

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Alcools, bières et propriété intellectuelle

Cruquenaire, Alexandre

Published in:
L'alcool et le droit

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A 2021, Alcools, bières et propriété intellectuelle: entre protection et autonomisation responsable. dans S Gilson (ed.), *L'alcool et le droit*. Barreau de Namur, Anthemis, Limal, pp. 263-296, L'alcool et le droit, Namur, Belgique, 18/06/21.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Alcools, bières et propriété intellectuelle

Thomas ESPEEL

Avocat au barreau de Liège

Alexandre CRUQUENAIRE

✦ *Avocat au barreau de Namur*

Chargé de cours invité à l'Université de Namur (CRIDS)

Introduction

1. Le thème de la propriété intellectuelle trouve naturellement sa place dans un ouvrage pluridisciplinaire comme celui accueillant la présente contribution. « À l'heure où le houblon fait sa révolution »¹, comment ne pas succomber à l'envie d'enrichir le propos de quelques réflexions inspirées de la bière ? Symbole national, la culture de la « bière belge » est, depuis 2017, inscrite au patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO. La diversité inégalée de l'art brassicole belge a sans aucun doute permis cette reconnaissance tant convoitée².

Aujourd'hui, il y aurait plus de 2.500 bières produites dans notre Royaume, à l'aide de différentes méthodes de fermentation³. Ainsi, les plus « authentiques » ne jureront que par une bonne « Trappist® ». Certains se délecteront volontiers d'une bière d'« abbaye ». D'autres préféreront l'acidité d'une bière « lambic », qu'il s'agisse du faro, de la gueuze ou de la kriek. D'autres encore pourront, grâce à l'avènement des microbrasseries et des bières à façon, voyager depuis leur salon⁴ en sirotant des bières aux tonalités gustatives toujours plus étonnantes.

2. Dans le cadre de la création d'une (micro)brasserie, ou plus généralement d'une nouvelle bière ou d'un nouvel alcool, l'attention se focalise généralement sur certains aspects stratégiques et administratifs, tels que la recherche de financements, la définition d'un business plan, la mise en place d'une politique de marketing ou encore la gestion des relations avec les différents fournisseurs et distributeurs. Dans ce contexte, il n'est pas rare d'oublier la question des droits de propriété intellectuelle. Cette question est toutefois cruciale, car les droits de propriété intellectuelle constituent un levier de croissance important pour les entreprises, en consolidant l'image de l'entreprise ou de ses produits et en offrant des outils de protection contre les concurrents. La bonne gestion de la propriété intellectuelle permet donc de protéger et valoriser les actifs immatériels.

¹ M. VERLINDEN, *Bières d'artisans en Wallonie et en Flandre*, Bruxelles, Racine, 2015, plat verso.

² Voy. <https://ich.unesco.org>.

³ Selon le Musée du Houblon (voy. www.hopmuseum.be).

⁴ Les mesures liées à la crise sanitaire en vigueur au moment où nous rédigeons la présente obligent...

3. Dans le cadre de la présente contribution, nous examinerons, en nous efforçant d'adopter une approche essentiellement pratique, les questions de droits de propriété intellectuelle liées à la création et à l'exploitation (entendez commercialisation) d'une bière ou d'un alcool sur le marché.

Compte tenu de l'abondance de la matière, cette contribution n'ambitionne pas l'exhaustivité, mais a plutôt pour objectif de donner au lecteur un aperçu des principaux droits de propriété intellectuelle susceptibles de protéger tout ou partie des éléments constitutifs d'une bière ou d'un alcool.

Nous aborderons ainsi successivement le droit d'auteur et le droit des dessins ou modèles (section 1), le droit des marques (section 2) et le droit des brevets (section 3). Enfin, nous verrons que d'autres droits peuvent constituer des solutions alternatives ou complémentaires aux droits de propriété intellectuelle au sens strict (section 4).

Section 1

La protection d'une bière ou d'un alcool par le droit d'auteur

4. Le recours au droit d'auteur pour protéger une création alcoolisée ou une nouvelle bière peut paraître à première vue séduisant. En effet, la protection de la recette par le droit d'auteur présente un intérêt pratique non négligeable, dès lors que les prérogatives inhérentes au droit d'auteur pourraient permettre de paralyser son exploitation par des tiers.

5. La question de la protection d'une « œuvre culinaire » par le droit d'auteur fait l'objet de débats houleux depuis de nombreuses années⁵. Par analogie, les raisonnements opérés par la doctrine et la jurisprudence en matière de créations culinaires nous semblent pouvoir, dans une certaine mesure, être transposés au processus de création d'une bière ou d'un alcool, en tant qu'« œuvre alimentaire ».

⁵ Voy. ainsi not. C.J. BUCCAFUSCO, « On the Legal Consequences of Sauces : Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable ? », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Chicago-Kent Intellectual Property, Science & Technology Research Paper, n° 09-017, vol. 24, n° 1121, 2007, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=923712> ; E. CUNNINGHAM, « Protecting Cuisine under the rubric of intellectual property law : should the law play a bigger role in the kitchen ? », *J. High Tech. L.*, 2009 ; R.C. DREYFUSS, « Does IP Need IP ? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », *Cardozo Law Review*, vol. 31, n° 5, 2010, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=1639590> ; M.-C. JANSSENS, « Copyright for culinary creations : a seven course tasting menu with accompanying wines », 2013, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=253811> ; C. JACOPO, « Intellectual Property Rights and the Growing Interest in Legal Protection for Culinary Creations », in M. NOBILE (dir.), *World Food Trends and the Future of Food*, Ledizioni, Milan, 2015, pp. 15-32, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2749340>.

En effet, comme en cuisine, la création d'une bière ou d'un nouvel alcool relève de la technique, parfois même de l'art⁶, et consiste à exploiter la multitude d'ingrédients produits par la nature ou par l'homme en un nombre infini de combinaisons (parfois innovantes et/ou originales), permettant ainsi de créer, à chaque fois, de nouvelles saveurs.

6. En matière de créations culinaires, l'on distingue traditionnellement parmi les éléments protégeables par le droit d'auteur : la recette permettant la réalisation de mets par un cuisinier et le plat cuisiné à partir de cette recette (ou la saveur qui en émane)⁷.

Dans le cadre de la création d'une bière ou d'un alcool, une dichotomie semblable peut aussi être introduite puisque l'on peut distinguer, parmi les éléments susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur, d'une part, la recette et la méthode de fabrication de la bière (sous-section 1) et, d'autre part, la bière ou la saveur qui résulte de la mise en œuvre de cette recette (sous-section 2).

Enfin, au-delà des aspects d'assemblage des ingrédients et gustatifs qui en découlent, le succès d'un alcool ou d'une bière peut reposer, pour partie au moins, sur des éléments d'identification propres à éveiller la curiosité du consommateur. C'est ainsi que nous aborderons également la protection spécifique de certains éléments constitutifs de l'apparence sous laquelle une bière est présentée au public (le « packaging ») (sous-section 3).

À toutes fins utiles, rappelons que la protection qui pourrait être conférée par le droit d'auteur à l'un ou l'autre de ces différents éléments est autonome, c'est-à-dire que l'exclusion de protection pour l'un ne vaut pas nécessairement pour l'autre, et, à l'inverse, une protection combinée par le droit d'auteur est aussi parfaitement possible.

⁶ L'« Art Brassicole ».

⁷ Cela étant, comme l'indique Pascal Leduc, « aucune de ces "figures" ne permet de rendre compte de l'œuvre culinaire dans sa globalité ». Ainsi, la distinction présentée par la doctrine entre la recette et le plat cuisiné n'est que factice dans la mesure où « derrière la recette, se cache la composition particulière d'éléments culinaires conçue par l'auteur-cuisinier, que la recette ne vise qu'à retranscrire et reconstituer, et qui se traduit dans le plat réalisé par le cuisinier en suivant les instructions contenues dans la recette » (voy. P. LEDUC, « L'arrêt *Levola* et la protection des créations culinaires : ou quand la Cour de justice nous sert le dessert avant le plat », *Ing.-Cons.*, 2019/1, p. 130). Certains auteurs abordent d'ailleurs la question de la protection des créations culinaires par le droit d'auteur en multipliant les distinctions, à savoir par exemple : la recette en tant que telle, l'expression d'une recette individuelle telle que mise en forme, une collection de recettes (par exemple dans un livre de cuisine), le fait de préparer une recette (en privé ou en public, par exemple dans le cadre d'une émission TV), le mets en tant que produit fini (ou les saveurs qui en émanent) ou encore la description d'un menu. En ce sens, voy. par exemple M.-C. JANSSENS, « Copyright for culinary creations : a seven course tasting menu with accompanying wines », *op. cit.*, pp. 3-4.

Sous-section 1

La recette d'une bière ou d'un alcool

7. La question est ici de savoir si une « recette » peut prétendre à la protection par le droit d'auteur et, partant, si cette protection confère une protection subséquente à la préparation créée sur sa base.

8. Le droit d'auteur protège les œuvres dites littéraires ou artistiques. En droit de l'Union européenne, la notion d'« œuvre » n'est nullement définie. À cet égard, la directive n° 2001/29⁸ se contente de spécifier les différents droits des auteurs, lesquels portent sur des « œuvres »⁹. En Belgique, l'article XL.165, § 1^{er}, du Code de droit économique dispose uniquement que « l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie », sans préciser ce qu'il convient d'entendre par « œuvre littéraire ou artistique ».

Les instruments internationaux sont également muets quant au sens à apporter à cette notion. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques précise que « les termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »¹⁰. S'en suit une liste non exhaustive des catégories d'œuvres protégées¹¹, dans laquelle n'apparaissent pas les recettes.

Selon la Cour de cassation, une œuvre est « une création de l'homme, le fruit de son intelligence qui s'exprime par une mise en forme perceptible par les sens, par opposition à la simple idée qui n'est pas en soi susceptible de protection par le droit d'auteur »¹².

Toute création peut donc bénéficier de la protection du droit d'auteur pour autant qu'elle remplisse deux conditions : elle doit être « originale » et elle doit être coulée dans une forme particulière. Pour vérifier si ces deux conditions

⁸ Directive n° 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁹ J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : "Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute" », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/6, p. 795.

¹⁰ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, article 2.1.

¹¹ À savoir « les livres, brochures et autres écrits ; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramato-musicales ; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes ; les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ».

¹² Cass., 19 mars 1998, *A.M.*, 1999, p. 229, note B. DAUWE.

sont satisfaites, il faut raisonner en deux temps¹³. En premier, il convient de vérifier si la création est exprimée dans une forme déterminée et concrète¹⁴. Dans l'affirmative, il y a alors lieu d'analyser si cette forme est originale.

A. La recette *per se*

9. Une « recette » peut être définie comme étant la description détaillée de l'ensemble des ingrédients et des opérations nécessaires pour effectuer une préparation alimentaire¹⁵.

Il s'agit donc, avant toute chose, d'une idée, comme en l'espèce celle d'associer du malt, du houblon, de la levure et de l'eau. Or, il est admis de longue date que le droit d'auteur ne protège pas les idées. Dès lors qu'elle est connue du public, la recette d'une bière devrait donc pouvoir librement inspirer d'autres brasseurs.

10. Pareille interprétation est d'ailleurs retenue par la jurisprudence majoritaire qui refuse généralement d'accorder aux recettes de cuisine *per se* la protection par le droit d'auteur.

Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a déjà refusé d'accorder aux recettes de cuisine la qualité d'œuvre protégée par le droit d'auteur au motif qu'une recette de cuisine n'est qu'une idée et s'apparente à la description d'une méthode¹⁶. En Belgique, la Cour d'appel de Liège a déjà jugé, à propos de recettes de cuisine à base de bière, qu'une recette « en tant que telle » ne constitue pas une œuvre formelle mais seulement une idée non protégée par le droit d'auteur¹⁷. De l'autre côté de l'Atlantique, les juridictions américaines semblent également adopter une approche similaire¹⁸. À notre connaissance, seule une jurisprudence minoritaire s'inscrit dans une interprétation en sens contraire.¹⁹

Au même titre que les créations culinaires, la recette d'une bière « en tant que telle » (donc indépendamment du texte qui la décrit) n'est dès lors qu'une

¹³ Cass., 17 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017/30, p. 1415.

¹⁴ Ce qui vise à exclure la protection des simples idées ou concepts, qui sont de « libre parcours ». Voy. not. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 70 ; A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, n° 8-14, pp. 8-13.

¹⁵ Voy. par ex. www.gastronomiac.com.

¹⁶ Voy. not. T.G.I. Paris, 10 juillet 1974, *D.*, 1975, somm. 40 ; T.G.I. Paris, 30 septembre 1997, *RIDA*, juillet 1998, n° 177, p. 273.

¹⁷ Liège, 10 juin 2011, *A.M.*, 2012/1, pp. 58 et s.

¹⁸ Voy. *Publications International v. Meredith Corp.*, 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996) et *Lambing v. Godiva Chocolatier*, 142 F.3d 434 (6th Cir. 1998), cités dans M.-C. JANSSENS, « Auteursrechtelijke bescherming voor recepten en gerechten : "Should the belly rule the mind ?" », *A.M.*, 2012/1, p. 65.

¹⁹ Voy. ainsi Pres. Rb. Amsterdam, 9 août 2001, *AMI*, 2001-6, p. 157 et note P.B. HUGENHOLTZ (concernant des chocolats, la juridiction saisie avait estimé que tant la sélection/combinaison particulière des ingrédients que le design spécifique de chaque type de chocolat (aspect visuel) en font une création intellectuelle reflétant la marque personnelle de leur auteur).

idée ou une démarche intellectuelle, non susceptible de protection par le droit d'auteur.

B. La recette en tant qu'œuvre littéraire

11. La question est ici de savoir si la recette d'une bière dans son expression littéraire (c'est-à-dire telle qu'exprimée au travers des mots) peut être considérée comme une « œuvre littéraire ou artistique » susceptible d'être protégée par le droit d'auteur.

12. Si la mise en forme est incontestable dès lors que la recette est exprimée dans des mots, reste encore à passer l'écueil de l'originalité.

D'une manière générale, l'originalité est considérée comme étant le fait pour une œuvre de porter « l'empreinte de la personnalité de son auteur »²⁰. Ainsi, une œuvre sera originale si elle est une création intellectuelle propre à son auteur, c'est-à-dire si son auteur a pu exprimer son « esprit créateur » et ses « capacités créatives » en effectuant des choix libres et créatifs²¹. L'empreinte ou la marque personnelle de l'auteur doit en outre se retrouver dans la forme de l'œuvre et non dans son contenu²².

13. La condition d'originalité devrait donc conduire à exclure d'emblée les simples listes d'ingrédients dès lors qu'il est difficile d'y retrouver le sceau de la personnalité de l'auteur²³. Mais qu'en est-il d'une recette qui reprend, outre la liste des ingrédients nécessaires, les différentes étapes et méthodes de préparation ?

La transcription écrite d'une recette de bière (au même titre qu'une recette de cuisine) pourrait être qualifiée d'œuvre « limite » (*Borderline work*)²⁴ ou « fonctionnelle »²⁵. L'œuvre fonctionnelle est une œuvre utilitaire qui est « conçue afin de remplir certaines fonctions et sa valeur dépend d'abord de son utilité pour

l'accomplissement de ces tâches »²⁶ (les œuvres architecturales en sont un autre exemple). Or, il est généralement considéré que le champ de la création dans une œuvre utilitaire (telle que le serait une recette de bière) est très étroit et que l'originalité y est dès lors « relative » ou « marginale »²⁷.

14. En l'espèce, si la bière existe depuis des millénaires, les ingrédients de base de la bière (à savoir le malt, le houblon, la levure et l'eau) sont restés les mêmes. La grande majorité des bières reposent donc sur de vieilles recettes, améliorées ou modifiées afin de plaire aux goûts et palais des consommateurs au fil du temps.

Ainsi, selon l'enseignement traditionnel en la matière, si le fait de sélectionner tel ingrédient plutôt qu'un autre (par exemple, telle variété de houblon, de malt ou de levure) ou d'en modifier la quantité (en rajoutant plus de houblon pour obtenir une bière de type « Imperial IPA »²⁸ par exemple) procède effectivement d'un choix du créateur, encore faut-il que ce choix présente un caractère personnel « non évident »²⁹. De même, l'existence de contraintes externes qui imposent certains choix exclut l'originalité, pour autant que les contraintes concernées privent le créateur de toute liberté dans la mise en forme de son œuvre³⁰. En outre, à supposer qu'un choix soit original, encore faut-il qu'il se manifeste dans la forme particulière que prend l'œuvre (forme littéraire, dans le cas qui nous occupe), ce qui n'est pas évident.

15. À ce sujet, la Cour d'appel de Liège a jugé, dans son arrêt déjà cité du 10 juin 2011, qu'à défaut de pouvoir modifier les éléments qui la composent et/ou l'ordonnancement des différentes étapes de la recette, c'est dans la manière dont ces éléments ont été choisis ou sont présentés que leur auteur pourra exprimer son esprit créateur d'une manière originale. Ainsi, le simple fait d'énumérer en des termes banals les ingrédients, leur quantité et les gestes à poser ne permet pas de conclure que l'auteur de la recette a conféré un caractère original à l'œuvre littéraire que constitue la recette.

N'excluant toutefois pas toute possibilité pour une recette (en tant qu'œuvre littéraire) d'être protégée par le droit d'auteur, la Cour d'appel a précisé qu'une

²⁰ Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, p. 908 ; Cass., 25 octobre 1989, *Pas.*, 1990, p. 239 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 15 et s. Cette conception possibiliste de l'originalité a d'ailleurs été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Infopaq* (C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, A.M., 2009, p. 521). Le critère de l'expression de la personnalité, traditionnellement retenu par la Cour de cassation belge, s'est ainsi trouvé conforté (B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », A.M., 2009, p. 482).

²¹ En ce sens, voy. not. C.J.U.E., *Infopaq*, *ibid.*, pp. 521-525 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *BSA*, C-393/09, A.M., 2011, pp. 324-327 ; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, A.M., 2012, pp. 322-330.

²² A. STROWEL, « Droits d'auteur et droits voisins », *Rép. not.*, t. II, *Les biens*, liv. 5, *Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 346, p. 315.

²³ G. TAEKE, « La protection des créations culinaires : quand le droit met les pieds dans le plat », *Le Pli juridique*, n° 43, 2018, p. 50.

²⁴ S. RICKETSON et J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights – The Bern Convention and beyond*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 402-403, cité dans Liège, 10 juin 2011, A.M., 2012/1, p. 60.

²⁵ M. BUYDENS, « Le génie, l'effort et l'exposition ou les limites du concept d'originalité en droit d'auteur », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007/2, p. 92, cité dans Liège, 10 juin 2011, A.M., 2012/1, p. 60.

²⁶ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimedia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 36, n° 30.

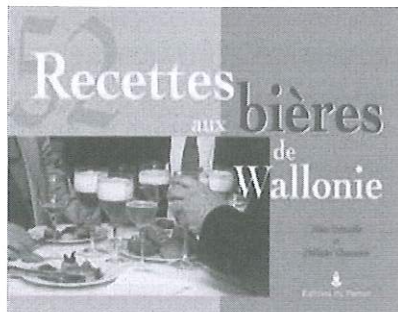
²⁷ Voy. M. BUYDENS, « Quelques réflexions sur le contenu de la condition d'originalité », A.M., 1996, p. 386.

²⁸ Également appelée « Double IPA » (*India Pale Ale*).

²⁹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n° 19, p. 17.

³⁰ Voy. C.J.U.E., 11 juin 2020, *Brompton c. Chedech*, C-833/18, pt 24 : « [L]orsque la réalisation d'un objet a été déterminée par des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative, cet objet ne saurait être regardé comme présentant l'originalité nécessaire pour pouvoir constituer une œuvre et bénéficier en conséquence de la protection conférée par le droit d'auteur » (renvoyant à C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, C-683/17, pt 31 et jurisprudence citée) ; Entr. Liège (prés.), 16 mars 2021, A/17/03553, inédit. Voy. également J. CABAY, « L'originalité, entre merger doctrine et multiplicité des formes (ou : Quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », *Ing.-Cons.*, 2020/3, pp. 617-650.

recette pourrait être qualifiée d'originale si son auteur fait preuve d'originalité, par exemple en « adoptant un style ou un ton différent, en agrémentant chaque recette de commentaires ou d'anecdotes personnels, de suggestions inhabituelles sur l'accompagnement du plat, sur l'accord des mets et boissons, de conseils sur l'art de dresser les assiettes, de décorer la table, en recourant à une mise en page inhabituelle, et cætera »³¹. Selon la Cour d'appel de Liège, la forme littéraire sous laquelle peut s'exprimer une recette pourrait donc, sous certaines conditions, bénéficier de la protection du droit d'auteur.



16. Cela étant dit, soulignons qu'à supposer qu'une recette exprimée sous une forme littéraire soit considérée comme originale et donc protégeable par le droit d'auteur, la protection conférée ne vaudrait que pour la recette mise en forme et non sur la méthode ou le choix des ingrédients (qui relèvent du domaine des simples idées et méthodes, non protégeables, donc). Une autre brasserie pourrait donc utiliser la même combinaison d'ingrédients et la même méthode sans grief de contrefaçon, sauf à reproduire la forme textuelle de la recette concernée. Cette protection est donc très relative quant à sa portée pratique et ne couvrirait pas, par exemple, le produit confectionné en suivant ladite recette. L'objectif de monopolisation de la recette en tant que méthode pour aboutir à un produit déterminé ne peut donc être atteint sur la base du droit d'auteur.

Sous-section 2

La bière ou l'alcool en tant que tels, ou la saveur qui en émane

17. Lorsque l'on déguste une bière, on la choisit généralement parce que l'on apprécie sa saveur et il nous semblerait intuitivement logique que cette saveur ne puisse être « copiée » impunément. Cette intuition soulève la question de la protection de la saveur par le droit d'auteur.

³¹ Liège, 10 juin 2011, A.M., 2012/1, p. 58, note M.-C. JANSSENS.

L'intérêt n'est pas négligeable dès lors que considérer qu'une bière ou un alcool – c'est-à-dire leur saveur ou leur goût – puissent être protégés par le droit d'auteur pourrait permettre à leur créateur, *in fine* d'interdire à des tiers de produire une bière ou un alcool ayant le même goût.

18. Pour rappel, la Convention de Berne énumère en son article 2.1 une liste exemplative d'œuvres protégeables par le droit d'auteur. Cela étant, ne figurent dans cette liste que des œuvres perceptibles par la vue (un livre, une peinture ou une photographie par exemple) ou l'ouïe (une musique par exemple), et non les créations « sensorielles », perceptibles par le goût et l'odorat (une création culinaire ou un parfum par exemple)³².

19. Il est intéressant de faire un parallèle avec d'autres œuvres sensorielles, car la protection de la fragrance d'un parfum a fait l'objet d'un vif débat tant en doctrine³³ qu'en jurisprudence³⁴. Aux Pays-Bas, le Hoge Raad a prononcé, le 16 juin 2006, un arrêt favorable à la protection d'un parfum par le droit d'auteur³⁵. La Cour de cassation française avait pourtant jugé, trois jours plus tôt, que la fragrance d'un parfum procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire et ne constitue pas, dès lors, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur³⁶. Cet arrêt a ensuite été confirmé à plusieurs reprises³⁷.

Enfin, finalement saisie de la question, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans un arrêt du 13 novembre 2018³⁸, expressément exclu du champ de protection du droit d'auteur les saveurs et les goûts alimentaires.

Le raisonnement de la Cour peut être résumé comme suit³⁹ :

- Pour être protégée par le droit d'auteur en vertu de la directive 2001/29, la saveur d'un produit alimentaire doit pouvoir être qualifiée d'œuvre au sens de cette même directive (pt 34).

³² Voy. P. LEDUC, « L'arrêt *Levola* et la protection des créations culinaires », *op. cit.*, p. 128.

³³ En doctrine française, voy. à titre d'exemple A.-S. LABORDE, « Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum : la fin de l'impunité ? », *R.L.D.I.*, 2006, n° 14, pp. 26-29 ; A.-S. LABORDE, « Droit d'auteur : la fragrance revient en odeur de sainteté », *R.L.D.I.*, 2007, n° 25, pp. 59-62.

³⁴ Le débat a été particulièrement intense en France, ce qui s'explique certainement par l'importance qu'y représente l'industrie du parfum. Pour un renvoi vers les principales décisions des juges du fond et de la Cour de cassation en la matière, voy. J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre », *op. cit.*, pp. 797-798, n° 8, notes 44 et 45.

³⁵ Hoge Raad der Nederlanden (1^{re} ch.), 16 juin 2006, A.M., 2006/4, p. 326-331. Pour une analyse de cette décision, voy. M. FOSCHI, « Droit d'auteur et parfums : vers une protection des fragrances ? », A.M., 2006/4, pp. 309-317.

³⁶ Cass. fr., 13 juin 2006, R.C.J.B., 2007, p. 5.

³⁷ Voy. not. Cass. fr., 1^{er} juillet 2008, P.I., 2008, p. 419, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; Cass. fr., 22 janvier 2009, R.I.D.A., 219/2009, p. 371 ; Cass. fr., 10 décembre 2013, R.T.D. Com., 2012, p. 103, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

³⁸ C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17.

³⁹ Pour une analyse approfondie de cette décision, voy. J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre », *op. cit.*, pp. 793-811 ; P. LEDUC, « L'arrêt *Levola* et la protection des créations culinaires », *op. cit.*, pp. 128-137 ; F. BRISON, S. HERMOYE et M. SAHAGUN, « Pas de droit d'auteur pour du fromage », A.M., 2018-2019/4, pp. 477-480.

- À cet égard, deux conditions cumulatives doivent être réunies : (i) l'objet concerné doit être *original*, en ce sens qu'il constitue une création intellectuelle propre à son auteur (pt 36), et (ii) la qualification d'œuvre est réservée aux éléments qui sont l'*expression* d'une telle création intellectuelle (pt 37).
- Prenant appui sur différents textes de droit international⁴⁰, la Cour dispose ainsi que « la notion d'« œuvre » visée par la directive 2001/29 implique nécessairement une expression de l'objet de la protection au titre du droit d'auteur qui le rende identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, quand bien même cette expression ne serait pas nécessairement permanente » (pt 40).
- Or, selon la Cour de justice, cette exigence d'identification précise et objective fait défaut en ce qui concerne la saveur d'un produit alimentaire, dès lors que :
 - « À la différence, par exemple, d'une œuvre littéraire, picturale, cinématographique ou musicale, qui est une expression précise et objective, l'identification de la saveur d'un produit alimentaire repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables puisqu'elles dépendent, notamment, de facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné, tels que son âge, ses préférences alimentaires et ses habitudes de consommation, ainsi que de l'environnement ou du contexte dans lequel ce produit est goûté » (pt 42) ; et
 - « En outre, une identification précise et objective de la saveur d'un produit alimentaire, qui permette de la distinguer de la saveur d'autres produits de même nature, n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique » (pt 43).
- Partant, la Cour en conclut que la saveur d'un produit alimentaire ne saurait être qualifiée d'« œuvre » au sens de la directive 2001/29 (pt 44).

Par identité de motifs, la solution à laquelle la Cour de justice est arrivée en matière de produits alimentaires devrait, logiquement, s'appliquer aux bières et alcools. À l'instar d'une « Double IPA », cette décision peut laisser en bouche un goût amer, notamment en raison de sa motivation.

Sous-section 3

Les éléments de « packaging » de la bière ou de l'alcool

20. Les créations utilisées pour constituer le packaging de la bière ou de l'alcool peuvent aussi faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Vu les

⁴⁰ La Cour cite à cet égard la Convention de Berne, le traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur et l'accord sur les A.D.P.I.C. (*Levola*, pt 39).

limites de la présente, notre propos se limitera à l'étiquette et la forme de la bouteille (ou canette) et/ou du verre spécialement conçu⁴¹.

La protection de ces créations périphériques, mais ô combien importantes, dans un projet de commercialisation d'une bière ou d'un alcool pose plusieurs questions cruciales en pratique. Nous ne reviendrons pas sur la condition d'originalité, qui devra naturellement être remplie pour que la création concernée puisse bénéficier d'une protection par le droit d'auteur⁴². Même si cela semble évident, rappelons que la reproduction d'une œuvre sur une étiquette de bière ou des cartons de bières constitue une forme d'exploitation nécessitant l'accord de l'auteur de l'œuvre ainsi reproduite⁴³.

Lorsque l'on envisage la situation d'une entreprise désireuse de lancer un nouvel alcool ou une nouvelle bière, l'on se concentrera plus spécifiquement sur la question de savoir si les droits d'auteur du graphiste ayant réalisé le logo ou l'étiquette envisagés ont bien été cédés à l'entreprise. À propos de la forme de la bouteille ou du verre, nous aborderons ensuite brièvement la possible protection offerte par le droit des dessins ou modèles.

21. Les modalités d'acquisition des droits sur les œuvres intégrées dans le packaging varient selon le statut du créateur⁴⁴.

Si le graphiste est employé de l'entreprise, l'article XI.167, § 3, du Code de droit économique énonce que « lorsque des œuvres sont créées par un auteur en exécution d'un contrat de travail ou d'un statut, les droits patrimoniaux peuvent être cédés à l'employeur pour autant que la cession des droits soit expressément prévue et que la création de l'œuvre entre dans le champ du contrat ou du statut ». Il est important de souligner que la cession des droits patrimoniaux en faveur de l'employeur n'est pas automatique et nécessite une clause *ad hoc* dans le contrat de travail⁴⁵. De trop nombreuses entreprises expérimentent avec douleur les conséquences d'une absence de clause de cession après le licenciement d'un employé créatif.

⁴¹ À toutes fins utiles, notons néanmoins que nos propos valent en principe *mutatis mutandis* pour d'autres supports tels que des casiers de bière et des cartons d'emballage, mais aussi pour des supports que l'on dira « secondaires », tels que des montages photo, illustrations, dépliants, livrets, ouvre-bouteilles, ou autres accessoires encadrant la commercialisation d'une bière ou d'un alcool, qui seraient commandés auprès d'un graphiste pour promouvoir le produit concerné.

⁴² Nous renvoyons le lecteur à nos précédents développements sur les conditions de protection. Voy. *supra*, n° 12.

⁴³ En ce sens, Gand, 16 avril 2002, *Sabam c. Brouwerij Strubbe, A.M.*, 2002, p. 347.

⁴⁴ Si le contrat de commande de l'étiquette n'est pas conclu avec le créateur (personne physique), mais avec un titulaire dérivé (studio graphique organisé sous la forme d'une société, par exemple), les règles protectrices de l'auteur (que nous exposons ci-après) ne s'appliqueront pas. Toutefois, en vertu du droit commun, il conviendra de prouver la cession de droits dont on se prévaut, ce qui sera délicat à défaut d'un écrit en bonne et due forme.

⁴⁵ Sans entrer dans les détails ici, signalons en outre que l'auteur conserve en tout cas ses droits moraux à l'exercice desquels il peut seulement renoncer partiellement dans le cadre d'un contrat. Voy. not. A. CRUQUENAIRE, « Le sort des droits d'auteur afférents aux créations réalisées durant l'exécution du contrat de travail », *J.T.T.*, n° 787, 2001, pp. 41-45.

Si le graphiste est un prestataire externe à l'entreprise, la même disposition du Code de droit économique énonce que « les droits patrimoniaux peuvent être cédés à celui qui a passé la commande pour autant que l'activité de ce dernier relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité, que l'œuvre soit destinée à cette activité et que la cession des droits soit expressément prévue ». Ici encore, une clause de cession doit être insérée dans le contrat de commande conclu avec le graphiste afin que l'entreprise puisse devenir titulaire des droits d'exploitation permettant de reproduire l'œuvre sur les bouteilles ou canettes de bière ou d'alcool.

Dans les deux cas, un écrit établissant la cession des droits d'auteur est requis. Il s'agit toutefois d'une simple exigence de preuve, nullement d'une condition de validité de la cession⁴⁶. Les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 (dont les dispositions ont été conservées inchangées lors de l'incorporation au Code de droit économique) confirment expressément la portée uniquement probatoire des exigences d'écrit et de spécification énoncées à l'article XI.167 du Code de droit économique. En effet, alors que la proposition de loi initiale prévoyait que l'écrit était requis « sous peine de nullité »⁴⁷, les débats au Parlement ont abouti à un consensus pour que la nature de l'exigence soit ramenée à une simple exigence de preuve⁴⁸.

L'exigence de la preuve écrite peut notamment être rencontrée par l'interprétation des dispositions contractuelles conformément à la commune intention des parties. À défaut de clause énonçant expressément une cession des droits patrimoniaux de l'auteur, le droit d'exploitation pour l'entreprise pourrait notamment être établi sur la base de l'objet du contrat de commande.

Ainsi, lorsqu'une brasserie commande des étiquettes à un graphiste, la possibilité de reproduire les dessins sous la forme d'étiquettes est nécessairement

⁴⁶ Bruxelles, 25 septembre 1997, *Ing-Cons.*, 1997, p. 347 ; Civ. Turnhout, 7 janvier 1999, *A.M.*, 1999, p. 232 ; Bruxelles, 4 octobre 2001, *A.M.*, 2002/5, p. 419 ; A. CRUQUENAIRE, « La cession de droits d'auteur dans le cadre d'un contrat de commande », *A.M.*, 2010/1, p. 64 ; J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Les droits intellectuels du gérant d'une société commerciale », *R.D.T.I.*, n° 42/2011, p. 93 ; M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 185-186.

⁴⁷ Proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Développements*, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 145/1, p. 16.

⁴⁸ Projet de loi relatif au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Monsieur DE CLECRK, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, p. 43 (commentaires concernant les amendements, à propos de l'article 4, § 1^{er}, du projet devenu l'article 3 de la loi telle qu'adoptée : « Il est impraticable de faire de l'écrit une condition d'existence du contrat portant sur le droit d'auteur. Cela reviendrait à faire de ce type de contrat un contrat solennel. [...] Il est préférable de faire de l'écrit une condition de preuve. ») et pp. 82-83 (commentaire des articles : « Le projet de loi prévoit par ailleurs cette exigence de l'écrit sous peine de nullité. Cette formule n'a pas été reprise dans l'amendement du gouvernement. Le texte transmis par le Sénat est ambigu : a-t-on voulu transformer les contrats relatifs aux droits d'auteur en contrats solennels ou a-t-on uniquement voulu un titre de preuve, système en vigueur dans les pays voisins ? Pour les experts, cette dernière hypothèse doit être retenue. »). Voy. aussi A. CRUQUENAIRE, « La possible incidence de l'objet du contrat sur le sort des droits d'auteur : l'exemple du contrat de création de site web », *R.D.T.I.*, 2007/29, pp. 385-386.

incluse dans l'objet du contrat⁴⁹. La nature de l'œuvre commandée devrait donc être prise en compte afin de déterminer le contenu de l'objet du contrat et par corollaire la commune intention des parties quant à l'existence d'une cession⁵⁰. Par contre, à défaut de clause expresse, s'il y a un doute sur la portée de la cession découlant de l'objet du contrat, la cession devra être envisagée d'une manière stricte, en vertu du principe d'interprétation du contrat en faveur de l'auteur⁵¹. Pratiquement, cela signifie que si une brasserie peut indiscutablement revendiquer une licence d'utilisation sur l'étiquette commandée, la preuve d'un caractère exclusif de cette licence ou de l'acquisition du droit de modifier l'étiquette par la suite sans l'accord de l'auteur est plus discutable⁵². Dans ce cas, l'interprétation du contrat devra se faire en faveur de l'auteur, et donc de la préservation des prérogatives dont il n'est pas certain qu'elles soient couvertes par l'intention de cession des parties. Ceci démontre l'importance de prévoir des clauses expresses de cession tant dans les contrats de travail que dans les contrats de commande conclus avec des prestataires externes, afin de lever toute possible discussion sur les droits d'exploitation concernés⁵³.

⁴⁹ Voy. Prés. Civ. Tournai (cess.), 21 février 2001, *Selvais c. Brasserie des Géants*, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1451 (le juge semble se référer à l'objet du contrat en considérant que « le cadre contractuel dans lequel s'est déroulée la production de l'œuvre [...] entraînait par lui-même le droit d'utilisation du support de celle-ci sans qu'il soit nécessaire que ce droit soit stipulé de manière expresse »). Voy. également Gand, 5 septembre 2002, *SA N. c. SPRL M.&T. R.W.*, 2003-2004, p. 1304 (la commande ayant pour objet une campagne de publicité, il est normal que les droits nécessaires à l'utilisation de l'œuvre dans le cadre d'une telle campagne soient cédés au commanditaire) ; Bruxelles, 4 octobre 2001, *Sofam c. Euromexico*, *A.M.*, 2002, p. 419 (la commande ayant pour objet la réalisation de photos en vue d'insertion dans les menus du commanditaire, il est logique que les droits de reproduction nécessaires à la réalisation des dits menus aient été cédés) ; Civ. Turnhout, 20 mars 1997, *Sabam c. Uitgeverij Kempenland*, *A.M.*, 1998, p. 244 (commande de photos en vue de la publicité et de l'illustration ; interprétation du contrat comme conférant une autorisation illimitée par rapport à l'utilisation comme illustration et publicité) ; Civ. Bruxelles, 12 janvier 1996, *Sabam c. Prémaman*, *A.M.*, 1996, p. 323 (commande de photos en vue de la promotion des activités du commanditaire ; la cession de droits résulte de l'objet de la commande). *Contra*, voy. Bruxelles, 29 mars 1991, *Sofam c. S.A. T., R.W.*, 1991-1992, p. 814 (la commande de photos pour réaliser un folder publicitaire ne suffit pas à établir la cession de droits aux fins de réaliser un tel folder en l'absence de clause expresse).

⁵⁰ En ce sens, voy. Civ. Tournai, 8 septembre 1997, *P. Duchêne et S.P.R.L. Bureau de création graphique c. SA Yplon*, *A.M.*, 1998, p. 145 (commande d'étiquettes à un graphiste) ; L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (1989-1994) : Droit d'auteur – Dessins et modèles », *R.C.J.B.*, 1996, p. 188.

⁵¹ Voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007.

⁵² En ce sens, voy. not. Bruxelles, 29 novembre 2000, *Helmut Loti c. BMG Ariola, I.R.D.I.*, 2001, p. 145 (contrat entre un auteur et une maison de disques ; disposition imprécise par rapport aux compilations ; interprétation en faveur de l'auteur) ; Prés. Civ. Bruxelles (cess.), 5 août 1997, *Olyff c. R.T.B.F., A.M.*, 1997, p. 290 (l'objet de la commande ne permet pas de justifier la modification du logo réalisé pour la R.T.B.F.) ; Com. Gand, 29 juillet 1922, *Thomson & Cie c. Roman*, *Ing-Cons.*, 1924, p. 85 (commande de photos d'usine ; aucune cession prévue ; l'objet n'est pas défini avec suffisamment de précision pour permettre d'en déduire une quelconque cession de droits). Voy. aussi A. CRUQUENAIRE, *ibid.*, p. 264, n° 354 (objet insuffisamment précis du contrat de commande) et n° 356 (objet du contrat de travail).

⁵³ Nécessité d'autant plus impérieuse en pratique que la modification d'une œuvre soulève des questions de respect du droit moral de l'auteur à l'intégrité de son œuvre. Une clause de renonciation partielle à l'exercice du droit moral est donc conseillée afin de pleinement sécuriser les modifications raisonnablement prévisibles pour l'entreprise au moment où elle passe la commande de réalisation du logo ou de l'étiquette à utiliser pour commercialiser ses produits.

Enfin, il est important de souligner qu'à défaut d'une acquisition des droits d'auteur sur le logo commandé à un graphiste, il ne sera pas possible d'enregistrer valablement une marque portant sur ce logo.

22. Outre le droit d'auteur, l'aspect d'un produit, tel que le design d'une bouteille ou d'un verre, peut faire l'objet d'une protection complémentaire spécifique au titre des dessins et modèles. Sans entrer dans les détails compte tenu des limites de la présente⁵⁴, soulignons que le régime de protection repose sur la formalité de l'enregistrement⁵⁵ et est limité territorialement⁵⁶. Deux conditions sont nécessaires : la nouveauté et le caractère individuel. Pour faire bref, le modèle doit ne pas avoir été divulgué au public et doit en outre produire chez l'utilisateur averti une impression globale différente de celle que produit sur un tel utilisateur tout modèle qui été divulgué au public auparavant⁵⁷. Une caractéristique intéressante du régime de protection Benelux réside dans l'existence d'une présomption de cession de droits au bénéfice de l'employeur⁵⁸ ou du commanditaire⁵⁹. L'entreprise souhaitant exploiter le modèle d'une bouteille ou canette peut donc avoir un certain intérêt à se prévaloir du droit sur les dessins et modèles, afin de bénéficier de cette présomption de cession. Toutefois, et bien que la question soit controversée, il est généralement admis que cette présomption n'affecte pas le sort du droit d'auteur sur le modèle concerné s'il n'y pas d'enregistrement dudit modèle⁶⁰.

⁵⁴ Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur aux contributions de J. MUYLDERMANS, « Bescherming van een vorm », *Ing-Cons.*, 2016/2, pp. 320-362, et de C. DE CALLATAÏ et P. PÉTERS, « La protection de la forme du produit ou de son contenant en droit belge – Interface entre le droit des marques, le droit des dessins et modèles et le droit d'auteur », *Revue francophone de la propriété intellectuelle*, décembre 2017, n° 5, pp. 47 et s.

⁵⁵ À l'exception du dessin ou modèle communautaire « non enregistré ». Voy. not. article 11 du Règlement 6/2002.

⁵⁶ Pour une protection dans le Benelux, voy. articles 3.1 et suivants de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (C.B.P.I.). Au niveau européen, voy. Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

⁵⁷ Pour un examen de la jurisprudence des 28 États membres de l'U.E. (depuis l'entrée en vigueur de la directive et du règlement sur les dessins ou modèles jusqu'en août 2017 inclus) à propos de la notion de « caractère individuel » et son utilisation au niveau de l'appréciation de la contrefaçon, voy. E. DERCLAYE, « EU Design Law : Transitioning Towards Coherence ? 15 Years of National Case Law », in N. BRUUN, G. DINWOODIE, M. LEVIN et A. OHLY (dir.), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2020, disponible sur <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>. Voy. aussi C.-H. MASSA, « Les dessins ou modèles à l'aune de la jurisprudence européenne », in *Actualités en droits intellectuels*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 119-122.

⁵⁸ Article 3.8 C.B.P.I. et article 14.3 du Règlement 6/2002.

⁵⁹ Article 3.8 C.B.P.I. L'article 14.3 du Règlement 6/2002 ne joue, par contre, pas au bénéfice du commanditaire.

⁶⁰ C.-H. MASSA et A. STROWEL, « Le cumul du dessin ou modèle et du droit d'auteur : orbites parallèles et forces d'attraction entre deux planètes indépendantes mais jumelles », in *Le cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 52-55 (soulignant qu'admettre ce principe pour un dessin ou modèle non enregistré reviendrait à neutraliser trop largement les exigences relatives à la cession des droits d'auteur). Voy. aussi C.J. Benelux, 22 juin 2007, *Electrolux c. Sofam*, *Ing-Cons.*, 2007/3, p. 381 (qui ne tranche pas directement la question).

Section 2

La protection d'une bière ou d'un alcool par le droit des marques

23. Le marché des bières et alcools est extrêmement concurrentiel. De nombreux produits, provenant des quatre coins du monde, sont aisément accessibles, dans tous les commerces. Il est dès lors fondamental de se distinguer de cette concurrence lorsque l'on envisage de lancer une nouvelle bière ou un nouvel alcool. De même, il convient de se protéger de concurrents peu scrupuleux qui tenteraient d'exploiter la réputation durement acquise en imitant la présentation d'une bière ou d'un alcool bien connu. Dans ce contexte, le droit des marques permet d'assurer une saine et loyale concurrence entre les producteurs d'alcools et bières.

24. La marque est un signe distinctif qui permet au consommateur d'identifier l'origine de produits ou services en les rattachant à une entreprise déterminée et en les distinguant de ceux proposés par des entreprises concurrentes. La marque constitue dès lors un atout non négligeable pour promouvoir un produit et en protéger la réputation⁶¹.

25. Loin de prétendre à l'exhaustivité, nos propos se limiteront à donner au lecteur quelques pistes de réflexion dans le choix d'une marque forte. Après avoir brièvement rappelé les principales conditions à l'enregistrement d'un signe en tant que marque (sous-section 1), nous passerons en revue les principaux signes liés à la création et la mise sur le marché d'une bière ou d'un alcool, et évaluerons leur possible protection par le droit des marques (sous-section 2). Enfin, nous aborderons la question de l'étendue de la protection conférée par la marque et ses limites (sous-section 3).

Sous-section 1

Conditions de la protection

26. À titre liminaire, rappelons que le cadre législatif en droit des marques est assez diversifié. En effet, à défaut de disposer d'une marque strictement nationale, la Belgique a adhéré à un système de « Benelux ». De plus, le droit des marques est harmonisé au niveau européen⁶².

Vu les limites de la présente, nos développements se baseront principalement sur la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (ci-après

⁶¹ D. KAESMACHER, « Marques Benelux et communautaires », *Rép. not.*, t. II, *Les biens*, liv. 5, *Droits intellectuels*, *op. cit.*, p. 157.

⁶² S. DUSOLLIER et A. DE FRANQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, p. 243.

« C.B.P.I. »)⁶³ et le Règlement européen sur la marque de l'Union européenne (ci-après « R.M.U.E. »)⁶⁴.

A. Les conditions de fond

27. Pour qu'un signe puisse être valablement enregistré comme marque, un certain nombre de conditions doivent être remplies : ce signe doit avoir un caractère distinctif, être licite et disponible, et il doit être susceptible d'être représenté dans le registre.

28. La principale fonction d'une marque est de pouvoir distinguer les produits et les services d'une entreprise de ceux d'une autre (fonction d'identification). Le signe déposé comme marque doit donc avoir un caractère distinctif⁶⁵. Selon la Cour de justice, une marque est distinctive lorsqu'elle est apte à identifier les produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé comme provenant d'une entreprise déterminée, et donc de les distinguer de produits ou services d'autres entreprises⁶⁶. L'appréciation du caractère distinctif doit être réalisée *in concreto*, c'est-à-dire en tentant compte, d'une part du type de produit ou services indiqués dans la demande d'enregistrement, et, d'autre part, de la perception du consommateur moyen des produits ou services concernés (« public pertinent »)⁶⁷.

Partant, les marques dites descriptives ne peuvent pas être valablement enregistrées. Il s'agit des marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, à désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci⁶⁸.

Par exemple, le terme « bière » pris isolément ne devrait, en principe, pas pouvoir être déposé en tant que marque pour de la bière, car il désigne directement le type de produits dans le langage courant.

Selon l'article 7, § 1^{er}, c), R.M.U.E. et l'article 2.2bis, 1, c), C.B.P.I., les signes ou indications pouvant servir pour désigner la provenance géographique des catégories de produits pour lesquelles l'enregistrement de la marque est demandé, en particulier les noms géographiques, ne peuvent être enregistrés en tant que marque. Il existe, en effet, un « intérêt général à préserver leur disponibilité en

⁶³ Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles) du 25 février 2005.

⁶⁴ Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, J.O., L 154, 16 juin 2017, p. 1.

⁶⁵ Article 7, § 1^{er}, b), R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, b), C.B.P.I.

⁶⁶ Voy. entre autres C.J.C.E., 22 juin 1999, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Handel*, C-342/97, pt 22 ; C.J.C.E., 25 octobre 2007, *Develey Holding & Co. Beteiligung c. OHMI*, C-238/06 P, pt 79.

⁶⁷ Voy. not. C.J.C.E., 22 juin 2006, *August Storck c. OHMI*, C-24/05 P, pt 25. Par exemple, le mot « apple » ou le simple logo d'une pomme ne sera pas distinctif (car descriptif) pour un vendeur de fruits mais le sera pour l'entreprise qui vend des ordinateurs (S. DUSOLLIER et A. DE FRANCOUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 268). Au fil de sa jurisprudence, la C.J.U.E. a dégagé plusieurs autres critères généraux d'appréciation du caractère distinctif d'une marque.

⁶⁸ Article 7, § 1^{er}, c), R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, c), C.B.P.I.

raison notamment de leur capacité non seulement de révéler éventuellement la qualité et d'autres propriétés des catégories de produits concernées, mais également d'influencer diversement les préférences des consommateurs, par exemple en rattachant les produits à un lieu qui peut susciter des sentiments positifs⁶⁹. De prime abord, ceci pourrait étonner le lecteur, habitué à voir (ou même parfois, boire) des bières ou des alcools empruntant souvent le nom de villes ou de lieux. Rappelons toutefois l'enseignement de l'arrêt *Windsurfing Chiemsee*, selon lequel un signe ne saurait être refusé à l'enregistrement que si le nom géographique pour lequel l'enregistrement est demandé en tant que marque désigne un lieu qui présente, au moment de la demande, aux yeux des milieux intéressés, un lien avec la catégorie de produits concernée ou s'il est raisonnable d'envisager que, dans l'avenir, un tel lien puisse être établi⁷⁰.

29. Le signe dont l'enregistrement au titre de marque est sollicité doit ensuite être licite⁷¹. Seront ainsi refusés à l'enregistrement les signes qui sont : contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, constitués de badges, emblèmes ou écussons d'États ou d'organisations internationales, ou trompeurs (par exemple sur la nature, la qualité⁷² ou la provenance géographique du produit ou du service).

30. Afin de constituer une marque valable, le signe doit être disponible pour les produits ou services en question⁷³. En d'autres termes, un signe identique ou similaire ne doit pas avoir déjà été enregistré comme marque par un tiers en vue de la commercialisation de produits ou services identiques ou similaires⁷⁴. En pratique, il convient donc de réaliser, préalablement à tout dépôt, une recherche d'antériorités, afin de s'assurer de l'absence d'une ou de plusieurs marques antérieures potentiellement conflictuelles⁷⁵. La disponibilité du signe doit s'apprécier non seulement par rapport à des marques antérieures, mais aussi

⁶⁹ C.J.U.E., 4 mai 1999, *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 et C-109/97, pt 26. Sur ce point, voy. en particulier L. DE GRYSSE, « La jurisprudence communautaire en matière de marques et la notion d'intérêt général », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 209-220. Voy. aussi Bruxelles, 8 octobre 2009, R.G. n° 2008/AR/2644, pt 23.

⁷⁰ C.J.U.E., *Windsurfing Chiemsee*, *ibid.*, pt 31.

⁷¹ Article 7, § 1^{er}, f), g), h), i), R.M.U.E., et article 2.2bis, 1, f), g), h), i), C.B.P.I.

⁷² Dans une affaire dite *Duff Beer* (du nom de la célèbre bière virtuelle dans la série télévisée des Simpsons) le Tribunal de commerce de Bruxelles a considéré que les marques de la demanderesse étaient trompeuses au sens de l'article 7, g), du Règlement sur la marque communautaire (désormais article 7, § 1^{er}, g), R.M.U.E., et article 2.2bis, 1, g), C.B.P.I.) dans la mesure où elles reprenaient le mot « beer » sans qu'elles soient enregistrées ou utilisées pour de la bière. Le public pouvait dès lors être trompé sur les caractéristiques du produit revêtu de cette marque (Comm. Bruxelles, 12 janvier 2011, *Ing-Cons.*, 2011/5-6, pp. 716-730).

⁷³ Article 9, § 2, R.M.U.E. et article 2.20, 2, C.B.P.I.

⁷⁴ Rappelons qu'en vertu du principe de spécialité et de territorialité, plusieurs signes identiques ou similaires peuvent coexister, pour autant que ceux-ci visent des produits, services ou territoires différents. Un exemple classique généralement repris pour illustrer ce principe de spécialité est la marque Lotus, qui est utilisée tant pour des spéculeos, que du papier hygiénique ou encore des véhicules automobiles.

⁷⁵ L'introduction d'une demande d'enregistrement de marque en dépit de l'existence d'une ou de plusieurs marques antérieures n'est pas sans risque. En effet, les titulaires de marques identiques ou similaires antérieures peuvent, dans certains cas, introduire une procédure d'opposition contre la demande d'enregistrement ou, si la marque a déjà été octroyée, introduire une procédure d'annulation de la marque postérieure.

par rapport à tous les autres droits qui pourraient faire obstacle à un usage du signe comme marque⁷⁶.

31. Enfin, l'exigence de représentation graphique, qui a longtemps prévalu, a fait place désormais à l'aptitude du signe à être représenté dans le registre « d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leur titulaire »⁷⁷.

Dorénavant, il suffit donc que la marque puisse être représentée « sous n'importe quelle forme appropriée au moyen de la technologie communément disponible, pour autant qu'elle puisse être reproduite dans le registre de façon claire, précise, distincte, facilement accessible, intelligible, durable et objective, afin de permettre aux autorités compétentes et au public de déterminer clairement et précisément l'objet de la protection accordée à son titulaire »⁷⁸.

B. Les conditions de forme

32. Contrairement au droit d'auteur, le droit à la marque s'acquiert par la formalité de l'enregistrement. Rappelons à ce sujet qu'en fonction du territoire sur lequel la protection est souhaitée, il existe différents types de marques, soumises à des procédures d'enregistrement différentes.

33. Si la marque est destinée à être utilisée sur le seul territoire belge (ou Benelux), l'enregistrement d'une marque Benelux sera, en principe, la solution la plus adéquate. La marque Benelux confère en effet à son titulaire des droits en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas⁷⁹.

Si l'usage de la marque s'étend au-delà du Benelux, l'enregistrement d'une marque européenne devrait sans doute être nécessaire, afin d'obtenir une protection dans tous les états membres de l'Union européenne⁸⁰.

Enfin, lorsque la protection d'une marque est sollicitée au-delà du territoire de l'Union européenne (ou seulement pour certains pays de l'U.E.), le recours

⁷⁶ À titre d'exemple, serait nulle une marque reproduisant, pour des boissons alcoolisées, une photo de l'ancien président français, qui était apparu (aux yeux de certains journalistes) « alcoolisé » lors d'une conférence de presse suivant une rencontre avec le président russe, lors d'un sommet du G8 (www.youtube.com/watch?v=HdOU2LDmAXI). Dans ce cas, au-delà du mauvais goût d'une telle initiative, on notera que tant le droit à l'image (du président) que le droit d'auteur (du photographe) permettraient de solliciter la nullité de la marque constituée de cette photographie.

⁷⁷ Article 4, b, R.M.U.E. et article 2.1, b, C.B.P.I.

⁷⁸ Article 3, § 1^{er}, du Règlement d'exécution (UE) 2018/626 du 5 mars 2018 établissant les modalités d'application de certaines dispositions du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil sur la marque de l'Union européenne, et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 2017/1431.

⁷⁹ Article 2.2 C.B.P.I.

⁸⁰ Articles 1 et 6 R.M.U.E.

à la procédure de dépôt international (« Système de Madrid »⁸¹) permet une couverture à la carte, en fonction de la stratégie commerciale du déposant⁸².

34. Sauf en cas de fin pathologique du droit⁸³, la marque confère à son titulaire des droits exclusifs pour une durée de dix ans à compter de la date du dépôt. Cette durée est renouvelable *ad vitam*⁸⁴.

Sous-section 2

Objet de la protection

A. Les signes constitutifs de la marque

35. Les signes pouvant constituer une marque peuvent prendre des formes variées⁸⁵. Les principaux sont les signes verbaux, figuratifs et complexes. À côté de ces marques classiques, l'on peut également citer les « nouveaux » types de marques telles que les marques de forme, de position, de motif, de couleur, sonores, de mouvement, multimédia ou hologrammes. Compte tenu de l'objet de la présente contribution, nous passerons ci-après en revue les principaux types de marques pertinents dans le cadre de l'exploitation de produits de type bière ou alcool.

1. La marque verbale

36. La marque verbale est exclusivement composée de mots ou de lettres, de chiffres, d'autres caractères typographiques standard ou d'une combinaison de ceux-ci, susceptibles d'être dactylographiés.

Les mots « Leffe » ou « Stella Artois » ont par exemple été enregistrés par InBev en tant que marques verbales européennes pour des produits de classe 32.

Sous certaines conditions, un slogan peut également bénéficier de la protection conférée par le droit des marques⁸⁶. InBev a ainsi également enregistré le slogan

⁸¹ Le système de Madrid concernant l'enregistrement international des marques est régi par l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 concernant l'enregistrement international des marques et le Protocole du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques.

⁸² Soulignons que le dépôt international d'une marque n'a pas pour effet de créer une marque internationale dont les effets s'étendraient automatiquement sur tout le territoire mondial. Il s'agit plutôt d'une procédure de dépôt qui permet au demandeur de solliciter l'enregistrement de la marque sur différents territoires. La « marque internationale » permet donc, via une procédure de dépôt dite unique, d'obtenir un « faisceau de droits nationaux » (les procédures nationales devant être suivies pour chacun des territoires visés).

⁸³ Par radiation, déchéance ou annulation.

⁸⁴ Article 52 R.M.U.E. et article 2.9 C.B.P.I.

⁸⁵ Selon la C.B.P.I. et le R.M.U.E., peuvent constituer des marques « tous les signes, notamment les mots, y compris les noms de personnes, ou les dessins, les lettres, les chiffres, les couleurs, la forme d'un produit ou de son conditionnement, ou les sons » (article 4 R.M.U.E. et article 2.1 C.B.P.I.).

⁸⁶ Soulignons que l'exigence de caractère distinctif, indispensable à l'enregistrement d'une marque, constitue toutefois un élément délicat concernant la protection des slogans. En ce sens, voy. B. MICHAUX, « Cumuls et convergences dans la protection des droits intellectuels », in *Actualités en droits intellectuels*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 72-78.

« Les hommes savent pourquoi » en tant que marque Benelux pour de la bière (classe 32)⁸⁷.

2. La marque figurative

37. La marque figurative emploie des caractères, une stylisation ou une mise en page non standard, ou bien une caractéristique graphique ou une couleur.

Le Brussels Beer Project (BBP) a ainsi notamment procédé à l'enregistrement des différents logos figurant sur la plupart de ses bières permanentes, en tant que marques figuratives européennes. Voyez par exemple :



3. La marque semi-figurative (ou complexe)

38. La marque semi-figurative (ou complexe) est celle composée d'une combinaison d'éléments verbaux et figuratifs.

Par exemple, l'abbaye Notre-Dame d'Orval a enregistré la marque complexe Benelux suivante pour des produits de classes 32 (bières) et 29 (fromages) :



4. La marque de forme

39. À côté des marques verbales ou (semi-)figuratives traditionnelles, « la forme d'un produit ou de son conditionnement » peut également constituer une marque.

À titre d'exemple, l'abbaye Notre-Dame de Saint-Remy a enregistré une marque européenne 3D portant sur le verre de la bière Trappiste Rochefort (classe 21 – verres à boire).

⁸⁷ Voy. Cass., 14 avril 2000, *Ing.-Cons.*, 2002/4-5, pp. 124-128.



En principe, la forme d'un produit ou de son contenant (une bouteille de bière ou son verre par exemple) peut donc prétendre à la protection conférée par le droit des marques⁸⁸.

Cette ouverture à l'enregistrement des marques de forme n'est cependant pas absolue et est restreinte par trois cas de figure dans lesquels une forme sera d'office (il s'agit de motifs de refus absolus⁸⁹) exclue de la protection au titre du droit des marques, et ce, même si elle dispose d'un caractère distinctif.

Doivent ainsi être refusés à l'enregistrement⁹⁰ les signes constitués exclusivement par la forme (ou une autre caractéristique) imposée par la nature même du produit (a), nécessaire à l'obtention d'un résultat technique (b), ou qui donne une valeur substantielle au produit (c)⁹¹. Les formes qui tombent sous l'application de l'un des motifs identifiés ci-avant ne peuvent jamais être enregistrées, peu importe si elles deviennent ou sont devenues distinctives par l'usage⁹². Enfin, l'on rappellera l'exigence de caractère distinctif, qui s'applique aussi aux marques de forme, de sorte que les formes dépourvues d'un caractère distinctif suffisant ne pourront pas non plus prétendre à la protection par le droit des marques (d).

a) La forme imposée par la nature même du produit

40. Un signe ne pourra pas être enregistré s'il est constitué exclusivement par « la forme, ou une autre caractéristique, imposée par la nature même du produit »⁹³.

Cette exclusion se justifierait notamment par le fait que « l'on ne peut imposer à l'industrie ou au commerce des restrictions quant à l'usage d'une forme indispensable à la fabrication ou à la mise en circulation d'un produit »⁹⁴.

⁸⁸ Notons qu'une marque de forme peut, en outre, également être composée d'éléments verbaux.

⁸⁹ Les offices de marques sont donc tenus de les vérifier d'initiative lors d'une demande d'enregistrement.

⁹⁰ Ou la marque déclarée nulle si le signe a été enregistré malgré tout.

⁹¹ Article 7, § 1^{er}, e, R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, e, C.B.P.I.

⁹² C.J.U.E., 18 juin 2002, *Philips c. Remington*, C-299/99, pts 74-76.

⁹³ Article 7, § 1^{er}, e, i, R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, e, i, C.B.P.I.

⁹⁴ D. KAESMACHER, « Marques Benelux et communautaires », *op. cit.*, p. 169 ; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 101, n° 76.

Dans un arrêt du 6 octobre 2000, la Cour d'appel de Liège a ainsi estimé que la marque de forme constituée d'une réglette de couleurs servant à une méthode d'enseignement particulière devait être annulée au motif qu'elle était indispensable pour l'application de ladite méthode d'enseignement et était donc imposée par la nature même du produit⁹⁵.

En sens inverse, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que ce motif de refus ne trouvait pas à s'appliquer à la forme de la barre de chocolat Toblerone dès lors qu'elle représente une des nombreuses possibilités de forme possible pour un tel produit⁹⁶.

b) La forme nécessaire à l'obtention d'un résultat technique

41. Ne pourra pas non plus bénéficier de la protection conférée par le droit des marques la forme « nécessaire à l'obtention d'un résultat technique »⁹⁷, et ce, même lorsqu'il existe d'autres formes permettant d'obtenir ce même résultat⁹⁸.

42. La *ratio legis* de cette exclusion est d'« éviter que la protection du droit des marques aboutisse à conférer à son titulaire un monopole sur des solutions techniques ou des caractéristiques utilitaires d'un produit, susceptibles d'être

⁹⁵ Liège, 6 octobre 2000, *Ing.-Cons.*, 2001/3-4, pp. 126-130.

⁹⁶ Bruxelles, 2 octobre 2001, *Ing.-Cons.*, 2002/4-5, pp. 171-183.

⁹⁷ Article 7, § 1^{er}, e, ii, R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, e, ii, C.B.P.I.

⁹⁸ C.J.U.E., 18 juin 2002, *Philips c. Remington*, C-299/99, pts 81 et 83 ; C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, pts 53-58. Par ses arrêts *Philips* et *Lego*, la C.J.U.E. a ainsi mis fin à l'incertitude qui régnait en rejetant la théorie de « la multiplicité des formes ». Cela étant, il nous semble qu'en pratique, l'existence de formes alternatives peut tout de même avoir, dans certains cas et dans une certaine mesure, une influence (certes limitée) sur l'appréciation du caractère « technique de la forme » (sur ce point, voy. T. DE HAAN, « L'impression 3D face au droit des marques », in *L'impression 3D*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 55-57 ; C. DE CALLATAÏ et P. PÉTERS, « La protection de la forme du produit ou de son contenant en droit belge », *op. cit.*, n° 5, p. 42). En ce sens, une décision tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles du 23 décembre 2015, concernant la marque tridimensionnelle protégeant un berlingot de jus de fruit (Capri Sun), est particulièrement éloquent. En substance, le tribunal a en effet considéré que la solution technique offerte par la marque de forme Capri Sun ne serait pas monopolisée par le titulaire de cette marque dès lors que « bien que l'existence de formes alternatives pour atteindre le même résultat technique (supposé) (et donc en être la cause) ne suffise pas pour échapper au motif d'exclusion, l'existence de toutes sortes de formes alternatives pour (l'emballage d'un produit constitue dans ce cas une indication importante qu'une certaine forme n'est pas la cause de l'obtention d'un résultat technique et n'est donc pas "nécessaire" pour atteindre ce résultat, mais en est simplement la conséquence ». Traduction libre de : « Hoewel het bestaan van alternatieve vormen om tot eenzelfde (beweerd) technisch resultaat te komen (en dus als oorzaak daarvoor dienen), niet zal volstaan om te ontsnappen aan de uitsluitingsgrond, vormt het bestaan van allerlei alternatieve vormen voor (de verpakking van) een waar in casu wel een belangrijke indicatie dat een bepaalde vorm niet de oorzaak is voor het behalen van een technische uitkomst en daardoor dus niet 'noodzakelijk' is om dat resultaat te bereiken, maar enkel het gevolg daarvan is » (voy. Comm. n.l. Bruxelles (prés.), 23 décembre 2015, pt 48. Cette décision a toutefois été frappée d'appel, voy. Bruxelles, 24 novembre 2017, n° 2016/AR/1048. Voy. également Hoge Raad Der Nederlanden, 28 juin 2019, n° 18/01154). En d'autres mots, l'existence de formes alternatives permettant d'obtenir un résultat technique identifié « peut constituer un indice qu'une de ces formes objet d'une marque tridimensionnelle permettant d'obtenir ce résultat technique n'est pas nécessaire à l'obtention de ce dernier et que le motif de nullité de la marque invoqué ne peut alors pas trouver à s'appliquer car l'existence de la marque en question ne s'oppose pas à l'intérêt général permettant à des concurrents de commercialiser des produits ayant des formes alternatives remplissant la même fonction technique sans risquer d'être considéré comme contrefacteurs de ladite marque » (voy. Comm. fr. Bruxelles, 4 novembre 2016, *Ing.-Cons.*, 2017/4, p. 729).

recherchées par l'utilisateur dans les produits des concurrents »⁹⁹. Dans une certaine mesure, il s'agit de limiter la possibilité d'invoquer la protection du droit des marques en plus de celle offerte par le droit des brevets.

Un exemple souvent cité pour illustrer ce motif de refus est le cas de Lego qui a vu sa marque tridimensionnelle portant sur sa célèbre brique rouge annulée pour des jouets de construction, au motif que la forme du signe était nécessaire à l'obtention du résultat technique auquel cette brique est destinée, à savoir l'assemblage de briques de jeu¹⁰⁰.

A contrario, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que la forme de la barre de chocolat Côte d'Or n'est pas nécessaire à l'obtention d'un résultat technique¹⁰¹.

c) La forme donnant une valeur substantielle au produit

43. Enfin, les signes constitués exclusivement « par la forme, ou une autre caractéristique, qui donne une valeur substantielle au produit » sont également exclus de la protection par le droit des marques¹⁰².

Ce motif de refus trouve à s'appliquer lorsqu'il résulte d'éléments « objectifs et fiables » que le choix des consommateurs d'acheter les produits en cause est, dans une très large mesure, déterminé par une ou plusieurs caractéristiques de la forme dont le signe est exclusivement constitué¹⁰³.

À l'instar du motif de refus d'enregistrement des formes purement fonctionnelles, l'intérêt sous-tendant l'interdiction d'enregistrer les formes qui donnent une valeur substantielle au produit est d'éviter que le droit exclusif et permanent conféré par le droit des marques puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits que le législateur de l'Union a voulu soumettre à des délais de péremption¹⁰⁴. Par cette exclusion, le législateur entend cette fois tracer la frontière entre, d'une part, le domaine du droit des marques, et d'autre part, le domaine du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles¹⁰⁵.

L'affaire *Bang & Olufsen* (qui concernait la forme d'un haut-parleur au design esthétique particulier) est un exemple « particulièrement éloquent » du

⁹⁹ C.J.U.E., *Philips*, pt 78 ; C.J.U.E., *Lego*, pt 43 ; C.J.U.E., 18 septembre 2014, *Hauck c. Stokke*, C-205/13, pt 18.

¹⁰⁰ C.J.U.E., *Lego*, pt 73. Rappelons à nouveau qu'en vertu du principe de spécialité, l'appréciation de la validité d'une marque doit se faire de manière concrète, c'est-à-dire en fonction des produits et/ou services pour lesquels la protection de la forme est sollicitée (ou enregistrée). En ce sens, la même marque tridimensionnelle de Lego a été validée pour de nombreux autres produits tels que des sacs souples, des montres, des tirelires, des boîtes et meubles de rangement, etc. (voy. Bruxelles, 11 décembre 2012, *Ing.-Cons.*, 2012/3, pp. 612-712, note A. STROWEL, « Ceci n'est pas une brique »).

¹⁰¹ Bruxelles, 27 janvier 2015, *Ing.-Cons.*, 2015/2, pp. 312-332.

¹⁰² Article 7, § 1^{er}, e, iii, R.M.U.E. et article 2.2bis, 1, e, iii, C.B.P.I.

¹⁰³ C.J.U.E., 23 avril 2020, *Gömböc Kutató c. Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19, pt 41.

¹⁰⁴ T.U.E., 6 octobre 2011, *Bang & Olufsen A/S c. OHMI*, T-508/08, pts 64-66.

¹⁰⁵ Voy. B. MICHAUX, « Cumuls et convergences dans la protection des droits intellectuels », *op. cit.*, p. 82.

« dilemme » auquel peut conduire ce motif de refus¹⁰⁶. Dans une première décision, le Tribunal de l'Union a ainsi admis que la marque diverge, de manière significative, des habitudes du secteur, de sorte que le degré de distinctivité requis peut lui être conféré¹⁰⁷. Dans une seconde décision, le Tribunal de l'Union a toutefois jugé que la marque tombait sous le coup d'une cause d'exclusion, au motif que pour le produit en cause, le design (dont elle avait précédemment reconnu le caractère distinctif) est un élément qui sera très important dans le choix du consommateur, même si le consommateur prend également en considération d'autres caractéristiques du produit en cause¹⁰⁸.

d) Les formes non distinctives

44. À supposer qu'une forme ne tombe sous l'application d'aucun des motifs de refus visés aux articles 7, § 1^{er}, e, R.M.U.E. et 2.2bis, 1, e, C.B.P.I., encore faut-il qu'elle soit distinctive.

Les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles constituées par l'apparence du produit lui-même sont les mêmes que ceux applicables aux autres catégories de marques.

En pratique, il peut toutefois s'avérer plus difficile de conclure à l'existence d'un caractère distinctif lorsqu'il s'agit d'une marque de forme, car la perception du public pertinent peut être différente, comparée à la perception d'une marque verbale ou figurative¹⁰⁹. En effet, selon la Cour de justice, « la perception du consommateur moyen n'est pas nécessairement la même dans le cas d'une marque tridimensionnelle, constituée par l'apparence du produit lui-même, que dans le cas d'une marque verbale ou figurative, qui consiste en un signe indépendant de l'apparence des produits qu'elle désigne. En effet, les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se fondant sur leur forme ou celle de leur emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel, et il pourrait donc s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif d'une telle marque tridimensionnelle que celui d'une marque verbale ou figurative »¹¹⁰.

Dès lors, plus la forme dont l'enregistrement est sollicité se rapproche de la forme courante du produit en cause, moins il est probable qu'elle rencontre l'exigence de caractère distinctif¹¹¹. À l'inverse, plus une marque s'écarte d'une manière significative de la norme ou des habitudes du secteur, plus il est pro-

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰⁷ T.P.I.C.E., 10 octobre 2007, *Bang & Olufsen*, T-460/05, pts 42 et 43.

¹⁰⁸ T.U.E., 11 mars 2011, *Bang & Olufsen*, T-508/08.

¹⁰⁹ Pour une étude plus approfondie concernant l'appréciation du caractère distinctif des marques de forme (ainsi que l'évolution des « critères » retenus par la C.J.U.E.), voy. B. MICHAX, « Cumuls et convergences dans la protection des droits intellectuels », *op. cit.*, pp. 78-92.

¹¹⁰ C.J.C.E., *Develey Holding*, pt 80.

¹¹¹ C.J.C.E., 7 octobre 2004, *Mag Instrument c. OHMI*, C-136/02 P, pt 31.

bable qu'elle soit considérée comme distinctive¹¹². Cette délicate appréciation nous place sur un fil étroit entre « distinctivité » et motif de refus d'une « forme donnant une valeur substantielle ». En effet, il convient que ce qui permet à la forme déposée de présenter un écart avec les pratiques habituelles ne confère pas une valeur substantielle au produit, sous peine de compromettre la validité de la marque portant sur cette forme particulière. La réflexion stratégique portant sur la détermination du « bon » signe de forme à protéger constitue donc un exercice périlleux.

5. La marque de couleur

45. La marque de couleur consiste en la représentation exclusive d'une couleur ou d'une combinaison de couleurs.

Pour autant qu'elle remplisse sa fonction d'identification, une couleur seule (ou une combinaison de couleurs) peut en effet constituer une marque en tant que telle.

Ainsi, la société MHSC (Veuve-Clicquot) est par exemple titulaire de la marque Benelux de couleur orange (Pantone 137 C) pour des produits de classe 33 (vins mousseux) :



De son côté, Alken-Maes a enregistré la marque Benelux de couleur bleue (Pantone 2748 C) pour des produits de classe 32 (bières) :



46. L'enregistrement d'une couleur en tant que marque n'est toutefois pas aussi simple. En effet, comme pour les marques de forme, il peut s'avérer plus difficile de conclure à l'existence d'un caractère distinctif lorsqu'il s'agit d'une marque de couleur, car la perception du public pertinent peut être différente, comparée à la perception d'une marque verbale ou figurative¹¹³. L'existence

¹¹² C.J.C.E., *Develey Holding*, pt 81.

¹¹³ C.J.C.E., 21 octobre 2004, *KWS Saat c. OHMI*, C-447/02 P, pt 78.

d'un caractère distinctif *ab initio* (c'est-à-dire avant tout usage) ne peut, en effet, se concevoir que dans des circonstances exceptionnelles¹¹⁴. Souvent, c'est donc par l'usage qui en est fait par l'entreprise qu'une couleur acquiert un caractère distinctif¹¹⁵.

47. En Belgique, la question du caractère distinctif des marques de couleur a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs décisions, et notamment concernant de la bière.

Ainsi, dans une décision du 24 juin 2004, la Cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée sur la validité de la marque de couleur orange (Pantone 137 C) de Veuve Clicquot. En substance, le groupe commercialisant le champagne Veuve Clicquot reprochait à la Brasserie De Landtsheer (qui brasse principalement les bières Malheur) de commercialiser sa nouvelle bière appelée « Malheur Brut Réserve » dans des bouteilles utilisées généralement pour du vin de Champagne et habillées d'une étiquette avec fond orange. Ces bouteilles de bière étaient, en outre, présentées sous un emballage constitué par une boîte en carton glacé dont la couleur dominante était l'orange. La Cour d'appel a donné raison à Veuve Clicquot qui invoquait notamment sa marque Benelux de couleur orange (Pantone 137 C).

Saisie d'un litige opposant Jupiler et Maes, la Cour d'appel de Bruxelles a de nouveau eu l'occasion de se prononcer sur la question du caractère distinctif des marques de couleur. En l'espèce, Maes estimait que le nouvel emballage des Jupiler Blue ressemblait trop à celui des Maes Pils, ce qui pouvait engendrer une confusion dans le chef du consommateur. À l'occasion de cette affaire, la Cour d'appel de Bruxelles a, notamment, été amenée à apprécier le caractère distinctif de la marque de couleur de Maes (et, partant, sa validité). Par un arrêt du 21 octobre 2013, la Cour d'appel de Bruxelles a dès lors jugé que, même si la couleur bleue est une couleur primaire, il n'empêche que la marque déposée par Alken-Maes (identifiée par le code international PMS 2748 C) est une couleur très inhabituelle pour de la bière (et peut donc être considérée comme distinctive pour de la bière)¹¹⁶.



117

¹¹⁴ *Ibid.*, pt 79.

¹¹⁵ En droit Benelux, cette acquisition d'un caractère distinctif par l'usage est aussi appelée *inburgering*.

¹¹⁶ Bruxelles, 21 octobre 2013, *Ing.-Cons.*, 2013/4, pp. 845-885, note T. DE HAAN, « Le bleu peut être une couleur très inhabituelle ».

¹¹⁷ Auteur inconnu. Source : www.standaard.be.

B. Les produits ou services visés

48. Toute demande de marque doit comprendre, outre une représentation de la marque concernée, une liste des produits et/ou services dont la protection est souhaitée. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.) a ainsi adopté la classification de Nice pour classer les produits et services. Celle-ci ordonne les produits et services en 45 catégories différentes (également appelées « classes »).

49. La rédaction des détails de la liste des produits et services visés est une étape cruciale dans la mesure où le droit exclusif qui sera conféré par la marque enregistrée s'y limitera, en vertu du principe de spécialité. Le choix des classes doit par ailleurs être fait dans un esprit de stratégie sur le moyen/long terme dès lors qu'une fois la demande déposée, il n'est plus possible d'allonger les spécifications¹¹⁸. D'un autre côté, il convient de garder à l'esprit que la marque doit être effectivement utilisée pour les produits et/ou services pour lesquels elle a été enregistrée¹¹⁹. Le non-usage d'une marque pendant cinq ans peut, en effet, entraîner la déchéance de celle-ci¹²⁰. La définition des produits et/ou services pertinents constitue donc un exercice délicat, à la recherche du juste équilibre entre le « trop » et le « pas assez ».

C. Les marques collectives

50. À côté des marques individuelles, il existe également ce qu'on appelle des marques « collectives », c'est-à-dire celles qui sont propres à distinguer les produits ou les services des membres de l'association qui en est le titulaire de ceux d'autres entreprises. Peuvent déposer des marques collectives les associations de fabricants, de producteurs, de prestataires de services ou de commerçants, qui, aux termes de la législation qui leur est applicable, ont la capacité, en leur propre nom, d'être titulaires de droits et d'obligations de toute nature, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques et d'ester en justice, de même que les personnes morales relevant du droit public¹²¹.

Le dépôt d'une marque collective doit être accompagné d'un « règlement d'usage ». Ce règlement doit indiquer les personnes autorisées à utiliser

¹¹⁸ Il faudra dans ce cas introduire une nouvelle demande d'enregistrement et payer les taxes y afférentes.

¹¹⁹ Selon la C.J.U.E., une marque fait l'objet d'un « usage sérieux » « lorsqu'elle est utilisée, conformément à sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle a été enregistrée, aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages de caractère symbolique ayant pour seul objet le maintien des droits conférés par la marque » (C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Leno Merken BV c. Hagelkruis Beheer BV*, C-149/11, pt 29).

¹²⁰ Articles 18 et 58 R.M.U.E. et articles 2.23bis et 2.27, 2, C.B.P.I. Cela étant, la déchéance pour défaut d'usage sérieux n'est pas automatique. Elle ne peut être prononcée que par le tribunal ou l'office compétent à la demande de tiers (soit à titre principal, soit comme moyen de défense dans le cadre d'une action en contrefaçon).

¹²¹ Article 74, § 1^{er}, R.M.U.E. et article 2.34bis, 1, C.B.P.I. Pour une analyse des marques collectives et de certification nouveau régime, voy. not. P.-Y. THOUMSIN, « Les nouveautés législatives en droit des marques : *what's in the package ?* », in N. BERTHOLD (coord.), *Droit de la propriété intellectuelle – Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 88-93.

la marque, les conditions d'affiliation à l'association ainsi que les conditions d'usage de la marque, y compris les sanctions¹²².

51. L'Association internationale trappiste est ainsi détentrice de plusieurs marques collectives portant sur le tant convoité badge *Authentic Trappist Product* (A.T.P.), que les brasseurs ne sont autorisés à utiliser que si certaines conditions sont remplies, dont notamment en substance :

- les produits doivent être fabriqués dans l'environnement immédiat de l'abbaye ;
- la production doit avoir lieu sous la supervision des moines ou moniales ; et
- les revenus doivent être destinés aux nécessités de la communauté monastique, à la solidarité au sein de l'Ordre Trappiste, à des projets de développement et à des œuvres caritatives¹²³.



Sous-section 3

Étendue de la protection

52. L'enregistrement d'une marque confère à son titulaire un monopole sur l'emploi du signe déposé. Le titulaire d'une marque dispose ainsi du droit exclusif d'utiliser sa marque (et corrélativement du droit d'en interdire l'utilisation par des tiers), mais également de l'exploiter commercialement, par exemple en la cédant ou en la donnant en licence¹²⁴.

Ainsi, ce droit exclusif permet à son titulaire d'interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement¹²⁵ :

- de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique à sa marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée ;

¹²² Article 75 R.M.U.E. et article 2.34ter C.B.P.I.

Outre le règlement d'usage de la marque, voy. www.trappist.be/fr/l-association/le-label-atp.

¹²⁴ Rappelons que le droit exclusif à la marque n'est toutefois pas absolu. Celui-ci est en effet limité, d'une part, par le principe de spécialité et le principe de territorialité, et d'autre part, par certaines limites liées à l'intérêt général (voy. D. KAESMACHER et T. STAMOS, « F. – Quels sont les droits du titulaire d'une marque ? », in *Brevets, marques, droits d'auteur...*, Liège, Edi.pro, 2009, pp. 59 et s.).

¹²⁵ Article 9 R.M.U.E. et article 2.20 C.B.P.I.

- de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à sa marque pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public (le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque) ;
- de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à sa marque, indépendamment du fait que les produits ou services pour lesquels il est utilisé soient identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée (à l'intérieur du territoire Benelux ou de l'Union européenne, selon le cas) et que l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice ;
- S'agissant de la marque Benelux, le titulaire de la marque peut, en outre, s'opposer à ce qu'un tiers fasse usage d'un signe à des fins autres que celle de distinguer les produits ou services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice¹²⁶.

À titre exemplatif, la Cour d'appel de Gand a déjà jugé, dans un arrêt du 26 septembre 2011¹²⁷, que l'usage des lettres gothiques « Bacchus » dans un schéma répétitif et rythmique (et oblique) sur l'emballage papier d'une bouteille de bière fruitée de marque Bacchus porte atteinte à la marque Benelux Liefmans portant sur un motif représentant une succession inclinée de reproductions du nom Liefmans en lettres gothiques. Selon la Cour, cette utilisation donne au consommateur de référence (à savoir un consommateur de bière raisonnablement attentif, informé, qui achète une bière fruitée dans un débit de boissons, supermarché ou autre magasin) l'impression qu'il existe un lien économique entre les producteurs de bières.



128

¹²⁶ Par exemple, l'usage d'un signe comme nom de domaine. À ce sujet, voy. A. CRUQUENAIRE, « Le nom de domaine, un signe distinctif à part (entière) », *J.T.*, 2012, p. 819 ; A. CRUQUENAIRE, « Internet : la problématique des noms de domaine », *Ing.-Cons.*, 1997, pp. 222-236.

¹²⁷ Gand, 26 septembre 2011, *D.A.O.R.*, 2012/1, n° 101, pp. 129-132.

¹²⁸ Auteur inconnu. Source : <https://merkenbureau.abcor.nl/merkennieuws/merken/sterk-lijkende-verpakkingen-inbreuk-op-duvel-merk-patroon-gotische-letters>.

53. En outre, le droit exclusif à la marque confère à son titulaire le droit de s'opposer¹²⁹ à l'enregistrement par des tiers de signes identiques ou similaires en tant que marques pour des produits identiques ou similaires (ou pas, lorsque la marque est renommée et que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de cette marque antérieure ou leur porterait préjudice)¹³⁰.

Citons par exemple, une récente décision sur opposition de l'E.U.I.P.O. du 15 janvier 2021¹³¹. Dans cette affaire, le Groupe Modelo, qui commercialise la bière mondialement connue Corona, s'est opposée avec succès à l'enregistrement de la marque figurative Chitanco également pour de la bière. Selon l'E.U.I.P.O., malgré l'absence de similitude phonétique et conceptuelle entre les signes, les marques sont similaires sur le plan visuel dans une certaine mesure. Cela s'explique principalement par la forte ressemblance entre les polices d'écriture utilisées par les deux signes et la renommée de la marque Corona.



