

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Qu'est-ce qu'une oeuvre en droit d'auteur ?

Michaux, Benoit

Published in:

Revue critique de jurisprudence belge

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, B 2021, 'Qu'est-ce qu'une oeuvre en droit d'auteur ? L'arrêt Levola et au-delà, note sous Cour de Justice de l'Union européenne, grande chambre, 13 novembre 2018. Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV', *Revue critique de jurisprudence belge*, numéro 1, pp. 5-70.

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.

NOTE

**Qu'est-ce qu'une œuvre, en droit d'auteur ?
L'arrêt *Levola* et au-delà**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	17
I. — LE REFOULEMENT INDIRECT DE L'OLFACTIF EN DROIT DES MARQUES	19
II. — LE REJET FRONTAL DU GUSTATIF EN DROIT D'AUTEUR	31
III. — UN DROIT D'AUTEUR SOUS INFLUENCE DU DROIT DES MARQUES	40
IV. — LA NOTION D'ŒUVRE DANS UN DROIT D'AUTEUR EUROPÉEN EN CONSTRUCTION	47
V. — LA NOTION D'ŒUVRE DANS LE DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL CONVENTIONNEL	55
VI. — LA NOTION D'ŒUVRE EN DROIT D'AUTEUR ET EN DEHORS DU DROIT D'AUTEUR	61
VII. — MISES EN PERSPECTIVE ET ENVOI	65

*

* *

INTRODUCTION

1. Par son arrêt *Levola* (1), la Cour de justice de l'Union européenne décide en substance que la saveur d'un produit alimentaire n'est pas une œuvre protégeable par le droit d'auteur. Cette exclusion du goût ne heurte pas le sens commun, serait-on tenté de dire dans une réaction spontanée. L'expérience gustative est en effet à ce point personnelle et ardue à décrire que l'on conçoit avec peine la possibilité de désigner cette chose qu'il nous faudrait appeler une « œuvre » et qui serait à l'origine des sensations que nous éprouvons lorsque nous la goûtons.

2. Quand il s'agit d'un livre, il est aisé de désigner l'objet, voire la partie spécifique de l'objet qui constitue la création éligible à la protection (2). Dans le cas d'une saveur, en revanche, l'exercice est d'autant plus pénible que l'on ne sait trop comment distinguer entre le résultat perçu et ce qui provoque le résultat. La situation est à ce point nébuleuse qu'on finit par se demander, dans le cas de la saveur d'un produit alimentaire, si la création est du côté

(1) Il s'agit de l'arrêt annoté: C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo/Smilde Foods*, C-310/17.

(2) Dans certains cas, l'exercice peut cependant se révéler délicat, en particulier, quand il s'agit d'en déterminer la structure.



de la composition du produit (la recette), du produit lui-même (le plat) ou de l'effet sensoriel (le goût) suscité par le produit.

La confusion s'amplifie encore par le fait d'une terminologie polysémique. Dans le langage courant, le mot *saveur* et le mot *goût*, puisque c'est d'eux qu'il s'agit (3), désignent tout à la fois l'effet et la cause (4). La *saveur* ou le *goût* d'un fromage désignent aussi bien la sensation chez le récepteur humain (5) que la qualité inhérente du produit qui la provoque. Cette ambiguïté pèsera lourd sur les décisions judiciaires.

3. À cette ambiguïté s'ajoute une autre source d'inconfort pour le juriste, à savoir qu'il est communément considéré (6) que l'identification d'une même saveur peut varier selon les individus. Il en résulte une difficulté accrue sur le terrain du droit d'auteur, en particulier dans la perspective de possibles procès en contrefaçon. Si les saveurs sont perçues différemment, et s'il faut partir du principe que la perception est décisive, il semble *a priori* plus compliqué de déterminer les cas où une saveur présenterait avec une autre, qui la précède, des similitudes coupables.

La saveur soulève en outre une incommodité d'un autre ordre sur le terrain du droit d'auteur, qui est celle-ci : comment peut-on concevoir un droit de communication au public à propos d'une saveur ? La saveur n'est en effet accessible que par un contact physique avec le mets qui l'incorpore et qui en permet la perception. Dès lors, de prime abord, elle ne se prête pas à une transmission sous une forme dématérialisée (7).

4. Dans un tel contexte, dominé par les incertitudes et, de surcroît, une dose d'incompatibilité avec les droits exclusifs de l'auteur (8), il ne doit pas surprendre outre mesure que la Cour de justice décide d'exclure le goût de la sphère du droit d'auteur.

Au-delà de ce résultat ponctuel, il importe toutefois d'examiner la manière dont la Cour motive sa position. C'est à ce niveau-ci que l'arrêt *Levola* révèle toute l'étendue de son importance — fondamentale, comme on le commentera — dans la construction du droit d'auteur européen. La Cour nous entraîne en effet au cœur du système du droit d'auteur, là où se situe la notion d'œuvre, qui constitue tout à la fois l'objet du droit d'auteur et sa finalité. Or, pour centrale qu'elle soit, cette notion n'est pas définie par le droit dérivé de l'Union (9).

(3) Le Petit Robert de la langue française traite le mot *goût* comme un équivalent du mot *saveur*.

(4) Le mot « goût » revêt encore davantage de significations, dont celle de désigner l'organe sensoriel permettant la perception gustative.

(5) En néerlandais, qui est la langue de la procédure dans l'affaire *Levola*, le mot *goût* [*smaak*] renvoie notamment à la sensation dans la bouche [*gevaarwording in de mond*]: Van Dale, *Groot woordenboek Nederlands-Frans*, 4^e éd., Utrecht-Antwerpen, 2008.

(6) C'est en tout cas l'opinion commune que semble intégrer l'arrêt *Levola*, comme on le verra.

(7) Sauf à considérer que la saveur se trouve exprimée dans la recette, sous une forme verbale, auquel cas elle pourrait donner lieu à une communication au public.

(8) Le droit de reproduction, sollicité dans le cadre des procès en contrefaçon, et le droit de communication au public.

(9) En particulier la directive 2001/29 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Comme on le sait, c'est cette directive-ci qui peut être considérée comme le socle principal du droit d'auteur européen, dès lors que c'est elle qui énonce



Vu que ce droit dérivé n'effectue pas de renvoi vers le droit national des États membres dans le but de la définir, c'est à la Cour de justice qu'il revient d'en préciser la teneur⁽¹⁰⁾. L'arrêt *Levola* lui en donne l'occasion. Étant donné l'importance de l'enjeu, il n'étonnera pas que cette décision soit rendue en grande chambre, ce qui lui confère au demeurant une autorité de fait particulière.

5. Pour clarifier la notion d'œuvre, l'arrêt *Levola* s'appuie sur le principe de sécurité juridique, s'inspirant en cela de l'arrêt *Sieckmann* qu'elle avait rendu plus de 15 ans auparavant. Ce précédent-ci était intervenu dans une autre matière de la propriété intellectuelle, à savoir le droit des marques. À cette époque, la Cour avait manifesté sa défiance vis-à-vis de l'olfactif. On peut se demander s'il était judicieux de déduire de cette grande réserve vis-à-vis de la marque olfactive la nécessité, à l'occasion de l'affaire *Levola*, de rejeter l'œuvre gustative hors du droit d'auteur. Cela étant, quelle que soit la critique à l'égard de la transposition de la solution *Sieckmann*, le rejet de l'œuvre gustative est devenu une réalité avec laquelle il faut composer. Il constitue même un nouveau point de départ pour la Cour dans le développement de la notion d'œuvre. Il importe à cet égard d'approfondir la manière dont il convient désormais, après l'arrêt *Levola*, de situer la notion d'œuvre au regard de la construction du droit d'auteur européen, du droit d'auteur international, voire des domaines extérieurs au droit *tout court*, en ce compris le domaine de la création vu du point de vue des créateurs. Les réflexions qui accompagneront cet examen pourraient, peut-être, permettre d'esquisser une évaluation de la finalité du droit d'auteur et de la façon dont celui-ci se positionne vis-à-vis de la création en général.

6. La présente contribution suivra un itinéraire dont les étapes seront les suivantes : le rejet de l'olfactif en droit des marques (I), le rejet du gustatif en droit d'auteur (II), un droit d'auteur sous influence du droit des marques (III), la notion d'œuvre au sein d'un droit d'auteur européen en construction (IV), la notion d'œuvre au sein du droit d'auteur international (V), la notion d'œuvre au sein du droit d'auteur et en dehors du droit d'auteur (VI), mises en perspective et envoi (VII).

I. — LE REFOULEMENT INDIRECT DE L'OLFACTIF EN DROIT DES MARQUES

7. Au départ, le signe olfactif présente un potentiel de premier ordre pour remplir la fonction de marque. On lui reconnaît largement une capacité peu commune à imprégner la mémoire de la personne qui le perçoit et à évoquer chez celle-ci des associations. Il y a sur ce constat des opinions concordantes dans des cercles fort divers qui vont des neurophysiologistes aux psychologues en passant par les philosophes et les romanciers. Les juristes ne sont pas en reste : cet avis est partagé dans les cercles de la Cour de justice. À ce propos, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer reprend à son compte l'observation que le sens de l'odorat possède des propriétés évocatrices indéniables,

les droits exclusifs de l'auteur, ainsi que les exceptions et les limitations à ces droits. Dans la suite de la présente contribution, elle sera désignée comme « la directive 2001/29 ».

(10) Dans de telles conditions, la notion d'œuvre devient en effet une notion harmonisée du droit de l'Union, qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme. Voyez ci-après les commentaires consacrés au point 33 de l'arrêt *Levola* allant en ce sens.

voire même persuasives, et que la mémoire olfactive est probablement la meilleure dont dispose l'être humain (11). Il en déduit une capacité incontestable du signe olfactif à symboliser les produits ou les services d'une provenance déterminée, pour les distinguer de ceux qui ont une origine différente, ce qui correspond à la fonction de la marque, comme il le souligne (12).

8. Outre sa capacité propre à informer le public sur l'origine commerciale de produits ou de services, le signe olfactif bénéficie de surcroît d'un *a priori* favorable de la part du législateur européen, du moins en apparence. La directive sur les marques est en effet ouverte à *tous* [les] signes capables d'indiquer la provenance d'un produit ou d'un service, sous-entendu quelle que soit la nature du signe concerné. Tout au plus faut-il, indiquait-elle dans sa version de 1988 (13), que le signe en cause soit susceptible d'une représentation graphique (14). Cette dernière condition, dont on pourrait penser au premier abord qu'elle est secondaire, va toutefois se révéler fatidique pour le signe olfactif, sous l'effet de l'intervention intransigeante de la Cour de justice. Même quand elle sera débarrassée de la contrainte graphique en 2015 (15), l'exigence de représentation semble rester en mesure de faire office de repoussoir pour la marque olfactive.

9. Pour résumer les choses, on pourrait dire qu'au départ, le signe olfactif ne se heurte pas frontalement à un motif d'incompatibilité congénitale avec le statut de marque. En revanche, il va se heurter à un obstacle qui est formel en apparence (l'exigence de représentation), mais qui en réalité est assez puissant pour le refouler hors de la zone de protection des marques. La question de savoir si cet obstacle est définitivement insurmontable sera examinée par la suite. À ce stade, il importe prioritairement d'en comprendre l'origine et les raisons. Dans ce but, il s'impose d'examiner l'arrêt *Sieckmann* (16).

10. Cette décision de la Cour est en effet une décision pivot, en ce sens qu'on peut considérer qu'il y a un avant et un après *Sieckmann*, la période postérieure étant synonyme du refoulement de la marque olfactive alors que la période antérieure était celle où la marque olfactive pouvait encore trouver grâce aux yeux des autorités sans rencontrer d'obstacle majeur.

Durant la période antérieure à l'arrêt *Sieckmann*, plusieurs décisions rendues par des autorités nationales d'enregistrement, notamment au Royaume-Uni et au Benelux, avaient en effet accepté de conférer à des odeurs la protection par le droit des marques. Au niveau de l'Union européenne, on épinglera également une décision dans le même sens à propos de

(11) Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Sieckmann*, C-273/00, par. 29.

(12) *Ibid.*, par. 29 et 30.

(13) Première directive 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

(14) Article 2 de la directive 89/104. La condition de représentation graphique sera supprimée dans la directive 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques. Toutefois cette suppression n'aura pas de conséquences sur les solutions discutées dans la présente contribution.

(15) Par la directive 2015/2436 mentionnée à la note précédente.

(16) C.J.C.E., 12 décembre 2002, *Sieckmann*, C-273/00.

l'enregistrement de «l'odeur d'herbe fraîchement coupée» appliquée à des balles de tennis(17).

Par contraste, durant la période postérieure à l'arrêt *Sieckmann*, la tendance est au rejet. Ainsi, au niveau de l'Union européenne, la protection a été refusée à «l'odeur de fraise mûre» destinée à distinguer des produits cosmétiques et des articles de maroquinerie, notamment(18). La motivation du refus puise abondamment dans l'arrêt *Sieckmann*. Par la suite, aucune décision n'est à relever qui démentirait la tendance au rejet.

C'est dire si l'arrêt *Sieckmann* se révèle décisif dans le mouvement général qui exclut les marques olfactives de l'ordre juridique de l'Union européenne.

11. L'affaire *Sieckmann* porte sur la demande d'enregistrement au titre de marque d'une odeur correspondant à un arôme balsamique fruité avec de légères notes de cannelle, pour des services de gestion d'affaires et de loisirs, notamment.

Appelé à se prononcer sur la validité de cette marque, le juge national de renvoi semble acquis à l'idée que celle-ci détient un caractère distinctif. Il observe à ce propos que d'un point de vue théorique, une odeur est susceptible de s'imposer dans le commerce comme moyen autonome d'identification d'une entreprise(19), et que l'odeur concernée en l'espèce serait propre à distinguer les services en cause(20).

En revanche, le juge national hésite sur la capacité de l'odeur à faire l'objet d'une représentation graphique. Or, relève-t-il, cette capacité est indispensable, de sorte qu'on ne peut se soustraire à sa vérification quand bien même il aurait été constaté que l'odeur serait dotée d'un caractère distinctif(21).

12. À l'origine des hésitations du juge national par rapport à la capacité de représentation graphique d'un signe olfactif, il y a le fait qu'un signe de ce type n'est pas un signe qui est perçu par l'œil.

Du fait qu'il n'est pas visuel, un signe olfactif ne peut faire l'objet d'une représentation graphique, serait-on enclin à admettre. Il est en effet difficilement concevable de représenter sous une forme visible une chose qui n'est pas visible dans la réalité (une odeur). En revanche, il pourrait être concevable de représenter sous une forme visible, non pas la chose elle-même (l'odeur) puisque ce n'est pas possible, mais une expression de la chose, telle qu'une description de l'odeur en langage commun, ou une identification de l'odeur en langage chimique via une formule. Il serait également possible de concevoir la représentation de la chose par d'autres moyens que ceux qui rendent la chose visible, par exemple, par l'entremise d'un échantillon qui incorpore la chose olfactive.

C'est dans ce contexte que le juge national propose une distinction entre la représentation directe du signe (difficilement concevable pour une odeur) et une représentation indirecte de celui-ci (qui, elle, est concevable pour une

(17) O.H.M.I., décision de la deuxième chambre de recours, du 11 février 1999, affaire R 156/1998-2, demande n° 428.870.

(18) T.P.I.C.E., 27 octobre 2005, *Eden c. OHMI*, T-305/04.

(19) Point 15 de l'arrêt *Sieckmann*.

(20) Point 16 de l'arrêt *Sieckmann*.

(21) Points 17 et 18 de l'arrêt *Sieckmann*.

odeur). La première question qu'il soumet à la Cour intègre cette distinction, mais de manière incidente. Son objet principal vise à déterminer avant tout si la notion de signes susceptibles de représentation graphique recouvre des signes tels que des odeurs et des bruits qui, en tant que tels, ne sont pas perceptibles à l'œil (22).

13. La deuxième question suppose une réponse positive à la première. Elle vise en substance à déterminer si la représentation d'une odeur satisfait aux critères d'exigence de représentation graphique lorsqu'elle prend une des formes suivantes : une formule chimique, une description (verbale de l'odeur), un dépôt (d'échantillon incorporant l'odeur), ou une combinaison des formes qui précèdent (23).

14. Les deux questions posées à la Cour portent en substance sur la possibilité d'intégrer dans le système des marques des signes qui ne sont pas susceptibles d'être perçus par la vue.

La réponse qui sera fournie par la Cour indique que par rapport à des signes de ce type, elle oscille entre deux attitudes contradictoires : l'ouverture et le rejet. L'ouverture domine le principe théorique qu'elle adopte au départ, tandis que le rejet influence la mise en œuvre du principe, qu'elle développe dans un deuxième temps.

Il résulte de l'arrêt une solution qui présente les apparences d'un compromis, mais qui ne résout pas le problème, car en définitive, il reste pratiquement infaisable de désigner les situations concrètes où le signe non visuel serait admissible. Pour le dire autrement, la configuration qui est fournie par la Cour semble débiter comme une ouverture aux marques non visuelles et se terminer en impasse pour celles-ci.

Voyons cela de plus près et d'une manière critique.

15. Au départ, la Cour reconnaît que la directive n'exclut pas les signes qui ne sont pas susceptibles d'être perçus visuellement (24). Certes ces signes ne sont pas mentionnés dans la liste officielle — celle des signes éligibles qui figure dans la directive — mais cette liste, remarque la Cour, n'est pas exhaustive.

La Cour aurait pu ajouter que l'ouverture aux signes non visualisables s'impose d'autant plus que la directive admet « tous » les signes, sans poser d'exclusive. Elle ne le fait pas. Elle aurait pu également observer que parmi les signes non visualisables, les signes olfactifs possèdent une aptitude particulière à distinguer des produits ou des services. Elle ne le fait pas non plus. Dès ce moment, la Cour trahit une certaine tiédeur dans l'accueil des signes non visualisables.

16. La suite du cheminement de la Cour est nettement moins favorable aux signes non visualisables. D'abord, elle les soumet à des conditions rigoureuses de représentation. Ensuite, elle rejette les seules modalités de représentation qui lui paraissent praticables.

(22) Point 19 de l'arrêt *Sieckmann*.

(23) Point 19 de l'arrêt *Sieckmann*.

(24) Point 44 de l'arrêt *Sieckmann*.

17. S'agissant des conditions rigoureuses de représentation, la Cour formule pas moins de sept conditions qui devront être respectées pour que la représentation du signe soit considérée comme acceptable, et que le signe soit donc admis. La représentation (graphique) doit être « claire », « précise », « complète par elle-même », « facilement accessible », « intelligible », « durable » et « objective » (25). On est frappé par l'accumulation de ces conditions, ainsi que par la proximité qui existe entre certaines d'entre elles (26). Il en résulte l'impression que la Cour s'est employée à détailler délibérément des exigences qui pouvaient constituer autant d'obstacles. L'aspect laborieux et intentionnel de son intervention en ce sens s'accroît encore quand on relève la manière dont elle s'applique pour justifier un à un chacun des sept critères de qualité qu'elle impose (27).

18. Avant d'examiner chacun des sept critères, il s'impose de porter un regard d'ensemble sur ceux-ci, et de se demander de manière globale comment la Cour parvient à introduire de la sorte des exigences de qualité (portant sur la représentation de la marque) qui ne figurent pas dans la directive. L'explication fournie par la Cour s'appuie sur le mécanisme d'enregistrement de la marque (28). On connaît le rôle essentiel de ce mécanisme pour l'acquisition de la marque. La Cour l'exploite cette fois dans un nouveau contexte, dans le but de justifier ses exigences particulières à l'égard des marques non visualisables en général, et des marques olfactives en particulier. À cette occasion, elle étendra même ces exigences au-delà de ces catégories-ci, pour les appliquer à toutes les catégories particulières, y compris les marques visualisables, bien que moins conventionnelles, telles que les couleurs ou les marques de positionnement. Il importe donc d'étudier d'abord la manière dont la Cour analyse l'enregistrement de la marque en tant que tel, et ensuite, les conséquences qu'elle en déduit pour justifier les sept critères de qualité qu'elle estime pouvoir imposer à la représentation graphique de la marque.

19. À propos de l'enregistrement, voici comment la Cour présente sa position. Il est important de s'y attarder car l'enregistrement constitue la notion clé qui va servir de socle pour justifier les sept critères.

Le système d'enregistrement des marques, observe la Cour, constitue un élément essentiel de la protection de celles-ci, qui contribue à la sécurité juridique et à la bonne administration (29). Certes, l'usage de la marque est important mais, insiste-t-elle, c'est l'enregistrement qui détermine l'application de la directive sur les marques (30) et c'est lui qui permet d'acquérir le droit à la marque communautaire (31). C'est lui également qui définit la portée exacte du droit exclusif attaché à la marque. Pour reprendre les mots précis de la Cour, car ils sont soigneusement choisis et ils pèsent lourd, « la portée exacte d[u] droit [exclusif] est garantie par l'enregistrement lui-même ». Les termes « garantie » et « lui-même » ne laissent aucun doute sur le rôle capital

(25) Point 55 de l'arrêt *Sieckmann*.

(26) La distance n'est pas grande entre « claire », « précise » et « intelligible ».

(27) Points 50 à 54 de l'arrêt *Sieckmann*.

(28) Point 37 de l'arrêt *Sieckmann*.

(29) *Ibid.*

(30) Point 38 de l'arrêt *Sieckmann*.

(31) *Ibid.*

que l'enregistrement joue aux yeux de la Cour dans la définition du droit à la marque.

20. C'est parce que l'enregistrement est capital que la définition de son objet et de ses finalités sera au centre de toutes les attentions. Sur le plan des finalités, il s'agit d'abord de fournir aux autorités qui procèdent à l'enregistrement les meilleures informations sur le signe qui est candidat à l'enregistrement. Il s'agit ensuite de fournir aux concurrents du demandeur de l'enregistrement les meilleures informations sur la portée du droit exclusif attaché au signe.

Chacun des sept critères auxquels doit répondre la représentation est justifié par la Cour au regard de ces deux objectifs.

Les critères de « clarté » et de « précision » sont nécessaires pour permettre aux autorités de connaître la nature du signe dans le but de procéder à l'enregistrement et de procéder à la publication et au maintien d'un registre approprié et précis des marques (32). Ces mêmes critères doivent, en outre, permettre aux opérateurs concurrents de bénéficier d'informations pertinentes concernant les droits des tiers — c'est-à-dire des titulaires des enregistrements (33).

De plus, il est important que la représentation graphique du signe soit « complète par elle-même », « intelligible » et « facilement accessible » pour aider les utilisateurs du registre de publication des enregistrements de marques à s'assurer de la nature du signe (34).

Par ailleurs, il convient d'exiger que la représentation graphique du signe soit « durable » car, d'une part, la durée de protection de la marque peut être longue, et, d'autre part, le signe doit faire l'objet d'une perception constante et sûre qui garantisse la fonction d'origine de la marque (35).

Enfin, il est nécessaire que la représentation graphique de la marque soit « objective » dans le but d'écarter tout élément de subjectivité dans le processus d'identification et la perception du signe (36).

21. Permettons-nous à ce stade un premier regard critique. On comprend bien l'objectif général poursuivi par la Cour. Il s'agit, d'une part, d'optimiser les conditions et la qualité du travail des autorités d'enregistrement, et d'autre part, d'assurer la sécurité juridique, au bénéfice des opérateurs concurrents, et plus largement des utilisateurs du registre de publication. Il est certain à cet égard que l'exigence de précision peut s'avérer déterminante.

On pourrait toutefois se demander si en ajoutant au critère de précision, la Cour ne multiplie pas exagérément les critères, voire recourt à des critères partiellement redondants. Ainsi, la notion de précision semble *a priori* suffisamment englobante pour inclure celle de clarté, sinon celle d'intelligibilité. À l'analyse, on pense cependant comprendre que chacune de ces notions possède une véritable raison d'être. Les quasi-synonymes au départ semblent se révéler ne pas en être. Ainsi, la « précision » de la représentation ne

(32) Point 50 de l'arrêt *Sieckmann*.

(33) Point 51 de l'arrêt *Sieckmann*.

(34) Point 52 de l'arrêt *Sieckmann*.

(35) Point 53 de l'arrêt *Sieckmann*.

(36) Point 54 de l'arrêt *Sieckmann*.

se confond pas avec son «intelligibilité». Considérons à ce propos la formule chimique destinée à représenter l'odeur. Une telle formule revêt l'avantage de la précision. En revanche, elle présente l'inconvénient de l'inintelligibilité pour le profane, d'où la double exigence de précision et d'intelligibilité. C'est en cela, néanmoins, que l'accumulation des exigences se révèle redoutable: elle débouche sur des exigences contradictoires, au point qu'on finit par douter de la possibilité réelle pour une marque olfactive de relever avec succès le défi des sept critères.

Un autre type de réserve vient à l'esprit qui, cette fois, vise en particulier le critère de «durabilité» de la représentation graphique. Les justifications fournies par la Cour ne sont pas totalement convaincantes à ce propos. Certes, la durée de vie d'une marque peut être longue⁽³⁷⁾. Néanmoins, on peine à en déduire que la représentation graphique du signe devrait, pour ce motif, veiller à sa propre durabilité. Ce n'est pas au niveau de la représentation que la durabilité paraît problématique. Ainsi, dans le cas d'une marque de couleur, la représentation graphique de la marque dans le registre ne semble pas sujette à une altération due au temps, lorsqu'elle comporte une indication du code couleur⁽³⁸⁾. En revanche, il est vrai que dans le cas particulier d'une odeur — et peut-être est-ce là le vrai souci de la Cour — le signe lui-même (mais non sa représentation graphique) peut être exposé à une altération liée à l'écoulement du temps. Une odeur peut en effet se modifier voire s'évaporer avec le temps. Toutefois, cette observation n'a pas pour effet que la représentation graphique du signe subirait le même type de phénomène. Quant au souci de la Cour d'assurer que le signe fasse l'objet d'une perception constante et sûre, il suscite le même type de réflexion critique. Il se peut que certains signes en particulier, tels qu'une odeur, ne fassent pas l'objet d'une perception constante et sûre, mais cela n'affecte pas la durabilité de leur représentation graphique. Ainsi, dans l'hypothèse où la représentation graphique d'une odeur sous la forme d'une formule chimique ou d'un descriptif détaillé serait acceptable, sa durabilité ne souffrira pas de l'instabilité ni du caractère éphémère de l'odeur elle-même.

22. Au-delà des réflexions critiques concernant certains critères spécifiques, on peut également se demander si la Cour ne surestime pas la sécurité juridique qu'elle souhaite attribuer à une représentation graphique qui remplirait les sept critères. Prenons l'exemple de la représentation graphique d'un signe figuratif qui se constitue d'un dessin stylisé. *A priori*, cette représentation devrait, sans trop de difficultés, satisfaire aux sept critères dès lors que le signe qui en fait l'objet est déjà en lui-même perceptible visuellement. Pour autant, cela ne garantit pas que les opérateurs économiques bénéficient, de ce fait, d'informations suffisantes concernant le droit exclusif du titulaire. Une représentation graphique, quand bien même serait-elle irréprochable au regard des sept critères, ne fournit en réalité pas d'information réellement satisfaisante sur l'étendue de la protection du signe qui en fait l'objet. Ce n'est en effet pas à partir d'une représentation graphique quasi irréprochable que l'opérateur concurrent est en mesure de déterminer un risque de confusion,

(37) Point 53 de l'arrêt *Sieckmann*.

(38) C.J.C.E., 6 mai 2003, *Libertel*, C-104/01, points 37 et 38.



avec clarté et précision. Tout au plus, peut-il correctement identifier l'objet du droit, mais pas sa portée exacte.

23. Les réflexions critiques qui précèdent jettent le trouble car elles trahissent déjà un déficit potentiel de bienveillance de la part de la Cour à l'égard de la marque olfactive. La suite de l'arrêt ne fait que renforcer ce sentiment.

Il est clair que le test des 7 critères est particulièrement stigmatisant pour la marque olfactive. Certaines justifications, plus que d'autres, laissent apercevoir que la marque olfactive est dans le viseur. Ainsi quand la Cour évoque le souci d'écarter « tout élément de subjectivité » dans la perception du signe. Il en va de même quand la Cour mentionne son souci d'assurer une perception constante et sûre de la perception du signe. Dans les deux cas, la marque olfactive, plus que les signes d'une autre nature, accuse d'incontestables faiblesses.

À cela s'ajoute que les pistes proposées à la Cour pour surmonter ces faiblesses ne trouvent auprès de celle-ci aucun accueil favorable. Ni le texte descriptif de l'odeur, ni la formule chimique qui y correspond, ni le dépôt d'un échantillon ne sont déclarés acceptables. Or, il s'agissait là des moyens qui, à l'époque(39), paraissaient les plus concevables pour assurer une représentation (graphique) susceptible de réussir le test. En les rejetant, la Cour rétrécit singulièrement le champ des perspectives. Certes, il existe sans doute encore d'autres pistes à explorer, telle que celle d'une classification internationale des odeurs, qui sera évoquée par le Tribunal de l'Union dans une décision ultérieure, mais dont celui-ci constatera qu'elle est encore inexistante au moment où il statue(40). La Cour elle-même n'offre aucune perspective sur des pistes alternatives ; elle ne mentionne même pas l'hypothèse d'une évolution qui permettrait d'entrevoir, à terme, de nouveaux moyens techniques d'identification, grâce au développement scientifique(41).

24. Dans ces conditions, puisque le rejet des représentations graphiques proposées par le juge de renvoi semble fatal, il est intéressant d'en examiner plus en détail les raisons.

La modalité *a priori* la moins acceptable à l'époque de l'affaire *Sieckmann* était probablement le dépôt d'un échantillon de l'odeur. Cette modalité-ci se heurtait d'emblée à l'exigence du caractère graphique de la représentation, telle qu'elle figurait dans la directive(42), ce que la Cour relève. La Cour va néanmoins plus loin, comme si elle avait voulu anticiper la possibilité d'une suppression du caractère graphique de la représentation(43). Pour la Cour, un échantillon d'une odeur n'est pas suffisamment stable ou durable(44). Cette position paraît sévère. La faiblesse sur le plan de la durabilité paraît en effet pouvoir être surmontée, par exemple au moyen d'une optimisation des conditions de conservation des échantillons. Cette solution pourrait peut-être

(39) L'arrêt *Sieckmann* est rendu le 12 décembre 2002.

(40) T.P.I.C.E., 27 octobre 2005, *Eden*, T-305/04, point 34.

(41) Dans l'arrêt *Levola*, la Cour évoquera cette hypothèse, ainsi qu'on le verra.

(42) Article 2 de la directive 89/104.

(43) Celle-ci interviendra dans la directive 2015/2436.

(44) Point 71 de l'arrêt *Sieckmann*.

aussi résoudre la problématique de l'instabilité telle qu'elle est mentionnée dans l'arrêt — s'il faut entendre par là le fait qu'une odeur peut s'altérer selon les conditions physiques dans lesquelles elle agit et qui par hypothèse peuvent varier.

La deuxième modalité proposée consiste à procéder à une description verbale de l'odeur. La Cour reproche à ce moyen de ne pas fournir une représentation « claire », « précise » et « objective » (45). *A priori*, le reproche est raisonnable. Toutefois, à la réflexion, il trahit une intransigeance excessive. Il n'est en effet pas inconcevable qu'une odeur puisse donner lieu à une description qui échappe à l'accusation de déficience émise par la Cour. On peut évoquer à ce propos la description d'un célèbre parfum rédigée sous le contrôle de la collectivité des internautes au sein d'une encyclopédie en ligne (46). On y retrouve un inventaire clair et précis des composantes de l'odeur, à savoir les notes de tête, notes de cœur et notes de fond, avec pour chacune de ces catégories une mineure et une majeure parmi lesquelles on distingue le jasmin, le muguet, la vanille, le cèdre, notamment. En outre, le fait même que cette description implique la collectivité des internautes — et donc une forme de consensus au sein des subjectivités individuelles — révèle une dimension objective (ou, à tout le moins, non radicalement subjective).

Le troisième moyen soumis à la Cour pour assurer une représentation graphique réside dans la formule chimique qui correspond à l'odeur. La Cour rejette ce moyen, au motif, d'abord, qu'une telle formule est « insuffisamment intelligible », car peu de personnes y reconnaîtraient l'odeur en question (47). Cette considération soulève la question de savoir à qui s'adresse la représentation graphique de la marque. Les deux premiers cercles concernés sont, d'une part, les autorités chargées d'enregistrer la marque (48) et, d'autre part, les opérateurs économiques concurrents (49). Or, il ne semble pas que, de leur point de vue, une formule chimique constitue un obstacle majeur à l'intelligibilité. En revanche, il est loin d'être exclu, en effet, que l'intelligibilité de la formule chimique soit problématique pour le troisième cercle à considérer selon la Cour, à savoir les utilisateurs du registre de publication de la marque. À vrai dire, ce cercle est à ce point peu défini qu'il semble s'étendre au grand public (50), avec pour conséquence que du point de vue d'un cercle aussi large, la formule chimique est peu compréhensible. Il est cependant contestable que vis-à-vis de l'intelligibilité du signe, le grand public ait un intérêt égal à celui des autorités d'enregistrement et des opérateurs concurrents. Au demeurant, on peut mentionner des exemples de représentations graphiques admises par la Cour, dont on peut douter qu'elles soient intelligibles du grand public de la même manière qu'elles le sont des autorités et des concurrents. Tel est notamment le cas pour les désignations de couleurs au moyen de codes d'identification internationalement reconnus (51).

(45) Point 70 de l'arrêt *Sieckmann*.

(46) [https://fr.wikipedia.org/wiki/No_5_\(parfum\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/No_5_(parfum)).

(47) Point 69 de l'arrêt *Sieckmann*.

(48) Point 50 de l'arrêt *Sieckmann*.

(49) Point 51 de l'arrêt *Sieckmann*.

(50) Au point 49 de l'arrêt *Sieckmann*, la Cour vise d'ailleurs le public en général.

(51) Voyez C.J.C.E., 6 mai 2003, *Libertel*, C-104/01, points 37 et 68.

La deuxième objection avancée par la Cour à l'encontre de la formule chimique est que la formule chimique ne représente pas l'odeur d'une substance mais la substance en tant que telle, et qu'en outre, elle n'est pas non plus suffisamment claire et précise(52). Ce motif suscite une perplexité sur le plan des principes. Il apparaît en effet que contrairement à ce que suggère la Cour, c'est bien le stimulus olfactif, et non sa perception par l'individu, qui semble devoir faire l'objet de la représentation graphique. Par ailleurs, on n'aperçoit pas les raisons qui conduisent la Cour à affirmer que la formule chimique accuse des insuffisances sur le plan de la clarté et de la précision.

25. Il résulte de l'analyse qui précède que l'arrêt *Sieckmann* souffle le chaud et le froid par rapport à l'admissibilité du signe olfactif en tant que marque. Dans un premier temps, la décision prône l'ouverture. Il ne s'agit toutefois que d'une posture théorique. Dans un deuxième temps, en effet, la Cour soumet le signe olfactif à des exigences multiples qui, dans les faits, semblent mener le signe olfactif vers une impasse. On en conclut que si le signe olfactif ne se heurte pas à une exclusion frontale, il subit à tout le moins un refoulement indirect.

26. Le refoulement de la marque olfactive par le droit de l'Union européenne n'est pas universellement partagé, en tout cas dans la radicalité de ses effets. Ainsi, certains signaux récents, au Canada et aux États-Unis, pourraient révéler une plus grande ouverture aux marques olfactives. Il apparaît en effet que dans ces États les autorités d'enregistrement sont disposées à ne pas éliminer d'entrée de jeu les marques olfactives pour des motifs liés à des exigences de représentation.

Il s'agit de se montrer prudent, car ces signaux sont récents, et il n'est pas exclu que la tendance qu'ils semblent amorcer s'infléchisse. Cela étant, ils méritent de retenir l'attention car, comme on le verra, il est défendable de soutenir à leur propos qu'ils ne froissent pas le principe de sécurité juridique.

27. Au Canada, l'autorité d'enregistrement semble avoir amorcé une ouverture de principe aux marques olfactives, à partir de 2019, après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marques(53). Il s'agissait cependant pour elle de rester dans le cadre du (nouveau) prescrit légal. La loi exige une définition claire de la marque(54). À partir de là, l'autorité d'enregistrement a émis des lignes de conduite qui invitent les candidats à la protection à fournir une description claire et concise(55). Il semble toutefois que cette description puisse être large — ce qui s'explique probablement par le fait que le mot «claire» est tempéré par le mot «concise». À titre d'exemple, l'autorité indique en effet qu'elle considère comme acceptable la description suivante : «la marque consiste en une odeur de fraises»(56).

(52) Point 69 de l'arrêt *Sieckmann*.

(53) Date d'entrée en vigueur : le 17 juin 2019.

(54) Alinéa 30 (c) (2) de la loi canadienne sur les marques.

(55) Voyez les lignes de conduite de l'autorité d'enregistrement : <https://manuels-manuals.opic-cipo.gc.ca>.

(56) *Ibid.*

En 2020, la société *Crayola* a déposé une demande pour la senteur d'un crayon décrite en ces termes (57) : « Un parfum unique d'une odeur piquante et aldéhydrique combinée à la faible odeur d'une cire d'hydrocarbure et d'une argile terreuse » (58). Cette description ne paraît pas s'écarter du prescrit légal ni des recommandations de l'autorité. Il convient cependant de souligner que les observateurs se montrent fort prudents (59) et qu'ils restent dans l'attente de possibles clarifications de la part de l'autorité d'enregistrement.

28. Aux États-Unis, l'autorité d'enregistrement énonce deux exigences. Il faut une description de l'odeur (ou du goût) et, en outre, le demandeur doit soumettre un échantillon correspondant à la description (60). S'agissant de la description, celle-ci doit être détaillée. En revanche, il ne faut pas de représentation visuelle de la marque dès lors que celle-ci est non visuelle (61). Sur un autre plan, à savoir celui de la preuve, le demandeur se voit imposer des exigences élevées, en ce sens que le demandeur est tenu d'établir que le signe remplit effectivement une fonction d'indication de provenance (62). Schématiquement, on peut dire qu'aux États-Unis, le signe olfactif ne se voit reconnaître un caractère distinctif que par l'acquisition qui en a été faite grâce à l'usage qui en a été effectué. Certes, l'enregistrement est déterminant en tant que générateur du droit mais il s'appuie sur un usage nécessaire. C'est dans ce contexte qu'en 2018 l'autorité d'enregistrement a admis l'enregistrement de l'odeur célèbre utilisée depuis 1956 par l'entreprise de jouets *Hasbro* pour distinguer son produit vedette de pâte à modeler, commercialisé sous le nom *Play-Doh* (63).

Le précédent *Play-Doh* ouvre la voie à des réflexions complémentaires qui peuvent se révéler utiles pour la solution européenne. Comme on l'a relevé, dans l'Union européenne, le souci exprimé par la Cour de justice est de garantir une information claire et précise en faveur des autorités d'enregistrement et du public. Vu sous cet angle, le cas d'une marque (olfactive) qui est déjà connue du public est particulier. Par définition, le public est déjà grandement familiarisé avec cette marque, en ce sens que dans les faits, il la perçoit déjà (avant son enregistrement) comme un indicateur de provenance qui est univoque. Dans un contexte de ce type, l'information du public étant déjà intégrée par lui, il n'est plus nécessaire de la constituer au moment de l'enregistrement. Une description suffit à désigner le signe, qui est par ailleurs parfaitement connu du public.

(57) Nous proposons une traduction libre du texte anglais, langue originale. Le texte de la description, en langue anglaise, s'énonce comme ceci : « *A unique scent of a pungent, aldehydic fragrance combined with the faint scent of a hydrocarbon wax and an earthy clay* ».

(58) Pour consulter la demande d'enregistrement : <https://www.ic.gc.ca/app/opic-cipo/trdmrks/srch/>.

(59) Les informations disponibles au moment de la rédaction de la présente contribution signalent que la demande est toujours pendante.

(60) Voyez le manuel pratique de l'examineur, par. 904.03.m. Accessible via le lien : <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP>.

(61) Voyez le manuel pratique de l'examineur, par. 807.09.

(62) Voyez le manuel pratique de l'utilisateur, par. 1209.13.

(63) Voyez le communiqué de presse de la société Hasbro : <https://newsroom.hasbro.com/news-releases/news-release-details/hasbro-trademarks-favorite-smell-childhood-play-doh-scent>.

À cette occasion, on peut se demander si l'Union européenne ne devrait pas tirer des enseignements de la solution américaine. Celle-ci n'est en effet nullement incompatible avec la nature fondamentale de la marque telle qu'elle est conçue dans l'Union — au contraire, serait-on tenté de dire. En matière de couleurs, par exemple, il est le plus souvent décisif que la marque ait acquis un caractère distinctif avant la demande d'enregistrement, ainsi que le démontre l'arrêt *Libertel* (64). On n'aperçoit pas pourquoi il devrait en aller autrement dans cet autre domaine des marques non conventionnelles que constitue le domaine des odeurs. En conséquence, dans une configuration de cet ordre, où le public est familiarisé avec la marque avant son enregistrement, l'information du public est déjà parfaite dans son chef, sans qu'elle ne doive être constituée au moment de son enregistrement. Évidemment, cela signifie qu'*a priori*, l'ouverture aux marques olfactives ne sort des effets utiles que dans les cas où il s'agit d'odeurs connues, qui sont parvenues à s'imposer par l'usage. Toutefois, ce n'est pas la première fois que le droit de l'Union réserve un traitement particulier à certaines catégories de marques en fonction de la perception qu'en a le public. Il en va de même pour les couleurs, déjà mentionnées, mais également pour les slogans voire pour les formes.

29. Les appels à l'ouverture aux marques olfactives ne résistent cependant pas au constat que l'arrêt *Sieckmann*, favorable au rejet, s'est solidement installé dans le paysage du droit des marques de l'Union.

Cette décision a lourdement influencé la suite de la production jurisprudentielle de la Cour, en particulier sur le terrain des marques dites « non conventionnelles », à commencer par l'arrêt *Libertel* (2003), dans le domaine des couleurs (65). Dans le domaine des marques sonores, c'est elle aussi qui guidera la Cour pour traiter l'affaire *Shield Mark* (2003) (66). À chaque fois, au fil de ses décisions, la Cour rappelle ses exigences *Sieckmann* concernant la représentation de la marque, en particulier la clarté et la précision.

Quand, en 2015, le législateur européen décide d'alléger l'exigence de représentation graphique (67), en la délestant de son caractère graphique pour ne retenir que le principe de la représentation, l'arrêt *Sieckmann* fait bien mieux que se défendre. Le nouveau texte reprend en effet expressément les exigences de précision et clarté (68). On retrouve même l'ensemble des sept critères de *Sieckmann* dans les considérants (69). Quant à l'autorité d'enregistrement de l'Union, elle se range totalement aux enseignements de *Sieckmann*. Le guide pratique qu'elle propose au public se réfère explicitement à l'arrêt et déclare inacceptables les marques olfactives — du moins pour le moment, précise le guide (70).

(64) Voyez C.J.C.E., 5 mai 2003, *Libertel*, C-104/01, points 66 et 67.

(65) C.J.C.E., 6 mai 2003, *Libertel*, C-104/01.

(66) C.J.C.E., 27 novembre 2003, *Shield Mark*, C-283/01, point 55.

(67) La directive 2015/2436.

(68) Article 3, litt. b, de la directive 2015/2436.

(69) Voyez le considérant 13 de la directive 2015/2436.

(70) Voyez les commentaires au point 9.3.11.2 du guide de l'EUIPO, disponible à l'adresse suivante: <https://guidelines.euipo.europa.eu>.

On en déduit que l'arrêt *Sieckmann* pèse de tout son poids à tous les niveaux de pouvoirs, dès lors qu'il réussit à imposer ses vues tant au législateur qu'à l'autorité d'enregistrement.

30. Avec le recul, on peut donc estimer, sans forcer le trait, qu'en définitive, l'arrêt *Sieckmann* aura davantage contribué à fermer la porte aux marques olfactives, qu'à la leur ouvrir.

Certes, cet arrêt n'inflige pas un rejet frontal à l'olfactif. Toutefois, il lui fait subir ce qu'on pourrait appeler un refoulement indirect, ce qui est plus honorable sur le plan des apparences, mais pas moins préjudiciable sur le fond.

Plus encore, les effets de *Sieckmann* vont s'étendre au-delà du droit des marques, à savoir dans la sphère du droit d'auteur, ainsi que nous allons le commenter à présent : cet arrêt va en effet provoquer un véritable rejet, cette fois à l'encontre du gustatif dans l'affaire *Levola*.

II. — LE REJET FRONTAL DU GUSTATIF EN DROIT D'AUTEUR

31. Dans l'affaire *Levola*, la question principale est de savoir si la saveur d'un produit alimentaire constitue une œuvre susceptible d'être protégée par le droit d'auteur.

Trois objections se profilaient pour empêcher la saveur de décrocher le titre d'œuvre : le caractère insaisissable de la saveur, son absence sur la liste des œuvres reconnues par la Convention de Berne et son incompatibilité avec les droits exclusifs accordés à l'auteur. L'avocat général avait développé les deux premières objections. La Cour ne retiendra finalement que la première. On examinera les raisons qui ont amené la Cour à ne pas retenir les deux dernières (71). Cependant, ce sont ses développements consacrés à la première objection qui doivent retenir par priorité l'attention, car ce sont eux qui fixeront les contours d'un droit d'auteur européen encore en cours de construction. Dans la présente section, nous nous limiterons à présenter l'arrêt, en suivant l'ordre de son raisonnement et en y ajoutant quelques réflexions critiques. Dans les autres sections, nous étendrons nos commentaires à des réflexions plus générales.

32. La saveur dont il était question dans le litige portait sur un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes. On n'en sait en définitive pas davantage : aucune recette ne figure dans l'arrêt, ni même quelques mots supplémentaires qui fourniraient plus d'indications sur la composition qui la caractériserait.

C'est pourtant elle qui est au centre du procès, lequel avait été intenté aux Pays-Bas à l'encontre d'un contrefacteur présumé. Celui-ci se voyait reprocher de commercialiser un produit dont la saveur porterait atteinte au droit d'auteur prétendument détenu sur la saveur du fromage à tartiner initial.

Le litige reposait donc sur la prémisse que la saveur en cause constituait une œuvre protégée par le droit d'auteur. C'est précisément cette prémisse qui conduira le juge national néerlandais à interroger la Cour de justice.

(71) Ces deux dernières objections seront approfondies dans les sections (V) et (VII), *infra*.

33. La démarche de la question préjudicielle ne peut utilement déboucher sur un arrêt que si la question porte sur une notion qui appartient à l'ordre juridique du droit de l'Union européenne. Ce n'est qu'à cette condition que la Cour de justice peut intervenir, dans le but de clarifier la notion. S'agissant de la notion d'œuvre, tel est bien le cas, ainsi que le décide d'emblée la Cour.

La notion d'œuvre est en effet une notion qui figure dans un texte appartenant au droit dérivé de l'Union européenne, à savoir la directive 2001/29. En outre, cette directive ne comporte aucun renvoi vers le droit national qui délaisserait à celui-ci la charge de définir la notion d'œuvre. Il en résulte que celle-ci doit être considérée comme une notion autonome et que, dès lors, il appartient à la Cour de justice de l'interpréter d'une manière uniforme (72).

Dans la construction du droit de l'Union, le concept de notion autonome et uniforme est un concept clé (73), car il donne à la Cour de justice le pouvoir et la mission exclusive de remplir sa mission interprétative. En reconnaissant à la notion d'œuvre le statut de notion autonome et uniforme, la Cour fait d'une pierre deux coups. Elle se donne les moyens de prendre l'initiative dans l'édification d'un droit d'auteur à l'échelle de l'Union et, en outre, elle empêche les États membres de prendre une direction divergente sur ce terrain.

Certes, en 2009, à l'occasion de l'affaire *Infopaq*, la Cour avait déjà recouru à la qualification de notion autonome et uniforme dans un arrêt qui a apporté un premier éclairage sur la notion d'œuvre (74). Cependant, à l'époque, ce n'était pas la notion d'œuvre qui se trouvait directement au centre des débats, mais la notion de « reproduction en partie » (75). Cette fois, dans *Levola*, c'est bien « l'œuvre » elle-même qui, dès le départ, s'annonce comme la notion vedette.

34. Une fois confirmée dans son statut de notion autonome et uniforme, l'œuvre devient une notion que la Cour de justice peut préciser sur le mode de l'indépendance et de la prééminence par rapport aux droits nationaux des États membres.

Dans l'affaire *Levola*, cette prééminence de la Cour de justice prend une allure singulière, qui dépasse la primauté qui lui est reconnue de façon routinière. Il y avait en effet en toile de fond de ce litige une divergence importante entre les juridictions suprêmes de deux États membres — la France et les Pays-Bas — concernant une problématique qui pouvait avoir une incidence déterminante sur la solution. Il s'agissait plus précisément d'une divergence sur la question de savoir si une odeur était susceptible de constituer une œuvre protégeable par le droit d'auteur, la Cour suprême néerlandaise répondant par l'affirmative alors que la Cour suprême française répondait par la négative (76). Il était donc important que la Cour de justice puisse se prononcer pour apporter de la cohérence.

(72) Point 33 de l'arrêt *Levola*.

(73) Voy. à cet égard, F. GOTZEN, « Les “notions autonomes” dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au droit d'auteur », *R.I.D.A.*, 2020, pp. 77-92.

(74) C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08.

(75) Point 27 de l'arrêt *Infopaq*.

(76) Points 22 et 24 de l'arrêt *Levola*.

35. La voie étant ainsi libérée pour son intervention, la Cour de justice peut entamer son travail dans le but d'interpréter la notion d'œuvre.

Le mot «interpréter» ne doit pas donner lieu à une sous-estimation du travail de la Cour, particulièrement dans le contexte de l'arrêt *Levola*. Dans ce cas, comme de plus en plus souvent, l'interprétation de la notion débouchera sur une application de la notion interprétée au cas particulier concerné par le litige (en l'occurrence, la saveur d'un produit alimentaire). Cela peut se justifier. Si la Cour doit trancher la question de savoir si une saveur d'un produit alimentaire peut constituer une œuvre, la Cour doit interpréter la notion d'œuvre, bien sûr, mais elle doit le faire d'une manière utile. Cela signifie que l'interprétation par la Cour doit être telle qu'elle permet de conclure à l'admission ou au rejet de la qualification d'œuvre dans le cas particulier de la saveur d'un produit alimentaire. En l'occurrence, la Cour ne s'embarrassera guère de précautions : elle conclura sans détour au rejet de la saveur en tant qu'œuvre.

En ce sens, la portée de l'intervention de la Cour est à la fois générale et particulière. Elle est générale au sens où son interprétation de l'œuvre peut être étendue à d'autres cas que celui d'une saveur d'un produit alimentaire. En même temps, elle est particulière au sens où elle tranche la problématique de la saveur. À cet égard, elle confirme une tendance croissante de la part de la Cour à appliquer le droit dans des cas spécifiques, dépassant ainsi les limites de la mission explicative qu'on lui attribue dans une vision traditionnelle(77). Ce n'est en tout cas certainement pas la première fois que la Cour applique l'enseignement de l'interprétation à un cas d'espèce, après l'avoir interprété en réponse à la question qui lui était posée(78).

Dans le droit fil de ce qui précède, le raisonnement de la Cour dans *Levola* suit un schéma en deux étapes, qui coïncident avec les deux questions posées par le juge de renvoi. Dans un premier temps, la Cour définit la notion d'œuvre en général. Elle conclut, en substance, que l'œuvre correspond à un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. Dans un deuxième temps, elle applique cette notion au cas particulier de la saveur d'un produit alimentaire. Elle conclut qu'une saveur ne constitue pas une œuvre, à défaut de satisfaire aux exigences de précision et d'objectivité suffisantes.

L'analyse qui suit reprend ces deux étapes, dans l'ordre.

36. Pour clarifier la notion d'œuvre, tout d'abord, la Cour commence par s'appuyer sur sa propre jurisprudence dans le but de récapituler les enseignements déjà acquis en droit de l'Union à propos de la notion d'œuvre.

Résumant la substance de ces acquis, la Cour énonce que «pour qu'un objet puisse revêtir la qualification d'"œuvre" [...] il importe que soient réunies deux conditions cumulatives»(79).

(77) Voyez à ce sujet, J. CABAY et F. GOTZEN, «Une saveur n'est pas une œuvre. Cette notion vaut bien un fromage, sans doute», *R.D.C.*, 2019, pp. 793 et s., spéc. p. 806, par. 30.

(78) Voyez, par exemple, l'arrêt *SCF c. Del Corso*, où la Cour, après avoir interprété la notion de communication au public, l'applique à un cas d'espèce très particulier : C.J.U.E., 15 mars 2012, *SCF c. Del Corso*, C-135/10.

(79) Point 35 de l'arrêt *Levola*.

La première condition est que l'objet concerné doit être original, «en ce sens qu'il constitue une création intellectuelle propre à son auteur»(80). La Cour cite à cet égard l'arrêt *Premier League*(81), y compris les références qui y sont visées — ce qui inclut, bien sûr, l'arrêt *Infopaq*, déjà mentionné(82). Cette condition est bien connue en droit d'auteur et elle ne pose donc pas de difficulté particulière.

La deuxième condition, dans la conception de la Cour, est que «la qualification d'«œuvre» [...] est réservée aux éléments qui sont l'expression d'une telle création intellectuelle»(83). À ce propos, la Cour renvoie, prioritairement, à l'arrêt *Infopaq*(84).

Dans ce dernier cas, on peine à apercevoir la «condition» annoncée par la Cour. En réalité, on serait enclin à voir dans son énoncé davantage un enseignement sur l'étendue de la protection, en ce sens que le droit d'auteur ne s'attache qu'aux seuls éléments qui au sein d'une œuvre sont originaux, plutôt qu'un enseignement sur une condition qui caractériserait toute œuvre.

En tout état de cause, quelles que soient les difficultés de compréhension en ce qui concerne la deuxième «condition», il est clair que les acquis de la jurisprudence de la Cour ne lui permettent pas de progresser dans la résolution de la problématique liée à la saveur. Il faudra pour cela que la Cour se tourne vers d'autres sources, à savoir les sources internationales du droit d'auteur.

37. Au plan international, on sait que la Convention de Berne(85) occupe une place prépondérante, et que par le passé la Cour l'a déjà sollicitée avec fruit pour élaborer ses solutions. Elle est citée à nouveau dans l'arrêt *Levola*, et même en premier ordre(86).

Cette fois encore la Convention de Berne va servir de point d'appui au raisonnement de la Cour, même si, pour cela, elle reçoit le renfort de l'Accord ADPIC(87) ainsi que du traité OMPI sur le droit d'auteur(88). Dans ces trois instruments, la Cour trouve le principe fondateur de la matière selon lequel le droit d'auteur protège une expression (originale) et non une idée(89). Ce principe est formulé de manière indirecte dans la Convention Berne, alors que dans les deux autres instruments, il est formulé de manière directe au sein d'une disposition expresse.

(80) Point 36 de l'arrêt *Levola*.

(81) C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Premier League*, C-428/09, point 97.

(82) L'arrêt *Infopaq* peut en effet être considéré comme fondateur.

(83) Point 37 de l'arrêt *Levola*.

(84) C.J.C.E., 16 juillet 2009, C-5/08, point 39.

(85) La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques : celle-ci fera l'objet de commentaires approfondis dans la section (IV), ci-après.

(86) Nous reviendrons en détail sur la Convention de Berne et sa portée au regard de la notion d'œuvre : voy. *infra*, section (V).

(87) L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, figurant à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994.

(88) Le Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur.

(89) Voyez le point 39 de l'arrêt *Levola*.

38. En rappelant la dichotomie idée-expression en droit d'auteur, la Cour s'avance en territoire (très) connu. En revanche, la Cour va surprendre en attribuant à ce principe familier une portée nouvelle, et peu convenue.

La Cour déduit de cette dichotomie 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 [...]»(90).

Le caractère abrupt de cette déduction de la Cour est troublant, au point qu'on peine à y voir une réelle déduction. Pourtant, le lien logique utilisé par la Cour pour introduire ce point de raisonnement, à savoir le mot «partant»(91), indique que dans l'esprit de la Cour il s'agit d'une déduction. Or, on ne trouve pas de trace des exigences formulées par la Cour, prétendument au titre de déduction, pas même à l'état embryonnaire, dans aucun des trois instruments internationaux. Si l'on se situe sur le plan formel des sources, on aurait plutôt tendance à considérer qu'il s'agit d'exigences nouvellement énoncées par la Cour. Pour autant, cela ne signifie pas encore que, sur le fond, ces exigences ne pourraient être justifiées. C'est ce qu'il importe d'examiner à présent.

39. Sur le fond, la raison majeure qui conduit la Cour à formuler des exigences de précision et d'objectivité dans l'identification de l'objet protégeable réside dans son souci de servir les intérêts des autorités et des particuliers, et de contribuer à la sécurité juridique(92).

On ne saurait d'emblée exclure toute probabilité que cette piste soit en effet susceptible de justifier les exigences posées par la Cour. Encore faut-il le vérifier.

S'agissant des autorités, on relèvera au préalable que la Cour les identifie comme celles qui sont chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur, sans plus de détails. On peut supposer qu'elle vise ainsi essentiellement les autorités judiciaires.

La Cour estime qu'il faut veiller à ce que ces autorités puissent connaître les objets protégés, avec précision, mais aussi avec clarté(93) — l'exigence de clarté, jumelle de l'exigence de précision, apparaissant ici pour la première fois dans le texte de l'arrêt.

On peut partager le souci de la Cour à l'égard des autorités, du moins dans une certaine mesure, c'est-à-dire dans son principe. Il est exact que dans les procès en droit d'auteur, en particulier lorsqu'ils portent sur des accusations de contrefaçon, il est capital que le demandeur identifie de manière claire et précise les éléments qui, selon lui, contribuent à l'originalité de l'œuvre(94). Avant de conclure à la reproduction non autorisée d'une œuvre, le juge doit en effet pouvoir être en mesure de définir correctement l'œuvre protégée, et même les parties spécifiques de l'œuvre qui bénéficient de la protection, sur le

(90) Point 40 de l'arrêt *Levola*.

(91) Ce mot figure en tête du point 40 de l'arrêt *Levola*.

(92) Point 41 de l'arrêt *Levola*.

(93) *Ibid.*

(94) Voy. sur ce sujet B. MICHAUX, «Le juge national et l'originalité après l'arrêt *Infopaq*», *A&M*, 2013, 89-93, spéc. 93.

plan de l'expression. Dans ce but, les autorités doivent recevoir des informations de qualité en termes de clarté et de précision.

Encore faut-il situer la portée de cette exigence, et la nature de la conséquence qui s'attache à sa non-réalisation. C'est à ce niveau qu'il pourrait, au bas mot, y avoir matière à discussion.

À suivre la Cour, si les autorités de protection ne disposent pas d'une définition claire et précise de l'objet qui est candidat au droit d'auteur, cet objet est dépourvu de l'essence qui caractérise une œuvre. Si l'on adopte cette optique, il faut conclure que dans une telle situation, l'objet n'appartient pas et n'appartiendra jamais au domaine du droit d'auteur. L'accession de l'objet au statut d'œuvre lui est définitivement refusée.

Une autre optique est toutefois concevable. La circonstance que les autorités ne disposent pas d'une définition claire et précise de l'objet signifie simplement que l'accès à la protection échoue (momentanément) pour des motifs probatoires : la preuve n'est pas rapportée que l'objet possède l'essence d'une œuvre, ou qu'il remplit la condition d'originalité voire que certaines de ses parties spécifiques remplissent cette condition. On se situe cette fois sur le terrain de la preuve, et non sur le terrain de l'essence.

De prime abord, les conséquences semblent identiques, que l'on adopte la première ou la deuxième optique, en ce sens qu'en définitive l'objet ne bénéficie pas de la protection par le droit d'auteur. Il y a cependant une différence décisive. Si l'on se place dans la deuxième optique, l'objet pourrait accéder potentiellement un jour au statut d'œuvre s'il est prouvé qu'il en possède l'essence ; il pourrait ensuite accéder à la protection s'il est démontré qu'il remplit la condition d'originalité voire que certaines de ses parties spécifiques remplissent celle-ci.

À ce propos, l'arrêt *Levola* semble d'ailleurs ouvrir, subrepticement, une porte dérobée à la possibilité de définir à l'avenir l'objet « odeur » d'une manière claire et précise⁽⁹⁵⁾. Ce faisant, il se situe — pour un très court instant du moins — sur le terrain de la preuve et non sur le terrain de l'essence. Elle ne fera cependant pas usage de cette porte dérobée et elle l'ignorerait dans la suite de l'arrêt.

40. Dans la suite de son raisonnement, la Cour indique que l'exigence de clarté et de précision dans la définition de l'objet doit également servir les intérêts des particuliers⁽⁹⁶⁾. Au sein de ceux-ci, ce sont avant tout les opérateurs économiques, singulièrement les « concurrents »⁽⁹⁷⁾ qui retiennent l'attention de la Cour. Dans la vision de celle-ci, l'exigence de clarté et de précision est nécessaire pour permettre à ces opérateurs d'identifier les objets protégés au profit des tiers⁽⁹⁸⁾.

La finalité ainsi poursuivie se laisse comprendre. On s'interroge néanmoins sur la pertinence et l'efficacité de l'exigence posée par rapport à cet objectif. Prenons l'exemple d'une œuvre à caractère utilitaire, tel un vélo

(95) Voyez le point 43 de l'arrêt *Levola* (solution *a contrario*).

(96) Point 41 de l'arrêt *Levola*.

(97) Il semble permis de comprendre qu'il s'agit des concurrents du demandeur de la protection.

(98) Les tiers désignent ici ceux au profit desquels la protection sera accordée.

pliable — dont il sera question dans l'arrêt *Brompton* (99). La circonstance que le vélo soit identifiable de manière claire et précise (100) n'a pas pour effet qu'un concurrent dispose d'informations claires et précises sur la nature et la portée des droits inhérents — pour reprendre l'expression — du fabricant du vélo en cause (101).

Par ailleurs, il est surprenant que la Cour attache, à propos de la notion d'œuvre, autant d'importance à la liberté d'entreprendre d'opérateurs économiques concurrents. Certes, cette liberté est susceptible d'avoir une incidence dans les litiges liés au droit d'auteur. Pour autant, rien ne la prédestine à déterminer la conception que l'on devrait avoir de toute œuvre en général (102).

41. Outre la clarté et la précision, la Cour exige l'objectivité pour identifier l'objet de la protection du droit d'auteur, et même une objectivité totale. Elle ne lésine en effet pas sur les termes à ce propos. Pour la Cour, l'identification doit être exempte de « tout élément de subjectivité » (103).

Il se devine sans peine que cette exigence, spécialement au vu de la radicalité des termes (« la nécessité d'écarter tout élément de subjectivité »), est guidée par la nature particulière de l'objet dans l'affaire *Levola*. La saveur, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, implique une expérience très personnelle, ainsi que la Cour le détaillera. À ce stade, toutefois, la Cour n'analyse pas la situation singulière de la saveur. Il s'agit plutôt pour elle de formuler une exigence commune à toutes les œuvres qui expliquera ultérieurement en quoi la saveur, au contraire des autres productions de l'esprit humain, ne constitue pas une œuvre.

Au-delà de sa radicalité, la généralité de l'exigence liée à l'objectivité interroge. Cette généralité signifie en effet que l'objectivité caractériserait toutes les créations traditionnellement reconnues comme des œuvres à part entière, quelles qu'elles soient.

Or, les doutes sont permis. Il suffit de prendre l'exemple d'une œuvre musicale et d'envisager à son propos l'exercice qui consiste à définir l'objet d'une manière objective, qui « écarte tout élément de subjectivité ». La Cour ne fournit pas d'informations précises sur la façon dont cet exercice doit être mené ni sur le prisme qui doit être adopté pour le mener, mais l'ensemble de l'arrêt laisse entendre qu'elle envisage de se placer du point de vue de la personne qui reçoit l'œuvre (104). Il est loin d'être établi que, s'agissant d'une œuvre musicale, chaque auditeur identifiera de la même manière la musique reçue (105), contrairement à ce que semble suggérer la Cour (106). La prémisse

(99) C.J.U.E., 11 juin 2020, *Brompton*, C-833/18.

(100) Ce qui, dans l'arrêt *Brompton*, fut accepté sans donner lieu au moindre commentaire, cf. *infra*.

(101) L'arrêt *Brompton*, dont il sera question par la suite, le confirme : voy. *infra*.

(102) Voy. égal. *infra* pour une analyse critique de l'influence du droit des marques sur le droit d'auteur.

(103) Point 41 de l'arrêt *Levola*. On relèvera que la même radicalité figurait dans l'arrêt *Sieckmann* (point 54).

(104) Voy. *infra*, à propos du point 42 de l'arrêt *Levola*.

(105) Voyez, dans le même sens, les hésitations de E. Derclaye : E. DERCLAYE, « Right and Wrong Analogies: The CJUE's Use of Trade Mark Concepts in Copyright and Design Law », *E.I.P.R.*, 78-83, 82.

(106) Point 42 de l'arrêt *Levola*.

de l'objectivité, censée caractériser les œuvres traditionnelles, n'est en tout cas pas d'une solidité à toute épreuve.

42. Une fois posées les exigences de précision et d'objectivité (voire de clarté), la Cour peut procéder à leur vérification dans le cas spécifique de la saveur d'un produit alimentaire.

Dès l'instant où l'on opte pour le prisme du récepteur de la saveur, ce qui sera le choix de la Cour, le résultat se laisse deviner : pour la Cour, la saveur échoue au test, en ce sens que son identification potentielle n'est pas (suffisamment) précise, ni objective (107). Se plaçant du point de vue de la personne qui goûte, la Cour détaille les faiblesses de la saveur : 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.

À première vue, on est tenté de souscrire aux observations de la Cour. Du moins, si l'on adopte le même prisme qu'elle, à savoir celui de la personne qui goûte — ce qui pourrait être critiqué. Toutefois, même si l'on adopte le même prisme, à deuxième examen, ces observations semblent révéler à la fois des biais et une absence de nuances.

S'agissant des biais tout d'abord, on relève, notamment, que la Cour assimile l'identification de l'objet et les préférences du récepteur de l'objet. Or, ces deux notions ne sont pas du même ordre. On pourrait plutôt considérer, en effet, que l'identification relève de la connaissance (quelle qu'en soit la forme), alors que la préférence relève de l'attirance. Par ailleurs, il n'est pas certain que, comme l'affirme la Cour, la saveur d'un produit alimentaire se distinguerait d'une musique en ce que le récepteur d'une saveur se laisserait essentiellement guider par des sensations et des expériences subjectives et variables, ce qui ne serait pas le cas du récepteur de la musique. En réalité, même dans le cas d'une musique, on ne peut *a priori* exclure que les facteurs liés à la personne du récepteur soient susceptibles de produire des effets décisifs dans l'identification de l'œuvre.

Sur un autre plan, les observations de la Cour pourraient trahir un manque de nuances. Certes, il est vraisemblable que les préférences personnelles, entre autres, jouent un rôle important dans la réception d'une saveur. Pour autant, cela n'exclut pas *ipso facto* toute possibilité que l'on retrouve auprès de l'ensemble des récepteurs une capacité à reconnaître des traits communs dans la saveur, indépendamment des préférences (108). Cette capacité est d'ailleurs indirectement confirmée dans les faits : on retrouve régulièrement la mention des traits caractéristiques d'une saveur dans les messages publicitaires ou dans des critiques gastronomiques qui s'adressent aux récepteurs, et qui partent de la prémisse que ces traits seront reconnus par l'ensemble des récepteurs. Il est vrai que la reconnaissance commune a probablement ses

(107) Voyez le point 42 de l'arrêt *Levola*.

(108) À titre d'analogie, voy. *supra* à propos d'une forme de consensus au sein de la communauté des internautes pour décrire les caractéristiques d'un parfum célèbre.

limites, en ce sens que la capacité à reconnaître les caractéristiques de l'objet est plus ou moins élaborée et performante selon les individus. Cela n'empêche pas un dénominateur commun. Le même phénomène peut être observé dans le domaine musical.

43. De manière inattendue, la Cour ajoute une brève allusion aux moyens techniques, lesquels pourraient, à l'avenir, permettre d'identifier la saveur d'une manière précise et objective (109). Cette allusion n'était pas nécessaire, et même, elle se concilie mal avec l'approche adoptée jusque-là par la Cour, qui se fondait exclusivement sur le point de vue de la personne qui goûte.

En cela, l'allusion est surprenante et mérite donc une attention particulière. Certes, elle n'intervient qu'à titre surabondant dans le raisonnement de la Cour et, au surplus, elle ne produit aucun effet vu que la Cour dresse un constat de carence à cet égard, dans le stade actuel du développement scientifique.

Cela étant, la réflexion de la Cour interroge. Elle confirme à tout le moins qu'il est possible d'adopter une autre approche que celle qui consiste à se placer du point de vue de la personne qui goûte. L'aveu n'est qu'indirect mais il a le mérite de remettre au-devant de la scène la question fondamentale de savoir si en droit d'auteur il s'impose, pour définir l'œuvre, de se focaliser sur la nature du stimulus et son identification objective, au besoin par des outils techniques, plutôt que sur le résultat opéré par le stimulus dans la perception du récepteur.

Dans cet ordre d'idées, il semble permis d'évoquer le programme d'ordinateur dont la nature est telle qu'il est à vrai dire impossible de se placer du point de vue du récepteur (110) pour en définir l'objet de manière précise et objective. Le précédent est très spécifique, il faut le concéder. Néanmoins, il présente l'avantage de révéler l'existence d'objets pour lesquels le point de vue du technicien, voire la contribution de la technique, s'avère décisif sinon indispensable.

Ce passage de l'arrêt *Levola* (111) marque donc une ouverture à d'autres prismes que celui du récepteur. Toutefois, l'ouverture est fugace et reste sans le moindre effet.

44. À l'issue de son raisonnement, la Cour conclut que la saveur d'un produit alimentaire ne saurait être qualifiée d'œuvre, au sens de la directive 2001/29 (112). Elle ajoute qu'en conséquence, le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une législation nationale soit interprétée d'une manière telle qu'elle accorde une protection par le droit d'auteur à une telle saveur (113).

Les mots sont forts. Il ne s'agit pas ici d'un simple refoulement indirect de la saveur, à l'instar du refoulement de l'odeur en droit des marques dans l'affaire *Sieckmann*. Il s'agit d'un véritable rejet, infligé de manière frontale.

(109) Point 43 de l'arrêt *Levola* (solution *a contrario*).

(110) Il est difficile de concevoir la figure du récepteur dans le cas d'un programme d'ordinateur. Tout au plus peut-on parler d'un utilisateur de l'objet, qui présente la particularité de n'avoir pas accès à cet objet.

(111) C'est-à-dire le point 43 de l'arrêt *Levola*.

(112) Point 44 de l'arrêt *Levola*.

(113) Point 45 de l'arrêt *Levola*.

En outre, le rejet de la saveur est absolu et définitif. La Cour n'émet aucune réserve, pour l'avenir. Elle aurait pu, pourtant, formuler une réserve, par exemple pour l'hypothèse où à l'avenir, l'état de développement scientifique aurait suscité la mise au point de moyens techniques permettant une identification précise et objective de l'objet protégé (114). Rien de tel dans la sentence finale, qui se révèle catégorique.

III. — UN DROIT D'AUTEUR SOUS INFLUENCE DU DROIT DES MARQUES

45. Il ne fait aucun doute que l'arrêt *Sieckmann* en droit des marques a pesé de tout son poids sur la décision *Levola* en droit d'auteur. Certes, *Sieckmann* n'est pas nommément cité dans l'arrêt *Levola*, mais les composantes essentielles de son raisonnement y ont été reprises, notamment sous l'impulsion de l'avocat général Wathelet — lequel a expressément cité *Sieckmann* (115).

On retrouve dans l'arrêt *Levola*, pour rejeter la protection d'une saveur en droit d'auteur, une grande partie des motifs qui, dans *Sieckmann*, avait amené la Cour à éloigner une odeur de la zone de protection par le droit des marques : la nécessité de définir l'objet protégé de manière claire, précise et objective ; le souci de servir les intérêts des autorités chargées de veiller à la protection de l'objet ainsi que les intérêts des opérateurs économiques ; le principe de sécurité juridique ; la prise en compte de la perception de l'objet dans le chef du public.

Certes, la Cour semble avoir égard à certaines spécificités propres à chacun des domaines : en droit des marques, l'exigence de précision et d'objectivité concerne la « représentation (graphique) » de la marque, alors qu'en droit d'auteur, elle a trait à « l'expression » de la création. Toutefois, ces égards ne tempèrent pas le mouvement d'assimilation qui conduira la Cour à recourir systématiquement à un seul terme, à savoir l'« objet protégé » pour désigner tantôt le signe distinctif (la marque) tantôt la création intellectuelle propre à son auteur (l'œuvre).

46. En soi, la convergence du droit des marques et du droit d'auteur n'est pas un mécanisme inopportun, loin de là. Nous l'avons nous-même défendu personnellement (116). Il peut se révéler tout à fait bénéfique sur certaines questions, telles que par exemple, la question de l'atteinte au droit exclusif, en particulier dans des hypothèses où les deux droits se cumulent dans un même objet. Ce n'est donc pas sans un certain regret que l'on relève dans des décisions récentes, précisément sur ce type de questions-ci, que la Cour manifeste davantage de réserves que d'enthousiasme à l'égard de la convergence (117).

Le paradoxe veut que la Cour se montre bien plus encline à intégrer la convergence des deux droits sur des questions qui, selon nous, s'y prêtent

(114) Voy. *supra*, à propos du point 43 de l'arrêt *Levola*.

(115) Point 56 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-310/17, *Levola*.

(116) B. MICHAUX, « Cumuls et convergences dans la protection des droits intellectuels », in B. DOQUIR (coord.), *Actualités en droits intellectuels, l'intérêt de la comparaison*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 61 à 111.

(117) C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel*, C-683/17, points 50-51.

nettement moins(118). C'est ce paradoxe que les décisions *Sieckmann* et *Levola* illustrent d'une façon quasi emblématique. Ces deux arrêts révèlent en effet que la Cour aligne le droit d'auteur sur le droit des marques là où on ne l'attendait pas.

47. Dans *Levola*, la Cour décide d'importer en droit d'auteur deux paramètres majeurs qu'elle avait identifiés en droit des marques avec pour but d'énoncer des exigences de précision et d'objectivité dans l'identification de l'objet protégé : d'une part, le souci de veiller aux intérêts des autorités chargées de la protection de l'objet ainsi que des opérateurs économiques(119), et d'autre part, le principe de sécurité juridique(120).

Or, à l'examen, ces deux paramètres qui revêtent une pertinence indéniable en droit des marques ne se prêtent pas à une transposition en droit d'auteur, du moins, pas tels quels.

48. En droit des marques, la prise en compte des intérêts des autorités ainsi que des opérateurs économiques se justifie par le système de l'enregistrement de la marque(121).

C'est parce que la marque donne lieu à un enregistrement, lui-même générateur de la protection, qu'il est capital que les autorités chargées de procéder à l'enregistrement connaissent de manière optimale l'objet candidat à la protection. D'où les exigences d'une identification (suffisamment) précise et objective de cet objet, notamment. Dans ce cas, c'est au demeurant au déposant de la marque à identifier le signe de manière précise et objective(122).

De surcroît, la finalité de l'enregistrement étant de fournir aux opérateurs économiques concurrents une information qui leur permette de déterminer la portée du droit attaché à l'objet, il est essentiel, également pour ce motif, que cette information soit précise et objective, notamment.

En droit d'auteur, il n'existe pas de système d'enregistrement qui conditionnerait la naissance du droit. Bien plus, la convention de Berne s'oppose expressément à toute formalité de ce type : « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont soumis à aucune formalité »(123). Dans ce domaine-ci, il n'appartient donc pas au titulaire du droit de s'adresser à une autorité d'enregistrement(124) pour lui fournir une identification précise et objective de la création dans le but d'obtenir le titre de protection.

Vu qu'il n'y a pas d'enregistrement en droit d'auteur, *a fortiori*, il n'est pas prévu qu'à la naissance du droit, les tiers-opérateurs économiques reçoivent un accès à une information concernant l'objet protégé, lequel accès ne serait concevable que dans le cadre d'un enregistrement. En conséquence, en droit

(118) Voy. égal. dans un sens critique : E. DERCLAYE, « Right and Wrong Analogies: The CJUE's Use of Trade Mark Concepts in Copyright and Design Law », *E.I.P.R.*, 78-83.

(119) Point 41 de l'arrêt *Levola* ; points 49 à 51 de l'arrêt *Sieckmann*.

(120) Point 41 de l'arrêt *Levola* ; point 37 de l'arrêt *Sieckmann*.

(121) Voy. not. points 37 à 41 de l'arrêt *Sieckmann*.

(122) Voy. not. points 51 et 54 de l'arrêt *Sieckmann*.

(123) Article 5, alinéa 2, de la Convention de Berne, version de l'Acte de Paris.

(124) C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI de la Convention de Berne*, 1978, point 5.5.

d'auteur, on est contraint de constater qu'il n'existe aucune certitude, ni sur la date de la création, ni sur la portée des droits qui y sont attachés (125).

49. La matière des dessins et modèles fournit des enseignements fort utiles pour comprendre ce qui précède. Il coexiste en effet, dans cette matière, deux régimes de protection mis en place par le droit de l'Union européenne, dont l'un est soumis à la formalité de l'enregistrement, et l'autre ne l'est pas (126).

Le premier régime, soumis à l'enregistrement, prévoit un droit exclusif, alors que le deuxième prévoit un droit d'empêcher la copie — ce dernier étant nettement plus limité car il ne permet pas de faire obstacle à un objet identique ou similaire conçu de manière indépendante (127).

Le règlement de l'Union ne vise la sécurité juridique que dans le cas du premier régime (128). Celle-ci y intervient, via la formalité de l'enregistrement, parce qu'elle sert un droit exclusif. Par contraste, la sécurité juridique n'est pas mentionnée dans le cas du régime de protection non soumis à l'enregistrement. Ici, le droit n'est pas exclusif, dès lors qu'il ne permet que d'empêcher la copie. Certes, l'exercice de ce dernier droit ne sera possible que si le public pertinent a obtenu préalablement une connaissance de l'objet : un opérateur n'est susceptible d'avoir « copié » l'objet que s'il en a eu préalablement connaissance. Ce n'est toutefois qu'une connaissance potentielle, d'un ordre général et factuel qui est prévue dans le chef du public (spécialisé) (129) : il s'agit en effet de la possibilité pour les milieux spécialisés du secteur concerné d'avoir eu raisonnablement connaissance, dans la pratique normale des affaires, d'une diffusion publique de l'objet (130). En revanche, dans ce régime, il n'est pas question d'une quelconque exigence qui assujettirait la protection de l'objet à la possibilité de l'identifier d'une manière précise et objective. Ceci ne serait pas praticable vu l'absence d'un enregistrement, lequel paraît être un passage obligé pour une telle identification. Cela étant, c'est précisément l'absence d'enregistrement, et donc d'une identification préalable de l'objet, précise et objective, qui explique que par la suite, c'est-à-dire dans le cadre de poursuites judiciaires, le titulaire sera tenu d'indiquer en quoi son dessin ou modèle présente un caractère individuel (131).

(125) Voyez E. DERCLAYE, « Right and Wrong Analogies [...] », *op. cit.*, 82.

(126) Voyez le règlement communautaire n° 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

(127) Voyez à ce propos l'article 19, par. 2, al. 2, du règlement n° 6/2002 qui s'énonce comme suit : « L'utilisation contestée n'est pas considérée comme résultant d'une copie du dessin ou modèle protégé si elle résulte d'un travail de création indépendant réalisé par un créateur dont on peut raisonnablement penser qu'il ne connaissait pas le dessin ou modèle divulgué par le titulaire ».

(128) Voy. à cet égard le considérant 21 du règlement, lequel s'énonce comme suit : « La nature exclusive du droit conféré par le dessin ou modèle communautaire enregistré correspond à la volonté de lui donner une sécurité juridique plus grande. En revanche, le dessin ou modèle communautaire non enregistré ne devrait conférer que le droit d'empêcher la copie. La protection ne peut donc s'étendre à des produits auxquels sont appliqués des dessins ou modèles qui sont le résultat d'un dessin ou modèle conçu de manière indépendante par un deuxième créateur ».

(129) Voy. à cet égard l'article 11 du règlement.

(130) Voy. sur ces questions l'arrêt *Gautzsch* de la C.J.U.E. : C.J.U.E., 13 février 2014, *Gautzsch*, C-479/12.

(131) C.J.U.E., 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions*, C-345/13, points 43 à 46.

Ce regard sur la situation fort proche du dessin ou modèle non enregistré permet de mieux cerner les motifs pour lesquels les exigences *Levola* sont peu adaptées à une création candidate à la protection par le droit d'auteur : à défaut d'enregistrement, il ne peut être reproché une quelconque carence qui empêcherait d'identifier l'objet d'une manière suffisamment précise et objective.

50. Pour autant, cela ne signifie pas que dans le domaine du droit d'auteur, il n'y aurait aucune raison, à aucun stade, de formuler des exigences de spécification concernant l'objet protégé. Au contraire, il a du sens d'exiger que dans le cadre de l'exercice du droit d'auteur, en particulier à l'occasion de procédures judiciaires, le titulaire spécifie en quoi, selon lui, sa création correspond à une mise en forme et présente une originalité (132).

À nouveau, la matière des dessins ou modèles (non enregistrés) fournit des indications fort utiles et parfaitement transposables. En particulier, le règlement de l'Union exige explicitement que dans le cadre de procédures judiciaires, le titulaire indique en quoi son dessin ou modèle présente un caractère individuel (133). La jurisprudence de la Cour explique à ce propos qu'il ne s'agit pas d'obliger le titulaire à prouver que l'objet présente un caractère individuel (134), mais simplement à identifier le ou les éléments de l'objet qui lui confèrent un caractère individuel (135). Cette identification doit permettre au tribunal de considérer l'objet comme valide (136).

Ce regard supplémentaire sur la situation du dessin ou modèle non enregistré permet de comprendre que, s'agissant d'une création candidate à la protection par le droit d'auteur, l'exigence de spécifier les éléments constitutifs de l'œuvre est appelée à s'inscrire dans le cadre strict de la discussion judiciaire — en clair, les procès en contrefaçon. Cette exigence est en effet exclusivement destinée à permettre au juge de statuer. En revanche, dans une telle perspective, elle ne conditionne pas l'admissibilité au statut d'œuvre.

51. L'examen comparatif des deux décisions montre que l'arrêt *Levola* n'a repris que deux critères (137) — tout au plus trois (138) — parmi les sept critères (139) de l'arrêt *Sieckmann*, ce qui en dit long sur la difficulté à transposer celui-ci à la matière du droit d'auteur.

(132) Voyez B. MICHAUX, « Le juge national et l'originalité en droit d'auteur après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, 2013, 89-93, spéc. 93.

(133) L'article 85, par. 2, du règlement n° 6/2002 s'énonce comme suit : « Dans les procédures résultant d'actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré, les tribunaux des dessins ou modèles communautaires considèrent le dessin ou modèle communautaire comme valide si le titulaire du dessin ou modèle apporte la preuve que les conditions prévues à l'article 11 sont remplies et s'il indique en quoi son dessin ou modèle communautaire présente un caractère individuel ».

(134) C.J.U.E., 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions*, C-345/13, point 45.

(135) Point 46 de l'arrêt *Karen Millen Fashions*.

(136) Point 47 de l'arrêt *Karen Millen Fashions*.

(137) L'exigence d'une identification « précise » et « objective ».

(138) Bien que présente dans *Levola*, l'exigence d'une identification « claire » y est plus discrète.

(139) L'exigence que la représentation de la marque soit « claire », « précise », « objective », « durable », « intelligible », « complète par elle-même » et « aisément accessible ».

Il est même un critère de *Sieckmann* qui est expressément rejeté dans *Levola*, à savoir la durabilité. Certes, il ne peut y avoir une œuvre que s'il y a une expression, c'est-à-dire une mise en forme. Toutefois, observe la Cour, cette mise en forme n'est pas nécessairement permanente (140). On relèvera à cet égard que les occurrences peuvent être diverses et variées, où l'expression de l'œuvre est éphémère, quand bien même elle aurait fait l'objet d'une fixation sur un support durable (141). Ainsi, les discours cessent d'être audibles une fois que l'orateur se tait, sans préjudice de l'hypothèse d'une fixation sonore (142); les dessins sur les trottoirs sont susceptibles de s'effacer sous les effets répétés des intempéries; les châteaux de sable succombent face aux assauts de la mer; les compositions florales s'évanouissent une fois les fleurs fanées. Les exemples sont multiples.

Outre la durabilité, il y a encore d'autres critères de *Sieckmann* qui font défaut dans *Levola*, ce qui ne saurait surprendre dès lors que leur transposition au droit d'auteur est malaisée. Ainsi en va-t-il de l'exigence, en droit des marques, imposant à la représentation du signe d'être «intelligible», «complète par elle-même» et «aisément accessible». On peine à concevoir la manière dont ces critères pourraient intervenir de manière pertinente dans le cas d'une œuvre, raison probable pour laquelle la Cour s'est abstenue de les importer dans la sphère du droit d'auteur. En réalité, ces critères, plus que les autres encore, donnent à voir que dans *Sieckmann*, le propos était de formuler des exigences par rapport à la qualité de l'enregistrement de l'objet protégé. Par contraste, dans *Levola*, aucun enregistrement ne pouvait donner prise à des exigences de qualité. Cette divergence profonde entre les deux domaines a eu en outre pour effet dénaturant que dans *Levola*, à défaut de pouvoir s'appliquer à un enregistrement, les exigences se sont déplacées sur le terrain de l'éligibilité de l'objet, débouchant en fin de course sur une exclusion.

52. Le deuxième paramètre mobilisé dans *Sieckmann* et importé dans *Levola* (143) est le principe de sécurité juridique. Ce principe ne peut toutefois opérer de la même manière en droit des marques et en droit d'auteur, vu la divergence essentielle qui vient d'être évoquée s'agissant du système d'enregistrement (144).

En droit des marques, le principe de sécurité juridique intervient à de multiples reprises dans le droit dérivé de l'Union, d'une manière directe et visible; en outre, il y est expressément conçu en relation étroite avec la

(140) Point 40 de l'arrêt *Levola*.

(141) Cette fixation n'est pas une condition pour la protection en droit d'auteur continental. On rappellera toutefois que la Convention de Berne, dans le souci de ménager les conceptions dans les pays de *common law*, permet de prescrire que les œuvres ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel.

(142) Cette fixation n'est pas une condition pour la protection, cf. la note précédente. Voy. aussi F. GOTZEN, «Art. XI.165 CDE», in F. BRISON et H. VANHEES (eds), *Le droit d'auteur belge — Hommage à Jan Corbet*, 4^e éd., Gand, Larcier, 2018, p. 51.

(143) Point 41 de l'arrêt *Levola*.

(144) Pour une comparaison avec le régime des dessins ou modèles non enregistrés, voy. *supra*.

procédure d'enregistrement, notamment en tant que celui-ci sert les intérêts des tiers (145).

En droit d'auteur, en revanche, ce principe ne saurait intervenir de la même manière. Certes, il est mentionné dans le droit dérivé de l'Union. Toutefois, ce n'est pas dans le but spécifique de servir les intérêts des tiers, mais dans le but général de justifier l'harmonisation de la matière (146).

53. Il est un autre terrain sur lequel le droit des marques a servi de modèle pour façonner le droit d'auteur dans l'affaire *Levola*. Il s'agit de la prise en compte de la perception du public, conçue comme un paramètre déterminant pour décider l'admissibilité de l'objet candidat à une protection effective, tantôt par le droit des marques, tantôt par le droit d'auteur.

Il est incontestable qu'en droit des marques le public joue un rôle capital, notamment dans la perception du signe en tant qu'indicateur d'origine. Le signe est reconnu comme doté d'un caractère distinctif, et donc éligible à la protection, s'il permet au public pertinent de distinguer les produits en cause, sans confusion possible, de ceux provenant d'une autre entreprise que celle du titulaire du signe (147). Dans *Sieckmann*, le public joue un rôle plus discret qu'à l'habitude à cet égard. Il est vrai que la question ne portait pas sur le caractère distinctif de la marque en cause, une odeur, mais sur la capacité de ce type de marque à faire l'objet d'une représentation graphique. Il n'empêche que même dans un tel contexte, le public avait un rôle à jouer. Ceci explique que l'arrêt *Sieckmann* y fasse référence, tantôt de manière directe, tantôt de manière indirecte, via la figure des opérateurs économiques (148) ou des utilisateurs du registre (149) dans lequel les marques sont publiées.

On retrouve par ailleurs dans l'arrêt un passage important consacré à la fonction d'origine de la marque (150). Même si à cette occasion la Cour ne mentionne pas expressément le public, ce dernier est bien présent, implicitement. Plus précisément, la Cour y fait état de l'exigence d'une perception constante et sûre de la fonction d'origine de la marque. Or la perception ne peut être que le fait du public.

C'est plus que probablement ce passage qui pèsera plus tard sur les motifs adoptés dans l'arrêt *Levola*, cette fois en droit d'auteur, à propos d'une saveur. Adoptant une position servile vis-à-vis du droit des marques, la Cour poursuit un objectif qui paraît pour le moins curieux en droit d'auteur : elle exige que l'objet candidat à la protection, à savoir une saveur, soit susceptible d'être identifié d'une manière précise et objective, dans le but de permettre [au public] de distinguer la saveur en cause de celle d'autres produits de même nature (151).

(145) Voy. la directive 2015/2436, considérants 36 et 37.

(146) Voy. not., dans la directive 2001/29, les considérants 6, 7 et 25.

(147) Voyez, par exemple, le point 62 de l'arrêt *Libertel* relatif à la couleur orange : C.J.C.E., 6 mai 2003, C-104/01, *Libertel*, point 62.

(148) Points 49 et 51 de l'arrêt *Sieckmann*.

(149) Point 52 de l'arrêt *Sieckmann*.

(150) Point 53 de l'arrêt *Sieckmann*.

(151) Point 43 de l'arrêt *Levola*.



D'une manière plus générale, l'arrêt *Levola* s'aligne sans retenue sur le seul point de vue du récepteur de la saveur — la personne qui goûte(152). Par contraste, la Cour ne considère pas le point de vue du créateur lui-même, pas plus qu'elle n'envisage le point de vue d'une personne qui pourrait pourtant utilement faire le lien entre le créateur et le récepteur, à savoir un spécialiste du domaine de la création en cause.

54. En définitive, l'arrêt *Levola* nous confronte à un droit d'auteur qui semble changer de visage sous l'influence du droit des marques. D'une part, il est conçu en fonction de la liberté d'entreprise d'opérateurs économiques qualifiés de « concurrents » du candidat au droit d'auteur. D'autre part, il est modelé en fonction de la seule réception de l'œuvre par le public, sans égard pour le point de vue du créateur.

Par ailleurs, la place particulière assignée au principe de sécurité juridique au sein du droit d'auteur selon le modèle *Levola* est de nature à renforcer encore les intérêts des concurrents et du public, au point de déterminer le champ d'application du droit d'auteur.

Pas plus que dans le domaine des dessins ou modèles non enregistrés, il ne nous semble nécessaire en droit d'auteur d'exiger que les opérateurs économiques soient informés de manière précise et objective à propos de l'objet de la même manière qu'en droit des marques. La raison en est, notamment, qu'à l'instar du droit attaché à un dessin ou modèle non enregistré(153), le droit d'auteur ne permet que de s'opposer à la reproduction, c'est-à-dire à la copie, et non à une création indépendante. Certes, le droit de l'Union ne s'est pas encore développé de manière explicite concernant la portée du droit de reproduction dans le domaine du droit d'auteur(154). Toutefois, il existe déjà des indicateurs non négligeables en faveur d'une notion conçue comme un droit d'empêcher la copie. Les droits nationaux ont en effet déjà intégré des solutions qui sont ouvertement favorables à cette conception(155). On y ajoutera, avec prudence, certains commentaires consacrés à la Convention de Berne qui nous paraissent concordants sur ce point(156). Surtout, on insistera à nouveau, cette fois sans retenue, sur le précédent convergent offert par le droit de l'Union dans le domaine des dessins ou modèles non enregistrés, dont la pertinence à cet égard est peu discutable par rapport au droit d'auteur.

55. En résumé, il nous semble important de souligner que sur toutes les questions qui précèdent, le droit d'auteur se distingue du droit des marques. Fondamentalement, il le doit à sa nature profonde qui est celle d'un droit de

(152) Point 42 de l'arrêt *Levola*.

(153) Voy. à cet égard l'article 19 du règlement n° 6/2002, commenté *supra*.

(154) L'arrêt *Infopaq* concernait certes la notion de « reproduction en partie » de l'œuvre, mais il n'a pas défini en profondeur la portée du droit de reproduction.

(155) En droit belge, voyez, à propos de la notion de reproduction conçue comme un droit d'empêcher la copie et donc pas une création indépendante : Cass., 3 septembre 2009, *I.R.D.I.*, note M. BUYDENS. Des solutions analogues se retrouvent dans d'autres États membres.

(156) C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI de la convention de Berne*, 1978, point 2.8 *in fine*. Certes, la concordance n'est qu'indirecte en ce sens que Massouyé ne s'exprime pas sur la notion de reproduction. Cela étant, il observe que deux créateurs différents peuvent chacun réaliser une œuvre originale quand bien même celle-ci correspond au même objet, ce qui rejoint le concept de la création indépendante.

création, et non celle d'un droit d'occupation. On entend par là que le droit d'auteur ne poursuit pas la fonction du droit des marques. Celui-ci vise à occuper un signe, au sens où l'occupant cherche à imposer un lien unique entre le signe et les produits qui proviennent de son entreprise. La conséquence en est, en droit des marques, que l'occupant du signe reçoit un pouvoir exclusif sur le signe, qui lui permet d'empêcher les opérateurs économiques de s'en approcher, même quand cette approche ne résulte pas d'une copie. C'est précisément en raison de cette limitation de leur liberté d'entreprendre que les opérateurs ont le droit d'être informés de manière optimale concernant le signe. En droit d'auteur, rien de tel.

IV. — LA NOTION D'ŒUVRE DANS UN DROIT D'AUTEUR EUROPÉEN EN CONSTRUCTION

56. Dans un système de droit d'auteur, la notion d'œuvre occupe une place centrale, car elle constitue à la fois le préalable à la protection et l'objet de celle-ci. Elle remplit donc une double fonction dès lors que, d'une part, elle déclenche la protection et, d'autre part, elle en détermine l'étendue. Ainsi dans le cas d'un article de presse, la protection ne peut entrer en action que s'il est constaté que l'article constitue une œuvre. Par ailleurs, une fois déclenchée, la protection ne peut protéger que ce qui, dans l'article, constitue l'œuvre. En cela, la notion d'œuvre correspond en même temps à la cause et à l'effet : elle fait naître la protection, et elle en fixe l'étendue.

57. À sa polyvalence fonctionnelle, la notion d'œuvre ajoute une complexité particulière, en ce que, pour exister, l'œuvre implique qu'il soit satisfait à des exigences de plusieurs ordres.

Pendant longtemps, dans les systèmes européens de type continental, il était de tradition de considérer que ces exigences pouvaient se résumer essentiellement à deux concepts, à savoir l'originalité, d'une part, et la mise en forme concrète, d'autre part. Dans le cas de cette dernière, il s'agit de désigner le fait que la notion d'œuvre suppose le dépassement de la simple idée pour impliquer une expression de cette idée.

L'arrêt *Levola* bouscule cette approche simplificatrice, du fait qu'il introduit de nouvelles exigences, à savoir la clarté, la précision et l'objectivité (suffisantes) dans l'identification de l'objet candidat à la protection, c'est-à-dire la création.

58. Il importe de situer ces exigences nouvelles — qu'on prendra la liberté de désigner comme « les exigences *Levola* » — dans la systématique du droit d'auteur.

À cette occasion, on peut d'abord se demander si ces exigences sont marginales, en ce sens qu'elles ne vaudraient que pour discriminer une seule catégorie d'objets dont la nature est tout à fait spéciale, à savoir la catégorie des saveurs de produits alimentaires.

Dans la négative, il conviendra de vérifier si, bien qu'elles affectent potentiellement d'autres catégories d'objets que les saveurs, ces autres catégories restent limitées à des objets d'une nature particulière (par exemple olfactive ou tactile), jugée, elle aussi, incompatible avec la notion d'œuvre.

Si le résultat de cette vérification devait se révéler positif, on pourrait conserver le bénéfice de la simplicité, car l'exercice qui consiste à tester l'accès à la protection pourrait assez aisément suivre un schéma logique en trois étapes : en premier lieu, vérifier si l'objet candidat à la protection satisfait aux conditions *Levola* — ce qui signifie en clair qu'il ne relève pas d'une catégorie exclue par les exigences *Levola* (gustative, olfactive ou tactile) ; ensuite, s'assurer que l'objet candidat ne se limite pas à une simple idée, et qu'il est original.

En revanche, si la vérification devait aboutir à la conclusion que les exigences *Levola* s'appliquent à tous les objets candidats à la protection, quelle qu'en soit la nature, et pas seulement à des objets d'une nature particulière, il s'imposerait de poursuivre l'enquête sur le rôle de ces exigences au sein du système, et sur leur impact. À ce moment, il faudrait également vérifier la relation entre les exigences *Levola*, d'une part, et les exigences de mise en forme et d'originalité, d'autre part. À cette occasion, il faudra se demander si le schéma en trois étapes proposé ci-avant reste valable, s'il y a un ordre à respecter dans le déroulement de ces étapes et si, en définitive, il y a lieu de distinguer entre la question de l'objet de la protection et la question des conditions de protection.

59. Avant de mener l'enquête sur les exigences *Levola*, il importe toutefois de dresser un état des lieux s'agissant des acquis de la jurisprudence de la Cour concernant les autres exigences qui caractérisent la notion d'œuvre, à savoir les exigences d'originalité et de mise en forme concrète.

À propos de celles-ci, on pourrait faire état de traditions et de consensus, en ce sens qu'avant leur intégration dans le droit de l'Union, ces deux exigences étaient déjà largement reconnues dans les droits nationaux des États membres ; elles y étaient régulièrement présentées comme constituant *de facto*, à elles seules, la clé d'accès à la protection. Elles se retrouvaient par ailleurs également dans la Convention de Berne, plus amplement commentée ci-après(157). Même si c'est d'une manière indirecte, celle-ci impliquait en effet tant la mise en forme(158) que l'originalité(159).

Encore fallait-il que ces exigences traditionnelles fassent l'objet d'une consécration par le droit de l'Union européenne. C'est précisément cette intégration-ci que la Cour avait déjà réalisée avant l'intervention de l'arrêt *Levola*, dans le but de réaliser la construction systématique d'un droit d'auteur à l'échelon de l'Union européenne.

60. À cet égard, la notion d'originalité a été la première à bénéficier de l'activité d'harmonisation de la Cour.

L'arrêt *Infopaq* a en effet inauguré, en 2009, la clarification des exigences conditionnant l'accès à la protection, en se focalisant d'abord, sur l'originalité(160). Dès le départ, il est apparu clairement que cette exigence faisait partie intégrante de la notion d'œuvre elle-même, en ce sens qu'il ne peut y avoir d'œuvre là où il n'y a pas d'originalité ; au demeurant, ce constat

(157) Voy. *infra*, section (V).

(158) Voyez C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI de la Convention de Berne*, 1978, point 2.3.

(159) *Ibid.*, point 2.8.

(160) C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08.

avait déjà été dressé au cours des Conférences d'adoption et de révision de la Convention de Berne(161). C'est donc la notion d'œuvre qui a permis la spécification de l'originalité. On se souviendra du cheminement suivi à l'époque par la Cour dans *Infopaq*. Celle-ci était interrogée sur le concept de «reproduction», en tout ou en partie, de l'œuvre. Pour clarifier ce concept, la Cour avait pris du recul, en relevant que la «reproduction» réservée à l'auteur devait porter sur une «œuvre», en manière telle qu'elle se voyait amenée à expliquer cette notion(162). Par ce biais, elle en était arrivée à mettre en lumière que l'œuvre, c'est-à-dire la création intellectuelle propre à son auteur (définition officielle de l'œuvre en droit de l'Union), impliquait nécessairement une originalité(163). Elle avait précisé à cet égard que dans le cas d'un article de presse, l'originalité pouvait se manifester à deux niveaux: d'une part, dans la manière dont est traité le sujet et, d'autre part, dans l'expression linguistique(164). S'agissant de ce dernier niveau, la Cour avait encore indiqué concrètement que dans le cas d'un article de presse, l'originalité de l'expression linguistique pouvait se manifester par le choix, la disposition et la combinaison des mots(165).

61. Toutefois, l'arrêt *Infopaq* laissait subsister certains doutes quant à savoir si l'originalité constituait une notion véritablement subjective, par opposition à une notion objective. Il fallait en effet tenir compte de la divergence qui persistait en toile de fond, entre la conception prévalant dans les pays suivant une tradition de *common law*, et celle prévalant dans les pays suivant une tradition de droit romain: dans le premier cas, l'originalité relevait davantage du résultat d'un effort ou d'un travail, alors que dans le deuxième cas, elle reflétait la personnalité de l'auteur(166). Cette ambiguïté sera levée, selon nous, deux ans plus tard, par l'arrêt *Painer*(167). Dans cette décision, la Cour se fonde tout d'abord sur le constat (figurant dans un autre arrêt, qu'elle vient de prononcer(168)) qu'il y a une originalité si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives en effectuant des choix libres et créatifs(169). La Cour ajoute ensuite que tel est le cas si à travers des choix de cet ordre, l'auteur a été en mesure d'imprimer à l'œuvre «sa touche personnelle»(170). Cette expression nous paraît particulièrement éloquente, dans un sens nettement favorable à la conception subjective de l'originalité.

62. Après l'arrêt *Painer*, la production jurisprudentielle de la Cour s'est poursuivie dans le but d'affiner encore l'exigence d'originalité, notamment en la distinguant de notions telles que celles de travail ou de recherche d'un effet

(161) Voyez M. FICSOR, *Guide OMPI de la Convention de Berne*, 2003, points 2.4 à 2.7.

(162) Point 33 de l'arrêt *Infopaq*.

(163) Point 37 de l'arrêt *Infopaq*.

(164) Point 44 de l'arrêt *Infopaq*.

(165) Point 45 de l'arrêt *Infopaq*.

(166) Voy. à cet égard, M. FICSOR, *Guide OMPI de la Convention de Berne*, 2003, point 2.8.

(167) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10.

(168) C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, C-403/08 et C-429/08 (voy. point 98).

(169) Point 89 de l'arrêt *Painer*.

(170) Point 92 de l'arrêt *Painer*.

esthétique. Pour mieux cerner ce qu'est une notion, il est en effet souvent utile d'identifier ce qu'elle n'est pas.

Dans l'arrêt *Football Dataco* (171) (2012), la Cour a observé que l'originalité ne se déduit pas d'un travail ou d'un savoir-faire dans le chef de l'auteur (172). Dans l'arrêt *Cofemel* (173) (2019), la Cour relève que l'originalité ne résulte pas de la circonstance que la création en cause génère un effet esthétique (174).

63. La manière dont la Cour a traité la condition d'originalité depuis le premier arrêt qui l'a mobilisée (*Infopaq*, 2009) fournit des indications révélatrices sur la relation qu'entretient cette condition avec la notion d'œuvre elle-même.

Il apparaît qu'il ne faut pas voir dans l'originalité une condition indépendante de l'œuvre, au sens où la vérification de l'originalité n'interviendrait que dans un deuxième temps, une fois qu'il aurait été conclu à l'existence d'une œuvre. On aurait même plutôt tendance, en sens contraire, à traiter l'originalité comme une exigence consubstantielle à l'œuvre : ce n'est pas que l'œuvre doit ajouter de l'originalité pour attirer la protection, c'est qu'il ne peut être question d'œuvre s'il n'y a pas d'originalité dès le départ. Sans originalité, il n'y a pas d'œuvre tout court : la condition d'originalité n'intervient pas dans un deuxième temps, elle intervient d'emblée. Du moins, cette position paraît la plus en phase avec l'enseignement de la Cour, nous semble-t-il.

64. Quant à la deuxième exigence traditionnellement imposée à l'œuvre, c'est trois ans après l'arrêt *Infopaq* que la Cour sera amenée à l'approfondir. Il s'agit cette fois de la condition selon laquelle l'objet candidat à la protection doit révéler une mise en forme concrète qui permette de constater qu'il dépasse le niveau d'une simple idée.

L'arrêt *SAS Institute* (175) (2012) conduira la Cour à pénétrer cette exigence. L'affaire porte sur un programme d'ordinateur, ce qui facilitera la tâche de la Cour. La directive particulière à cette matière (176) contient en effet l'indication expresse que les idées et les principes à la base de quelque élément que ce soit du programme ne bénéficient pas de la protection par le droit d'auteur (177). Ce qui fait un objet protégeable de cet objet spécial qu'est le programme d'ordinateur, ce ne sont en effet pas les idées ou les principes en tant que tels, mais l'expression de ces idées ou principes, ainsi que le confirme explicitement la directive (178).

Ces règles ne constituent toutefois qu'une manifestation particulière d'un principe général que l'on retrouve dans les instruments internationaux

(171) C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10.

(172) Point 42 de l'arrêt *Football Dataco*.

(173) C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel*, C-683/17.

(174) Point 54 de l'arrêt *Cofemel*.

(175) C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, C-406/10.

(176) La directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Cette directive, bien que remplacée dans l'intervalle par la directive 2009/24 (qui, pour l'essentiel, la reprend sous une forme consolidée), restait applicable à cette affaire-ci.

(177) Article 1^{er}, par. 2, 2^e phrase, de la directive 91/250. Voy. aussi, dans le même sens le considérant 14.

(178) Article 1^{er}, par. 2, 1^{re} phrase, de la directive 91/250. Voy. aussi dans le même sens le considérant 15.

relatifs au droit d'auteur, ainsi que le relève la Cour(179). Aux termes du Traité OMPI et de l'ADPIC, la protection au titre du droit d'auteur s'étend, en effet, aux expressions et non aux idées, aux procédures, aux méthodes de fonctionnement et aux concepts mathématiques en tant que tels.

Dans le cas d'un programme d'ordinateur, la Cour en déduit que la fonctionnalité du programme ne peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur, car cela reviendrait à monopoliser des idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel(180).

Il n'y a pas que les programmes d'ordinateur qui sont confrontés à l'exigence générale de mise en forme. L'arrêt *Brompton* (181) (2020) en fournira l'illustration à propos d'une œuvre des arts appliqués, à savoir un modèle de vélo pliable. La question de savoir si cet objet dépasse le niveau de la simple idée se pose ici d'une façon singulière. La Cour considère en effet que cette question peut se poser lorsque la forme de l'objet est influencée par des considérations d'ordre technique, car dans un tel cas de figure, les considérations techniques relèvent du niveau de la simple idée. Il s'agit alors de vérifier si les différentes manières d'exprimer l'idée sont à ce point limitées que l'expression finit par se confondre avec l'idée(182), ou si au contraire, ces manières sont plus diversifiées, auquel cas l'expression finalement choisie par le créateur est susceptible de dépasser le niveau de la simple idée.

65. Tout comme dans le cas de la condition d'originalité, il importe, dans le cas de la mise en forme, de situer cette condition dans sa relation à la notion d'œuvre elle-même. On est fort tenté à ce propos de conclure dans le même sens que pour l'originalité: l'exigence de mise en forme, en tant qu'elle implique un dépassement de la simple idée, est consubstantielle à la notion d'œuvre. Sans mise en forme concrète d'une idée, il n'y a pas d'œuvre, il n'y a qu'une idée.

66. Par ailleurs, il importe également de situer la condition de mise en forme vis-à-vis de la condition d'originalité. Même si elles sont toutes les deux à considérer comme des exigences consubstantielles à la notion d'œuvre, il semble exister entre elles une distinction qui implique une distance respectable. L'une peut se concevoir indépendamment de l'autre.

Ainsi, on peut envisager l'hypothèse d'une mise en forme dépourvue de choix libres et créatifs, tout comme on peut concevoir le scénario où l'originalité porte sur une simple idée dépourvue de toute mise en forme.

Toutefois, il n'est pas exclu que dans certaines situations, la frontière entre les deux exigences soit plus poreuse qu'il n'y paraît au premier abord. L'arrêt *Brompton* le suggérera d'ailleurs, même si c'est d'une manière indirecte. Il concerne un type de situations où il pourrait être conclu à l'inexistence d'une œuvre, sans que le motif de cette inexistence puisse être attribuée davantage à un défaut d'originalité qu'à un échec au test du dépassement de la simple idée. Dans une telle situation, l'exigence d'originalité tend à rejoindre celle du

(179) Point 33 de l'arrêt *SAS Institute*.

(180) Point 40 de l'arrêt *SAS Institute*.

(181) C.J.U.E., 12 juin 2020, *Brompton*, C-833/18.

(182) Points 27 et 31 de l'arrêt *Brompton*.

dépassement de la simple idée pour faire échouer l'objet candidat à la protection par le droit d'auteur.

Antérieurement à l'arrêt *Brompton*, l'arrêt *Bezpečnostní softwarová asociace* (183) (2010) avait déjà envisagé un scénario où la fonction technique dicte l'expression des composantes de l'œuvre (en l'espèce il s'agissait de l'interface utilisateur graphique d'un programme d'ordinateur). Le poids de la technique peut être tel, observait la Cour, et partant, les différentes manières de mettre en œuvre l'idée (technique) si limitées, que l'idée (technique) et l'expression se confondent (184). Dans cette affaire, la Cour avait clairement attribué l'échec au défaut d'originalité de l'interface, dès lors que les considérations techniques ne permettraient pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale (185).

L'arrêt *Brompton* (2020) en revanche est nettement plus partagé quant au motif prépondérant qui cause l'échec de l'objet candidat à la protection. Il résulte en effet de *Brompton* que la prédominance de considérations techniques dans la réalisation de l'œuvre (un modèle de vélo pliable) génère des conséquences néfastes à la protection tant du point de vue de l'exigence de la mise en forme que du point de vue de l'exigence de l'originalité. Le raisonnement de la Cour glisse de la première exigence (186) à la seconde (187), sur un mode à ce point discret qu'il se révèle ardu d'indiquer avec assurance que l'échec à la protection serait dû davantage à l'une qu'à l'autre.

67. À ce stade de l'analyse, on pourrait penser que les deux exigences traditionnelles, à savoir l'originalité et la mise en forme, suffisaient à définir la notion d'œuvre dans le but de construire un droit d'auteur à l'échelon de l'Union européenne.

Certes, rien n'avait encore été dit par la Cour à propos des «catégories» d'œuvres admissibles à la protection par le droit d'auteur. Cependant, cette question paraissait relever du champ de protection du droit d'auteur, et non des conditions qui devaient être satisfaites pour en bénéficier.

68. C'est dans ce contexte qu'intervient l'arrêt *Levola*. D'emblée, on peut dire que cette décision est de nature à bousculer les esprits, vu que rien ne semblait annoncer que la Cour ajouterait des exigences nouvelles aux deux exigences traditionnelles.

On pouvait concevoir, il est vrai, que la Cour adopte une position d'exclusion vis-à-vis de créations très spéciales (telles que des créations gustatives), mais encore une fois, on situait cette position davantage sur le terrain du champ d'application du droit d'auteur. En d'autres termes, les prévisions semblaient conclure à la possibilité d'une solution judiciaire déclarant «hors champ» des créations de ce type. L'avocat général avait d'ailleurs préparé le terrain en ce sens. Les premières réflexions qu'il formule pour expliquer son rejet de la saveur en tant qu'œuvre protégeable se fondent sur le constat que la saveur ne présente aucune analogie ni aucune proximité avec les œuvres

(183) C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09.

(184) Point 49 de l'arrêt *Bezpečnostní softwarová asociace*.

(185) Point 50 de l'arrêt *Bezpečnostní softwarová asociace*.

(186) Points 27 et 31 de l'arrêt *Brompton*.

(187) Points 34 et 37 de l'arrêt *Brompton*.

expressément mentionnées dans la Convention de Berne et le Traité OMPI sur le droit d'auteur (188).

La Cour n'a cependant pas suivi l'avocat général sur ce terrain. En revanche, elle a énoncé les nouvelles exigences que l'on sait à charge de l'objet candidat à la protection, à savoir des exigences liées à la précision et l'objectivité dans l'identification de l'objet.

69. S'agissant de ces nouvelles conditions, il importe à présent d'en vérifier la portée au sein du système construit par la Cour.

À cet égard, il s'agit prioritairement de déterminer si les exigences nouvelles se limitent aux œuvres gustatives, dont il était question dans *Levola*. Or, l'examen de l'arrêt semble devoir conduire à une réponse négative, et ce pour plusieurs motifs.

Certes, les créations gustatives constituent une catégorie d'œuvres très particulière. La Cour s'applique d'ailleurs à mettre en évidence les particularités, et même les faiblesses, qui y sont attachées, singulièrement sur le plan de la perception.

Cela étant, on observera que les mêmes faiblesses se vérifient dans le cas d'autres catégories de créations, spécialement les créations olfactives. À ce propos, on ajoutera que les créations gustatives font précisément intervenir l'odorat. On relèvera aussi que l'avocat général a lui-même abondamment exploité la proximité entre les saveurs et les odeurs, en commençant par évoquer une analogie entre les deux (189), et en poursuivant par une assimilation quasi parfaite des deux (190). Plus largement, le raisonnement adopté dans la Cour à propos des saveurs est directement inspiré par celui qu'elle a adopté en droit des marques à propos des odeurs (191).

70. Encore reste-t-il à vérifier si au-delà de l'élargissement à l'odeur, les exigences *Levola* peuvent être considérées comme constitutives d'une norme à portée générale, susceptible d'intervenir dans toute affaire de droit d'auteur, indépendamment de la nature spécifique de l'objet en cause.

À nouveau, la réponse semble devoir pencher vers une portée étendue.

Il importe de souligner à cet égard que le raisonnement suivi par la Cour fonde le rejet des créations gustatives sur des motifs qui dépassent clairement la nature très particulière de ces créations (c'est-à-dire des créations gustatives) ou des créations analogues (c'est-à-dire des créations olfactives). Si celles-ci sont écartées du bénéfice de la protection par le droit d'auteur, c'est au motif qu'elles ne satisfont pas à des exigences d'un ordre supérieur, à savoir celles qui imposent la précision et l'objectivité dans l'identification de l'objet candidat à la protection. La généralité des termes utilisés par la Cour, notamment quand elle se réfère à «l'objet de la protection», ne laisse pas la place au doute.

En outre, les décisions postérieures à *Levola* ne feront que renforcer cette analyse.

(188) Par. 51 à 54 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-310/17, *Levola*.

(189) Par. 50 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-310/17, *Levola*.

(190) Voyez par. 57 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-310/17, *Levola*.

(191) Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *Sieckmann*.

Dans l'affaire *Cofemel* (192) (2019), rien ne laissait présager que la Cour serait amenée à rappeler les exigences *Levola*. L'œuvre dont il était question était une œuvre des arts appliqués, à savoir un modèle. Plus précisément, il s'agissait de modèles de vêtements (pantalons de type jeans, sweat-shirts et tee-shirts), dotés de certaines caractéristiques visuelles. *A priori*, la situation ne se présentait pas comme problématique sur le plan de l'identification précise et objective de l'objet candidat à la protection. En tout cas, elle était loin de soulever des difficultés du calibre de celles qui se posent à propos d'une saveur. Dans la configuration *Cofemel*, en effet, l'objet candidat correspondait à un stimulus visuel et non à un stimulus gustatif. Or, s'agissant d'un stimulus visuel, on peut raisonnablement concevoir qu'en raison même de sa nature visuelle, il se prête sans difficulté à une identification précise et objective.

Néanmoins, malgré l'aptitude intrinsèque du stimulus à donner lieu à une identification précise et objective, en raison de sa nature visuelle, la Cour a estimé que les exigences *Levola* restaient utiles. À l'examen de la décision, on comprend que la Cour a assigné à celles-ci un rôle complémentaire à celui qu'elles avaient joué dans *Levola*.

Dans *Cofemel*, il s'agit d'écarter la thèse selon laquelle l'effet esthétique généré par le modèle aurait pour conséquence de déclencher la protection par le droit d'auteur. Partant du sens usuel de ce terme, la Cour relève que l'effet esthétique est « le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci [le modèle en cause] ». Elle en déduit que « cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, au sens de [l'arrêt *Levola*] » (193).

L'affaire *Cofemel* suscite des réflexions à propos du rôle joué par les exigences *Levola*. Dans un premier temps, celui de l'arrêt *Levola*, on aurait pu penser que ce rôle ne serait utile que dans le cas de créations difficiles à appréhender, en raison de leur nature non conventionnelle (des créations gustatives, olfactives ou tactiles). Il se vérifie, dans un deuxième temps, à l'occasion de l'affaire *Cofemel*, que ces exigences sont appelées à jouer un rôle à un autre niveau, cette fois dans le cas d'œuvres de nature davantage conventionnelle (des œuvres des arts appliqués). Il est plus que probable qu'à terme, il importera de distinguer le niveau *Levola* du niveau *Cofemel*. Dans ce dernier cas, il ne faudrait pas que les exigences *Levola* aboutissent à remettre en cause le statut d'œuvres pour des créations dont on ne doute pas qu'elles constituent des œuvres au sens de la Convention de Berne (194), ainsi qu'on le verra.

Par ailleurs, l'arrêt *Cofemel* nourrit encore d'autres réflexions, plus larges cette fois, à propos de la relation entre la notion d'œuvre en tant qu'elle est protégée par le droit d'auteur et la notion d'esthétique. La Cour affranchit en effet l'œuvre de l'esthétique. Certes, elle reconnaît que « des considérations d'ordre esthétique participent de l'activité créative » (195). Cependant, ces

(192) C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel/G-Star Raw*, C-683/17.

(193) Point 53 de l'arrêt *Cofemel*.

(194) À propos de la notion d'œuvre dans la Convention de Berne : voyez la section suivante.

(195) Point 54 de l'arrêt *Cofemel*.

considérations sont insuffisantes, en tout cas pour assurer à la création l'originalité indispensable à sa qualification d'œuvre. La Cour observe à ce propos que «la circonstance qu'un modèle génère un effet esthétique ne permet pas, en soi, de déterminer si ce modèle constitue une création intellectuelle reflétant la liberté de choix et la personnalité de son auteur, et satisfaisant donc à l'exigence d'originalité [...]»(196).

71. L'arrêt *Brompton* (197) (2020) est lui aussi intervenu dans une affaire portant sur la protection d'un modèle. Cette fois, il s'agit d'un modèle de vélo pliable. La décision reprend les exigences *Levola* (198), en citant comme source l'arrêt *Cofemel* et non l'arrêt *Levola* (199). Par ailleurs, *Brompton* n'attache aucune conséquence particulière à ces exigences. Il est vrai que dans ce cas-ci, leur incidence n'était pas à l'ordre du jour, dès lors que la problématique soulevée portait sur l'existence ou non d'une originalité dans une situation où la création est influencée par des considérations techniques. La Cour le signale d'ailleurs explicitement : «[...] ce vélo paraît identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité»(200). Dans un tel contexte, les exigences *Levola* pourraient être considérées comme superflues, si ce n'est que leur mention sert précisément à confirmer qu'elles participent désormais de manière constante et systématique à la définition de l'œuvre. Les conditions de précision et d'objectivité dans l'identification de l'objet candidat à la protection se voient ainsi solidement installées au cœur du système du droit d'auteur de l'Union européenne.

V. — LA NOTION D'ŒUVRE DANS LE DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL CONVENTIONNEL

72. Par rapport à la question de savoir si un objet gustatif constitue une œuvre, le réflexe logique est de se tourner vers la Convention de Berne(201) — que nous prendrons la liberté de désigner ci-après sous une forme abrégée : la «Convention», ou «Berne».

C'est le texte de référence par excellence en droit d'auteur. Il revêt une autorité à la fois formelle et naturelle. Au plan international, tout d'abord, il instaure un standard de protection minimum que l'Union européenne et ses membres se sont engagés à respecter(202). Au-delà de cela, la Convention bénéficie d'une aura singulière car elle est inévitablement associée aux racines du droit d'auteur moderne. Sa contemporanéité(203) avec la naissance

(196) Point 54 de l'arrêt *Cofemel*.

(197) C.J.U.E., 11 juin 2020, *Brompton Bicycle c. Chedech/Get2Get*, C-833/18.

(198) Point 25 de l'arrêt *Brompton*.

(199) La référence à *Cofemel* plutôt qu'à *Levola* pourrait peut-être s'expliquer par le fait que *Cofemel* est le dernier arrêt en date, et surtout qu'il concernait lui aussi un modèle.

(200) Point 28 de l'arrêt *Brompton*.

(201) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris du 24 juillet 1971).

(202) L'arrêt *Levola* rappelle que l'Union s'est engagée à respecter la Convention de Berne ainsi que l'y invite le Traité OMPI du 8 décembre 1996 sur le droit d'auteur auquel elle a adhéré.

(203) La première version de la Convention de Berne date du 9 septembre 1886. Elle a été régulièrement révisée par la suite, mais elle est restée très stable dans l'ensemble.



du droit d'auteur dans les États pionniers(204) n'y est pas pour rien. On en déduit qu'en s'y plongeant, on renoue avec les sources du droit d'auteur. Le besoin de recourir à cet instrument est encore plus impérieux quand il s'agit de traiter des questions aussi fondamentales que celles qui consistent à délimiter le champ d'application du droit d'auteur, et à définir son objet.

À cela s'ajoute que la Convention fournit des indications fort utiles pour guider les solutions à adopter sur ces questions. Parmi ces indications se trouve en particulier une liste des œuvres éligibles à la protection. Celle-ci agit régulièrement à la façon d'un aimant quand il faut se prononcer sur l'éligibilité d'un objet candidat à la protection du droit d'auteur. C'est précisément ce qui s'est passé dans l'affaire *Levola*, à propos de la saveur, du moins dans le chef de l'avocat général. Ce dernier a vu dans la liste de Berne un élément décisif pour son raisonnement. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la portée de la Convention dépasse largement l'intérêt que présente cette liste. Il faut donc poser sur cet instrument un regard qui l'embrasse dans son ensemble et dans son contexte.

73. Dans la Convention, il n'y a pas à proprement parler de définition de l'œuvre. Du moins, il n'y en a pas au sens formel et complet du terme, car il y a à tout le moins, comme on le verra, une *esquisse générale de cette notion* (205). Cela ne doit pas surprendre, vu la nature de ce texte et les circonstances qui ont entouré son élaboration.

Berne est en effet un instrument conventionnel international (à vocation mondiale), qui, de ce fait même, est le résultat de compromis interétatiques. Or, rien n'est moins facile dans un forum multilatéral de cette ampleur que d'obtenir un consensus sur un concept aussi fondamental que l'œuvre. Les accords entre les États porteront dès lors sur des questions plus ponctuelles, en fonction, d'une part, des besoins exprimés à l'époque par la communauté internationale et, d'autre part, de la faisabilité d'un consensus sur ce que l'on pourrait appeler des plus petits communs dénominateurs (206).

Cela étant, la non-définition (207) de l'œuvre dans Berne n'est probablement pas purement accidentelle, et, par ailleurs, elle ne signifie pas que la Convention serait dépourvue de toute information sur le sujet.

74. Tout d'abord, du fait qu'elle s'abstient de procéder à une définition — laquelle a par nature tendance à figer les notions — la Convention permet des adaptations de la notion d'œuvre aux évolutions futures, et elle présente dès lors un avantage significatif dont on peut aisément deviner qu'il aura été aperçu par un certain nombre d'États signataires. Il en résulte que la non-définition de l'œuvre n'est probablement pas purement accidentelle.

Deux éléments textuels de la Convention, au moins, permettent de corroborer ce qui précède.

(204) Dont la Belgique, laquelle avait adopté sa première loi en la matière le 22 mars 1886.

(205) M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.1 et 2.2. Cf. aussi *infra*.

(206) Voyez en ce sens, à propos de la difficulté à concilier les points de vue des différents pays sur des concepts fondamentaux, les commentaires de C. Massouyé dans le guide que l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle a consacré en 1978 à la convention de Berne : C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI de la convention de Berne*, 1978, point 1.15.

(207) Au sens d'une définition formelle et complète.

75. En premier lieu, le texte de Berne indique que le concept d'œuvre s'applique à toute œuvre, quel qu'en soit le mode d'expression et quelle qu'en soit la forme d'expression. Les mots utilisés — « mode » et « forme » — sont puissants et, du fait qu'ils sont visés dans toutes leurs occurrences — « quel que » — ils confèrent au concept d'œuvre une très large ouverture et une flexibilité remarquable.

Il découle du texte que le statut d'œuvre ne comporte aucune exigence par rapport à la manière dont l'œuvre est susceptible d'être communiquée au public : par écrit, par oral, ou par tout autre mode ; *a priori*, les modes olfactifs, gustatifs et tactiles ne sont donc pas exclus.

Il résulte également du texte que la manière dont l'œuvre a été réalisée, c'est-à-dire la nature de sa mise en forme(208), importe peu, de sorte que le genre de l'œuvre est totalement indifférent pour le déclenchement de la protection par le droit d'auteur. Les genres admis par la Convention sont donc susceptibles d'inclure tant les genres conventionnels (littéraire, cinématographique, plastique, musical, scénique ou autre genre conventionnel), que les genres non conventionnels (et donc, le cas échéant des créations gustatives, olfactives et tactiles).

Quand on considère Berne sous cet angle, on en conclut que cet instrument regarde vers le futur, et qu'il serait donc inconvenant d'y déceler la trace d'un quelconque cran d'arrêt. La Convention est bel et bien conçue pour accueillir tout type d'œuvre. Pour autant, comme on le verra, cette ouverture ne signifie pas que tous les types de créations(209) sont d'ores et déjà inclus dans la Convention en tant qu'œuvres(210).

76. En second lieu, le texte de la Convention indique sans ambiguïté que la liste des œuvres éligibles à la protection n'est qu'exemplative(211). En recourant délibérément au terme « telles que », Berne confirme qu'elle n'est en rien réfractaire à l'inclusion d'autres œuvres que les œuvres nommément désignées dans la liste qu'elle propose.

77. Par ailleurs, même si Berne n'énonce pas une définition de l'œuvre, elle livre des indications à propos de ce concept, qui en guident la compréhension, au point d'être parfois qualifiées d'« esquisse générale » de l'œuvre(212).

La première indication textuelle est d'ordre général. Elle réside dans le terme « productions » qui est utilisé comme un équivalent des « œuvres littéraires et artistiques ». En soi, ce terme assez neutre ne paraît pas de nature

(208) Voyez en ce sens M. FICSOR dans le guide que l'OMPI a consacré en 2003 à la convention de Berne : M. FICSOR, *Guide OMPI de la convention de Berne*, 2003, CB-2.11.

(209) Abstenons-nous de recourir systématiquement à la qualification d'œuvres à ce stade : ce sont des créations, dont il reste précisément à déterminer si elles constituent des œuvres.

(210) L'inclusion dans la Convention en tant qu'œuvre implique l'obligation pour tous les États contractants de reconnaître le statut d'œuvre à la création en cause, et dès lors d'accorder le bénéfice du traitement national ainsi que les droits minimaux attachés à l'œuvre : voy. à ce sujet, M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.17 ; S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *International Copyright and neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2006, vol. 1, par. 8.01, p. 400.

(211) Voy. à cet égard S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *The Berne Convention and Beyond*, par. 8.09 et s. ; M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.16.

(212) M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.1 et 2.2.

à révéler une quelconque information. Mais à y regarder de plus près, on y décelez une activité dont on comprend, dans le contexte, qu'elle est de nature intellectuelle. En cela, la production se distingue de la simple idée ou de l'information brute, vu qu'elle porte en elle un processus d'élaboration, lequel aboutira à une mise en forme concrète(213).

La deuxième indication textuelle de Berne est liée au terme d'«expression», là où la Convention donne à connaître qu'elle s'attache à la protection de toutes les productions [du domaine littéraire scientifique ou artistique] quel qu'en soit le mode ou la forme d'«expression». Dans ce contexte-ci aussi, l'emploi du terme «expression» rappelle que la protection porte sur une mise en forme(214). Il sert plus précisément à indiquer que la protection offerte par la Convention ne s'étend pas aux idées, mais uniquement à la forme dans laquelle ces idées sont exprimées(215).

En revanche, Berne ne livre aucune indication supplémentaire à propos de la notion d'œuvre. En particulier, la Convention ne fournit aucun élément textuel qui tendrait à conforter les exigences qui seront formulées ultérieurement par la Cour de justice dans *Levola*, à savoir les exigences de précision et d'objectivité dans l'identification de l'œuvre.

78. Si, à partir des indications textuelles qui précèdent, on vérifie, au regard de Berne, l'éligibilité d'une saveur en tant qu'œuvre, voici les constats qu'il semble permis d'effectuer. On observe successivement que la saveur bénéficie du caractère exemplatif de la liste, qu'elle équivaut à une production et qu'elle correspond à une expression. On en conclut que Berne devrait en principe octroyer à ce type d'objet un *a priori* positif.

Dans *Levola*, l'avocat général avait cependant un autre point de vue sur cette question. Sa réticence était due au fait que la liste de Berne «ne fait référence qu'aux œuvres qui sont perçues par des moyens visuels ou sonores, tels que les livres et les compositions musicales, à l'exclusion des productions qui peuvent être perçues par d'autres sens comme le goût, l'odorat ou le toucher»(216).

Il est exact que la liste de Berne ne mentionne aucune œuvre d'une catégorie non conventionnelle (au sens «non classique»). Il ne faut toutefois pas en inférer des conclusions indues. Le silence de Berne révèle tout simplement qu'au moment de son adoption ou de l'une de ses révisions les œuvres de la catégorie gustative, olfactive ou tactile, ne faisaient pas partie des œuvres reconnues comme protégeables dans une majorité d'États signataires(217). La seule conséquence en est que les États signataires ne sont pas tenus de protéger les œuvres d'une telle catégorie(218).

(213) M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.10.

(214) M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.11; C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI*, 1978, point 2.3.

(215) S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *The Berne Convention and Beyond*, 2006, par. 8.07, p. 407; M. FICSOR, *Guide OMPI*, 2003, CB-2.11; C. MASSOUYÉ, *Guide OMPI*, 1978, point 2.3.

(216) Conclusions de l'avocat général dans *Levola*, C-310/17, par. 51.

(217) Comp. S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, p. 409, n° 8.09 (solution *a contrario*).

(218) S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, p. 409, n° 8.09 (solution *a contrario*).

En revanche, la Convention ne s'oppose nullement à ce qu'un pays contractant décide de son propre chef de prévoir que la protection par le droit d'auteur bénéficiera aux œuvres de ces catégories non conventionnelles. Au contraire, la Convention a même créé un cadre qui permet une initiative nationale en faveur des œuvres non conventionnelles, grâce à une conception ouverte de l'œuvre, c'est-à-dire une conception sans exclusive. De surcroît, si un État signataire prend une telle décision, l'obligation de traitement national prévue par Berne lui sera applicable, ce qui signifie qu'il sera obligé d'accorder une protection pour les œuvres non conventionnelles réalisées par des auteurs ressortissants d'un autre membre de Berne(219); en outre, il sera contraint de prévoir en faveur de ces œuvres les droits minimaux prévus par la Convention.

79. Il reste néanmoins à examiner si Berne ne contient pas un autre motif qui ferait obstacle à la protection par le droit d'auteur d'une œuvre non conventionnelle, telle que, en particulier, la saveur d'un produit alimentaire.

Dans *Levola*, l'avocat général signale à ce propos que la protection par le droit d'auteur doit être refusée à la recette qui génère la saveur, vu que, selon lui, la recette ne correspond qu'à une idée, et que seule la mise en forme de cette idée donne prise au droit d'auteur(220).

Or, ce motif de refus pourrait se réclamer de Berne. Certes, l'exigence du dépassement de l'idée est plus explicite dans d'autres conventions internationales que Berne(221). Néanmoins, elle est présente dans Berne, même si c'est de manière implicite: elle se niche en effet dans les termes «production» et «expression», déjà commentés.

80. Encore faut-il vérifier la validité de la prémisse adoptée par l'avocat général, à savoir que la recette, abstraction faite de son expression verbale ou visuelle, ne correspond qu'à une idée.

Un premier examen rapide révèle que cette prémisse est couramment partagée.

Ainsi, aux États-Unis, l'autorité fédérale en charge du droit d'auteur (le «Copyright Office») estime que la recette n'est rien d'autre qu'une liste d'ingrédients dont la nature ne diffère pas fondamentalement de celle d'une énumération de faits bruts. Quant à la méthode de préparation du plat, l'autorité fédérale considère qu'elle n'est rien d'autre qu'une méthode, et donc, qu'en tant que telle, elle n'est pas protégeable non plus(222). Cette position trouve majoritairement des soutiens dans la doctrine, même si l'on relève certains commentaires critiques(223).

(219) S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, *The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, pp. 409-410, n° 8.11.

(220) Conclusions de l'avocat général dans *Levola*, C-310/17, par. 55.

(221) Accord ADPIC; Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur.

(222) <https://www.copyright.gov/circs/circ33.pdf>.

(223) Ch. BUCCAFUSCO, «On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's sauces be per se copyrightable?», 24 *Cardozo Arts & Enter. L.J.*, 2007, (1121), 1149 e.s.



En Europe également, les commentateurs souscrivent volontiers à l'analyse que la recette de cuisine relève du niveau de l'idée et que, pour ce motif, elle n'est pas protégeable (224), même s'il existe des voix dissonantes (225).

En dépit de la tendance générale, il est toutefois défendable d'avoir sur la question un avis moins tranché, qui tire davantage parti de la complexité de la recette : à l'instar de la combinaison de sons qui caractérise une composition musicale, de la combinaison d'éléments visuels qui caractérise un sac à main, ou de la combinaison des textes qui caractérise une encyclopédie, la recette, elle aussi, se constitue d'une composition, susceptible de donner lieu à des choix libres et créatifs, nous semble-t-il.

81. Il existe donc des motifs valables pour soutenir que la Convention de Berne ne contient pas d'obstacle infranchissable à l'accueil de saveurs ou de parfums parmi les créations susceptibles de bénéficier de la protection par le droit d'auteur.

Néanmoins, il ne s'agirait là que d'un *nihil obstat* en ce sens que la Convention est essentiellement neutre : si elle n'exclut pas l'accueil de ces créations-ci, elle n'en impose pas pour autant leur intégration au sein de la sphère de protection par le droit d'auteur. On en déduit que l'Union européenne est libre d'opter pour la non-inclusion, ainsi qu'elle l'a décidé à l'occasion de l'affaire *Levola*.

82. La liberté de l'Union par rapport à Berne, s'agissant de la non-inclusion des saveurs est une chose. La manière dont l'Union exerce cette liberté et motive son choix en est une autre. Il importe qu'à ce niveau, la décision de l'Union évite de produire un impact qui aurait pour effet d'affecter dans leur statut d'œuvres des créations dont ce statut est reconnu par Berne.

À cet égard, il convient d'accorder une attention particulière à l'effet potentiel qui découle de la nouvelle exigence posée par l'arrêt *Levola*, à savoir l'identification précise et objective de l'objet de la protection. Selon la portée et l'interprétation qu'on lui prêterait, cette exigence pourrait fragiliser certaines créations, dont on ne doute pourtant qu'elles constituent des œuvres au regard du texte de la Convention.

Cela pourrait être le cas, notamment, d'une œuvre des arts appliqués. Malgré l'arrêt *Brompton*, tout risque n'est pas exclu que le test *Levola* soit utilisé pour rejeter cette œuvre, au motif qu'elle ne serait pas identifiée d'une manière précise et objective à défaut d'une description détaillée et préalable des choix qui la caractérisent.

Il paraît important d'écarter une telle interprétation de l'exigence *Levola*, car elle est susceptible de déboucher sur une incompatibilité avec la notion d'œuvre telle que celle-ci est conçue par la Convention de Berne. On observera au demeurant que l'interprétation ainsi écartée repose sur la prémisse, contestable, qu'une œuvre ne devient une œuvre que si, dès sa naissance et

(224) Voy. not., M.C. JANSSENS, « *De gustibus non est disputandum? Over smaken in het auteursrecht valt nochtans wel te discussiëren* », *D.A.O.R.*, 2018, 87-93, n° 16, et les références y citées.

(225) Voyez, notamment, D. FABRIS, « The Food Industry and the Fallacies of Denying Copyright Protection to Haute Cuisine Recipes », *E.I.P.R.*, 2019, 704-713.



avant tout procès, le public est informé dans le détail des éléments qui la constituent, voire des éléments qui caractérisent son originalité (226).

83. Sous les réserves qui précèdent, on peut donc considérer que par rapport à la Convention de Berne, l'Union européenne était en droit de statuer comme elle l'a fait dans l'affaire *Levola*. À nouveau, la Convention est en effet caractérisée par une neutralité qui s'avère déterminante dans ce contexte-ci.

Il n'y a dès lors pas lieu, nous semble-t-il, de procéder à une interprétation restrictive de Berne ni de regretter que la Cour se soit abstenue d'y procéder elle-même (227). En tout état de cause, on concevrait difficilement que la Cour procède elle-même à une interprétation de la Convention. En effet, en cas de conflit sur le point de savoir si certaines productions doivent être protégées par le droit d'auteur en vertu de la Convention, il semble qu'il n'existe qu'une seule voie de règlement possible; elle consiste à soumettre la question à la Cour internationale de justice (228).

VI. — LA NOTION D'ŒUVRE EN DROIT D'AUTEUR ET EN DEHORS DU DROIT D'AUTEUR

84. Œuvre ou non-œuvre: la décision intervient dans la sphère juridique du droit d'auteur, mais quand elle penche pour la non-œuvre, elle se fonde sur des motifs qui sont extérieurs à cette sphère. La sentence de non-œuvre dans l'arrêt *Levola* en est une illustration emblématique, à propos des saveurs et plus que probablement des odeurs, par effet d'extension (229).

Si, dans *Levola*, la Cour tranche pour la non-œuvre, c'est, indique-t-elle, pour le motif que les individus ne perçoivent pas les stimuli de ce type d'une manière égale et invariable dès lors que leur perception peut varier en fonction de l'âge, des préférences, des habitudes, de l'environnement et des circonstances de la réception, notamment (230).

Cette référence à des observations qui se situent hors du champ juridique éveille la curiosité. Puisque la Cour se déplace sur ces terrains, il paraît légitime de procéder à des vérifications relatives aux performances humaines sur le plan sensoriel. Certes, celles-ci ne peuvent être que parcellaires et superficielles dès lors qu'elles dépassent les compétences du juriste. Elles n'en sont pas pour autant dépourvues d'intérêt dans la mesure où elles ont pour seul objectif de révéler les limites du droit quand il prétend appréhender les phénomènes du monde réel.

85. Une première vérification nous vient du domaine des neurosciences et de la biologie moléculaire concernant les odeurs (lesquelles interviennent également, comme on l'a vu, dans l'expérience gustative). Elle se fonde sur des résultats de performance du nez humain et fait suite à des études qui

(226) Voyez ci-avant les critiques à l'égard d'une telle prémisse.

(227) Voy. sur ces questions, C. SGANGA, «The notion of 'work' in EU Copyright Law after the *Levola Hengelo*: One Answer Given, Three Question Marks Ahead», *E.I.P.R.*, 2019, pp. 415-424, spéc. 420; J. CABAY et F. GOTZEN, «Une saveur n'est pas une œuvre. *Cette notion vaut bien un fromage, sans doute*», *op. cit.*, pp. 793-811, spéc. 796.

(228) M. FICSOR, *Guide OMPI de la Convention de Berne*, 2003, point BC-2.20.

(229) Cf. *supra*, à propos des liens étroits entre la saveur et la perception olfactive.

(230) Point 42 de l'arrêt *Levola*.



elles-mêmes se greffent sur les travaux de référence en la matière qui ont valu le prix Nobel aux chercheurs Axel et Buck en 2004 (231).

Il apparaît que le nombre d'odeurs que le nez humain est capable de reconnaître est considérable, dès lors qu'il est de l'ordre de mille milliards (232). Il semblerait à cet égard (233) que la performance de l'odorat humain soit très largement supérieure à celle de la vue à l'égard des couleurs (234) et infiniment supérieure à celle de l'ouïe (235).

Aussi impressionnantes soient ces données sur le terrain des sciences liées au potentiel sensoriel, il est loin d'être acquis qu'elles soient de nature à produire une incidence de même ampleur vis-à-vis de la Cour de justice sur le terrain juridique.

Rappelons-nous que dans l'affaire *Sieckmann* l'avocat général avait admis le potentiel impressionnant des signes olfactifs dans le monde réel, sans pour autant que cette reconnaissance se traduise par une ouverture en leur faveur sur le terrain juridique du droit des marques (236).

On peut y ajouter le précédent de l'affaire *Libertel* (237) qui lui aussi, tend à montrer que le monde juridique de la propriété intellectuelle ne se laisse pas aisément convaincre par des performances qui lui sont extérieures. Dans cette affaire, la Cour avait l'opportunité, pour décider si une couleur était admissible au titre de marque, de prendre en considération la possibilité technique de distinguer un très grand nombre de nuances de couleurs. La Cour avait conclu à l'époque (2003) que cette possibilité, quand bien même elle serait avérée, est sans pertinence (238), pour se prononcer en faveur de l'admission d'une couleur voire d'une nuance particulière de couleur. La raison pour cette position semble liée au fait que la possibilité résultait de moyens techniques (239). En effet, en droit des marques, comme l'indique la Cour, c'est le prisme de la perception humaine, dans le chef du public pertinent, qui importe pour déterminer si une couleur en elle-même est susceptible d'être enregistrée en tant que marque (240). Or, selon la Cour, quelles que soient les possibilités offertes par les moyens techniques pour distinguer un nombre considérable de couleurs, du point de vue du public pertinent (le seul point de vue qui pour elle est décisif), l'aptitude à distinguer est peu élevée du fait que le public a rarement la possibilité de comparer directement des produits revêtus de différentes nuances de couleurs (241).

(231) Voy. not., parmi les nombreux articles d'actualité parus à cette occasion : https://www.sciencesetavenir.fr/sante/un-millier-de-genes-pour-10-000-odeurs_24818.

(232) C'est le chiffre qui fut mentionné dans les médias à l'occasion de la parution d'un article paru dans la revue *Science* en mars 2014. Voy. par exemple, https://www.sciencesetavenir.fr/sante/l-homme-distigue-au-moins-1-000-milliards-d-odeurs_27192.

(233) Selon la même source : https://www.sciencesetavenir.fr/sante/l-homme-distigue-au-moins-1-000-milliards-d-odeurs_27192.

(234) La vue humaine permettrait de distinguer plusieurs millions de couleurs.

(235) L'ouïe humaine reconnaîtrait plusieurs centaines de milliers de sons.

(236) Cf. *supra*, à propos de l'affaire *Sieckmann*.

(237) C.J.C.E., 5 mai 2003, *Libertel*.

(238) Point 45 de l'arrêt *Libertel*.

(239) *Ibid.*

(240) *Ibid.*

(241) Point 47 de l'arrêt *Libertel*.

86. On retient de ce qui précède qu'en droit des marques, la Cour rejette l'argument tiré des capacités offertes par la technique pour identifier les objets éligibles à la protection.

En droit d'auteur, dans l'affaire *Levola*, la Cour adopte une position nettement divergente sur cette question. Loin de rejeter l'argument de la performance assurée par la technique, pour défaut de pertinence, elle part, au contraire, de la prémisse implicite que ce type d'argument est pertinent. Cela ne peut être en effet que parce qu'un tel argument est pertinent que la Cour peut se permettre d'observer qu'«une identification précise et objective de la saveur d'un produit alimentaire, qui permette de distinguer la saveur d'autres produits de même nature, n'est pas possible par des moyens techniques en l'état actuel du développement scientifique»(242).

Certes, la Cour ne tirera finalement aucune conséquence de l'éventualité que les moyens techniques évoluent à l'avenir dans un sens favorable à l'identification de la saveur, mais cela n'enlève rien au fait qu'elle a reconnu la pertinence du potentiel technique.

87. En revanche, l'arrêt *Levola* ne mobilise pas du tout les informations relatives au potentiel sensoriel humain à l'égard des stimuli gustatifs, alors que lui aussi paraît impressionnant. Les études montrent en effet que chaque molécule gustative suscite une image sensorielle reconnue spécifiquement par le cerveau(243).

Certes, il semble scientifiquement admis que, indépendamment de la capacité de reconnaissance gustative attribuée à chaque individu, les individus ne ressentent pas tous la même chose en mangeant un aliment, ce qui paraît devoir être attribué au fait qu'ils ne salivent pas tous de la même manière(244). Pour autant, ce constat ne semble pas devoir affecter *ipso facto* une certaine concordance entre les sensations individuelles, ni la possibilité pour un groupe représentatif d'individus de désigner certaines sensations communes jusqu'à un certain degré de finesse(245). À cela s'ajoute que les stimuli gustatifs eux-mêmes (par opposition aux sensations qu'ils provoquent) peuvent faire l'objet d'une identification objective, le cas échéant par l'entremise de moyens techniques, comme on vient de l'évoquer(246).

88. Une deuxième vérification nous provient des domaines de la psychologie expérimentale et de la philosophie de l'esthétique.

Sur le terrain de la psychologie expérimentale, R. Francès(247) a notamment étudié «les effets sur le récepteur humain des productions artistiques»(248). Dans ses travaux, il observe que la perception des œuvres est

(242) Point 43 de l'arrêt *Levola*.

(243) Voy. les informations consultables à l'adresse suivante : <https://observatoire-des-aliments.fr/qualite-dico/saveurs>.

(244) Voyez les informations disponibles sur : <https://www.inrae.fr/alimentation-sante-globale/gout>.

(245) Voyez ci-après à propos d'observations effectuées dans le domaine de la psychologie cognitive.

(246) Cf. *supra* à propos de point 43 de l'arrêt *Levola*.

(247) Robert Francès était professeur de psychologie expérimentale à l'Université Paris X-Nanterre, et il a fondé l'Association internationale d'esthétique expérimentale.

(248) R. FRANCÈS, *Psychologie de l'esthétique*, Presses universitaires de France, 1978, p. 2.



indéniablement relative, en ce qu'elle est tributaire, entre autres, de l'âge et du milieu de l'individu qui reçoit l'œuvre. Toutefois, ajoute-t-il, il existe aussi des points de convergence voire des accords entre les individus (249).

Quand on le confronte à ces observations, on relève que l'arrêt *Levola* ne prend en compte que la dimension relative de la perception individuelle, et non sa dimension collective, c'est-à-dire l'aptitude de la perception individuelle à se prêter à un partage collectif.

En outre, dans l'arrêt *Levola*, la Cour impute les carences dues à la relativité de la perception individuelle aux seules catégories des œuvres dites non conventionnelles, en particulier les œuvres gustatives (250). Elle laisse ainsi entendre que les œuvres conventionnelles (du type œuvres musicales ou picturales) ne seraient pas atteintes par ces carences (251). Or, ici aussi, les études menées en psychologie de l'esthétique pourraient potentiellement amener la Cour à adopter une position plus équitable vis-à-vis de l'ensemble des œuvres, sans avantager certaines catégories. Ainsi, comme l'observe R. Francès à propos des œuvres littéraires, l'orientation de l'individu vers les œuvres de cette catégorie est ici aussi tributaire, notamment, du milieu dans lequel évolue l'individu, lequel est caractérisé, le cas échéant, par une pauvreté linguistique (252). Ce constat n'est pas sans incidence sur la capacité variable des individus à identifier l'objet de la protection. Des observations analogues, voire plus incisives encore, sont évidemment concevables à l'égard d'autres catégories d'œuvres dites conventionnelles, telles que les œuvres musicales.

89. Sur le terrain de la philosophie de l'esthétique, plusieurs spécialistes ont développé des réflexions qui pourraient se révéler fort utiles au juriste qui entreprend de cerner la notion d'œuvre, en particulier à propos de créations non conventionnelles.

Ainsi, C. Jacquet a entrepris l'élaboration d'une esthétique olfactive (253). Ses travaux représentent au moins deux apports potentiels pour le juriste. D'une part, ils remettent en cause la faiblesse prêtée au sens olfactif, et de ce fait, ils sont profitables à l'égard du sens gustatif qui lui est étroitement lié. D'autre part, ils ouvrent des perspectives sur la possibilité de concevoir des créations olfactives.

90. Au vu des vérifications qui précèdent, on aboutit au constat que la Cour a fort peu sollicité les expertises sur des terrains qui, certes, sortent de sa compétence, mais qu'elle avait néanmoins décidé elle-même d'emprunter.

C'est précisément ce dernier point qui est troublant. En soi, il n'est pas offusquant que la pratique juridique opère selon un modèle auto-suffisant, c'est-à-dire d'une manière indépendante par rapport aux domaines non juridiques, pour élaborer une solution qui lui est propre. En revanche, il est curieux que pour justifier une solution juridique qui lui est propre, elle mobilise des arguments empruntés à d'autres domaines que le sien, sans toutefois

(249) *Ibid.*, p. 4.

(250) Auxquelles on peut assimiler les œuvres olfactives.

(251) Point 42 de l'arrêt *Levola*.

(252) R. FRANCÈS, *Psychologie de l'art et de l'esthétique*, op. cit., p. 30.

(253) C. JACQUET, *Philosophie de l'odorat*, Paris, Presses universitaires de France, 2010.

soumettre ces arguments au modèle de validation en vigueur dans ces autres domaines.

VII. — MISES EN PERSPECTIVE ET ENVOI

À l'issue de l'analyse qui précède, trois réflexions d'ordre général viennent à l'esprit.

91. La première réflexion a trait à la cohérence interne du droit de la propriété intellectuelle. Elle est le fruit du rapprochement de l'arrêt *Levola* et de l'arrêt *Sieckmann*.

Il est indéniablement bénéfique d'envisager une harmonisation des mécanismes des différents droits intellectuels car cela pourrait permettre une approche intégrée des problématiques communes à ces droits. Encore faut-il identifier avec perspicacité les points d'une convergence possible entre les différentes branches de la matière; en outre, il importe de définir d'une manière appropriée la problématique à traiter, au regard de ces points de convergence; enfin, il convient de progresser dans le souci constant de respecter la nature profonde de chacun des droits concernés, c'est-à-dire ses racines premières.

À ces trois niveaux, l'exercice peut se révéler extrêmement délicat quand il consiste à déterminer d'une façon harmonisée l'objet de la protection, respectivement en droit des marques et en droit d'auteur.

On relèvera à ce propos que la marque est un objet dont les racines premières plongent dans le terreau du commerce et de l'industrie. De ce fait, elle entretient avec le droit des liens étroits, dès le départ, car elle doit au droit le fait même de son existence: sans le droit, elle ne peut revendiquer une existence propre.

Par contraste, l'œuvre est un objet dont les racines premières germent dans le terreau de la création et de la culture, au sens le plus large de ces termes. Son existence est antérieure à l'intervention du droit. Elle est indépendante de celui-ci, en ce sens que le droit n'est qu'un outil auxiliaire destiné à l'encourager et à la protéger, elle et son créateur.

92. Considéré sous cet angle, l'arrêt *Levola* nous semble soumettre l'œuvre, objet du droit d'auteur, à une mutation qui affecte sa nature profonde, dès lors que la décision a pour effet de transplanter l'œuvre dans un terreau commercial qui n'est pas son terreau d'origine. L'œuvre reçoit de ce fait un profil nouveau qui est déterminé par les intérêts des opérateurs économiques du marché.

Ce profil nouveau va de pair avec une conception de la sécurité juridique et du rôle du consommateur qui est directement issue du droit des marques.

Ce n'est pas à dire que la sécurité juridique n'a aucune place en droit d'auteur. On peut, par exemple, lui reconnaître un rôle majeur en ce que le droit attaché à l'œuvre ne doit pas permettre à son titulaire de s'opposer à une création indépendante, c'est-à-dire une création réalisée sans emprunt à l'œuvre protégée. En revanche, la sécurité juridique, en droit d'auteur, n'est pas appelée à poursuivre l'objectif de fournir à l'ensemble des opérateurs économiques des informations destinées à leur permettre de développer des produits considérés comme concurrents.

De même, il est clair que le public occupe une place réelle en droit d'auteur, et même une place essentielle. Sans public, il ne peut être question d'une communication au public. En revanche, il est nettement moins évident que le public, lorsqu'il reçoit une œuvre, aurait pour vocation de déterminer si l'œuvre mérite sa qualification d'œuvre, de la même manière qu'en droit des marques le consommateur a vocation à déterminer si un signe mérite sa qualification de marque du fait qu'il remplit sa fonction d'indication de provenance.

C'est donc à l'aune du souci constant de ne pas trahir la nature profonde des droits respectifs en cause qu'il importe d'évaluer la pertinence de la convergence au sein de la propriété intellectuelle. Pour les raisons mentionnées précédemment, l'arrêt *Levola* n'est pas à l'abri de toute critique à cet égard.

93. Une deuxième réflexion concerne la détection d'un phénomène courant dans un monde judiciaire confronté à l'ampleur titanesque de sa mission face à des conflits de plus en plus complexes. Ce phénomène, on pourrait lui donner le nom de «réflexe de réalité judiciaire», pour désigner une prise en compte des difficultés considérables et croissantes qui peuvent peser sur l'exercice de l'office du juge.

Dans l'affaire *Levola*, la nature de l'objet candidat à la protection, à savoir une saveur, confronte le juge à des questions particulièrement épineuses à l'occasion d'une accusation de contrefaçon. Il s'agit pour le juge de déterminer, entre autres, si une saveur correspond à une forme concrète, si la saveur en cause peut être considérée comme originale, et si l'originalité de la saveur en cause — à la supposer établie — se retrouve dans la saveur accusée de contrefaire. À l'occasion de la réponse à cette dernière question, le juge devra en outre poser des choix délicats qui l'amèneront à décider s'il doit se placer du point de vue du consommateur moyen qui goûte, ou d'un expert en dégustation, ou encore d'un spécialiste scientifique qui identifie précisément et objectivement la composition de l'objet destiné à la dégustation.

Dans ce contexte, ce que nous appelons le réflexe de réalité judiciaire paraît conduire ici, d'une manière inéluctable, à l'exclusion de la saveur. La voie la plus aisée pour y parvenir passe par une définition dite «ségrégationniste» de l'œuvre, c'est-à-dire une définition orientée vers le rejet. Cette approche n'est évidemment pas irréprochable, car elle aboutit à transformer en une notion fermée une notion qui, à l'origine, est une notion foncièrement ouverte. La notion d'œuvre étant une notion «intrinsèquement vague», les entreprises de définitions ne devraient, en principe, nourrir qu'une visée «intégrationniste» et pas «ségrégationniste» (254).

D'une manière générale, le mécanisme de rejet est peu digne d'être encouragé quand il participe à la dénaturation de la notion d'œuvre. À cela s'ajoute qu'il s'appuie ici sur des arguments particuliers qui laissent sceptiques. Dans l'affaire *Levola*, l'argument qui avait été entretenu dans ce but au sein de

(254) Nous empruntons ici d'une manière très libre des termes qui ont été utilisés par le philosophe J.M. Schaeffer : voyez, J. M. SCHAEFFER, *Les célibataires de l'art. Pour une esthétique sans mythes*, Paris, Gallimard, 1996, p. 119.

certains cercles de juristes spécialisés (255) consistait à affirmer que les droits que la loi attache à l'œuvre se révèlent inapplicables à une œuvre telle qu'une saveur ou une odeur. Il avait été dit, entre autres, qu'il se concevrait difficilement, par exemple, d'interdire à une personne d'exhaler le parfum qu'elle porte sur elle dans un espace public, au nom du droit exclusif de communication au public ; et qu'il s'avérerait peu praticable d'apprécier une similitude entre des parfums et des saveurs dans un procès en plagiat (256).

Ce type d'argument n'a cependant pas été retenu dans la motivation de l'arrêt *Levola* ni même dans les conclusions de l'avocat général. Cela ne surprend guère, car le réflexe de réalité judiciaire, tel qu'on vient de l'évoquer, présente des allures de démission. La complexité d'une problématique ou son caractère délicat ne peuvent en effet valablement justifier son évitement. Pour autant, on ne peut exclure que ce réflexe ait *de facto* pesé sur la décision de la Cour.

En ne cédant pas (ouvertement) au réflexe de réalité judiciaire, la Cour évite à tout le moins de fragiliser d'autres créations que les créations gustatives qui, bien que particulières, possèdent indiscutablement le statut d'œuvres.

Ainsi, il se peut que la notion de communication au public suscite également des difficultés d'application à l'égard de certaines œuvres de la catégorie des arts appliqués, telles que des articles de maroquinerie, alors même qu'on ne doute pas que ces œuvres bénéficient du statut d'œuvre. On pourrait en particulier douter de la pertinence de cette prérogative, par exemple dans une situation où une personne porte un sac à main dans un espace public, et où, de ce fait, elle procède à une communication de cet objet au public. Ce n'est pas à dire que l'objet devrait être privé d'une partie des droits prévus par la loi, car cela signifierait alors qu'il bénéficierait d'une protection légale inférieure à d'autres objets protégés, alors qu'une telle solution a été écartée par l'arrêt *Painer* (257). Simplement, il y a que dans des situations spécifiques, les prérogatives attachées à certaines œuvres ne justifient pas une interdiction d'usage de l'objet. Pour autant, l'impuissance de la prérogative dans de telles circonstances ne doit pas entraîner la remise en cause du statut de l'œuvre.

94. Une troisième réflexion porte sur la relation que le monde juridique entretient avec les réalités du monde extérieur.

(255) Voyez l'avis rédigé à l'occasion du renvoi préjudiciel dans l'affaire *Levola* par la « European Copyright Society » (par. 17 *in fine*), disponible à l'adresse suivante : <https://europeancopyrightsociety.org/portfolio/opinion-on-reference-to-cjeu-in-case-310-17-levola-hengolo/>.

(256) À propos des difficultés pratiques pour l'application des droits exclusifs à des saveurs ou des odeurs, et de l'inflation potentielle de procès en tous genres qui pourraient en résulter, voy. aussi : M.C. JANSSENS, « *De gustibus non est disputandum?* Over smaken in het auteursrecht valt nochtans wel te discussiëren », *D.A.O.R.*, 2018, 87-93, spéc. 90 ; C. SGANGA, « The notion of 'work' in EU Copyright Law after the *Levola Hengelo*: One Answer Given, Three Question Marks Ahead », *E.I.P.R.*, 2019, pp. 415-424, spéc. 420-421 ; E. COCHE, « Heks'nkaas or the Fifty Shades of Taste Explained by the CJEU through EU Copyright Law », *E.I.P.R.*, 2019, 173-178, spéc.

(257) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, points 95 à 99.



Rien n'empêche de concevoir la possibilité d'un dialogue entre les deux mondes. Il peut y avoir, chez le juriste, un intérêt qui s'étend à une curiosité pour la perception, par exemple celle des saveurs, sinon pour les mécanismes physiologiques qui y sont liés. Brillat-Savarin en a été la preuve vivante par le passé. Il a réussi une conjugaison, il est vrai peu courante, entre une carrière de magistrat, une passion pour les saveurs et une expertise de la physiologie du goût.

Pour autant, pareil exemple, aussi illustre fût-il, ne résout pas de manière satisfaisante le problème de la conciliation des deux mondes. Elle est de toute façon lointaine cette époque(258) où, dans un même individu, on pouvait retrouver simultanément une aptitude égale au droit, à la physiologie du goût et à la gastronomie.

95. Dans l'arrêt *Levola*, la relation entre ces mondes apparaît comme marquée par une ambivalence profonde.

D'un côté, le droit d'auteur introduit sur son propre terrain des observations qui sont issues du monde extérieur, et qui vont lui servir de point d'appui pour justifier une solution juridique. La Cour reprend ainsi à son compte l'observation selon laquelle la manière dont une saveur est perçue varie d'une personne à l'autre, en fonction, notamment de son âge et de ses préférences(259).

D'un autre côté, le droit d'auteur ne s'ouvre pas totalement aux connaissances extérieures. On relèvera d'ailleurs que dans le passage précité de l'arrêt *Levola*, la Cour se limite à des remarques superficielles tirées de la vie courante. En revanche, elle ne s'ouvre pas à des constats plus poussés qui auraient été effectués par les sciences non juridiques. Or, il y aurait sans doute beaucoup à dire sur ce plan.

96. Si l'on adopte le point de vue du philosophe, il est sans doute vrai, comme le dit la Cour, que le goût demeure une affaire de subjectivité, dès lors qu'il n'est jamais que la relation entre le sujet et l'objet perçu (il n'est pas l'objet lui-même). Pour autant, ainsi qu'y invitent les écrits de Hume(260), il convient de se garder d'un scepticisme radical. En effet, la subjectivité, qui emporte que les expériences sont variables d'un individu à l'autre, n'empêche pas que les individus puissent partager leurs expériences, voire s'accordent à leur égard, du moins jusqu'à un certain point(261).

97. