d'une part, à ses articles 2 à 4, les droits exclusifs des titulaires de droits et, d'autre part, à son article 5, les exceptions et limitations à ces droits qui peuvent, voire doivent, être transposées par les États membres, ces mécanismes devant néanmoins être concrétisés par des mesures nationales de transposition de cette directive ainsi que par l'application de celle-ci par les autorités nationales » ; nous soulignons).
218. Voir C.J.U.E. (gr. ch.), 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, pt. 21 (« Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »).
219. K. LENAERTS, « La Charte dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op. cit.* (note 212), p. 32.
220. Comparer toutefois du postulat que l'on dénonce ici suivant lequel le seuil d'originalité serait peu élevé) E. DERCLAYE, « A Model Copyright/Design Interface : Not an Impossible and Undesirable Task », in E. DERCLAYE (ed.), *The Copyright/Design Interface – Past, Present, Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 449 (« A good working copyright/design interface also needs an adequate duration for both copyright and design rights. If the copyright term is too long, in a similar way as the level of originality being too low, it will undermine the design rights, and even if it does not have that effect because the interface criterion works well, the term makes copyright law arguably overprotective »).



de chacun de ces droits²²¹. Il n'est pas possible de la mener ici dans le détail. Qu'importe toutefois. Pour se convaincre du bien-fondé de notre analyse, il suffit de se concentrer sur l'élément décisif, à savoir la **comparaison du droit d'auteur avec le dessin et modèle communautaire non enregistré**. (Lequel, rappelons-le, n'est pas soumis à un régime différencié du droit enregistré pour ce qui concerne l'appréciation des conditions de nouveauté et de caractère individuel)²²².

Le rapprochement entre l'un et l'autre droit apparaît d'emblée lorsque l'on a égard au fait qu'ils ne protègent leur titulaire que contre la copie, et non la création indépendante, ce précisément en raison de l'absence d'enregistrement qui les caractérise et qui est de nature à entraîner une certaine insécurité juridique pour les tiers²²³ ²²⁴. Or, ainsi que l'a d'ailleurs souligné récemment l'Avocat général Saugmandsgaard Øe, cette insécurité juridique ne justifie pas seulement la limitation de l'étendue de la protection offerte par le dessin et modèle communautaire non enregistré – par comparaison avec le droit enregistré, qui offre une protection contre toute utilisation –, mais également sa durée de protection « relativement courte »²²⁵.

Eu égard à cette *ratio legis*, il n'apparaît pas concevable que les conditions d'accès au droit d'auteur – dont les conséquences sur les tiers se feront sentir jusqu'à septante ans après la mort de l'auteur, soit une durée « très significativement supérieure »²²⁶ – puissent être rencontrées d'une manière aussi aisée²²⁷ que celles du dessin ou modèle communautaire non enregistré – dont les conséquences de la protection, d'une durée de trois ans, sont sans commune mesure avec le droit d'auteur s'agissant de leur impact sur les tiers, spécialement leurs libertés d'expression, des arts et d'entreprise. La conclusion inverse accentuerait encore, par le truchement du droit d'auteur, cette insécurité juridique que le législateur aurait voulu limiter dans le cadre du droit des dessins et modèles communautaires non enregistrés. Partant, elle ne paraît pas compatible avec la recherche d'un « juste équilibre » au sein de l'architecture des droits considérés.

52. Et puisque les conditions de nouveauté et de caractère individuel sont identiques que le modèle soit enregistré ou non, que le titre enregistré peut être délivré sans aucun examen desdites conditions²²⁸ et qu'un dessin ou modèle enregistré est particulièrement

221. Conditions de la protection, conditions de la contrefaçon, droits, exceptions, durée. A notre avis, il n'existe pas de différences à ce point significatives entre l'un et l'autre droit s'agissant des conditions de la contrefaçon, sous réserve de la défense de la création indépendante qui ne peut être soulevée dans le cas d'utilisation d'un dessin ou modèle enregistré. Ceci est sans conséquence sur l'analyse que l'on mène ci-après dès lors qu'elle se concentre sur le dessin ou modèle communautaire non enregistré. S'agissant des droits, on relève que le droit de communication au public caractérise une protection plus large du droit d'auteur, ce qui renforce la conclusion à laquelle nous parvenons ci-après. S'agissant enfin des exceptions, si la liste de celles-ci apparaît comparativement plus restreinte en droit des dessins et modèles qu'en droit d'auteur, il n'en résulte pas pour autant qu'elle ménagerait des espaces de libertés singulièrement plus large dans le premier par rapport au second. Le libellé large des exceptions dans le cadre du premier couvre en réalité divers cas détaillés à un niveau de granularité plus fin dans le second.
222. Un auteur a soutenu que l'approche de la C.J.U.E. et de son Avocat général Szpunar dans l'affaire *Cofemel*, qui invite à limiter les cas de cumul, serait purement descriptive et ne pourrait en aucun cas être normative en raison des différences conceptuelles entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles. Au soutien de ces prétentions, il se base exclusivement sur une comparaison des régimes du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles enregistrés. A défaut de considérer également le droit non enregistré, son raisonnement est incomplet et les conclusions auxquelles il parvient ne peuvent être retenues, pour les raisons exposées dans les lignes qui suivent. Voir T. ENDRICH-LAIMBÖCK, *op. cit.* (note 212), p. 267 (« (...) partial cumulation is the concept describing the copyright/design interface de lege lata (...) how can the goal of partial cumulation influence interpretation? The straightforward answer: in no way. The reason lies in the lack of a step ratio between the protection requirements and consequently the scope of protection of both regimes. (...) copyright protects a design only against acts of copying, while design law grants absolute protection against any design producing the same overall impression. These are conceptual differences, not gradual ones. As a result of this conceptual difference, there can be no total cumulation, because in theory there can be designs that are protected under copyright law as parallel creations but lack the novelty required for design protection. On the other hand, design law can protect a design even in cases where copyright would fail because of parallel creation. As a result, partial cumulation exists independently of the 'level' of originality required for designs. Therefore, it makes little sense to consider the notion of partial cumulation to be a goal that must be achieved through the application of the originality criterion. In this respect, para. 52 of the judgment is not a normative, but merely a descriptive statement »).
223. Voir art. 19(2) du règlement n° 6/2002 : « Le dessin ou modèle communautaire non enregistré ne confère cependant à son titulaire le droit d'interdire les actes visés au paragraphe 1 que si l'utilisation contestée résulte d'une copie du dessin ou modèle protégé. L'utilisation contestée n'est pas considérée comme résultant d'une copie du dessin ou modèle protégé si elle résulte d'un travail de création indépendant réalisé par un créateur dont on peut raisonnablement penser qu'il ne connaissait pas le dessin ou modèle divulgué par le titulaire ». La Cour de justice a estimé que cette disposition vise à protéger le créateur de « bonne foi », voir C.J.U.E. (1^{re} ch.), 16 février 2012, *Celaya Empanaza y Galdos Internacional c. Proyectos Integrales de Balizamiento*, C-488/10, EU:C:2012:88, pt. 56. Il semble par ailleurs résulter du considérant 21 dudit règlement que c'est l'absence d'enregistrement qui constitue la *ratio legis* de cette disposition : « La nature exclusive du droit conféré par le dessin ou modèle communautaire enregistré correspond à la volonté de lui donner une sécurité juridique plus grande. En revanche, le dessin ou modèle communautaire non enregistré ne devrait conférer que le droit d'empêcher la copie. La protection ne peut donc s'étendre à des produits auxquels sont appliqués les dessins ou modèles qui sont le résultat d'un dessin ou modèle conçu de manière indépendante par un deuxième créateur (...) ».
224. Comparer récemment dans la jurisprudence belge, à propos du cumul des protections entre le droit d'auteur et le droit des brevets, Gand, 27 avril 2020, *Ing.-Cons.*, 2020, p. 731; *I.R.D.I.*, 2020, p. 158 (modèle de réceptacle de déjections canines ; « Hoewel een cumulatie van bescherming door het octrooirecht en het auteursrecht in beginsel mogelijk is, zijn de gevolgen voor de rechtszekerheid in dit verband niet onbelangrijk : de officiële openbaarheid die met betrekking tot een industrieel ontwerp wordt geeïst, stelt concurrenten in staat om met zekerheid te weten waar de grenzen van hun eigen industriële scheppingen liggen en tot wanneer zij beschermd zijn »).
225. Concl. Av. gén. H. Saugmandsgaard Øe présentées le 15 juillet 2021 dans l'affaire *Ferrari SpA c. Mansory Design & Holding GmbH et WH*, C-123/20, EU:C:2021:628, points 77-79.
226. C.J.U.E. (3^e ch.), 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721, pt. 50.
227. Outre le raisonnement tenu ici relatif à la substance des conditions de la protection, il ressort d'analyses statistiques qu'un dessin ou modèle communautaire non enregistré est particulièrement susceptible d'être considéré valide (dans 75,1 % des cas), voir O. CHURCH, E. DERCLAYE et G. STUPFLER, « An Empirical Analysis of the Design Case Law of the EU Member States », *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2019, p. 700.
228. Les conditions ne font pas l'objet d'un examen d'office, ni par l'EUIPO, ni par l'OBPI, et il n'existe pas de procédure d'opposition organisée à cet effet auprès desdits offices au profit des titulaires d'un droit antérieur. L'enregistrement d'un dessin et modèle qui ne satisfait pas à ces conditions peut toutefois être annulé auprès de l'Office compétent par tout intéressé, voir art. 25(1)(b) du règlement (CE) n° 6/2002 et art. 3.23(1)(b) de la CBPI. On relèvera toutefois que la Directive 98/71/CE laisse la faculté aux Etats membres de refuser à l'enregistrement les dessins et modèles qui ne satisfont pas auxdites conditions, voir l'article 11(1)(b).



susceptible d'être considéré valide²²⁹, la conclusion à laquelle l'on parvient vaut *mutatis mutandis* dans le cadre d'une comparaison entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles enregistrés. Elle vaut même *a fortiori* dès lors que le titre enregistré offre une protection renforcée : il permet de s'opposer à toute utilisation du dessin ou modèle, sans qu'il soit possible d'opposer la défense de la création indépendante ; il est d'une durée sensiblement plus longue ; et pour ce qui concerne spécialement le dessin ou modèle communautaire, il bénéficie encore d'un avantage procédural sous la forme d'une présomption de validité²³⁰.

A la lumière de l'analyse comparée des conditions de protection du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles et en considération de leur durée de protection respective, il s'impose dès lors de considérer que les conditions du premier doivent être significativement plus strictes que les conditions du second, ce en vertu du « juste équilibre » qui doit être assuré dans l'architecture interne de chacun de ces droits et qui en constitue le fondement normatif.

53. Alors certes, la conclusion ci-dessus ne permet pas de situer précisément, pour un modèle, le seuil d'accès à sa protection du droit d'auteur²³¹. Mais elle vient renverser l'idée que le cumul des protections du droit d'auteur et des dessins et modèles serait de règle et que la seule échappatoire résiderait dans une appréciation différenciée du droit d'auteur pour les œuvres des arts appliqués en comparaison avec les œuvres littéraires et artistiques en général²³². L'analyse montre que c'est en réalité le postulat sur lequel repose cette idée qui doit être revu, suivant lequel le

seuil d'originalité, de manière générale, serait peu élevé²³³. Un postulat dont nous avons démontré qu'il ne résiste pas à une analyse systématique de la matière, laquelle commande au contraire l'adoption d'un critère exigeant du choix « créatif »²³⁴.

Aussi revisitant la compréhension de l'arrêt *Cofemel* de la C.J.U.E. et des conclusions de l'Avocat général Szpunar dans cette affaire, on comprend que la solution à tous les maux du cumul tient simplement dans une application « rigoureuse » du droit d'auteur. En effet, le « cumul ne saurait être envisagé que dans certaines situations »²³⁵, à savoir lorsque le modèle répond en outre aux conditions plus strictes du « droit d'auteur de droit commun en vertu de la directive 2001/29 »²³⁶ et peut, à ce titre, être proprement qualifié d'« œuvre »²³⁷ des arts appliqués. L'interprétation retenue de ce passage de l'arrêt par l'avocat général Campos Sánchez-Bordona, dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Brompton*, s'impose ainsi avec force et délivre un message clair à l'adresse des juges nationaux :

« (...) il appartient à la juridiction nationale d'établir quand la situation soumise à son examen relève de « certaines situations » qui permettent le cumul de protections. Elle devra donc définir dans chaque cas l'équilibre entre la défense des droits de l'auteur et l'intérêt général » (nous soulignons)²³⁸.

54. En conclusion, si le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles se ressemblent et présentent, en apparence, de nombreuses convergences, il faut se garder de les assimiler²³⁹. Certes, il y a ci et là une impression de 'déjà vu'. Mais le diable est dans les

229. Suivant les analyses statistiques précitées, en dépit de l'absence d'examen *ex officio* des conditions de la protection, un dessin ou modèle est particulièrement susceptible d'être considéré valide par les juridictions compétentes et ces probabilités ne sont pas beaucoup plus élevées que pour un dessin ou modèle non enregistré (77,7 % en général ; 81,4 % pour ce qui concerne le dessin ou modèle communautaire enregistré), voir O. CHURCH, E. DERCLAYE et G. STUPFLER, *op. cit.* (note 227), p. 700 et 703.

230. Art. 85(1) du règlement (CE) n° 6/2002.

231. Lequel ne se distingue en réalité aucunement du seuil d'accès à la protection des autres œuvres.

232. Comp. A. KUR, « *Unité de l'art* is here to stay – *Cofemel* and its consequences », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 15(4), 2020, p. 296 (« (...) Design and copyright protection are different in their objectives and structure. However, in terms of results, they will coincide in a large number of cases, unless design objects claiming protection under copyright are subject to specific standards that do not apply to other work categories. Legal history and comparative analyses of currently existing legal regimes offer a plethora of examples for that hypothesis (...) »).

233. Or ce postulat doit être revisité ne serait-ce que parce que les rédacteurs de la Directive 98/71/CE et du règlement (CE) n° 6/2002, lorsqu'ils ont laissé la liberté aux Etats membres de fixer le degré d'originalité des œuvres des arts appliqués, n'en ont pas tenu compte. Comparer E. DERCLAYE, « A Model Copyright/Design Interface : Not an Impossible and Undesirable Task », *op. cit.* (note 220), pp. 427 (« (...) the Max Planck draft left the copyright/design interface untouched. The drafters thought that the Member States' copyright laws on the topic were too hard to reconcile, with which I can certainly agree. But they also thought that their proposed design system, which included an unregistered design right, would reduce the problem of the interface to nought. Hence it did not have to be resolved. Cumulation would exist in theory but not in practice. The Commission also wanted to leave copyright untouched and thought the need for copyright would diminish because of the Community registered and unregistered design rights. So both the Max Planck drafters and the Commission were rather naïve because it is clear (...) that if the copyright's level of originality is low, even if the design law is attractive, many designers will not use it since there is no need to register or, if designers register, their two rights will cumulate and they will obtain double protection, because of an unresolved interface »).

234. Au terme de l'analyse approfondie menée dans le cadre de notre thèse de doctorat, nous sommes parvenus à la conclusion que 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 de manière indépendante » (J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur...*, *op. cit.* (note 11), p. 616, n° 149).

Pour une actualisation de certains aspects de notre analyse, notamment à la lumière de la jurisprudence subséquente, voir J. CABAY, « L'originalité, entre *merger doctrine* et multiplicité des formes ... », *op. cit.* (note 23), pp. 617-650 ; J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement: Lessons from the CJEU », *op. cit.* (note 95), pp. 215-243 ; J. CABAY, « Petite théorie critique d'un indice pratique », *op. cit.* (note 96), pp. 220-226.

235. C.J.U.E. (3^e ch.), 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721, pt. 52.

236. Comparer C.J.U.E. (3^e ch.), 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816, pt. 44.

237. Comparer C.J.U.E. (gr. ch.), 13 novembre 2018, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, C-310/17, EU:C:2018:899, pt. 34.

238. Concl. Av. gén. M. Campos Sánchez-Bordona le 6 février 2020 dans l'affaire *SI et Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:79, pt. 56.

239. Certaines juridictions l'ont bien compris, voir p. ex. Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ing.-Cons.*, 2017, p. 808 (modèle de vêtement ; « (...) Evenwel dekken de be-grippen 'origineel' en 'eigen karakter' niet dezelfde lading. Het gaat om twee verschillende concepten met eigen betekenis, die ook afzonderlijk moeten worden getoetst »).



détails. Aussi, dans une jurisprudence saturée de petites monnaies et qui a tout du « bestiaire »²⁴⁰, il s'impose certainement d'être particulièrement attentif à ces détails et de tenir compte des divergences profondes qui en découlent. Les juridictions qui, confrontées à des objets utilitaires émergeant potentiellement aux deux régimes de protections, adoptent un critère strict de l'originalité ne doivent donc pas être blâmées²⁴¹, mais au contraire saluées. Sous quelques réserves, elles porteront bien souvent la marque d'une

approche systématique du droit de la propriété intellectuelle, plus conforme à cette recherche d'un « juste équilibre ». Une recherche d'équilibre qui s'impose *in concreto* au juge national, conformément à l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux par la C.J.U.E.²⁴². Un équilibre subtil que l'on se gardera encore, une fois atteint dans le domaine de la propriété intellectuelle, de perturber à nouveau par des voies détournées²⁴³.

240. Voir les références citées à l'appui de notre critique de la jurisprudence et de notre plaidoyer en faveur d'une révision à la hausse du critère de l'originalité, J. CABAY, « Mort ou résurrection de l'auteur ? A propos de l'intelligence artificielle et de la propriété intellectuelle », *Rev. dr. ULg.*, 2019, p. 185.
241. Il nous paraît d'ailleurs que ces critiques sont inspirées de considérations étrangères à la *ratio legis* du droit d'auteur, voir p. ex. J. MUYLDERMANS, « De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen », note sous Bruxelles, 26 juin 2012, *I.R.D.I.*, 2013, pp. 113-120 (qui conclut qu'en dépit de ces quelques décisions plus sévères dans la jurisprudence belge, « [o]ver het algemeen echter zal de rechtspraak niet struikelen om auteursrechtelijke bescherming toe te kennen aan gebruiksvoorwerpen die een minimum aan creativiteit vertonen. Zodoende is de zoektocht naar investeringsbescherming in België al bij al veiliggesteld » ; nous soulignons).
242. Voir K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (éd.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, p. 245 (« (...) la façon dont un conflit entre droits fondamentaux est résolu *in concreto* n'incombe pas au droit de l'Union, mais au droit national (...) »). Pour un renvoi exprès de cette tâche par la C.J.U.E. au juge national, voir spéc. (à propos de l'exception de « parodie » qui, comme l'« œuvre » constitue une notion autonome du droit de l'UE) C.J.U.E. (gr. ch.), 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, EU:C:2014:2132, points 27-33.
243. A titre d'appendice, on soulignera ainsi, dans un contexte où il est fait souvent appel au droit des pratiques du marché (voir *supra*, note 29) en complément des droits d'auteur, des dessins et modèles mais aussi des marques, que la théorie de l'« effet réflexe » des droits de propriété intellectuelle trouve un fondement solide dans la jurisprudence de la C.J.U.E. en matière de droits fondamentaux. Voir à ce sujet 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 (éd.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 39-80.