54. Le droit du titulaire d'une marque d'agir contre des tiers requiert la réunion de plusieurs conditions cumulatives¹³², dont l'existence d'un risque de confusion qui comprend le risque d'association¹³³. Ce risque de confusion doit s'apprécier en fonction du « public pertinent »¹³⁴.

¹²⁹ Via une procédure en opposition auprès de l'office compétent, à savoir l'Office Benelux de la propriété intellectuelle pour une marque Benelux (O.B.P.I.) ou l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (E.U.I.P.O.) pour une marque de l'Union européenne.

¹³⁰ Article 8, §§ 1^{er} et 5, R.M.U.E. et article 2.2ter, 1 et 3, a), C.B.P.I.

¹³¹ E.U.I.P.O., 15 janvier 2021, *Corona c. Chitanco*, n° B 3 105 605. L'article 8, § 5, R.M.U.E. était invoqué par l'opposante.

¹³² Voy. *supra*, n° 52.

¹³³ Sur la question de la méthode à suivre dans l'appréciation du risque de confusion, voy. T. DE HAAN, « Le risque de confusion s'apprécie avec méthode », *Ing.-Cons.*, 2020/1, pp. 208-216.

¹³⁴ Après avoir identifié le ou les cercles de consommateurs pertinents, il convient d'établir le degré d'attention et de sophistication du public pertinent. Sur ce point, voy. not. Bruxelles (9^e ch.), 26 avril 2018, *Ing.-Cons.*, 2018/3, pp. 437-460 (selon la Cour d'appel, il n'y a pas lieu de distinguer le degré d'attention du consommateur de bière de type « bière d'abbaye » de celui du consommateur de bière de type « pils » ou encore d'autres types de bière selon des caractéristiques pouvant être multiples (par exemple : type de fermentation, couleur, degré d'alcool) dès lors qu'il s'agit de biens de consommation courante dans le Benelux, relativement bon marché et que, face à une offre croissante, le consommateur Benelux de bière est habitué à la variété de ce type de produits) ; T.U.E., 31 janvier 2012, *Cerveceria Modelo c. OHMI*, T-205/10, pt 31 (selon le Tribunal de l'Union européenne, « s'il est vrai que, dans le secteur des boissons alcooliques, le consommateur est habitué à ce que les produits soient fréquemment désignés par des marques comprenant plusieurs éléments verbaux ou figuratifs, il ne saurait en être conclu que ledit consommateur serait particulièrement attentif à tous les éléments d'une marque, verbaux ou figuratifs, au moment de procéder à l'acte d'achat, les produits en cause étant des produits de consommation courante, pour lesquels le public pertinent est le consommateur moyen des produits de grande consommation, qui est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »).

55. Enfin, l'humour et la liberté d'expression ont parfois des difficultés à se faire entendre en droit des marques. Si le sujet déborde la présente¹³⁵, l'on peut malgré tout citer un arrêt de la Cour de justice Benelux qui a considéré que la liberté artistique peut constituer un « juste motif » autorisant un usage consistant à intégrer une marque dans une œuvre d'art¹³⁶.



An artwork by Mr. Peers (Source: Cedricgallery.com)

Section 3

La protection d'une bière ou d'un alcool par le droit des brevets

56. Certains éléments associés à la commercialisation d'un alcool ou d'une bière peuvent également bénéficier de la protection conférée par le droit des brevets. L'on songe, à titre d'exemple, à un dispositif spécifique de distribution de bière en fût, ou encore à un dispositif de filtration de la bière écologiquement plus performant.

57. Compte tenu des limites de la présente, nous nous contenterons de rappeler que seule une invention (c'est-à-dire une « solution technique à un problème technique ») nouvelle, inventive, susceptible d'application industrielle et licite peut prétendre à la protection par un brevet¹³⁷.

¹³⁵ Sur la difficulté d'utiliser l'argument de la liberté d'expression en droit des marques, voy. not. M.-C. JANSSENS, « Protection de la marque et liberté d'expression. À la recherche d'un équilibre délicat », in *La protection des marques sur Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 102-120.

¹³⁶ C.J. Benelux, 14 octobre 2019, *Moët Hennesy Champagne c. Cedric Art*, *Ing.-Cons.*, 2019/3, p. 513.

¹³⁷ B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 82-131.

Section 4

La protection d'une bière ou d'un alcool par d'autres droits

Sous-section 1

La concurrence déloyale et le parasitisme

58. L'impact d'un beau visuel sur les ventes d'un produit est indéniable. Avec l'avènement des microbrasseries, le packaging des bières est en pleine effervescence¹³⁸. Dans le rayon bières, les yeux des consommateurs passent d'une bouteille ou canette à une autre, émerveillés par ces bières au design toujours plus soigné. C'est entendu, désormais : « On boit [aussi] avec les yeux ».

59. Si certains ont bien compris qu'un packaging original est un moyen particulièrement intéressant de se distinguer et d'attirer l'attention du consommateur, d'autres font le choix (plus ou moins bien calculé selon le cas) d'adopter un *look-and-feel*¹³⁹ assez proche de celui de leurs concurrents, s'inscrivant ainsi dans sillage de ces derniers.

60. Le fait pour une entreprise de copier ou d'imiter les produits d'une autre entreprise peut toutefois constituer un acte de concurrence déloyale dès lors que cela crée un risque de confusion dans l'esprit du consommateur¹⁴⁰. Ainsi, la reprise prêtant à confusion du packaging d'une bière ou d'un alcool (par exemple en utilisant les principaux éléments visuels caractéristiques du produit d'un concurrent) pourrait être interdite sur la base de l'article 10bis, § 3, 1^o, de la Convention de Paris ainsi que des articles VI.93 et VI.104 du Code de droit économique.

En pratique, il n'est d'ailleurs pas rare qu'un même comportement puisse être jugé à la fois comme constitutif d'une atteinte au droit des marques et également comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, dès lors qu'il est susceptible de créer une confusion dans l'esprit du public ou relève d'un acte de parasitisme par lequel un concurrent tire indûment profit des efforts ou des

¹³⁸ Voy. par ex. <https://blackthornsdesign.com/blog/happy-hour/pourquoi-les-packagings-de-bieres-artisanales-ont-ils-devenus-si-cool>.

¹³⁹ Que l'on peut définir comme le « paraître de la création (le *look*) et la manière dont elle est ressentie (le *feeling*) » (D. KAESMACHER, « Droits intellectuels », *Rép. not.*, t. II, *Les biens*, liv. 5, *Droits intellectuels*, op. cit., n° 352, citant M. VIVANT et al., *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux : Informatique – Multimedia – Réseaux – Internet*, Paris, Lamy SA, 2010, n° 205).

¹⁴⁰ V. CASSIERS, « La protection du savoir-faire de l'entreprise », in *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Bruxelles, Larquier, 2010, p. 99.

investissements d'une autre entreprise¹⁴¹. La question des actes de concurrence déloyale et des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché, en marge du droit des marques, est aussi complexe qu'intéressante. L'analyse de ce régime de protection dépasserait cependant le cadre de la présente contribution et les limites qui nous ont été fixées. Nous renvoyons donc le lecteur aux nombreux écrits sur le sujet¹⁴².

Sous-section 2

Les secrets d'affaires

61. Finalement, c'est parfois dans la simplicité que se trouve la clef de l'efficacité (*less is more*). Ainsi, une entreprise pourrait préférer « simplement »¹⁴³ protéger la recette d'une bière ou d'un alcool en la gardant secrète et en s'appuyant sur la loi relative à la protection des secrets d'affaires¹⁴⁴.

L'exemple le plus célèbre de ce mécanisme de protection est certainement le cas de Coca-Cola. En effet, plutôt que de tenter de protéger sa recette par un droit de propriété intellectuelle (par exemple en déposant un brevet, ce qui la

¹⁴¹ N. THIRION, « Section 2 – Pratiques commerciales déloyales », in *Chronique d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larquier, 2013, p. 150. Ainsi par exemple, dans l'affaire précitée opposant Maes et Jupiler, la Cour d'appel de Bruxelles a retenu non seulement une atteinte à la marque de couleur bleue de Maes, mais également une pratique prêtant à confusion au sens notamment de l'article 10bis, § 3, 1^o, de la Convention de Paris. Par cette décision, la Cour d'appel entérine la possibilité de recourir à la concurrence déloyale comme un moyen autonome, le cas échéant en complément du droit des marques. À l'inverse, ne retenant pas un risque de confusion, voy. Bruxelles, 12 janvier 2010, *I.R.D.I.*, 2010/3, pp. 305-321 (estimant que l'image globale du logo, des étiquettes, des verres de bière et des bouteilles de bière de la société Palm Breweries pour ses bières Steenbrugge ne présente pas suffisamment de similarités avec les éléments utilisés par InBev pour ses bières Leffe et que dès lors il n'y a pas de confusion dans le chef du consommateur ou vendeur des produits concernés) ; Comm. Anvers, 6 décembre 2012, *Ing.-Cons.*, 2012/3, pp. 601-611 (estimant qu'il n'existe pas de risque de confusion entre la bière La corne du bois des pendus et la bière Kwak, notamment en raison de leur support en bois) ; Comm. nl. Bruxelles (prés.), 17 mars 2016, *Ing.-Cons.*, 2016/2, pp. 467-494 ; Bruxelles, 26 juin 2018, n° 2016/AR/1042 (jugant que la bière Filou de la Brasserie Van Honsebrouck ne s'approprie pas le *look-and-feel* de Duvel. Selon la Cour d'appel, Duvel ne peut d'ailleurs pas monopoliser le *look-and-feel* de la bouteille de Duvel (de type « Steini ») en se fondant sur les pratiques commerciales et les pratiques du marché déloyales, et non sur le droit des marques).

¹⁴² Voy. not. 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 ; B. VANBRABANT, « Section 2. – L'effet du droit spécial des productions intellectuelles sur la répression de la concurrence déloyale : limitation ou complémentarité ? », in *La propriété intellectuelle*, t. 1, *Nature juridique*, Bruxelles, Larquier, 2016, pp. 290-334 ; J. CABAY, « Chapitre 1. – 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 *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale*, Bruxelles, Larquier, 2017, pp. 39-80 ; A. PUTTEMANS, « Chapitre 4. – L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale*, *ibid.*, pp. 149-162 ; J.-F. PUYRAIMOND, « Chapitre 2. – Du parasitisme à l'abus de la liberté de copie », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale*, *ibid.*, pp. 81-96 ; P. THOUSIN, « 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *Ing.-Cons.*, 2020/3, pp. 688-697.

¹⁴³ En pratique, la mise en place de mesures techniques et organisationnelles ainsi que contractuelles s'avère toutefois nécessaire afin de garantir efficacement le caractère secret des informations concernées.

¹⁴⁴ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, transposant la Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

rendrait *in fine* connue du public), Coca-Cola entretient soigneusement, depuis sa création, le mystère autour de sa recette. Sa composition fait ainsi l'objet d'un « secret industriel, quasi militaire ». Selon la firme, elle reposerait « dans un coffre situé dans les sous-sols inviolables de la SunTrust Bank, établissement financier d'Atlanta, actionnaire historique de la Compagnie. Seuls deux ou trois employés, élus parmi les élus, en connaîtraient la formulation exacte, entretenant ainsi à merveille la magie du breuvage. »¹⁴⁵

Conclusion

62. Sans apporter la réponse à toutes les questions, notre contribution indique l'intérêt d'une réflexion stratégique sur l'apport des droits intellectuels dans un projet commercial de développement d'un nouvel alcool ou d'une nouvelle bière. La propriété intellectuelle permet, en effet, d'apporter une protection indispensable aux principaux éléments entourant la commercialisation de ces produits. Mais au-delà de la protection, une gestion appropriée des aspects de propriété intellectuelle permet également de sécuriser les investissements.

Nunc est bibendum.

Horace (Odes, I, 37, 1).

¹⁴⁵ <https://cocacolaweb.fr/coca-cola/la-recette>.