

# LE CUMUL DES DROITS INTELLECTUELS – INTRODUCTION

---

Séverine DUSOLLIER

Professeur aux facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur

L'on aimerait pouvoir croire, et enseigner, qu'à chaque objet intellectuel se rattache un et un seul droit intellectuel. À la création littéraire et artistique le droit d'auteur, à l'innovation technique le droit de brevet, aux formes d'objets utilitaires le droit de dessin ou modèle, aux signes distinctifs le droit de marque, aux dénominations géographiques les appellations d'origine et indications géographiques, aux végétaux le certificat d'obtention végétale. La mission et le champ de manœuvre de chaque droit semblent *a priori* bien déterminés et circonscrits. La réalité persiste pourtant à contredire cette apparente cohérence du régime de la propriété intellectuelle, tant il n'est pas rare qu'une création ou un signe puisse recevoir la protection de plusieurs droits intellectuels, simultanément ou successivement.

Si le cumul de droits sur des biens intellectuels n'a pas de mal à s'immiscer dans les interstices de la protection du droit d'auteur, du droit des marques ou des brevets, c'est probablement que chaque système de droit intellectuel ne comprend que peu de règles organisant la séparation de leurs territoires respectifs ni de frontières véritablement imperméables. Les formes des produits peuvent en appeler au droit d'auteur, au droit des dessins ou modèles, voire au droit des marques; le droit des marques assure parfois le relais de la protection d'une œuvre ou d'un élément technique ou utilitaire lorsque le droit d'auteur, le dessin ou modèle ou le brevet ont expiré; un logiciel peut désormais recevoir la double protection du droit d'auteur ou du brevet...

Les exemples ne manquent pas et les hypothèses de cumul de droits sont diverses. Véritable protection cumulative lorsque plusieurs droits réservent le même objet pour former une superposition de pro-

tections (un entassement pour revenir au sens étymologique de cumul), fournissant un arsenal d'armes au plaideur opportuniste pour lutter contre la copie de son produit. Protection consécutive, lorsque les droits se succèdent, l'un suppléant à l'extinction de l'autre, les droits formant alors une lignée de réservations sur un même objet et faisant mentir le principe de durée limitée des droits intellectuels. Ou encore chevauchement partiel des protections, lorsque plusieurs droits portent sur des aspects distincts d'un produit, droits autonomes et parallèles mais qui n'en constituent pas moins un faisceau de protections renforçant l'exclusivité sur celui-ci.

Ces trois hypothèses de cumul se rejoignent sur le bonus qu'elles offrent au titulaire des droits: la prolifération des droits n'a pas qu'un effet de nombre, déjà fort appréciable, elle permet avant tout de combler les éventuelles lacunes de protection qu'offrirait un seul droit, sur le plan de l'objet protégé, de la durée, de l'étendue des prérogatives conférées, des limitations admises ou des sanctions reconnues<sup>1</sup>. Le cumul se présente dès lors comme une stratégie appréciable de protection de ses créations ou signes distinctifs, accordant une protection contre la copie presque sans faille.

Les hypothèses de cumul ont sans doute toujours existé mais elles semblent s'intensifier ces dernières années à la faveur de deux évolutions de la propriété intellectuelle. La première tient au développement autonome des droits intellectuels, facilitée par la porosité des frontières de chaque droit. Comme le remarque fort justement G. Dinwoodie, l'étendue de la protection par un régime particulier de propriété intellectuelle se définit par des concepts et des objectifs à atteindre, pas véritablement par les catégories d'objets susceptibles d'être couverts<sup>2</sup>. En conséquence, l'existence ou la potentialité d'un autre droit intellectuel sur un objet donné n'agit pas, dans nos régimes, comme un repoussoir effectif, loin s'en faut. L'extension croissante des droits intellectuels, flagrante en droit d'auteur ou en brevet, ne s'embarrasse pas de l'éventuelle protection alternative qui pourrait parfaitement s'appliquer à la création qu'elle souhaite englober. À juste titre souvent, car la logique propre de chaque droit aura tôt fait de considérer que la protection qu'elle accordera à cette création

remplit une autre fonction, couvre un autre aspect du produit ou comble certaines insuffisances de la protection existante.

