

Dépens

Les parties échouant dans leur demande respective, les dépens d'appel seront compensés en ce que chacune supportera les siens.

PAR CES MOTIFS,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935.

LA COUR statuant contradictoirement ;

Reçoit l'appel ;

Confirme le jugement entrepris ;

Dit la demande incidente nouvelle de la SRL Luxoutside irrecevable ;

Compense les dépens d'appel en ce que chaque partie supportera les siens ;

Condamne la SRL Bozarc envers l'Etat belge, SPF Finances, au droit de mise au rôle de la requête d'appel, soit 400,00 EUR.

NOTE

Propriété intellectuelle et concurrence déloyale : le bon réflexe

Julien Cabay¹ et Bernard Vanbrabant²

1. A TITRE PRÉLIMINAIRE : EFFET RÉFLEXE ET MÉTHODOLOGIE

La question de l'effet réflexe des droits de propriété intellectuelle est discutée depuis de nombreuses années dans notre pays. Largement promue par Andrée PUTTEMANS dans sa thèse de doctorat publiée en 2000³, la théorie de l'effet réflexe a depuis lors trouvé des partisans, dont nous sommes.⁴ Le principe a toutefois fait par ailleurs l'objet de vives critiques, avec pour cible préférée ces dernières années⁵ la règle de l'effet réflexe formel déposée dans l'article 2.19 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (CBPI).⁶

La question ne fait en réalité pas l'objet de débats, mais s'apparente plutôt à une querelle. Suivant un commentateur, il y aurait « une opposition latente entre l'académie et le barreau »⁷, laissant sous-entendre une opposition supposée entre les théoriciens déconnectés de la réalité et les praticiens sur le terrain.

1. Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, directeur du JurisLab, chargé de cours à l'Université de Liège.
2. Avocat au Barreau de Bruxelles, chargé de cours à l'Université de Liège, collaborateur scientifique à l'Université Libre de Bruxelles (JurisLab).
3. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 13 : « Selon moi, la règle de l'effet réflexe, sorte d'effet de miroir ou même boomerang, veut, en matière de propriété intellectuelle, qu'une création intellectuelle ou un signe distinctif ne puisse bénéficier, par la seule application de dispositions générales (comme celles qui régissent la responsabilité civile ou la concurrence déloyale), et en dehors des conditions d'application de la législation spécifique, d'une protection équivalente ou comparable à celle qui est organisée par cette législation spécifique. En effet, une disposition spéciale peut, telle une ombre portée, posséder un effet juridique qui, dépassant le champ d'application de cette disposition, diminue le champ d'application d'une autre norme. »
4. Formant, suivant la formulation de l'un des auteurs de la présente contribution, une « Ecole de l'ULB », voy. B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », *I.R.D.I.*, 2022, p. 256.
5. Voy. p. ex. A. HALLEMANS, « De reflexwerking van het Benelux merkenrecht t.a.v. het Unieverdrag van Parijs », *I.R.D.I.*, 2011, pp. 226 et s. ; D. NOESEN, « Verplichte registratie van een teken als merk om bescherming in te roepen ? De (nog steeds) moeilijke toepassing van artikel 2.19 BVIE », *R.A.B.G.*, 2020, pp. 1641-1644 ; T. DE HAAN, « Une entrave à la protection de la concurrence déloyale : qu'en penserait la Cour de justice de l'Union européenne ? », *I.C.I.P.*, 2022, p. 746 ; A. HALLEMANS, « De onwettigheid van het principe 'geen bescherming zonder merkinschrijving' uit artikel 2.19.1. BVIE », *Bull. BMM*, 2015/1, pp. 31-35 ; P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *I.C.I.P.*, 2020, pp. 688-697 ; P. MAYAERT, « Bescherming tegen lookalikes : een pleidooi voor schrapping van art. 2.19 BVIE », in *Liber Amicorum Michel Flamée*, 2017, pp. 105-122 ; N. CLAREMBEAUX, « Artikel 2.19 BVIE, doordeweekse dorpsruzie in de interne markt of blijvende stoorzender ? », *Bull. BMM*, 2023/2, pp. 107-119. Comp. B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », *o.c.*, pp. 256 et s.
6. « A l'exception du titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6bis de la Convention de Paris, nul ne peut, quelle que soit la nature de l'action introduite, revendiquer en justice un signe considéré comme marque, au sens de l'article 2.1, sauf s'il peut faire valoir l'enregistrement de la marque qu'il a demandée. »
7. P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *o.c.*, p. 688.

Outre le fait que cette vision ne rend pas compte de la réalité⁸, elle ne repose à notre avis pas sur le bon critère de distinction. En effet, ce n'est vraisemblablement pas l'appartenance à l'un ou l'autre corps qui distinguerait la prise de position des uns et des autres, mais bien leur positionnement épistémologique.⁹

En effet, l'académique doit s'efforcer de respecter le principe de « neutralité axiologique ».

Suivant ce principe méthodologique essentiel,

« Faire de la science du droit, qu'il s'agisse ou non de technique juridique, c'est donc observer et décrire la réalité juridique de manière neutre et impartiale. L'intérêt, voire la passion que l'on peut porter à son sujet d'étude, ne doit pas déteindre sur le traitement de ce sujet, lequel doit rester aussi rationnel, froid et objectif que possible. »¹⁰

A l'inverse, l'avocat est « déontologiquement partial », puisqu'aux termes de son serment, il lui revient de conseiller ou de défendre la cause de son client, une cause qu'il croit « juste en son âme et conscience ».¹¹

Evidemment, l'académique peut manquer au principe de neutralité axiologique, tout comme le membre du barreau peut s'y tenir sans aucunement trahir son serment. Il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, d'un idéal que l'on s'efforce de poursuivre.

Académiques et membres du barreau prennent donc allègrement la plume pour se prononcer sur le bien-fondé de cette règle de l'effet réflexe. Les opinions opposées se côtoient dans les mêmes revues et ouvrages juridiques, mais le dialogue peine à s'installer. Ceci est regrettable. D'autant plus regrettable que lorsque l'on examine de plus près les contributions des contempteurs de l'effet réflexe, « représentants » donc du barreau, l'on est en droit de s'interroger sur les relations qu'ils entretiennent avec ledit principe.

Par exemple, alors qu'il y a peu l'on critiquait encore cette règle de l'effet réflexe formel en « plaidant pour son abrogation »¹² ou en évoquant son « extinction » sous la forme interrogative¹³, voilà que désormais sa mort est « annoncée »¹⁴ par un faux avis de décès, en commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation qui n'en dit pourtant rien, seule l'avocate générale ayant estimé que certains des arguments du demandeur allant dans le sens d'une éventuelle contradiction avec le droit de l'Union européenne étaient très forts (« zeer sterke argumenten »). Ce alors même que, ainsi que nous l'avons montré, une interprétation littérale, systématique et téléologique (pratiquées par la Cour de justice de l'Union européenne, suivant une jurisprudence constante) permettraient de conclure qu'il n'en est rien.¹⁵ Nous y reviendrons longuement dans les lignes qui suivent.

De même, il est regrettable que l'on fasse tant de cas de l'article 10bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle¹⁶, alors que nous avons montré que l'effet réflexe n'y était pas contraire.¹⁷ Plus encore, nous avons montré que, s'agissant d'une convention internationale à laquelle l'Union européenne n'est pas elle-même partie, les obligations qui en découlent pour les Etats membres sont soumises au droit de l'Union (et non l'inverse), notamment le respect des droits fondamentaux qui, à

8. D'une part, une série des théoriciens ici visés sont (ou ont été) par ailleurs praticiens. D'autre part, la théorie n'est pas nécessairement déconnectée de la pratique, spécialement suivant l'approche pragmatique de l'Ecole de Bruxelles, qui caractérise aujourd'hui encore pour une bonne part l'enseignement et la recherche en Faculté de droit à l'ULB. On relève en outre qu'une partie du monde académique s'oppose également à la règle de l'effet réflexe déposée à l'art. 2.19 CBPI ; voy. G. STRAETMANS et H. VANHEES, « Vorderen op grond van het merken- en auteursrecht en wegens parasitaire concurrentie » (note sous Anvers, 23 juin 2021), *R.D.C.*, 2022/4, pp. 523-527.

9. J. CABAY, « *Amicus academiae* », *Forum, Barreau de Bruxelles*, 2023, n° 297, pp. 17-18.

10. O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, 3^e éd., Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2017, pp. 118-119.

11. Art. 429 C. jud.

12. P. MAYAERT, « Bescherming tegen lookalikes : een pleidooi voor schrapping van art. 2.19 BVIE », o.c., pp. 105 et s.

13. P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », o.c., pp. 688 et s.

14. T. HEREMANS, « De aangekondigde dood van de regel 'Geen bescherming zonder merkinschrijving' van artikel 2.19 BVIE », *I.R.D.I.*, 2023/3, p. 271.

15. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le 'juste équilibre' », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 71-77.

16. « 1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. 3) Notamment devront être interdits :
i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;
ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;
iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. »

17. 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' », o.c., pp. 68-70 ; B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », o.c., pp. 262-263 ; B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, t. I, 2016, pp. 376-380.

notre avis, justifient la théorie de l'effet réflexe.¹⁸

L'on trouve plus problématique encore l'appui constant de cette doctrine sur un *obiter dictum* d'un arrêt *Lego* de la C.J.U.E.¹⁹, complètement décontextualisé et dont nous avons déjà montré qu'il ne peut, une fois replacé dans son contexte, avoir la portée qu'on entend lui donner.²⁰

La critique sera plus verte encore face à la tentative de voir dans la règle procédurale contenue dans l'article 2.19 de la CBPI (à savoir une fin de non procéder en cas de défaut d'enregistrement de la marque²¹) une incompatibilité avec la Charte des droits fondamentaux, sans analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière²² (qui, ainsi que nous l'avons montré, permet de conclure en sens inverse²³) et surtout, sans rendre compte du cadre juridique Benelux dans son ensemble (la cause d'irrecevabilité prévue à l'art. 2.19 de la CBPI pouvant être couverte par l'enregistrement de la marque, même en cours d'instance, en application de l'art. 4.5, al. 2, CBPI²⁴).

L'on peut évidemment admettre que chacun défende une position qu'il pense souhaitable (ou « juste en son âme et conscience ») et mobilise les arguments qui viennent au soutien de sa thèse, dans les prétoires comme dans les revues et ouvrages juridiques. Mais lorsque cette position est exprimée dans ces derniers, afin d'éviter le « risque de confusion » chez le lecteur moyen, l'auteur ne plaide plus ; il fait de la science du droit. Il se doit alors de respecter le principe de neutralité axiologique. Celui-ci implique notamment que « (...) chaque auteur devra ainsi être parfaitement soucieux de traiter et de réfuter méthodiquement tous les arguments ou les éléments qui ne cadrent, *a priori*, pas avec la thèse qu'il défend. A l'inverse, un auteur qui ne peut ou ne veut pas prendre en compte le point de vue opposé à sa thèse ne pourra prétendre respecter le principe de neutralité axiologique. Une infraction plus évidente encore serait observée si on cachait sciemment une source qui ne cadre pas avec son propre raisonnement ».²⁵

Or, on a beau lire et relire cette doctrine critique de l'effet réflexe, on ne trouve trace des arguments développés par celles et ceux qui, comme nous, la défendent. Sur les différents points soulevés ci-dessus, il n'y a en réalité pas de débat, mais un silence assourdissant.

Ces principes méthodologiques ne sont pas l'apanage des théoriciens. Ils s'adressent en réalité à tous les praticiens du libre examen. Aussi, à titre liminaire, nous plaçons pour que cesse cette querelle des anciens et des modernes (dont on ne sait d'ailleurs qui est qui²⁶) et qu'un véritable débat ait lieu, dans le respect des principes censés encadrer la science du droit. L'enjeu est trop important, comme nous le verrons dans la suite de cette contribution.

18. 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' », o.c., pp. 58-61 et pp. 70-71. *Addé* : la question de savoir si l'Union européenne dispose désormais d'une compétence exclusive dans les matières régies par la Convention de Paris, que nous avons discutée alors à la lumière de l'arrêt *Daiichi Sankyo* (18 juillet 2013, C-414/11, EU:C:2013:520) et de l'avis 3/15 (14 février 2017, EU:C:2017:114) de la C.J.U.E., n'est toujours pas tranchée. Dans un *obiter dictum*, la Cour de justice a récemment esquivé la question, estimant pouvoir trancher sans se prononcer sur ce point (27 février 2024, C-382/21 P, *EUIPO / The KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR*, EU:C:2024:172, pt. 59). On relèvera toutefois que dans cet arrêt, en s'appuyant sur l'Accord sur les ADPIC auquel l'UE est partie, la C.J.U.E. a estimé que le Tribunal a commis une erreur de droit en écartant l'application de l'art. 41, 1., du règlement n° 6/2002 au profit d'une application directe de l'art. 4 de la Convention de Paris (ces dispositions sont relatives au droit de priorité pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés). Les enseignements de cet arrêt ne sont toutefois pas décisifs pour ce qui concerne les rapports entre le droit dérivé de l'UE dans le domaine de la propriété intellectuelle et l'art. 10bis de la Convention de Paris.
19. C.J.U.E., 14 septembre 2010, C-48/09 P, *Lego / OHMI*, EU:C:2010:516, pt. 61 : « Dans ces conditions, la situation d'une entreprise ayant développé une solution technique à l'égard de concurrents mettant sur le marché des copies serviles de la forme de produit incorporant exactement la même solution ne saurait être protégée en conférant un monopole à ladite entreprise par l'enregistrement en tant que marque du signe tridimensionnel constitué par ladite forme, mais peut, le cas échéant, être examinée à la lumière des règles en matière de concurrence déloyale. Un tel examen n'est cependant pas l'objet du présent litige. »
20. Nous y reviendrons *infra*. Voy. par ailleurs 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' », o.c., pp. 52-54.
21. Voy. B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », o.c., p. 259, note 49.
22. Voy. de manière générale sur cette jurisprudence : J. CABAY et M. LAMBERT, « 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 (coords.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interrogations et interrogations*, Bruxelles, Larquier, coll. UB3, 2019, pp. 181-242.
23. 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' », o.c., pp. 57-68.
24. « L'irrecevabilité qui découle du défaut d'enregistrement du dépôt de la marque ou du dessin ou modèle est couverte par l'enregistrement ou le renouvellement de la marque ou du dessin ou modèle, effectué en cours d'instance. »
25. O. CORTEN, o.c., p. 126.
26. Comp. P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », o.c., p. 697 (contempteur de la règle de l'effet réflexe, il propose de consacrer une « lecture moderne » de l'art. 2.19 CBPI) ; 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' », o.c., p. 77 (où nous soulignons que si le risque de confusion était initialement au centre du droit de la concurrence déloyale, il s'est depuis lors raffiné pour se trouver désormais au cœur des législations modernes dans les domaines de la propriété intellectuelle et de la protection des consommateurs).

2. « IL PEUT ÊTRE DONNÉ À L'EFFET RÉFLEXE DE FOND UNE PORTÉE GÉNÉRALE », SELON LA COUR D'APPEL DE LIÈGE

Le titulaire d'un modèle enregistré qui voit celui-ci *annulé* peut-il se fonder sur d'autres moyens de droit pour faire obstacle à ce qu'il considère comme des copies ou des imitations dudit modèle ? La réponse apportée par la cour d'appel de Liège à cette question est, à notre connaissance, inédite, soulignant par ce seul fait l'intérêt de la décision commentée. Mais c'est sans compter le raisonnement qui, plus encore, mérite que l'on s'y attarde.

On sait que la forme de produits peut être originale et constituer de ce fait une œuvre des arts appliqués protégée par le droit d'auteur²⁷, ou à ce point divergente de la norme ou des habitudes du secteur qu'elle est dotée d'un pouvoir distinctif permettant d'en demander la protection en tant que marque.²⁸ Il s'agit là toutefois de standards assez élevés²⁹ dont on peut raisonnablement considérer qu'ils n'étaient pas atteints dans le cas ayant donné lieu à l'arrêt annoté.³⁰ Celui-ci concernait en effet un abri pour voitures (« car-port ») composé d'une toiture en polycarbonate translucide et courbée reposant sur des piliers en aluminium ou fixée pour partie à un mur, abri dont la cour d'appel constate qu'il est « *peu ou prou identique, compte tenu des contraintes fonctionnelles qui s'imposent au concepteur de ce type de produit, à de nombreux modèles commercialisés par des concurrents, tant en Belgique qu'à l'étranger* ». Ne pouvant davantage se fonder sur la protection de son auvent à titre de modèle non enregistré³¹, c'est dans le droit de la concurrence déloyale que la société Bozarc, appelante et demanderesse originaire, a cherché son salut.

A ce titre, Bozarc invoquait premièrement ce qu'il est convenu d'appeler la théorie du « parasitisme » : elle reprochait à son adversaire, Luxoutside, « *le copiage servile du look & feel, de l'impression globale (des) abris à toit courbé et translucide (...) se traduisant notamment par l'intention du copieur de transférer l'image et les caractéristiques positives du produit copié à son propre produit* », soulignant qu'« *il est question de parasitisme ou d'accrochage illicite si le copieur se met dans le sillage du produit copié, dans le but de pouvoir profiter de sa réputation, sa renommée et son attractivité et afin de pouvoir profiter, sans compensation financière, des investissements commerciaux qui ont été déployés pour créer et maintenir l'image du produit* ».³²

La cour d'appel de Liège rétorque que, selon l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation³³, « *le vendeur qui, sans s'être livré lui-même à un effort créatif, tire directement avantage d'importants efforts ou investissements consacrés par un autre vendeur à une création ayant une valeur économique, ne commet pas par là même un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale* ». S'appuyant sur le commentaire consacré par A. PUTTEMANS à cet important arrêt, la cour d'appel de Liège fait sienne, sans ambiguïté, la théorie de l'effet réflexe des lois de propriété intellectuelle, selon laquelle « *une création intellectuelle ou un signe distinctif ne peut bénéficier, par la seule application de dispositions générales (telles que celles qui*

27. C.J.U.E., 12 septembre 2019, C-683/17, *Cofemel / G-Star Raw*, ECLI:EU:C:2019:721, pts. 49-52.

28. C.J.U.E., 7 mai 2015, C-445/13 P, *Voss of Norway / OHMI*, ECLI:EU:C:2015:303, pts. 90-92.

29. Pour le droit d'auteur, voy. en particulier J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », *D.A.O.R.*, 2022, pp. 57 et s.

30. Comp. Anvers, 6 janvier 2021, *N.J.W.*, 2021, p. 835, note S. GEIREGAT (refusant l'originalité de car-ports).

31. Plus de 3 années s'étant écoulées depuis la divulgation des modèles. L'on aurait pu s'interroger si, malgré l'annulation de l'enregistrement d'un dessin ou modèle, il ne serait pas possible d'invoquer la protection à titre de dessin ou modèle non enregistré, pour la brève durée prévue par l'art. 11 du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires, lorsque, comme en l'espèce, l'annulation résulte de la divulgation dudit dessin ou modèle par le déposant lui-même en dehors du délai de grâce. Il semble toutefois qu'il faille apporter à cette interrogation une réponse négative. En effet, l'art. 26, 1., du règlement (CE) n° 6/2002 prévoit qu'« *[u]n dessin ou modèle communautaire est réputé n'avoir pas eu, dès l'origine, les effets prévus par le présent règlement, dès lors qu'il a été déclaré nul* ». A notre avis, cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'un dessin ou modèle annulé ne peut avoir aucun des effets prévus par le règlement, en ce compris ceux qu'il aurait pu avoir en l'absence d'enregistrement (et d'annulation). Eu égard à l'objectif d'information des tiers poursuivi par l'enregistrement (voy. *infra*), il serait contradictoire de ne pas leur permettre de considérer qu'ils disposent d'un++e liberté d'exploitation sur la base de l'information, publiée dans le registre (voy. suivant le cas l'art. 53, 3. ou 86, 4. du règlement), suivant laquelle un dessin ou modèle communautaire enregistré a été annulé. Par ailleurs, il va de soi que si le dessin ou modèle est affecté d'un défaut de nouveauté ou d'aspect individuel tant au moment de la demande d'enregistrement que de la divulgation, aucune protection n'est possible au titre du droit spécial des dessins et modèles.

32. Sur la théorie du parasitisme, voy. en particulier G. LONDERS, « Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken », in J. STUIJK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, pp. 192 et s. Pour une bibliographie plus complète, voy. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, o.c., note 1046, p. 252. Plus récemment, voy. p. ex. A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd? », *R.W.*, 2011-2012, p. 1046 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de 'parasitisme' redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques » (note sous Bruxelles, 21 octobre 2013), *Ann. Prat. Marché*, 2013, p. 943 ; H. VANHEES et G. STRAETMANS, o.c., pp. 515-528.

33. Cass., 29 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1374 ; *A&M*, 2009, p. 534 ; *Ann. prat. comm.*, 2009, p. 325, note H. DE BAUW ; *R.D.C.*, 2010, p. 773 ; *N.J.W.*, 2010, p. 154, obs. R. STEENNOT ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 3, note A. CLERENS et *R.W.*, 2010-2011, p. 1561, note D. MERTENS ; cf. aussi A. PUTTEMANS, « Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 13 et s.

régissent la concurrence déloyale) et en dehors des conditions d'application de la législation spécifique, d'une protection équivalente ou comparable à celle qui est organisée par cette législation spécifique ».³⁴

En d'autres termes, lorsque ce qui fait l'objet d'une imitation correspond précisément à ce que permet de protéger un droit de propriété intellectuelle – *in casu* l'apparence d'un produit que lui confèrent les caractéristiques de ses lignes, contours et matériaux – mais que cette protection spéciale ne peut être invoquée pour l'un ou l'autre motif particulier (condition de protection non remplie, expiration de l'enregistrement, limitation du droit exclusif), il ne se conçoit pas de contourner cet obstacle en recourant au concept général de l'acte contraire aux usages honnêtes du commerce et aux dispositions qui l'interdisent.³⁵ Il s'agit tout simplement de conférer un effet utile aux règles qui définissent les contours de la propriété intellectuelle et de prendre en compte le postulat de rationalité du législateur : à quoi bon définir des conditions de protection toujours plus précises, apporter des exceptions aux prérogatives des titulaires de droits ou prévoir une durée de protection limitée au profit du domaine public si ces équilibres subtils peuvent être rompus en recourant à une disposition attrape-tout dont le but premier n'est, qui plus est, pas la protection de la création et des investissements porteurs d'innovation ?

L'article 10bis de la Convention de Paris – qui fondait la thèse de Bozarc –, comme les réserves figurant au considérant (40) de la directive (UE) n° 2015/2436 sur les marques³⁶ ou au considérant (31) du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires³⁷ – autre soutien à la thèse du demandeur – sont formulés en des termes si généraux qu'ils n'imposent pas de sanctionner, au titre du droit de la concurrence déloyale, toute copie servile, tout « transfert d'image », tout emprunt au « look & feel » d'un objet, tout profit tiré de la réputation, la renommée ou l'attractivité d'un produit, toute navigation dans le sillage d'autrui. Hors du champ des propriétés intellectuelles nommées, ces concepts sont à bannir si l'on veut maintenir une portée effective au principe de la *liberté de copie* (procédant rappelons-le des libertés d'entreprise³⁸ et d'expression³⁹) et garantir la *cohérence* du système de la propriété intellectuelle.⁴⁰

Les contempteurs de la théorie de l'effet réflexe, qui tiennent celui-ci pour contraire au droit de l'Union européenne et pensent trouver dans ces textes quelques fondements à leur prétention, ne tiennent toutefois aucun compte des principes d'interprétation systématique et téléologique chers à la Cour de justice.⁴¹ Il en va tout autrement de la cour d'appel de Liège, qui repousse entièrement leur argumentation en interprétant ces mêmes textes d'une manière bien plus fidèle à leur économie générale et partant, aux principes d'interprétation éprouvés en droit de l'UE.

La cour d'appel de Liège reprend en effet les développements de la doctrine, qui a de longue date distingué entre un effet réflexe « formel » et un effet réflexe « de fond »⁴² ou « matériel ».⁴³ Le premier est clairement consacré dans le droit Benelux, à travers la règle procédurale déposée à l'article 2.19 de la CBPI, tandis que le second, déduit de la liberté de copie, est l'objet d'âpres débats doctrinaux (avec leurs échos jurisprudentiels) qui tournent essentiellement autour de la portée à donner à l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation.⁴⁴

En tant que telle, la règle de l'effet réflexe ne s'oppose pas à toute mobilisation du droit de la concurrence déloyale mais vient seulement limiter celle-ci, de sorte que pour la cour d'appel de Liège, elle se concilie avec les articles 10bis de la Convention de Paris et le considérant (31) du règlement (CE) n° 6/2002 sur

34. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, o.c., p. 13, n° 8 ; A. PUTTEMANS, « Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation », o.c., p. 24.

35. Art. 10bis de la Convention de Paris ; art. VI.104 CDE.

36. Directive (UE) n° 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (J.O. L. 336 du 23 décembre 2015, pp. 1-26) (« La présente directive ne devrait pas exclure l'application aux marques des dispositions du droit des Etats membres, autres que le droit des marques, telles que les dispositions relatives à la concurrence déloyale, à la responsabilité civile ou à la protection des consommateurs. »). D'aucuns voient dans ce texte une condamnation de l'effet réflexe formel du droit des marques tel que consacré à l'art. 2.19 de la Convention Benelux (voy. *infra*).

37. Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (J.O. L. 3 du 5 janvier 2002, pp. 1-24) (« Le présent règlement n'exclut pas l'application aux dessins ou modèles protégés par le dessin ou modèle communautaire des réglementations relatives à la propriété industrielle ou d'autres réglementations pertinentes des Etats membres, telles que celles relatives à la protection acquise par voie d'enregistrement ou celles relatives aux dessins ou modèles non enregistrés, aux marques commerciales, aux brevets et aux modèles d'utilité, à la concurrence déloyale et à la responsabilité civile. »).

38. Art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. II.3 CDE.

39. Art. 11 de la Charte.

40. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, o.c., pp. 321-322.

41. 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' », o.c., pp. 41 et s. spéc. p. 77.

42. Voy. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, o.c., p. 13, n° 9.

43. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, pp. 295-297 et pp. 308 et s.

44. Cass., 29 mai 2009, précité. Voy. de manière générale, A. PUTTEMANS, « Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 13 et s.

les dessins ou modèles communautaires. La cour d'appel de Liège conclut donc sans équivoque qu'« [i]l peut être donné à l'effet réflexe de fond une portée générale, c'est-à-dire comme devant s'appliquer à l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, à condition d'en saisir correctement les limites ». On ne peut qu'être d'accord avec cet énoncé.

Il faut donc bien insister sur la portée générale de l'effet réflexe consacré par l'arrêt annoté : au-delà du cas discuté en l'espèce de l'annulation d'un dessin ou modèle enregistré (pour défaut de caractère individuel⁴⁵), la règle de l'effet réflexe fait également obstacle à la protection, sur le fondement de la norme générale de loyauté, d'un dessin ou modèle tombé dans le domaine public⁴⁶, événement susceptible de se produire dès la quatrième année suivant la divulgation, lorsque le dessin ou modèle en question n'a pas fait l'objet d'un enregistrement (et ne présente pas l'originalité requise pour profiter de la protection du droit d'auteur), ou encore de dessins ou modèles imposés par la fonction technique ou d'interconnexion, au sens de l'article 8 du règlement (CE) n° 6/2002. Quant à ces dernières hypothèses, il apparaît que l'exclusion de la protection, autrement que par la voie du brevet, des formes imposées par la réalisation d'un effet technique traverse les frontières du droit de la propriété intellectuelle : on le retrouve également exprimé par la législation en droit des marques⁴⁷ et par la jurisprudence, fondée sur la notion d'originalité, en droit d'auteur.⁴⁸ Il serait particulièrement incohérent de protéger ce genre de forme par le détour de la concurrence déloyale.⁴⁹ Nous y reviendrons.

Cela étant, le droit de la concurrence déloyale n'est pas dépourvu de toute fonction dans la problématique de l'imitation de produits car la copie peut s'accompagner de circonstances dénotant un comportement contraire aux usages honnêtes du commerce⁵⁰: dénigrement, publicité mensongère ou autre pratique trompeuse, par exemple par rapport à la qualité des produits, obtention illicite de secrets d'affaires, etc. Encore faut-il, comme l'a fort bien souligné A. PUTTEMANS, que de tels actes soient extérieurs à la copie, qu'ils n'en constituent ni la condition nécessaire ni la conséquence inéluctable (économie de moyens, transfert d'image). A cet égard, l'arrêt annoté est également intéressant, en ce qu'il refuse d'admettre comme telles différentes circonstances accompagnantes avancées par Bozarc, circonstances qu'il estime tantôt inhérentes au droit de copier (caractère servile de la copie ; intention de copier⁵¹), tantôt non établies (copie de bons de commande), tantôt non pertinentes (relations contractuelles antérieures entre les parties⁵²).

Un acte d'accompagnement méritant une attention particulière est celui qui provoque le *risque de confusion*, cet archétype de la concurrence déloyale. Bozarc se prévalait, en l'espèce, de l'existence d'un tel risque et invoquait dès lors tant l'article 10bis, 3., 1°, de la Convention de Paris que les articles VI.97, 2°, VI.98, 1° et VI.100, 13°, du Code de droit économique (CDE). L'arrêt annoté écarte également ce grief, relevant que les abris de l'intimée sont vendus sous une marque verbale propre (« Ovalux ») qui se démarque nettement de « Bozarc » et qui est visible sur les abris eux-mêmes ; par ailleurs, les catalogues sont différents dans leur forme et leur présentation, tout comme les sites internet. En conclusion, « au-delà du seul fait de la copie qui n'est pas condamnable comme telle, Luxoutside ne cherche pas et n'entretient pas le risque de confusion entre ses produits et ceux de Bozarc lorsqu'ils sont offerts à la vente ». Quant au risque de confusion après-vente, l'arrêt considère qu'il ne peut être retenu sans porter atteinte au principe de la liberté de concurrence et de copie.

45. EUIPO BoA, 25 janvier 2021, R 1732/2019-3, *Bozarc / Iparlux* ; EUIPO BoA, 25 janvier 2021, R 1733/2019-3, *Bozarc / Iparlux* ; EUIPO BoA, 15 juin 2020, R 1734/2019-3, *Bozarc / Iparlux* ; EUIPO BoA, 21 mai 2020, R 1731/2019-3, *Bozarc / Iparlux*.

46. Comp., en matière de bases de données, Bruxelles, 16 février 2017, 2015/1/541, *Infobase Europe / Roularta Media Group*, disponible sur Darts-IP, n° 832-905, excluant à juste titre d'ordonner, au titre du droit de la concurrence déloyale, la cessation de la réutilisation d'une base de données dont la durée de protection (15 ans) avait expiré.

47. Art. 4, 1., (e), (ii), de la directive (UE) n° 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, art. 7, 1., e), ii), du règlement (UE) n° 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne (J.O. L. 154 du 16 juin 2017, pp. 1-9) ; art. 3.2 CBPI, refusant à l'enregistrement et frappant de nullité « les signes constitués exclusivement (...) par la forme ou une autre caractéristique du produit qui est nécessaire à l'obtention d'un résultat technique ».

48. Voy. C.J.U.E., 11 juin 2020, C-833/18, *SI et Brompton Bicycle Ltd / Chedech / Get2Get*, EU:C:2020:461. Voy. en particulier 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) », *I.C.I.P.*, 2020 pp. 617-650.

49. Voy. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, o.c., pp. 362-363. Pour une application, voy. Liège, 18 mars 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 991. L'arrêt, pour rejeter une demande relative à la copie de crochets destinés à l'art de la kinésithérapie, considère notamment que « la notion de concurrence parasitaire ne peut aboutir à créer un monopole ; (...) celui qui s'inspire de l'idée à l'origine d'un produit déterminé non protégé ne commet pas un acte contraire aux usages honnêtes (...) quand bien même il profite des efforts déployés par celui qu'il copie (...) ».

50. Principe rappelé par la Cour de cassation dans l'arrêt Noël Marquet précité comme par la Cour de justice Benelux dans son arrêt Daewoo (C.J. Benelux, 23 décembre 2010, aff. n° A 2009/3, *D. Engels / Daewoo Electronics Europe*, C.J. Benelux-Jurisp., 2011, p. 95, Concl. J. LECLERCO ; *I.C.I.P.*, 2010, p. 703, Concl. J. LECLERCO ; *I.E.R.* (Pays-Bas), 2011, p. 106, note C. GIELEN ; *I.R.D.I.*, 2011, p. 223, note A. HALLEMANS ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 783 (somm.) ; *R.D.C.*, 2011, p. 263).

51. L'arrêt annoté relève à cet égard qu'il s'agit d'un truisme puisque copier, c'est imiter, reproduire. Toute copie est donc intentionnelle ».

52. In casu, le gérant de la partie défenderesse (intimée) était un ancien distributeur de Bozarc ; pour la cour d'appel, cette relation est indifférente, en l'absence de toute clause de non-concurrence. Comp. Prés. Comm. Courtrai (cess.), 13 juillet 1974, *J.C.B.*, 1975, p. 194, obs. DE CALUWE.

Ici encore, la solution nous paraît devoir être approuvée : le risque de confusion dénoncé par Bozarc était en effet davantage un risque de confusion « sur les produits » – résultant de la similarité intrinsèque de ceux-ci – qu’un risque de confusion sur l’origine commerciale des produits.⁵³ Lorsque la copie d’un produit est licite, compte tenu des limites du droit des créations, il appartient au copiste de prendre des mesures de promotion et de présentation idoines permettant de neutraliser le risque de confusion susceptible de résulter de la similarité des produits eux-mêmes. Si ces mesures sont prises, le comportement de l’intéressé ne saurait être jugé contraire aux usages honnêtes du marché. Comme on l’a écrit ailleurs, « permettre à l’entreprise copiée de poursuivre, sur pied du droit de la concurrence déloyale ou de la consommation, la sanction du risque de confusion qui découle du seul fait de la copie en dehors des conditions du droit de la propriété intellectuelle bouleverserait le ‘juste équilibre’ que celui-ci vise à assurer »⁵⁴ (entre les intérêts, privés et collectifs, en présence).

3. L’EFFET RÉFLEXE FORMEL : UN AMÉNAGEMENT DE LA RÈGLE GÉNÉRALE DE L’EFFET RÉFLEXE DE FOND

L’existence d’un effet réflexe de fond en matière de droit des dessins et modèles postulée par Luxoutside était critiquée par Bozarc, au motif que les dispositions de la législation Benelux qui aménageait jadis un effet réflexe formel en cette matière avaient été supprimées.⁵⁵ La cour d’appel ne reçoit pas l’argument, constatant au contraire que suivant le vœu du législateur, la suppression de la règle de l’effet réflexe formel ne devait pas avoir d’incidence sur l’effet réflexe de fond.⁵⁶

L’absence d’une règle comparable à l’article 2.19 de la CBPI en matière de dessins et modèles permet-elle la mobilisation sans restriction du droit de la concurrence déloyale ? Certains le pensent⁵⁷ mais à l’analyse, on comprend que l’effet réflexe dit « formel » n’est en réalité qu’un aménagement particulier de la règle générale de l’effet réflexe de fond, suivant les conditions d’obtention du droit de propriété intellectuelle considéré.

Il va de soi qu’un effet réflexe formel ne peut être opposé dans le cas d’un droit de propriété intellectuelle non susceptible d’enregistrement. Ainsi, le droit d’auteur⁵⁸ et le droit au nom commercial⁵⁹ ne peuvent être concernés. Par extension, il ne peut pas plus être opposé un effet réflexe formel dans le cas d’un droit de propriété intellectuelle qui, s’il est en général soumis à une obligation d’enregistrement, ne l’est pas dans certains cas. Il en va ainsi du droit de dessin et modèle communautaire non enregistré⁶⁰ et du droit portant sur une marque notoirement connue.⁶¹ Sous ces réserves, l’acquisition des droits de marque⁶², brevet⁶³ ou dessin et modèle (enregistré)⁶⁴ étant soumise à une condition d’enregistrement, le non-respect de cette formalité emporte l’absence de protection par le droit de propriété intellectuelle considéré. Et il existe pour ceux-ci un effet réflexe formel. Permettre une protection équivalente ou comparable sur pied du droit de la concurrence déloyale irait en effet à l’encontre de la finalité poursuivie par l’enregistrement conditionnant l’octroi du droit exclusif, à savoir la sécurité juridique.

53. Sur cette distinction, voy. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l’Union européenne : vers une théorie de l’effet réflexe’ du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le ‘juste équilibre’ », o.c., p. 43.

54. 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’ », o.c., p. 68.

55. Spécialement, Bozarc tirait l’argument de la suppression de l’art. 14, al. 18, de la loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles [LBDM], qui précisait : « Pour les actes qui ne portent que sur la contrefaçon d’un dessin ou modèle, aucune action ne peut être intentée en vertu des dispositions légales relatives à la lutte contre la concurrence déloyale. »

56. Il ressort en effet explicitement du commentaire commun des gouvernements des pays du Benelux relatif au protocole du 20 juin 2002 portant modification de la loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles que : « Le cumul de l’action basée sur la concurrence déloyale et de l’action en contrefaçon de dessins ou modèles ne peut en tout cas pas avoir comme conséquence que le demandeur acquière par la voie de la législation en matière de concurrence déloyale un monopole qu’il ne pourrait revendiquer en vertu des lois sur la propriété intellectuelle. »

57. G. Straetmans et H. Vanhees, o.c., p. 525.

58. Voy. l’art. 5, 2), de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

59. Voy. l’art. 8 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ; C.J.U.E., 2 juin 2022, C-112/21, X BV / Classic Coach Company vof, Y & Z, EU:C:2022:428, pt. 41.

60. Voy. l’art. 1, 2., a), du règlement (CE) n° 6/2002.

61. Voy. l’art. 6bis de la Convention de Paris.

62. Voy. art. 6 du règlement (UE) n° 2017/1001, art. 1 de la directive (UE) n° 2015/2436 et art. 2.2 CBPI.

63. Voy. art. 60 de la convention sur le brevet européen ; XI.9 CDE .

64. Voy. art. 1, 2., b), du règlement (CE) n° 6/2002, art. 3, 1., de la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles (J.O. L. 289 du 28 octobre .1998, pp. 28-35) et art. 3.5, al. 1^{er}, CBPI.

Cet objectif de sécurité juridique est clairement postulé tant par la Cour de justice Benelux dans son arrêt *Daewoo*⁶⁵ que par la C.J.U.E. dans son arrêt *Sieckman*⁶⁶ à propos de l'enregistrement de marque. Et suivant cette dernière,

« 49. (...) l'enregistrement de la marque dans un registre public a pour objet de rendre celle-ci accessible aux autorités compétentes et au public, en particulier aux opérateurs économiques.

50. D'une part, les autorités compétentes doivent connaître avec clarté et précision la nature des signes constitutifs d'une marque afin d'être en mesure de remplir leurs obligations relatives à l'examen préalable des demandes d'enregistrement ainsi qu'à la publication et au maintien d'un registre approprié et précis des marques.

51. D'autre part, les opérateurs économiques doivent pouvoir s'assurer avec clarté et précision des enregistrements effectués ou des demandes d'enregistrement formulées par leurs concurrents actuels ou potentiels et bénéficier ainsi d'informations pertinentes concernant les droits des tiers. »

A la lecture de ces attendus, on comprend donc que l'objectif poursuivi par la condition d'enregistrement est précisément d'assurer un équilibre entre les intérêts de celui qui prétend à la protection des droits de propriété intellectuelle, d'une part, et des tiers, d'autre part.

Ces attendus de l'arrêt *Sieckman* ont depuis lors été transposés par analogie par la Cour de justice à la condition d'enregistrement du droit des dessins et modèles, dans un arrêt *Mast-Jägermeister*.⁶⁷ La comparaison avec le droit des dessins et modèles communautaires, qui comprend un régime dual de protection suivant que le dessin ou modèle a fait ou non l'objet d'un enregistrement, est d'autant plus éclairante sur l'équilibre recherché. En effet, à suivre la C.J.U.E.⁶⁸ et son avocat général⁶⁹ dans l'affaire *Ferrari*, si la protection du droit non enregistré est limitée aux cas de copie (et ne s'étend pas à la création indépendante)⁷⁰ et si elle est de relativement courte durée⁷¹ (3 ans, par comparaison aux 25 ans maximum pour le droit enregistré), c'est précisément en raison de l'insécurité juridique qu'emporte cette absence d'enregistrement.⁷² Puisque que l'absence d'enregistrement implique « par nature » (suivant l'expression de la C.J.U.E.) une réduction de la sécurité juridique par rapport à celle garantie par un droit enregistré, l'étendue de la protection d'un droit non enregistré doit être nécessairement réduite.

Si on transpose le raisonnement au cas qui nous occupe, on comprend donc qu'à défaut de satisfaire l'exigence d'enregistrement du droit de propriété intellectuelle, une protection équivalente ou comparable ne devrait pas pouvoir être obtenue sur la base des dispositions du droit de la concurrence déloyale (ou de la responsabilité civile), sous peine de méconnaître l'équilibre poursuivi par le droit de la propriété intellectuelle.

L'effet réflexe formel apparaît donc parfaitement justifié dans le cadre du droit harmonisé de l'Union européenne.

Mais ne peut-on pas pousser le raisonnement et voir dans cet effet réflexe formel un effet réflexe de fond, paré pour l'occasion d'une formalité ? Car si la condition d'enregistrement permet d'assurer la sécurité juridique, il peut parfaitement en aller de même des conditions de fond du droit de la propriété intellectuelle. Dans son arrêt *Ferrari* précité, la C.J.U.E. a d'ailleurs souligné que ces considérations tirées de la sécurité juridique « sont également pertinentes s'agissant des dessins ou modèles communautaires non enregistrés, les concurrents actuels et potentiels du créateur ou de l'exploitant du dessin ou modèle en cause ayant, dans ce cas également, besoin d'informations claires et précises ». ⁷³

65. C.J. Benelux, 23 décembre 2010, aff. n° A 2009/3, *D. Engels / Daewoo Electronics Europe*, C.J. Benelux-Jurisp., 2011, p. 95, Concl. J. LECLERCQ ; I.C.I.P., 2010, p. 703, Concl. J. LECLERCQ ; I.E.R. (Pays-Bas), 2011, p. 106, note C. GIELE ; I.R.D.I., 2011, p. 223, note A. HALLEMANS ; J.L.M.B., 2011, p. 783 (somm.) ; R.D.C., 2011 p. 263, pt. 9 : « Aldus heeft de Benelux-wetgever doelbewust een zware sanctie willen invoeren voor het niet deponeren van een als merk beschouwd teken, om het deponeren van tekens beschouwd als merken te bevorderen en om de rechtszekerheid te dienen, door derden van het bestaan van een exclusief recht als het merkenrecht op de hoogte te brengen via het merkenregister. »

66. C.J.U.E., 12 décembre 2002, C-273/00, *Sieckmann / Deutsches Patent- und Markenamt*, EU:C:2002:748, pt. 37.

67. C.J.U.E., 5 juillet 2018, C-217/17 P, *Mast-Jägermeister SE / EUIPO*, EU:C:2018:534, pts. 52-54.

68. C.J.U.E., 28 octobre 2021, C-123/20, *Ferrari SpA / Mansory Design & Holding GmbH et WH*, EU:C:2021:889, pts. 41-42.

69. Concl. Av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 15 juillet 2021 dans l'affaire C-123/20, *Ferrari SpA / Mansory Design & Holding GmbH et WH*, EU:C:2021:628, pts. 77-79.

70. Art. 19, 2., du règlement (CE) n° 6/2002.

71. Art. 11, 1., du règlement (CE) n° 6/2002.

72. Voy. J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », o.c., p. 81 et réf.

73. C.J.U.E., 28 octobre 2021, C-123/20, *Ferrari SpA / Mansory Design & Holding GmbH et WH*, EU:C:2021:889, pt. 39.

A cet égard, nous avons déjà pu montrer que dans son arrêt *Levola*⁷⁴, la C.J.U.E. a directement transposé les enseignements de son arrêt *Sieckman* à la matière du droit d'auteur. Alors que les idées sont non protégeables et que seule l'expression (originale) peut donner prise au droit d'auteur, la C.J.U.E. a interprété cette dernière en ce sens qu'elle doit « *rend[re] identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité* »⁷⁵ l'objet de la protection revendiqué. A l'analyse, on comprend que suivant la C.J.U.E. la condition d'expression ainsi interprétée poursuit exactement le même objectif de sécurité juridique que la condition d'enregistrement⁷⁶, dont elle constitue l'équivalent fonctionnel en droit d'auteur. Aussi s'il était possible d'obtenir sur pied du droit de la concurrence déloyale une protection comparable ou équivalente au droit d'auteur pour quelque chose qui ne pourrait être qualifié d'expression ainsi entendue – autrement dit, une idée non protégeable⁷⁷ –, il serait tout autant méconnu ici l'équilibre poursuivi par le droit de la propriété intellectuelle.

En d'autres termes, l'effet réflexe de fond apparaît tout autant justifié dans le cadre du droit harmonisé de l'Union européenne et l'effet réflexe dit « formel » n'en serait que l'expression spécifique pour ce qui concerne les droits devant faire l'objet d'un enregistrement.

En réalité, pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés, effet réflexe formel et effet de fond coïncident bien souvent. La raison tient dans l'exigence de nouveauté, déclinée sous diverses formes (nouveauté *sensu stricto*⁷⁸, caractère individuel⁷⁹, activité inventive⁸⁰), qui caractérise la plupart de ces droits et qui s'apprécie au moment du dépôt.

Le cas déféré à la cour d'appel de Liège illustre cette coïncidence. En l'espèce, les créations copiées qui avaient motivé l'action en concurrence déloyale avaient été enregistrées en tant que dessin et modèle communautaires, lesquels enregistrements avaient toutefois été annulés. Le motif de cette annulation était tiré de l'absence de caractère individuel desdits dessins et modèles de car-ports et autres pergolas, Bozarc ayant demandé l'enregistrement de ceux-ci plus d'une année après la divulgation de créations similaires (par ses soins).⁸¹ En d'autres termes, faute d'avoir enregistré ses dessins et modèles dans le délai de grâce de 12 mois à compter de la première divulgation⁸², Bozarc avait laissé entrer ses propres créations dans l'état de l'art pouvant lui être opposé.⁸³ Il n'aurait donc, en principe, pas pu enregistrer ces dessins et modèles à défaut de remplir les conditions de fond.

Le cas est, il est vrai, plus complexe puisque l'on peut s'interroger sur le point de savoir si ce dessin ou modèle annulé pour défaut de caractère individuel en raison d'une divulgation effectuée par son créateur lui-même (ou son ayant droit), n'aurait pas pu bénéficier de la protection du droit de dessin et modèle communautaire non enregistré. Cela paraît toutefois fort douteux.⁸⁴ Quoi qu'il en soit, en l'espèce, le délai de 3 ans à compter de la première divulgation était passé, de sorte que la cour d'appel ne pouvait accueillir ni l'action fondée sur un dessin et modèle communautaire non enregistré (faute de satisfaire une des conditions de fond, en l'occurrence la durée), ni l'action fondée sur le dessin et modèle communautaire enregistré (faute de satisfaire la condition de forme, en l'occurrence l'enregistrement, lui-même annulé en raison d'un manquement à une condition de fond, en l'occurrence le caractère individuel).

74. C.J.U.E., 13 novembre 2018, C-310/17, *Levola Hengelo BV / Smilde Foods BV*, EU:C:2018:899. Voy. notre analyse, 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, C-310/17, *Levola Hengelo / Smilde Foods*), *R.D.C.*, 2019, spéc. pp. 807-808.

75. Pt. 40.

76. Comp. les pts. 49-51 de l'arrêt *Sieckman* (reproduits supra, note 66), avec le pt. 41 de l'arrêt *Levola* : « En effet, d'une part, les autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur doivent pouvoir connaître avec clarté et précision les objets protégés. Il en va de même des particuliers, notamment des opérateurs économiques, qui doivent pouvoir identifier avec clarté et précision les objets protégés au profit de tiers, notamment de concurrents. D'autre part, la nécessité d'écarter tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de l'objet protégé implique que ce dernier puisse faire l'objet d'une expression précise et objective. »

77. Suivant la Cour de justice, les idées ne sont pas protégeables par le droit d'auteur car reconnaître une telle protection « reviendrait, en effet, à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment, notamment, du progrès technique et du développement industriel » ; voy. C.J.U.E., 11 juin 2020, C-833/18, *SI et Brompton Bicycle Ltd / Chedech / Get2Get*, EU:C:2020:461, pt. 27.

78. Voy. en matière de dessins et modèles les art. 5 du règlement (CE) n° 6/2002 ; art. 4 de la directive n° 98/71/CE ; art. 3.3, al. 1^{er}, CBPI. Voy. en matière de brevets art. 54 de la Convention sur le brevet européen et art. XI.6 CDE.

79. En matière de dessins modèles : art. 6 du règlement (CE) n° 6/2002, art. 5 de la directive n° 98/71/CE et art. 3.3, al. 2, CBPI.

80. En matière de brevets : art. 56 de la Convention sur le brevet européen et art. XI.7 CDE.

81. Voy. supra, note 45.

82. Voy. pour la ratio legis de ce délai de grâce le considérant (20) du règlement (CE) n° 6/2002 : « Il est également nécessaire de permettre au créateur ou à son ayant droit de tester les produits intégrant le dessin ou modèle sur le marché avant de décider si la protection offerte par l'enregistrement communautaire est souhaitable. A cette fin, il est nécessaire de prévoir que la divulgation du dessin ou modèle par le créateur ou son ayant droit, ou la divulgation abusive pendant une période de douze mois précédant la date de dépôt de la demande d'enregistrement, ne devrait pas empêcher d'évaluer la nouveauté ou le caractère individuel du dessin ou modèle en question. »

83. Art. 7, 2., du règlement (CE) n° 6/2002.

84. Voy. supra, note 31.

Aussi, lorsque dans pareil cas la cour d'appel applique la règle de l'effet réflexe pour repousser l'action en concurrence déloyale, une distinction entre effet réflexe formel ou effet de fond apparaît artificielle. En fait, dans tous les cas, c'est un manquement à une condition de fond qui justifie l'application de la règle de l'effet réflexe.

Si l'effet réflexe de fond constitue la règle générale et que l'effet réflexe formel fait office de doublon, ce dernier serait-il totalement dépourvu de pertinence ? Non, pour deux raisons au moins.

Premièrement, parce que l'effet réflexe formel permet une certaine économie procédurale. Lorsqu'un droit de propriété intellectuelle est soumis à une formalité d'enregistrement, la simple vérification du défaut d'accomplissement de cette formalité suffit à déclencher l'effet réflexe. Pareille vérification paraît plus aisée que l'examen si, oui ou non, une création relève du champ d'action de l'un ou l'autre droit de propriété intellectuelle.

Deuxièmement, parce qu'en droit de la propriété intellectuelle, il est des droits enregistrés qui ne supposent pas que soit satisfaite, au fond, une exigence de nouveauté (au sens large). Il en va ainsi du droit des marques, qui prévoit une condition, non pas de nouveauté, mais de disponibilité.⁸⁵ L'effet réflexe doit donc être ici aménagé afin de tenir compte de cette différence conceptuelle.

En droit Benelux, cet aménagement de l'effet réflexe tient non pas dans le seul article 2.19 de la CBPI, mais dans sa combinaison avec l'article 4.5, alinéa 2. En effet, puisque le signe peut demeurer disponible malgré l'absence d'enregistrement de la marque préalablement à l'action en justice, il doit demeurer possible pour son utilisateur de couvrir l'irrecevabilité qui en découlerait « *par l'enregistrement ou le renouvellement (...) effectué en cours d'instance* ». Evidemment, un autre opérateur économique pourrait entre-temps enregistrer le signe, le cas échéant de mauvaise foi, au détriment de son utilisateur, forçant celui-ci à se résoudre à voir son action en justice déclarée irrecevable (à moins de parvenir en temps utile à reconquérir le signe en poursuivant la nullité de cet enregistrement de mauvaise foi)⁸⁶. Mais il est une manière simple de se prémunir contre ce risque, à savoir enregistrer le signe en tant que marque préalablement à l'introduction de l'action en justice.

Ainsi l'article 2.19, *jo.* 4.5, alinéa 2, de la CBPI permet précisément, suivant en cela la logique de la règle de l'effet réflexe, d'assurer un équilibre entre les intérêts de celui qui prétend à la protection des droits de propriété intellectuelle, d'une part, et ceux des tiers, d'autre part. Ces dispositions ne rendent donc pas « impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »⁸⁷ et s'inscrivent parfaitement dans les limites de l'autonomie procédurale des Etats membres.⁸⁸ L'article 4.5, alinéa 2, de la CBPI évite par ailleurs toute situation d'« impunité »⁸⁹ de l'opérateur économique qui agirait de manière déloyale, laquelle impunité serait évidemment préjudiciable au consommateur.

On relèvera encore que cette disposition vise indistinctement la marque et le dessin et modèle. C'est donc à tort que Bozarc soutenait (sans être contredit par la cour) que cette règle, anciennement déposée dans l'article 16.2 de la loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles, aurait été supprimée avec l'adoption en 2005 de la CBPI. Mais si la disposition couvre l'un et l'autre droit, elle n'a pas pour autant vocation à s'appliquer aussi largement en droit des dessins et modèles, précisément en raison de la condition de nouveauté. En matière de dessins et modèles, l'enregistrement ou le renouvellement en cours d'instance ne pourra jamais couvrir l'irrecevabilité de l'action mue sur la base d'une création qui n'avait pas fait l'objet d'un enregistrement dans les 12 mois de la première divulgation.

En énonçant de manière générale qu'« *[i]l peut être donné à l'effet réflexe de fond une portée générale, c'est-à-dire comme devant s'appliquer à l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle (...)* », la cour d'appel de Liège doit donc entièrement être approuvée.

85. M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, p. 159. Voy. pour les dispositions légales pertinentes les motifs relatifs de refus aux art. 8 du règlement (UE) 2017/1001, 5 de la directive (UE) n° 2015/2436 et 2.2ter CBPI.

86. Voy. B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », *o.c.*, pp. 259-260.

87. C.J.U.E., 19 octobre 2017, C-425/16, Raimund / Aigner, EU:C:2017:776, pt. 41.

88. Voy. de manière générale sur l'impact de l'harmonisation du droit substantiel de l'Union européenne sur les règles procédurales nationales, S. LAW et J.T. NOWAK, « Procedural harmonisation by the European Court of Justice. Procedural Autonomy and the Member States' Perspective », in F. GASCON INCHAUSTI et B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonisation ?*, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 17-68. Voy. spéc. sur l'impact de l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle (en particulier le droit d'auteur), sur la preuve de la protection et de la contrefaçon, 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.

89. On s'étonne donc de voir l'argument de l'« immunité » (p. 111) côtoyer la mention de cet art. 4.5, alinéa 2, de la CBPI (p. 107, note 3) in N. CLAREMBAUX, *o.c.*

D'autant que la cour ajoute, et la chose est d'importance : « (...) à condition d'en saisir correctement les limites ». De fait, jamais la doctrine soutenant l'existence d'un effet réflexe n'a prétendu que celui-ci ferait échec à toute action mue sur le plan de la concurrence déloyale. De manière unanime, elle a soutenu que les circonstances qui accompagnent la copie, pour autant qu'elles ne soient pas inhérentes à l'acte même de copier, peuvent être sanctionnées sur cette base.⁹⁰ C'est donc uniquement dans le champ d'action du droit de propriété intellectuelle que la règle de l'effet réflexe sort ses effets.⁹¹ Pourquoi ? Parce que dans ce champ, les équilibres sont délicats et l'on craint qu'ils soient mis en péril par une utilisation dévoyée de l'action en concurrence déloyale.

L'arrêt commenté offre une parfaite illustration de ce risque.

4. L'EFFET RÉFLEXE DE FOND : LA GARANTIE DE LA PRÉSERVATION DES ÉQUILIBRES DÉLICATS DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Nous avons longuement étudié l'équilibre au sein du droit de la propriété intellectuelle au départ de la jurisprudence de la C.J.U.E., la pertinence de cette analyse étant fondée sur l'importance de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui garantit, notamment, la protection de la propriété intellectuelle en son article 17(2). La C.J.U.E. a énoncé à cet égard dans son arrêt *Fransson* qu'« il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte ».⁹²

Nous avons ainsi mis en évidence le fait que l'ensemble de la matière de la propriété intellectuelle est gouvernée par le critère du « juste équilibre » entre droits fondamentaux, dégagé par la C.J.U.E. dans son arrêt *Promusicae*⁹³ et dont la préservation s'impose au législateur de l'Union et des Etats membres, de même qu'aux juridictions nationales *in concreto*.⁹⁴ Nous avons également montré que la théorie de l'effet réflexe peut prétendre y trouver un fondement normatif solide et de ce fait, se situer au sommet de la hiérarchie des normes en droit de l'Union.⁹⁵ Nous avons encore montré que les conditions de la protection du droit d'auteur⁹⁶ et les modalités de la preuve⁹⁷ de l'existence de cette protection étaient encadrées par ce critère du juste équilibre et qu'en comparaison, au fond, elles devaient être comprises comme plus exigeantes que celles permettant l'accès à la protection du droit des dessins et modèles.⁹⁸

Il n'est pas possible de revenir ici sur ces développements fort longs et complexes et l'on se permettra d'y renvoyer le lecteur. L'on insistera toutefois sur un point. Si comme nous pensons l'avoir démontré, les conditions de l'existence et de l'étendue de la protection des différents droits de propriété intellectuelle doivent satisfaire à l'exigence d'un juste équilibre entre droits fondamentaux concurrents – à savoir, d'une part, le droit de propriété intellectuelle d'un opérateur économique garanti à l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux, d'autre part, notamment les droits de propriété intellectuelle (17(2)), liberté d'expres-

90. B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », o.c., p. 262 (« (...) la théorie de l'effet réflexe ne fait pas obstacle à la poursuite, par l'action en concurrence déloyale, de la cessation de comportements distincts de la reprise du signe considéré comme marque mais non enregistré (...) »). Voy. égal. les contributions de l'« Ecole de l'ULB » dans l'ouvrage A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU et J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017 ; voy. A. PUTTEMANS, « Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation », p. 27 (« (...) ces pratiques (déloyales procurant à l'imitateur un avantage distinct de celui obtenu grâce à la copie) peuvent et doivent être interdites par application des règles classiques du droit de la concurrence déloyale (...) ») ; J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le 'juste équilibre' », pp. 79-80 (« (...) En dehors de ces situations (d'un risque de confusion entièrement régi par un droit de propriété intellectuelle), le droit de la concurrence déloyale conserve sa pertinence (...) ») ; J.-F. PUYRAIMOND, « Du parasitisme à l'abus de la liberté de copie », p. 86 (« (...) la copie ne peut devenir illicite que lorsqu'elle dégénère en 'abus' (...) ») ; P. CAMPOLINI, « Brevets, secrets non brevetés et concurrence déloyale », pp. 113 et 118 (« (...) l'enseignement de l'arrêt Noël Marquet implique que le droit de la concurrence déloyale ne puisse être invoqué avec succès que si cette pratique commerciale peut être qualifiée de déloyale sur une base autre que le simple acte de copie (...) ») ; « (...) en l'absence d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, l'acte de copie, en tant que tel, peut uniquement être sanctionné lorsque l'exercice, par le copieur, de la liberté de copie, dégénère en abus (...) »).

91. 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' », o.c., p. 49. Voy. égal. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, o.c., p. 331 (concernant la protection prétorienne des objets incorporels non envisagés par le droit de la propriété intellectuelle).

92. C.J.U.E., 26 février 2013, C-617/10, *Åklagaren / Fransson*, EU:C:2013:105, pt. 21

93. C.J.U.E., 29 janvier 2008, C-275/06, *Promusicae / Telefónica de España*, EU:C:2008:54, pts. 61-70.

94. 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 », o.c., pp. 181-242.

95. 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' », o.c., spéc. pp. 64-68.

96. 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) », o.c., pp. 617-650 ; J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, ULB, 2016, spéc. pp. 255-266, n° 51.

97. J. CABAY, « Proving Copyright Protection and Infringement: Lessons from the CJEU », o.c., spéc. pp. 232-239.

98. J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », o.c., pp. 57-83.

sion (11) et liberté d'entreprise (16) des autres opérateurs économiques –, alors il s'ensuit que l'octroi à ce premier opérateur économique d'une protection équivalente ou comparable via le droit de la concurrence déloyale et en dehors des conditions de protection de la propriété intellectuelle est contraire à cette exigence d'un juste équilibre. La chose s'impose d'ailleurs avec évidence dans le domaine du droit d'auteur depuis que la C.J.U.E., réunie en grande chambre, a énoncé dans trois arrêts rendus le même jour que « *les mécanismes permettant de trouver un juste équilibre entre ces différents droits et intérêts sont inscrits dans la directive 2001/29 elle-même (...)* ».⁹⁹

La règle de l'effet réflexe apparaît donc, en creux, comme une garantie de ce juste équilibre en pratique. Elle évite en effet que soit mise en cause, à travers le droit de la concurrence déloyale, la balance déjà opérée au sein du régime de propriété intellectuelle au profit de la liberté des autres opérateurs économiques.

Car ce risque est bien présent, comme en témoigne la décision commentée.

Bozarc reprochait notamment à Luxoutside le fait que ses « *abris à toit courbé translucides* » étaient « *quasi-identiques* ». La cour d'appel admettait d'ailleurs aisément que l'on pouvait s'en convaincre en comparant les photos et les modèles figurant dans les conclusions des parties. Et d'ajouter que « *[c]ertes, certains détails sont différents, mais ceux-ci ne sont visibles que pour un observateur attentif* ».

La cour d'appel refuse toutefois de retenir ce grief, accueillant plutôt l'argument de Luxoutside suivant lequel « *il existe de nombreux modèles d'abris à toit courbé translucide commercialisés par des concurrents, tant en Belgique qu'à l'étranger, et qui sont tous peu ou prou identiques, compte tenu des contraintes fonctionnelles qui s'imposent au concepteur de ce type de produit* ».

En réalité, cette discussion relève entièrement du droit de la propriété intellectuelle.

Si Bozarc avait pu faire état d'un droit de dessins et modèles, les parties auraient été tenues de se prononcer sur l'impact desdites contraintes fonctionnelles sur la perception de l'utilisateur averti et l'existence d'une impression visuelle globale similaire, déterminante de l'existence d'une contrefaçon.¹⁰⁰ En effet, suivant une jurisprudence constante, « *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 averti* ».¹⁰¹ Aussi, la présence en l'espèce d'éléments de détails différents, uniquement visibles pour un observateur attentif auraient pu amener à la conclusion de l'absence de contrefaçon.

De même, faute de pouvoir invoquer un droit de dessin et modèle (puisqu'annulé), Bozarc aurait pu reprocher cette « *quasi-identité* » entre les abris sur la base d'un éventuel droit d'auteur, lequel naît du seul fait de la création. Mais évidemment, Bozarc aurait alors supporté la charge de la preuve, consistant à identifier les choix libres et créatifs¹⁰² caractérisant l'originalité de ses abris. Une tâche difficile en vue d'une protection illusoire, eu égard aux contraintes fonctionnelles¹⁰³ qui s'imposaient à leur créateur et qui avaient potentiellement pour effet d'exclure toute originalité.¹⁰⁴ La cour d'appel d'Anvers, appelée à se prononcer sur l'originalité d'autres car-ports dans un arrêt du 6 janvier 2021, avait d'ailleurs refusé d'admettre leur originalité.¹⁰⁵ Dans ces conditions, on comprend que Bozarc ait évité de s'aventurer sur ce terrain délicat du régime spécial de propriété intellectuelle pour prendre le chemin du régime général de la concurrence déloyale.

Cette tentative d'esquiver le débat sur la réunion des conditions de protection des droits de propriété intellectuelle nous paraît plus évidente encore lorsque l'on considère l'argument soulevé par Bozarc, suivant lequel Luxoutside aurait agi de manière déloyale en copiant ses abris, « *alors qu'il existe des centaines d'autres possibilités pour concevoir un abri* ». Au cours des dernières années, la C.J.U.E. a pourtant été

99. C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-516/17, *Spiegel Online GmbH / Beck*, EU:C:2019:625, pt. 43 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-469/17, *Funko Medien NRW GmbH / Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2019:623, pt. 58 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-476/17, *Pelham GmbH e.a. / Hütter et Schneider-Esleben*, EU:C:2019:624, pt. 60.

100. Art. 10 du règlement (CE) n° 6/2002 ; art. 9 de la directive n° 98/71/CE et art. 3.16, al. 1^{er}, CBPI.

101. Voy. récemment (au stade de la protection) T.U.E., 21 février 2024, T-82/23, *Nextrend GmbH / EUIPO*, EU:T:2024:102, pt. 48. Voy. de manière générale : J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », o.c., p. 69 et réf. note 117.

102. Voy. not. C.J.U.E., C-833/18, 11 juin 2020, *SI et Brompton Bicycle Ltd / Chedech / Get2Get*, EU:C:2020:461, pt. 23.

103. Suivant notre typologie, 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. Voy. de manière générale sur les types de contraintes et leur impact en droit de la propriété intellectuelle, J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », o.c., pp. 57 et s. (spéc. p. 69, note 36 pour la définition des contraintes fonctionnelles).

104. Voy. not. C.J.U.E., 11 juin 2020, C-833/18, *SI et Brompton Bicycle Ltd / Chedech / Get2Get*, EU:C:2020:461, pt. 24 (un objet n'est pas original lorsque sa réalisation « (...) 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 (...) »).

105. N.J.W., 2021, p. 835, note S. GEIREGAT.

amenée à se prononcer sur la place de la théorie de la multiplicité des formes¹⁰⁶, suivant laquelle il serait possible, par simple démonstration d'alternatives formelles, d'échapper à l'application des motifs d'exclusion du droit des marques¹⁰⁷ et du droit des dessins et modèles pour les formes imposées par la technique¹⁰⁸, ou de conclure à l'existence de choix libres et créatifs en droit d'auteur. Cette théorie a été rejetée par la C.J.U.E. à l'égard des trois droits précités respectivement dans ses arrêts *Philips*¹⁰⁹, *DOCERAM*¹¹⁰ et *Brompton*¹¹¹, en raison précisément des équilibres qu'il convient de préserver entre, d'une part, la protection des droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, la liberté de concurrence.¹¹²

Là encore, le fait pour Bozarc de ne pas avoir invoqué le droit d'auteur peut laisser deviner la volonté de ne pas se voir opposer l'enseignement principal de l'arrêt *Brompton*, à savoir que la démonstration de l'existence d'une liberté de choix n'emporte pas à elle seule la démonstration de l'originalité.¹¹³

A nouveau, la cour d'appel de Liège – dont la bonne compréhension de cette jurisprudence de la C.J.U.E. apparaît d'ailleurs à la lecture de son arrêt prononcé le 15 février 2023, précisément dans le cadre de cette affaire *Brompton*¹¹⁴ – ne s'y méprend pas. Certes, souligne-t-elle, l'on comprend que « *l'apparition d'un nouveau concurrent sur le marché qui, de surcroît, copie ses modèles ne soit pas du goût de BOZARC* ». mais à défaut de protection de ces créations par le droit de la propriété intellectuelle¹¹⁵, Luxoutside ne fait rien d'autre « *qu'exercer sa liberté de concurrence* », qui implique qu'elle « *est en droit de les copier* » et que « *seules les circonstances accompagnantes extrinsèques à la copie qui méconnaîtraient les usages honnêtes en matière commerciale peuvent la rendre illicite, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (...)* ».

En permettant de repousser des arguments qui relèvent du régime de la propriété intellectuelle, la règle de l'effet réflexe préserve le juste équilibre qu'il poursuit, non pas simplement entre intérêts concurrents, mais entre droits fondamentaux en conflit.

La cour d'appel de Liège ne s'y trompe pas. Mais il pourrait en aller autrement d'autres juridictions moins avisées.

A cet égard, il convient de souligner que la compétence en matière de droits de propriété intellectuelle a fait l'objet, en Belgique, d'une centralisation partielle censée favoriser une certaine « *spécialisation des magistrats* » avec pour objectif une « *organisation de la justice plus efficace* » et « *un effet favorable sur la qualité des décisions judiciaires* » en la matière.^{116 117} A titre d'exemple, si, par hypothèse, dans le cas d'espèce, les dessins et modèles communautaires n'avaient pas été annulés par l'EUIPO¹¹⁸ préalablement

106. Voy. pour un examen détaillé : 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) », o.c., pp. 617-650.

107. Voy. les art. 7, 1., e), ii), du règlement (UE) n° 2017/1001, art. 4, 1., (e), (ii), de la directive (UE) 2015/2436 ; art. 2.2bis, alinéa 1^{er}, e), ii), de la CBPI.

108. Voy. les art. 8(1) du règlement (CE) n° 6/2002 ; art. 7(1) de la directive n° 98/71/CE et art. 3.2, al. 1^{er}, a), CBPI.

109. C.J.U.E., 18 juin 2002, C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV / Remington Consumer Products Ltd, EU:C:2002:377, pts. 81 à 84.

110. C.J.U.E., 8 mars 2018, C-395/16, *DOCERAM GmbH / CeramTec GmbH*, EU:C:2018:172, pts. 29-30.

111. C.J.U.E., 11 juin 2020, C-833/18, *Sl et Brompton Bicycle Ltd / Chedech / Get2Get*, EU:C:2020:461, pt. 35.

112. Voy. spéc. Concl. Av. gén. SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 19 octobre 2017 dans l'affaire *DOCERAM C-395/16, GmbH / CeramTec GmbH*, EU:C:2017:779, pts. 38-39.

113. Pt. 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. (...) »

114. Liège, 15 février 2023, A&M 2023, liv. 1, 61, note ; I.R. D.I., 2023, liv. 3, 239 ; J.L.M.B., 2023, liv. 22, 993.

115. Il est permis de se demander si la cour d'appel de Liège n'aurait pas dû examiner d'office si l'abri de Bozarc ne pouvait être considéré comme une œuvre protégée par le droit d'auteur. Cette question appelle à notre avis une réponse négative car si, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui y sont applicables » et « d'examiner la nature juridique des faits et actes invoqués par les parties » et s'il peut, « quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, suppléer d'office aux motifs invoqués dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence dans leurs conclusions, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation, qu'il ne modifie pas l'objet de la demande et qu'il respecte les droits de la défense », le devoir de (re)qualification du juge « n'implique pas que le juge est tenu d'examiner à la lumière des faits constants du litige l'applicabilité de tous les fondements juridiques possibles qui n'ont pas été invoqués mais uniquement que, moyennant le respect des droits de la défense, il doit examiner l'applicabilité des fondements juridiques qui n'ont pas été invoqués et qui s'imposent incontestablement à lui en raison des faits tels qu'ils ont été spécialement invoqués » (Cass., 14 décembre 2012, Pas., 2012, p. 2497 ; nous soulignons). En l'espèce, la qualification d'œuvre protégée ne s'imposait pas incontestablement au juge dès lors que celui-ci avait relevé qu'« il existe de nombreux modèles d'abris à toit courbé translucide commercialisés par des concurrents, tant en Belgique qu'à l'étranger, et qui sont tous peu ou prou identiques, compte tenu des contraintes fonctionnelles qui s'imposent au concepteur de ce type de produit ».

116. Voy. spéc. l'exposé des motifs des projets I et II de lois du 26 février 2007 relatifs respectivement aux aspects civils et de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2943/001 et 2944/001, p. 7 et 20).

117. Une spécialisation qui a manifestement conduit à une évolution positive, et qui mériterait d'être encore approfondie, suivant l'avis récent du Conseil de la propriété intellectuelle ; voy. spéc. en ce sens l'avis du Conseil du 12 octobre 2023 sur l'évaluation du système de règlement des litiges en matière de propriété intellectuelle (disponible sur le site du SPF Economie : <https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/institutions-et-acteurs/conseil-de-la-propriete/avis/avis-du-conseil-de-la-2> ; dernier accès : 7 février 2024). Voy. égal. le tableau de répartition des compétences entre les juridictions à l'Annexe 1 (<https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Intellectual-property/Avis%20Conseils%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle/avis-conseil-propriete-intellectuelle-12-octobre-2023-evaluation-systeme-reglement-litiges-annexe-1.pdf> ; dernier accès : 7 février 2024).

118. Voy. *supra*, note 45.

à la saisine par Bozarc du tribunal de l'entreprise de Liège, division Neufchâteau (contre lequel était dirigé l'appel), l'action fondée sur lesdits droits des dessins et modèles aurait dû être introduite devant le « tribunal des dessins et modèles communautaires » au sens de l'article 81, a) du règlement (CE) n° 6/2002, lequel dispose en vertu de cette disposition d'une compétence exclusive pour traiter de l'action en contrefaçon. C'est donc le tribunal de l'entreprise de Bruxelles qui aurait dû être saisi, en application de l'article 633quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, *juncto* article 574, 14° du Code judiciaire. Tribunal qui, toujours par hypothèse, aurait d'ailleurs pu accueillir l'action reconventionnelle en nullité desdits dessins et modèles¹¹⁹, qui relève pareillement de sa juridiction exclusive en vertu de l'article 81, d) du règlement (CE) n° 6/2002. Une juridiction qui, du fait de sa spécialisation, aurait pu avoir de meilleures réflexes qu'un tribunal de l'entreprise peut-être moins qualifié (*quod non* en l'espèce, le tribunal de l'entreprise de Liège n'ayant pas plus accueilli les arguments tirés de la concurrence déloyale).

En d'autres termes, la règle de l'effet réflexe (*a fortiori* lorsqu'elle contient une fin de non-procéder, comme à l'art. 2.19 de la CBPI) constitue également une garantie procédurale contre le *forum shopping* et poursuit à ce titre, une fois de plus, un objectif d'intérêt général. Elle permet d'éviter que les demandes relevant du champ d'action d'un droit de propriété intellectuelle soient trop facilement dirigées vers une juridiction qui, bien que compétente pour accueillir l'action en concurrence déloyale, présente des affinités moindres avec la propriété intellectuelle (ce qui, par hypothèse, sera spécialement le cas lorsque le tribunal n'est pas établi au siège d'une cour d'appel du fait de la centralisation¹²⁰). Avec les conséquences que cela emporte en termes de bonne administration de la justice.

Ainsi la règle de l'effet réflexe, en limitant les possibilités de recourir à l'action en concurrence déloyale, apparaît parfaitement en phase avec la logique de « procéduralisation du juste équilibre »¹²¹ qui semble se dégager de la jurisprudence de la C.J.U.E.. Rien d'étonnant à cela, dès lors que le principe de protection juridictionnelle effective, réaffirmé par le droit à un recours effectif garanti par la Charte des droits fondamentaux ne constitue, pas plus que les autres droits fondamentaux (telle la protection de la propriété intellectuelle¹²²), une prérogative absolue, et peut donc souffrir des restrictions fondées sur la poursuite d'un objectif général.¹²³

5. L'EFFET RÉFLEXE : LA GARANTIE D'UNE CONCURRENCE LIBRE, SAIN ET LOYALE, POURSUIVIE PAR LE DROIT DE L'UNION

Les éléments ci-dessus, inscrits (notamment) dans le prisme des droits fondamentaux de l'Union européenne, appellent encore à un élargissement de la réflexion. En effet, suivant notre analyse, l'effet réflexe des droits de propriété intellectuelle découle (notamment) de la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte, laquelle comprend (notamment) la « concurrence libre ».¹²⁴ Alors certes, les rapports entre liberté d'entreprise et liberté de concurrence en droit de l'UE ne sont pas encore clairs dans la jurisprudence de la C.J.U.E.¹²⁵ Mais ce qui apparaît certain, c'est que la propriété intellectuelle a de longue date été mise en balance avec cette libre concurrence, dans le but précisément d'assurer une concurrence saine.

119. Pour des motifs identiques à ceux retenus par l'EUIPO, en application des art. 84, al. 1^{er} jo. 25, b) jo. 6 et 7 du règlement (CE) n° 6/2002.

120. Voy. art. 633quinquies, § 1^{er}, al. 1-3, C. jud.

121. Voy. spéc. sur ce phénomène, 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 », o.c., pp. 230-235 ; 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, spéc. pp. 234-237. Une illustration plus récente de ce phénomène peut être trouvée in C.J.U.E. (gr. ch.), 26 avril 2022, C-401/19, *République de Pologne / Parlement et Conseil*, EU:C:2022:297.

122. Voy. spéc. C.J.U.E. (gr. ch.), 26 avril 2022, C-401/19, *République de Pologne / Parlement et Conseil*, EU:C:2022:297, pt. 92 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-516/17, *Spiegel Online GmbH / Beck*, EU:C:2019:625, pt. 55 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH / Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2019:623, pt. 72 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 29 juillet 2019, C-476/17, *Pelham GmbH e.a. / Hütter et Schneider-Esleben*, EU:C:2019:624, pt. 33.

123. Voy. p. ex. C.J.U.E., 18 mars 2010, C-317/08, *Alassini / Telecom Italia SpA*, EU:C:2010:146, pt. 63. Cet arrêt étant mobilisé pour soutenir l'inverse, à savoir l'incompatibilité de l'art. 2.19 de la CBPI avec la Charte des droits fondamentaux (cf. P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », o.c., p. 696, notes 43-44), on invitera le lecteur à se faire lui-même une idée de l'analyse qui lui paraît la plus convaincante.

124. C.J.U.E., 22 janvier 2013, C-283/11, *Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk*, EU:C:2013:28, pt. 42). Cette dernière référence à la « concurrence libre » doit s'entendre au sens de l'art. 119, 1. et 3., du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; voy. l'« Explication ad article 16 » des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (J.O.U.E., 14 décembre 2007, C. 303/17).

125. Voy. nos réflexions in J. CABAY, « L'originalité entre *merger doctrine* et multiplicité des formes (ou : Quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », o.c., p. 641, note 116.

Il est donc perturbant de voir Bozarc arguer d'un comportement déloyal dans le chef de Luxoutside qui aurait attaqué ses droits de dessins et modèles communautaires « *de manière sournoise* », « *en se servant d'un homme de paille* ». A propos de la compatibilité des clauses de non-contestation de la validité des droits de propriété intellectuelle (spécialement des brevets) avec le droit de la concurrence, la C.J.U.E. n'a-t-elle pas répété à maintes reprises, depuis son arrêt *Windsurfing*, qu'« *il est d'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un brevet délivré à tort* » ?^{126, 127} L'argument ne peut donc aucunement être reçu.

A y regarder de plus près, on comprend que la règle de l'effet réflexe ne constitue aucunement une restriction à la possibilité pour une entreprise de combattre la concurrence déloyale. Elle trace simplement la frontière entre les règles de droit qui doivent être mobilisées pour ce faire. Car en réalité, contrairement à ce que soutient la doctrine critique de l'effet réflexe¹²⁸, il n'y a pas dans l'Union européenne d'autonomie complète entre le droit de la propriété intellectuelle, d'une part, et le droit de la concurrence déloyale (lequel se situerait à mi-chemin entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation), d'autre part. Au contraire, ces matières s'interpénètrent.¹²⁹

On trouve d'ailleurs en droit des marques la plus belle expression de cette interpénétration. Ainsi, suivant une jurisprudence constante de la C.J.U.E., ici avec les mots de son arrêt *Arsenal*,

« (...) la **fonction essentielle** de la marque est de **garantir au consommateur** ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance. En effet, pour que la marque puisse jouer son rôle d'**élément essentiel du système de concurrence non faussé** que le traité entend établir et maintenir, elle doit constituer la garantie que tous les produits ou services qu'elle désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité ».¹³⁰

C'est précisément dans cet arrêt que la C.J.U.E. a introduit pour la première fois le thème des différentes « fonctions » de la marque¹³¹, identifiées par la suite dans son arrêt *L'Oréal* comme étant notamment, outre cette fonction essentielle de garantie d'origine, « (...) celle consistant à **garantir la qualité de ce produit ou de ce service**, ou celles de **communication, d'investissement ou de publicité** ».¹³²

On voit directement le lien entre ces différentes fonctions et la protection de l'entreprise contre la concurrence déloyale. D'ailleurs suivant l'analyse de la professeure Annette KUR,

« (...) the function jurisprudence infuses European trademark law with a heavy portion of continental 'unfair competition' type of thinking. Going further, it is claimed here that what has happened is indeed a kind of de facto harmonization by jurisprudence, partly absorbing portions of commercial practices that are subject to harmonization under the MCAD (Misleading and Comparative Advertising Directive 2006/114) and the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29) (UCPD), but also pushing into areas that were left non harmonized by the latter ».¹³³

126. C.J.U.E., 25 février 1986, aff. 193/83, *Windsurfing International Inc. / Commission*, pt. 92.

127. C'est d'ailleurs pour cette raison notamment que les règlements d'exemption par catégorie ne bénéficient pas auxdites clauses ; voy. art. 5 du règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101, 3., du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (J.O. L. 93 du 28 mars 2014, pp. 17-23) et art. 9 du règlement (UE) n° 2023/1066 de la Commission du 1^{er} juin 2023 relatif à l'application de l'art. 101, 3., du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, C/2023/3443 (J.O. L. 143 du 2 juin 2023, pp. 9-19).

128. Voy. spéc. A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1410-1411, n° 13-14 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de 'parasitisme' redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques » (note sous Bruxelles, 21 octobre 2013), *Ann. Prat. Marché*, 2013, p. 946, n° 8.

129. 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' », o.c., p. 71 ; B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, o.c., pp. 387-387.

130. C.J.U.E., 12 novembre 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club plc / Reed*, EU:C:2002:651, pt. 48 (nous soulignons).

131. A. KUR, « Trademark Functions in European Union Law », in I. CALBOLI et J. C. GINSBURG (éds.), *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 167.

132. C.J.U.E., 18 juin 2009, C-487/07, *L'Oréal SA e.a. / Bellure NV e.a.*, EU:C:2009:378, pt. 58 (nous soulignons). Voy. égal. les précisions apportées par la C.J.U.E. aux fonctions de publicité et d'investissement : C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Google France SARL e.a. / Viaticum SA e.a.*, EU:C:2010:159, pts. 91-92 ; C.J.U.E., 22 septembre 2011., C-323/09, *Interflora Inc. et Interflora British Unit / Marks & Spencer plc et Flowers Direct Online Ltd*, EU:C:2011:604, pts. 60-63.

133. A. KUR, « Trademark Functions in European Union Law », o.c., p. 173.

La C.J.U.E. intégrerait donc dans le droit des marques des considérations tirées du droit de la concurrence déloyale afin de pousser plus loin l'harmonisation, réduisant d'autant la place du droit national. Voilà là un phénomène bien connu, spécialement en droit d'auteur où il est apparu favorisé par le recours à la Charte des droits fondamentaux.¹³⁴ Certains s'en offusquent, mais il n'étonne plus personne et il est désormais clair que la C.J.U.E. intègre dans le champ du droit dérivé harmonisé certains pans du droit que les Etats membres n'entendaient pas harmoniser, voire ont explicitement laissé en dehors de l'harmonisation. Le parallèle avec la jurisprudence de la C.J.U.E. en droit d'auteur, spécialement concernant la condition d'originalité et le cumul avec le droit des dessins et modèles, témoigne d'ailleurs de la faiblesse de l'argument tiré d'une apparente réserve en faveur du droit national de la concurrence déloyale formulée dans le droit dérivé ou les travaux préparatoires.¹³⁵ Indéniablement, ces réserves sont appelées à plier sous le poids de l'interprétation systématique par la C.J.U.E.

Dès l'adoption de la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹³⁶, d'aucuns faisaient déjà le pari que la C.J.U.E. prendrait pour point de départ, dans le cadre de son interprétation de cette directive, sa jurisprudence en droit des marques.¹³⁷ A ce jour, il n'a pas encore été donné à la C.J.U.E. l'occasion de se prononcer sur l'articulation entre les deux. Mais dans le cadre de l'articulation entre droit des marques et le droit de la publicité comparative, la C.J.U.E. avait déjà estimé que les notions de « confusion »¹³⁸ et de « profit indûment tiré »¹³⁹ devaient s'entendre de la même manière. Il n'y a donc pas de « primauté »¹⁴⁰ du droit de la publicité comparative sur le droit des marques, mais bien conciliation de l'un et l'autre. Suivant l'analyse récente du professeur Ansgar OHLY, droit des marques et concurrence déloyale tendraient même à converger dans la jurisprudence de la C.J.U.E., ce qui fait selon lui sens d'un point de vue méthodologique et de l'objectif d'assurer un effet utile aux dispositions du droit de l'UE.¹⁴¹

Le sens de tout cela tient à notre avis, d'une part, dans le rôle moteur de la C.J.U.E. dans l'approfondissement du marché intérieur¹⁴², d'autre part, dans le souci de cohérence du droit de l'Union qui se traduit par l'importance que la C.J.U.E. attribue à l'interprétation systématique, qui repose sur le postulat selon lequel le législateur est rationnel.¹⁴³

Aussi, quand bien même l'interprétation littérale de certaines réserves apparentes en faveur du droit national de la concurrence déloyale ou des quelques dispositions harmonisées de l'UE dans ce domaine pour-

134. J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonizing ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », *European Law Review*, 2013, vol. 38, n° 1, pp. 65-78.

135. Il a été relevé que l'art. 16 de la directive n° 98/71/CE dispose que : « La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions du droit communautaire ou du droit de l'Etat membre concerné qui s'appliquent (...) à la concurrence déloyale. » (voy. G. STRAETMANS et H. VANHEES, o.c., p. 525) (voy. égal. l'art. 91, 1., du règlement (CE) n° 6/2002, rédigé dans les mêmes termes). A titre de comparaison, on remarque que la formulation de l'art. 17 de cette même directive (voy. égal. l'art. 91, 2., du règlement (CE) n° 6/2002), qui traite du cumul du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles va encore plus loin dans la délégation aux Etats membres en indiquant que « (...) La portée et les conditions d'obtention de cette protection (par le droit d'auteur), y compris le degré d'originalité requis, sont déterminées par chaque Etat membre. » Malgré cela, et quand bien même il est très clair que les Etats membres n'ont jamais eu l'intention d'harmoniser la condition d'originalité dans le cadre de la directive n° 2001/29/CE, on sait depuis les arrêts Flos et surtout Cofemel que les Etats membres n'ont plus aucune liberté à cet égard et qu'ils sont tenus par la condition d'originalité telle qu'interprétée par la C.J.U.E. dans le cadre de la directive n° 2001/29/CE au départ de l'arrêt Infopaq (voy. J. CABAY, N. BERTHOLD et S. STARC, « Cumul du droit d'auteur et des dessins et modèles : une comparaison systématique au secours des principes », o.c., p. 58 et réf. ; pour plus de détails, voy. J. CABAY, L'objet de la protection du droit d'auteur. Contribution à l'étude de la liberté de création, o.c., spéc. pp. 157-169, n°s 30-31, pp. 198-207, n° 39).

136. J.O. L. 149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

137. U. BERNITZ, « The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition », in S. WEATHERILL et U. BERNITZ (éds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford and Portland (OR, USA), Hart Publishing, 2007, p. 42 (« (...) Most likely, the ECJ will use its present trademark law jurisprudence on confusion and deception as an important point of departure. »).

138. C.J.U.E., 12 juin 2008, C-533/06, O2 Holdings Limited et O2 (UK) Limited / Hutchinson 3G UK Limited, EU:C:2008:339, pt. 49.

139. C.J.U.E., 18 juin 2009, C-487/07, L'Oréal SA e.a. / Bellure NV e.a., EU:C:2009:378, pt. 77.

140. En ce sens, G. STRAETMANS et H. VANHEES, o.c., p. 525 (ces auteurs ne citent toutefois pas les passages précités des 2 arrêts de la C.J.U.E.).

141. A. OHLY, « Trademark Law and Adversing Law in the European Union: Conflicts and Convergence », in I. CALBOLI et J. C. GINSBURG (éds.), *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 336 (« (...) EU trademark law and unfair competition are converging. (...) From a methodological standpoint and with the aim of an effective implementation of EU law ('effet utile') in mind, the CJEU's attempt to construe EU law as a coherent whole makes perfect sense. »).

142. Certains ont soulevé l'argument du marché intérieur pour justifier la contradiction entre l'art. 2.19 de la CBPI et les directives n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et n° 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (J.O. L. 376 du 27 décembre 2006, pp. 21-27) (voy. N. CLAREMBAUX, o.c., p. 111). C'est toutefois oublier que l'harmonisation de la matière de la propriété intellectuelle, comme celle du droit des pratiques commerciales déloyales ou du droit de la publicité comparative, est pareillement basée sur l'art. 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à savoir le rapprochement des législations ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Aussi, s'il était possible sur la base du droit national de la concurrence déloyale de parvenir à un résultat qui ne peut être atteint sur la base du droit harmonisé de la propriété intellectuelle, il pourrait être porté atteinte à l'objectif d'établissement du marché intérieur. Autrement dit, l'argument du marché intérieur peut tout autant justifier l'existence de la règle de l'effet réflexe. En réalité, l'argument du marché intérieur ne peut à lui seul fournir la réponse quant à l'interprétation à retenir des dispositions en cause dès lors qu'il est valable pour chacune d'elle. De là la nécessité de recourir à la méthode d'interprétation systématique.

143. Sur l'interprétation « systématique » ou « contextuelle » et le postulat de rationalité du législateur européen, voy. K. LENAERTS et J.A. GUTTIEREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 27 et s., n°s 34 et s.

raient laisser croire, à tort selon nous¹⁴⁴, ¹⁴⁵, à une contradiction entre la règle de l'effet réflexe et lesdites dispositions, une interprétation systématique du droit de l'UE amènerait très probablement la C.J.U.E. à conclure qu'il n'en est rien. *A fortiori*, si l'on tient compte de ce que dans le cadre de cette interprétation, la C.J.U.E. estime que ce législateur rationnel aura nécessairement tenu dûment compte de la hiérarchie des normes.¹⁴⁶ Parmi celles-ci, figurent tant la Charte des droits fondamentaux (qui, rappelons-le, consacre notamment la liberté d'entreprise) que les dispositions du droit de la concurrence, dont on a vu qu'elles sont au cœur du droit de la propriété intellectuelle et des équilibres qu'il met en place. Une considération importante qui nourrirait certainement l'interprétation téléologique de la C.J.U.E. En effet, l'effet utile de la condition d'enregistrement du droit des marques qui, on l'a vu, vise à assurer une sécurité juridique pour les tiers, serait évidemment mise à mal s'il était possible, par exemple, de lutter contre un risque de confusion quant à l'origine commerciale d'un produit ou d'un service sur la base des dispositions de la directive n° 2005/29.

L'importance des interprétations systématique et téléologique au soutien de l'effet réflexe, agissant comme garantie d'une concurrence libre, saine et loyale, apparaît avec évidence lorsque l'on a égard au traitement juridique du risque de confusion. Bien qu'il soit au cœur du droit des marques, le risque de confusion ne peut être combattu sur pied de ce dernier pour ce qui concerne (notamment) les « signes constitués exclusivement par la forme, ou une autre caractéristique du produit, nécessaire à l'obtention d'un résultat technique ».¹⁴⁷ En effet, ce motif absolu de refus de la protection du droit des marques ne peut en aucun cas être écarté, quand bien même le signe aurait acquis un caractère distinctif par l'usage qui en est fait¹⁴⁸, une particularité que semble perdre de vue la doctrine critique de l'effet réflexe. Or et ainsi que nous l'avons déjà expliqué par ailleurs, c'est précisément pour cette raison que l'arrêt *Lego* de la C.J.U.E. constitue un soutien à la règle de l'effet réflexe et non l'inverse.¹⁴⁹

La force de cette exclusion tient dans l'importance qu'il y a à laisser ce type de formes à la libre disposition de tous, sous réserve d'une protection par le brevet. En dehors des conditions de ce dernier, il n'est donc pas possible d'obtenir par le biais d'un autre droit de propriété intellectuelle « une protection en pratique exclusive et équivalente » car cela « serait de nature à empêcher les concurrents d'offrir un produit incorporant certaines caractéristiques fonctionnelles ou limiterait les solutions techniques possibles ».¹⁵⁰ Pis, cela « réduirait considérablement et perpétuellement la possibilité pour les autres entreprises d'utiliser ladite solution technique ».¹⁵¹ L'importance de ces considérations est telle que l'exclusion est généralisée en droit des marques, droit d'auteur et droit des dessins et modèles, étant entendu que l'ensemble des dispositions concernées a fait l'objet d'une articulation harmonieuse par la C.J.U.E. dans le cadre d'une interprétation

144. L'on postule souvent une contradiction du fait des réserves exprimées ci et là dans le droit dérivé en faveur du droit national de concurrence déloyale (considérant (40) de la directive (UE) n° 2015/2436 en matière de marques ; considérant (31) du règlement (CE) n° 6/2002 en matière de dessins et modèles ; art. 16 de la directive n° 98/71/CE en matière de dessins et modèles ; voy. *supra*, notes 36, 37 et 135). Or, à regarder de plus près la formulation d'autres réserves en faveur du droit de la concurrence déloyale que l'on trouve dans ces mêmes textes (mais que l'on ne retrouve pas sous la plume des contradicteurs de l'effet réflexe), il semble que ces réserves soient faites en faveur d'une application à titre complémentaire du droit de la concurrence déloyale. Spécialement, l'art. 17, 2., du règlement (UE) n° 2017/1001 en matière de marques, sous un intitulé « Application complémentaire du droit national en matière de contrefaçon » (nous soulignons), dispose que « [L]e présent règlement n'exclut pas que des actions portant sur une marque de l'Union européenne soient intentées sur la base du droit des Etats membres concernant notamment la responsabilité civile et la concurrence déloyale. » Dans le même ordre d'idées, le considérant (7) de la directive n° 98/71/CE dispose-t-il « (...) la présente directive n'exclut pas l'application aux dessins ou modèles des dispositions de droit national ou communautaire qui prévoient une protection autre que celle que les dessins ou modèles acquièrent par leur enregistrement ou leur publication, telles que les dispositions relatives (...) à la concurrence déloyale et à la responsabilité civile » (nous soulignons). C'est précisément cette même idée d'une protection à titre complémentaire qui sous-tend l'incise « sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile » que l'on retrouve dans la formulation des art. 2.20.2 et 3.16 de la CBPI, qui définissent l'étendue de la protection conférée respectivement par le droit des marques et le droit des dessins et modèles.

145. L'art. 3, 4., de la directive n° 2005/29/CE, qui ne semble jamais évoqué par la doctrine critique de l'effet réflexe, dispose qu'« [e]n cas de conflit entre les dispositions de la présente directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques ». Eu égard à la fonction essentielle de la marque (et spécialement son rôle pour réduire les coûts de recherche des consommateurs, voy. spéc. A. KUR et M. SENFTLEBEN, *European Trade Mark Law* – A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 7-8, § 1.08-1.09), on pourrait voir dans le droit des marques une réglementation régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales au sens de cette disposition. Pour le surplus, voy. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe' du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le 'juste équilibre' », o.c., p. 72.

146. K. Lenaerts et J.A. Gutierrez-Fons, o.c., p. 38, n° 44.

147. Voy. art. 7, 1., e), ii), du règlement (UE) 2017/1001, art. 4, 1., (e), (ii), de la directive (UE) n° 2015/2436 et art. 2.2bis, al. 1^{er}, e), ii), CBPI.

148. Voy. les art. 7, 3., du règlement (UE) 2017/1001, art. 4, 4., de la directive (UE) n° 2015/2436 et art. 2.2bis, al. 3, CBPI.

149. On comprend en effet que la C.J.U.E. ne peut à la fois acter la préservation de libre concurrence à travers l'interprétation du motif absolu de refus du droit des marques et dans le même temps, inviter dans un *obiter dictum* (reproduit *in extenso supra*, note 19) à remettre celle-ci en cause, pour les mêmes faits, sur pied du droit de la concurrence déloyale. Voy. plus largement sur cet *obiter dictum* recontextualisé dans le cadre de l'arrêt de la C.J.U.E., 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' », o.c., pp. 52-54.

150. C.J.U.E., 8 mars 2018, C-395/16, *DOCERAM GmbH / CeramTec GmbH*, C-395/16, EU:C:2018:172, pt. 30.

151. C.J.U.E., 14 septembre 2010, C-48/09 P, *Lego / OHMI*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, pt. 46.

systématique et téléologique.¹⁵² Aussi, il n'est pas concevable que l'équilibre poursuivi par ce motif absolu de refus du droit des marques (et les équivalents fonctionnels en droit d'auteur et droit des dessins et modèles) puisse être bouleversé par la mobilisation du droit de la concurrence déloyale, quand bien même le risque de confusion en serait l'archétype contre lequel il convient de lutter.

Ainsi conçue, la règle de l'effet réflexe se présente donc comme une garantie additionnelle d'une concurrence libre, saine et loyale poursuivie plus largement par le droit dans l'Union dans divers corps de règle : le droit des pratiques commerciales déloyales, le droit de la publicité comparative, le droit de la concurrence mais aussi le droit de la propriété intellectuelle, et certainement d'autres encore. La règle de l'effet réflexe apparaît comme une manière commode de tracer la ligne de démarcation entre les règles de droit qui doivent être mobilisées par un opérateur économique pour lutter contre un acte déloyal, suivant que ledit acte se situe ou non dans le champ d'action du droit de la propriété intellectuelle. Et si elle est opposable à l'opérateur économique concerné, elle n'ôte évidemment aucunement aux consommateurs la possibilité de mobiliser, le cas échéant, les règles protectrices de leurs intérêts propres.¹⁵³

6. CONCLUSION : ZEER STERKE ARGUMENTEN, INDERDAAD...

« La théorie de l'effet réflexe des normes de propriété intellectuelle reste à faire »¹⁵⁴, écrivions-nous il y a quelques années.

En posant l'effet réflexe de fond comme règle générale, la cour d'appel de Liège fournit avec l'arrêt commenté une pièce majeure dans le cadre de cette théorisation. Elle nous a en effet permis de mettre en évidence que l'effet réflexe formel ne constitue en réalité qu'un aménagement particulier de cette règle générale, qui semble s'inscrire pleinement dans la recherche des équilibres poursuivis par le droit de l'Union dans son ensemble. Des équilibres qui ne touchent pas uniquement à la matière des droits intellectuels envisagés isolément, mais aussi dans ses relations avec l'ensemble des branches du droit concourant à l'établissement d'une concurrence libre, saine et loyale.

Cette analyse montre donc qu'effectivement, il y a en droit de l'Union, de très bons arguments. Mais ces arguments rendent compte d'un droit de l'Union très différent de celui qui avait été présenté à madame l'avocate générale dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2023, auquel nous avons fait référence en ouvrant cette contribution. L'analyse de la doctrine critique de l'effet réflexe tient en effet uniquement dans une interprétation littérale des dispositions du droit de l'Union européenne. Or, non seulement la règle de l'effet réflexe est parfaitement conciliable avec une interprétation littérale du droit de l'Union, mais plus encore elle semble découler d'une interprétation systématique et téléologique de celui-ci. Et on sait que dans l'approche de la C.J.U.E., il est de jurisprudence constante que ces trois méthodes doivent être combinées pour interpréter le droit de l'Union. Celui-ci, mobilisé dans son ensemble, offre donc de solides appuis à la règle de l'effet réflexe. Et dans certains cas, nous pensons qu'il la commande.

Nous nous plaisons donc à penser qu'à la lumière de nos développements dans cette présente contribution, qui poursuivent nos précédentes analyses de la règle de l'effet réflexe, Madame l'avocate générale se laissera à penser à son propos : *zeer sterke argumenten, inderdaad...*

Nous espérons aussi que ces développements viendront, non pas nécessairement mettre fin à la querelle qui anime les auteurs autour de cette question, mais nourrir un véritable débat de fond. Nous invitons donc les opposants à la règle de l'effet réflexe à tenter d'apporter une contradiction aux arguments ici développés, lesquels complètent et s'ajoutent à ceux de nos précédents écrits.

Enfin, l'on terminera comme on a commencé avec une dernière précision méthodologique.

En effet, l'arrêt commenté a déjà fait l'objet d'une publication dans une revue¹⁵⁵, assorti d'une mention en sens qu'il serait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Or d'après nos informations et après vérification, à l'heure où nous écrivons ces lignes, il n'en est rien.

Aussi, l'on ne pourra que recommander à celles et ceux qui entendent ou seront amenés à se prononcer dans ce débat de bien vérifier leurs sources. Car après tout, c'est aussi cela le bon réflexe...

152. Voy. spéc. 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) », o.c., pp. 632-637.

153. Voy. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le 'juste équilibre' », o.c., pp. 73-77 ; B. VANBRABANT, « 2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris », o.c., p. 264.

154. 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' », o.c., p. 50.

155. *I.R.D.I.*, 2023, p. 108, spéc. p. 117.