Le concours croissant de droits intellectuels sur un même objet s'explique aussi par la convergence des terrains de jeux habituels de chaque droit<sup>3</sup>. Le terrain culturel du droit d'auteur est ainsi investi de plus en plus par la technique: l'intégration des programmes d'ordinateur et des bases de données dans le champ de la propriété littéraire et artistique, à la faveur de leur double qualité de créations littéraires et d'outils techniques, le démontre. À l'inverse, l'accueil de plus en plus favorable que fait le brevet au logiciel favorise un cumul de droits que le législateur avait, dans un premier temps, souhaité éviter. L'utilisation de créations culturelles, personnages, logos, images ou autres, à des fins de marques en est un autre exemple, justifié par l'importance accrue que notre société accorde aux images en les dotant d'un contenu sémantique qui en vient à suppléer leur contenu artistique<sup>4</sup>.

Face à ces hypothèses croissantes d'empiétements et d'accumulation de droits intellectuels, émergent d'aussi multiples questions, questions qui ont fait l'objet de la conférence organisée en mai 2008 par le Centre de recherche informatique et droit (CRID) des facultés universitaires de Namur sur le thème du cumul des droits intellectuels, dont le présent ouvrage constitue les actes. Cet événement faisait partie d'un cycle de conférence organisé par le CRID, les facultés Saint-Louis et l'université catholique de Louvain, sur le thème du domaine public. La thématique du cumul n'y est en effet pas étrangère. Car si le domaine public résulte de l'absence ou de l'expiration d'un droit intellectuel, est-il réellement à l'abri de la subsistance d'autres droits sur le même objet, qui viendraient soustraire à la liberté d'utilisation une œuvre, une invention ou un signe, non protégé, ce qui relativiserait en partie la libre utilisation du domaine public?

Il s'agit là d'une question fondamentale de légitimité des situations de cumul de droits intellectuels. On trouvera certainement autant de défenseurs des «entassements» de droits que de détracteurs. Les uns adopteront comme mot d'ordre le proverbe ancien «abondance de biens ne nuit pas»; les autres leur rétorqueront par le proverbe inverse «qui trop embrasse mal étreint». La réalité du cumul se situe proba-

<sup>1</sup> G. DINWOODIE, «Trademark and Copyright: Complements or Competitors», in *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, ALAI Congress 2001, ALAI USA ed., 2002, p. 506.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>3</sup> B. HUGENHOLTZ, «Over Cumulative Gesproken», *BIE*, 2000, p. 240.

<sup>4</sup> G. DINWOODIE, *op. cit.*, p. 503.

blement entre ces deux extrêmes : si dans de nombreux cas, les droits se superposant sur une création ou un signe distinctif portent sur des objets distincts et poursuivent des objectifs différents, il se peut que dans d'autres, le cumul amène des surréservations préjudiciables à la libre concurrence et à la libre copie.

La cohabitation de droits sur un même objet suscite également des difficultés d'application conjointe des régimes juridiques. Quel régime s'applique à un objet réservé par de multiples droits, particulièrement lorsque certaines règles sont contradictoires ? Pourrait-on considérer que le titulaire des deux droits peut prendre le meilleur des deux mondes et opter pour la règle qui lui est la plus bénéfique ? Ou si un régime l'emporte sur l'autre, quelle règle gouverne cette prééminence ? Est-ce à déterminer selon la question juridique posée ou selon l'objectif réellement poursuivi ?

La jurisprudence a parfois utilisé le concept de l'abus de droit pour tempérer les gourmandises de certains titulaires de droits, refusant le recours à une protection accessoire pour pallier la limitation du droit normalement applicable, ou a étendu à un droit les limitations, tel le principe d'épuisement de la marque, qui avaient poussé le titulaire à invoquer la protection subsidiaire du droit d'auteur, comme dans la célèbre affaire Dior/Evora<sup>5</sup>. Les objectifs poursuivis par chaque droit peuvent également servir d'outil de distribution des protections, en refusant qu'un droit soit instrumentalisé, en dehors de sa sphère normale d'opération pour protéger une part de marché<sup>6</sup>.

Le régime des droits intellectuels se prononce assez peu sur des situations de cumul. Lorsqu'il le fait, il peut autoriser un cumul ou, au contraire, organiser une protection exclusive d'un droit à défaut d'un autre, ou une protection alternative d'un droit ou d'un autre au choix du demandeur.

La cohabitation du droit d'auteur et du droit de dessin ou modèle est partiellement organisée, de même que celle entre le droit de brevet et le droit des obtentions végétales, le premier excluant la brevetabilité des variétés végétales, objet du second. De même le droit des marques exclut de son champ les formes nécessaires à l'obtention d'un résultat technique, les réservant au brevet. À l'occasion d'avan-

cées de droits intellectuels sur de nouveaux espaces, il n'est pas rare non plus qu'on organise de potentielles hypothèses de cumul, à l'instar de la défunte proposition de directive sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur, qui préservait l'exercice des exceptions s'appliquant au logiciel en vertu du droit d'auteur.

Le législateur reste souvent plus prudent en admettant le cumul par le recours à des formules vagues du type « ne portent pas atteinte à d'autres dispositions en matière de propriété intellectuelle » ou « sans préjudice de... ». Formules qui se contentent de reconnaître l'existence d'autres protections voisines ou s'inscrivent dans une volonté de pacification, sans entendre toutefois régler les éventuels troubles de voisinage.

De nombreuses questions restent donc en suspens. Le but de cet ouvrage et de la conférence dont il est tiré, est d'explorer ce qui se passe dans les hiatus, les chevauchements et les lisières des droits intellectuels en situation de cumul. À quelles conditions deux types de réservations peuvent-ils se confondre sur une même création ou signe distinctif ? Les dispositions légales autorisent-elles cette coexistence ou l'excluent-elles dans certains cas ? Dans la première hypothèse, la distribution des protections, et leur exercice concurrent, font-ils l'objet d'une disposition légale ? Un tel cumul est-il toujours opportun ou trouble-t-il la cohérence du système de propriété intellectuelle ? L'objectif de ces questions est ambitieux, mais les différentes contributions rassemblées ici démontrent que les orateurs choisis, devenus ici auteurs, ont les moyens de cette ambition. Chacun s'est attaché à une situation de cumul particulière.

Alain Strowel et Charles-Henri Massa commencent l'exercice en confrontant un concours classique de protections, celui du droit d'auteur et du droit de dessin ou modèle. La protection résiduaire des articles utilitaires par le droit d'auteur est en effet incontestable en France et au Benelux et s'inscrit dans une longue évolution historique, sur laquelle ils reviennent longuement. C'est en vertu de la théorie de l'unité de l'art que le droit français accueille les arts appliqués au sein du droit d'auteur, ce qui permet le cumul total des protections. Dans nos contrées, la Cour de justice Benelux, suivie par le législateur, a tranché pareillement, après des années d'interprétations incertaines, en faveur du cumul total entre droit d'auteur et dessin ou modèle, système que l'on retrouve également pour le dessin ou modèle communautaire.

<sup>5</sup> CJCE, A novembre 1997, *Dior c. Evora*, C-337/95.

<sup>6</sup> Voir par exemple, Cour suprême du Canada, 26 juillet 2007, *Euro-Excellence Inc. V. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37.

Ce cumul n'est toutefois pas sans poser certaines difficultés, qui ressortent d'une comparaison des régimes existants sur le plan de l'objet du droit, de la titularité, de l'étendue de la protection ou de la durée. Parmi les conséquences les plus troublantes du cumul, le fait que la Convention Benelux sur la propriété intellectuelle organise les règles de titularité en cas de cumul du droit d'auteur ou du dessin ou modèle en faisant peu de cas des règles normalement protectrices de l'auteur. La jurisprudence a également fait preuve d'une application fort allègre des règles de cession du droit au commettant, que le modèle ait ou non été déposé, ce qui pourrait avoir des conséquences assez incertaines sur la titularité du droit d'auteur sur la forme d'un article utilitaire réalisé sur commande.

L'analyse approfondie de la jurisprudence menée par les deux auteurs aboutit à plusieurs constatations. Par exemple, la règle classique de l'exclusion des formes techniques, néanmoins tempérée par la doctrine de la multiplicité des formes, a également laissé quelques traces en droit d'auteur où, en dépit d'une absence d'un tel cas d'exclusion de la protection, les juges n'hésitent pas à refuser l'originalité à une forme exclusivement imposée par l'effet technique recherché, à moins que des formes alternatives ne puissent être démontrées. Un joli cas de cumul qui entraîne la confusion des genres entre les régimes conjoints. Autre exemple de contagion, l'influence du critère du risque de confusion sur l'appréciation d'une contrefaçon en droit d'auteur, lorsqu'il s'agit de la protection de la forme d'un produit.

L'examen de jurisprudence se conclut par l'établissement de statistiques sur les cas de cumuls demandés et les contrefaçons reconnues, dans un droit ou dans l'autre, statistiques qui démontrent à première vue une absence de systématisation du cumul et de condamnation pour contrefaçon au titre des deux droits intellectuels sollicités. Un signe que le principe de l'indépendance des protections affirmé par le Règlement européen sur le dessin ou modèle communautaire ne serait pas que théorique? Peut-être, mais Alain Strowel et Charles-Henri Massa n'en considèrent pas moins que non seulement les protections du dessin ou modèle et du droit d'auteur sont généralement invoquées en parallèle, mais que des influences et convergences ne cessent d'opérer dans ces deux régimes juridiques respectifs, au profit du dessin ou modèle, que ce soit sur l'appréciation de l'originalité, l'exclusion des formes techniques ou les règles de titularité. Et de con-

clure que ce rapprochement est souhaitable, à défaut d'une divergence significative entre les objectifs de chaque droit intellectuel, mais qu'il devrait en tout cas, pour que l'utilisateur bénéficie lui aussi de ce cumul total, s'étendre au système des exceptions, peu évoqué par ailleurs par ces deux auteurs.

Autre domaine dans lequel le cumul des protections s'est régulièrement invité: celui de l'informatique. Franck Macrez s'est attelé à l'analyse des réservations concurrentes sur des objets informatiques, du programme d'ordinateur aux bases de données, noms de domaine ou sites internet. Ce serait la nouveauté de ces créations qui malmène l'étanchéité supposée des catégories juridiques, impliquant en conséquence une multiplication des situations de cumul. Les bases de données notamment sont en principe ouvertes à une superposition du droit d'auteur et du droit *sui generis*, étant à la fois œuvre de sélection et «œuvre» d'organisation. Les qualifications multiples dont on a pu doter les œuvres multimédia, entraînant des empiètements de régimes juridiques, sont également révélatrices d'une complexité difficile à appréhender, si ce n'est par un cumul en apparence fort réducteur. Mais c'est surtout le logiciel qui attire à lui toutes les convoitises, se reposant sur la protection bien établie du droit d'auteur, mais lorgnant de manière croissante vers le brevet, faisant fi du refus législatif d'un tel cumul.

Comment alors établir les frontières entre ces différents territoires juridiques? Franck Macrez considère que le droit contemporain de l'informatique laisse celles-ci plutôt floues. La protection des mesures techniques excède celle du droit d'auteur; la distinction, s'agissant des bases de données, entre l'objet du droit d'auteur et l'objet du droit *sui generis* se révèle en pratique assez difficile à définir; forme et fonction du logiciel pourraient offrir une ligne de partage utile entre droit d'auteur et brevet, mais sont-elles si séparables?

L'auteur propose en conséquence une tentative d'organisation des situations de cumul, en vertu d'un principe de hiérarchie entre les différents droits sollicités. En premier lieu, le critère d'antériorité, classique du droit des marques et du droit des brevets, pourrait départager certaines réservations concurrentes. Ensuite, un critère de subordination ne pourrait-il s'appliquer à certaines situations? Brevet évinçant le droit d'auteur pour le programme d'ordinateur? Exceptions en droit d'auteur l'emportant sur les mesures techniques de protection? En l'état du droit positif, Franck Macrez constate que de tels principes

de hiérarchie font cruellement défaut et invite le législateur à organiser plus explicitement les hypothèses de cumul de réservations des biens informatiques, sans toutefois lui en fournir les clés.

Tout sépare l'informatique du monde végétal. Ce dernier est cependant remarquable par le fait que le cumul entre brevet et certificat d'obtention végétale y est largement organisé par le législateur autour d'un principe distributif des protections: les variétés végétales, en Europe du moins, sont exclues du brevet au profit du droit d'obtention végétale. **Nicolas Brahy** révèle toutefois le caractère illusoire de cette protection distributive et surtout, son peu d'intérêt pratique.

La Convention sur la protection des obtentions végétales refuse dans un premier temps le cumul des protections en ne laissant aux États contractants que le choix d'une protection exclusive soit par le brevet soit par un système propre aux végétaux, ce que la Convention de Munich sur le brevet européen met en œuvre en excluant de celui-ci les variétés végétales. Lors de sa révision en 2001, la Convention UPOV exige la protection des végétaux par le certificat d'obtention végétale tout en admettant la protection alternative ou concurrente du brevet, ce qui va dans le même sens que les accords ADPIC. L'application de ce régime distributif n'en a pas pour autant empêché des chevauchements de protection à la faveur de certaines règles du droit des brevets permettant, surtout en présence de plantes transgéniques, une protection alternative pour ce qui ne relève pas strictement de la variété végétale. **Nicolas Brahy** distingue la situation européenne de la situation américaine à cet égard, cette dernière admettant plus largement le cumul des protections.

Le cumul étant possible, les prérogatives liées à chaque droit s'additionnent mais non les exceptions qui ne pourraient être invoquées que si elles sont communes aux deux régimes. En conséquence, le privilège du sélectionneur et celui du fermier, limitation classique du droit d'obtention végétale, peut être mis à mal lorsque la plante fait également l'objet d'un brevet, dans le cadre duquel cette exception connaît, selon les pays, une application parfois plus restreinte.

La complexité de l'articulation législative des réservations susceptibles de se superposer sur des végétaux se dégonfle toutefois comme une baudruche lorsqu'on examine, avec **Nicolas Brahy**, la situation factuelle de ce domaine de création. Le nombre de certificats d'obtention végétale est en effet assez faible et se concentre surtout

sur les plantes ornementales, les litiges étant en outre relativement rares. La protection paraît également, du moins aux États-Unis, se rediriger vers le champ du brevet, dont l'étendue est plus large, ce qui enlèverait progressivement son utilité au certificat d'obtention végétale. En conclusion, si la question du cumul entre brevet et droit d'obtention végétale est en théorie fructueuse, la pratique semble ne lui accorder qu'un intérêt très réduit.

Dernier cas de cumul organisé par le droit, celui du droit des marques et des dénominations géographiques. La question se dédouble en réalité, ainsi que le suggèrent **Dominique Kaesmacher et Lionel Duez**. La première interrogation consiste à vérifier si un même produit peut être couvert concurremment par une marque (individuelle ou collective) et une dénomination géographique. Ils y répondent par l'affirmative car les fonctions de ces signes distinctifs diffèrent, ce qui autorise ce cumul. Fonction d'indication de provenance d'une entreprise pour la marque individuelle, fonction de certification ou d'indication de provenance d'une collectivité pour la marque collective et fonction de garantie de qualité liée à la provenance territoriale pour la dénomination géographique.

La deuxième question est plus intéressante, elle consiste à se demander si un même signe peut être réservé à la fois comme marque et comme dénomination géographique. Les auteurs y répondent en trois temps. Premièrement, l'enregistrement comme marque d'une dénomination géographique est assez difficile en raison de la conjugaison de l'interdiction des marques trompeuses, notamment quant à la provenance du produit concerné, de l'interdiction des marques descriptives, ce que peut constituer dans certains cas une indication géographique, et de l'interdiction des signes génériques, ce qu'une provenance géographique peut établir lorsqu'elle donne son nom au produit même.

Deuxièmement, les règles de conflit entre marque et signes antérieurs excluent dans de nombreux cas une concordance entre la marque et la dénomination géographique. Est en effet refusée à l'enregistrement une marque portant sur une appellation d'origine ou indication géographique protégée, en tout cas pour des produits identiques ou similaires. Ces dénominations géographiques bénéficient en outre d'une protection excédant le principe de spécialité en cas d'erreur du consommateur sur l'origine géographique du produit ou de risque de parasitisme. **Dominique Kaesmacher et Lionel Duez** com-

mentent longuement deux récentes décisions de jurisprudence appliquant cette exclusion de cumul. En outre, l'existence d'une marque antérieure ne peut limiter l'enregistrement d'une dénomination géographique que si elle jouit d'une renommée ou peut établir un risque de confusion du consommateur ou de préjudice, ce qui confirme la prééminence reconnue par le législateur aux appellations d'origine et d'indications géographiques sur les marques. La concurrence d'une marque et d'une dénomination géographique est donc possible, principalement lorsque la première est antérieure, mais celle-ci subit le risque de devenir trompeuse ou descriptive en raison de l'enregistrement postérieur du signe géographique.

Et enfin, les tiers conservent le droit d'indiquer la provenance de leurs produits ou services sans porter atteinte à la dénomination géographique enregistrée comme marque ou comme appellation d'origine, ce qui organise une cohabitation entre droits exclusifs sur le signe distinctif et droits d'usage de celui-ci sous la forme d'une limitation aux droits exclusifs d'autrui. Là aussi la cohabitation est largement reconnue pour les tiers utilisant la dénomination protégée par une marque, mais l'est beaucoup moins pour ceux utilisant la dénomination protégée par une appellation d'origine ou une indication géographique.

L'ensemble du système de distribution des protections entre dénominations géographiques et autres signes distinctifs indique en définitive la faveur du législateur pour les premières. Si cumul il peut y avoir, il est en tout cas organisé pour en réduire les occurrences.

Poursuivant sur le droit des marques, Annette Kur s'interroge sur la protection concurrente des formes tridimensionnelles par la marque, le dessin ou modèle et le droit d'auteur. Elle pose comme hypothèse l'innocuité des cumuls de droits intellectuels pour autant que les conditions de protection soient justifiées par la protection accordée et que chaque droit comporte un équilibre inhérent. Elle teste ensuite cette hypothèse sur deux cas typiques de concurrence de droits : le premier concerne des prétentions successives à la protection, d'abord par le droit des dessins ou modèles et ensuite, ce dernier étant arrivé à son terme, par le droit de marque ; le second est relatif à des prétentions simultanées, comme dans l'exemple de la protection des pièces détachées par le dessin ou modèle, le droit d'auteur et le droit de marque.

Dans le premier cas, la protection d'une forme par la marque est sans doute plus difficile à obtenir que par un dessin ou modèle en raison des différences de conditions requises pour la protection. En outre, l'exclusion, en droit des marques, des formes qui donnent une valeur substantielle au produit paraît avoir pour effet d'empêcher le dépôt d'une marque sur certains produits, notamment dans le domaine de la mode, de manière consécutive à sa protection par un dessin ou modèle, qu'il soit enregistré ou non. Annette Kur n'approuve pas cette solution qui créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Notamment parce qu'elle empêcherait ce type de formes de prétendre à la protection de la marque par l'acquisition d'un caractère distinctif par l'usage. C'est pourtant en ce sens que s'est récemment prononcée la Cour de justice européenne dans l'affaire *G-Star/Benetton*<sup>7</sup>.

La protection simultanée des pièces détachées par le dessin ou modèle, le droit de marque et le droit d'auteur est un vieux problème de la propriété intellectuelle sur lequel un consensus n'a jamais pu être obtenu. Même si la question des pièces détachées en droit des dessins ou modèles se résolvait un jour, il n'en resterait pas moins qu'elles pourraient chercher le relais de la protection par le droit d'auteur ou le droit des marques. En droit des marques, l'exclusion des formes qui poursuivent un effet technique pourrait-elle contrer une telle prétention ? Rien n'est moins sûr. Quant à l'exigence de caractère distinctif, si elle n'est pas facile à satisfaire *a priori* pour des pièces détachées, elle n'en est pas pour autant impossible. Dernier obstacle à franchir, la vente par un concurrent de pièces détachées dont la forme est protégée en tant que marque constitue-t-elle une contrefaçon, en se basant sur la condition préalable d'atteinte à la fonction essentielle de la marque, telle que dégagée par la Cour communautaire ? Autant de questions analysées par Annette Kur dans sa contribution.

Quant à la protection des pièces détachées par le droit d'auteur, elle ne relève pas de la science-fiction, du moins dans les pays qui appliquent la théorie de l'unité de l'art. Mais si rien n'empêche de *lege lata*, le titulaire du droit d'auteur d'empêcher ce que le droit du dessin ou modèle ne prohibe pas, la logique de la propriété intellectuelle et la libre circulation des marchandises dans le marché inté-

<sup>7</sup> C.J.C.E., 20 septembre 2007, *Benetton Group c. G-Star*, C-371/06.

rieur commandant, selon Annette Kur, que les prérogatives d'un droit exclusif ne puissent l'emporter sur les limitations d'un autre, si leur application n'est pas justifiée par les objectifs spécifiques de ce droit. Cela semble une sage solution dans les situations de cumul de droits, qui peut notamment trouver appui dans la décision Dior/Evora de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>8</sup>.

Vinciane van Overmeire s'attaque ensuite à une autre hypothèse de réservations consécutives, celle du droit des marques protégeant une œuvre tombée dans le domaine public. Les cas de marques succédant au droit d'auteur ne sont pas rares. Elle rappelle combien la limitation dans le temps du droit d'auteur répond à l'intérêt général et qu'à l'expiration du droit, l'œuvre devient disponible pour toute utilisation... et donc également comme signe faisant fonction de marque. Ce qui interdit en principe une prohibition absolue de l'enregistrement d'une œuvre qui ne serait plus protégée à titre de droit d'auteur, pour autant qu'il ne reconstitue pas le monopole du droit d'auteur et une interdiction absolue d'utilisation.

On ne pourrait d'ailleurs, selon Vinciane van Overmeire, considérer que la durée limitée du droit d'auteur soit une règle d'ordre public car, pour essentielle qu'elle soit, elle ne répond pas à la définition qu'en a donnée la cour de cassation belge. Par ailleurs, la jurisprudence, tant allemande que Benelux, n'a pas considéré l'appartenance du signe au domaine public comme un obstacle à son dépôt en tant que marque. En revanche, les conditions spécifiques du droit des marques sont plus susceptibles de gêner la succession des droits. L'exigence de caractère distinctif par exemple pourrait être plus difficilement reconnue à un signe qui consiste en une œuvre connue du public et tombée dans le domaine public, sous réserve de l'acquisition par l'usage d'un tel caractère distinctif. L'usage du signe comme marque est également plus improbable, la qualité artistique de l'œuvre inclinant davantage à un usage simplement décoratif ou ornemental.

Il n'en résulte pas moins que lorsque l'œuvre désormais envisagée comme signe surmonte ces obstacles et est reconnue comme une marque valide, ce nouveau droit est susceptible de limiter la libre utilisation de cette œuvre et, partant, l'effectivité du domaine public. Ce sera particulièrement le cas, ainsi que les exemples cités le démon-

trant, lorsque le titre d'une œuvre tombée dans le domaine public ou un de ses personnages est déposé comme marque pour une classe de produits couvrant les œuvres en question, livre ou films. Il faut alors espérer que le principe de spécialité valant en droit des marques limite en principe les effets préjudiciables de cette réservation successive, de même que la limite du « juste motif » apparaissant dans l'énoncé de certaines atteintes à la marque, qui pourrait admettre un usage de l'œuvre répondant à sa nature de domaine public.

Le droit des marques contient une autre défense inhérente à ce cumul de protection, celle de l'exclusion des formes tridimensionnelles qui donnent une valeur substantielle au produit. Vinciane Van Overmeire suggère que cette exclusion puisse être interprétée pour refuser le dépôt de marques sur des formes pouvant être protégées par le droit d'auteur, mais elle reconnaît simultanément les incertitudes que comprend cette disposition, ne pouvant exclure de manière certaine que les pures œuvres d'art.

Pour clôturer cet ouvrage, Vincent Wellens et Tatjana Klaeser s'intéressent à la reine des protections subsidiaires des créations immatérielles ou signes distinctifs, la concurrence déloyale. Si cette protection se distingue des droits intellectuels par son intervention essentiellement *a posteriori*, lorsque l'atteinte a été consommée, et l'absence de droits subjectifs qu'elle accorde (les économistes du droit parleraient d'une *liability rule* au lieu d'une *property rule*), elle n'en est pas pour autant dépourvue d'intérêt. Les conditions de protection des droits intellectuels ne doivent en effet pas être forcément remplies, seules sont exigées une confusion et la preuve d'un impact potentiel sur le choix du consommateur.

L'intérêt de cette contribution réside surtout dans l'analyse comparée de la situation antérieure à la transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales et des nouvelles dispositions de la loi sur les pratiques du commerce résultant de cette disposition. L'hésitation ancienne de la jurisprudence à recourir au droit de la concurrence déloyale en l'absence d'un droit intellectuel, ne devrait pas s'estomper et les juges devraient persister à ne pas pallier l'absence de protection par un rattrapage de ce cas particulier de responsabilité. La concurrence déloyale ne viendrait donc pas compenser au procès du cumul des droits intellectuels.

La véritable nouveauté de la directive européenne et de sa transposition dans la loi belge est de rattacher l'acte de concurrence

<sup>8</sup> C.J.C.E., 4 novembre 1997, Dior c. Evora, C-337/95.



déloyale à l'effet produit sur le consommateur. Devient trompeuse, et donc déloyale, toute pratique commerciale qui amène le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qui implique une activité de marketing créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent. Le lien avec un droit intellectuel d'autrui est clairement établi. Mais ce lien s'estompe également car l'interdiction de cette pratique s'autonomise par rapport à la propriété intellectuelle: la pratique peut être trompeuse même si les conditions du droit intellectuel ne sont pas remplies; le risque de confusion et l'effet sur le consommateur suffisent. Voilà qui installe la concurrence déloyale dans une position établie de cumul des protections, qu'elle se superpose au droit intellectuel ou s'y substitue en l'absence d'un droit intellectuel. Vincent Wellens et Tatjana Klaeser y voient une certaine logique, le droit de la propriété intellectuelle et celui de la concurrence déloyale poursuivant des objectifs différents.

Cette protection alternative en dépit de l'absence d'un dépôt du signe distinctif repose en outre sur des conditions strictes, qui ne seront pas si facilement satisfaites, soit une confusion *in concreto* et la preuve d'une influence sur le comportement du consommateur. En somme, si la concurrence déloyale paraît être la «bonne à tout faire» en matière de protection des créations et signes distinctifs, la modification de ses conditions par la directive européenne de 2005 ne rend pas automatique le relais de cette protection et surtout, n'ouvre pas le bénéfice des sanctions, voies d'actions et dédommagements désormais prévus pour les droits intellectuels par la loi du 10 mai 2007 sur les aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle. Où l'on voit que la protection cumulative des droits intellectuels et de la concurrence déloyale *a priori* fort généreuse, ne procure ses largesses que dans des conditions strictes et au prix de certains sacrifices, qui font mentir le tout-bénéfice de l'opportunisme judiciaire de la concurrence déloyale.

\*  
\*   \*  
\*

L'ensemble de ces contributions paraît indiquer une organisation partielle des situations de cumul par la loi, au profit souvent d'une hiérarchie établie par le législateur entre différents droits. Dans de nombreux cas toutefois, l'inventivité des plaideurs peut en appeler à

de multiples protections, tentant de remédier à d'éventuelles règles défavorables ou lacunes du droit intellectuel normalement destiné à protéger la création ou le signe concerné. Si ces superpositions de droits paraissent créer dans certains cas des surréservations ou tailler en pièces le principe du domaine public, les inquiétudes sur de véritables excès sont rares. Il n'empêche que dans le chef de l'utilisateur des créations ou signes distinctifs concernés, assez peu présent dans ces pages, l'accumulation de droits peut sembler incohérente et surtout incertaine. Que restet-il du principe de liberté de concurrence et de copie si se chevauchent ou se succèdent des couches de protection sur les espaces normalement laissés libres d'utilisation par un droit?

La cohérence et la sécurité juridique justifieraient probablement que ces questions de cumul fassent l'objet d'une attention plus soutenue. Beaucoup de spécialistes de la propriété intellectuelle se sont attelés à des réflexions de refonte de la propriété intellectuelle, notamment en tentant d'en réorganiser le régime sur une base uniforme, en ne laissant plus chaque droit se développer de manière autonome, voire de regrouper l'ensemble des droits intellectuels autour d'un unique droit, décliné selon les catégories d'objets à protéger contre la copie. Une telle réécriture des droits intellectuels est à la fois suscitée par les craintes de cumuls excessifs et ne pourra que les résorber, ne laissant pas subsister, dans un régime restructuré autour d'un seul droit ou de catégories de droits plus étanches, les lacunes de protection dans lesquelles ils pourraient se loger.

Dans un tel système réorganisé de propriété intellectuelle, il serait utile d'insister sur le principe de liberté de concurrence, qui devrait en constituer le cadre général et fondamental. Si les droits intellectuels ne sont que des îles dans un océan de liberté de copie et de concurrence, les ponts et les regroupements de terres que constitueraient les cumuls de droits ne devraient pas éroder de manière excessive cette liberté.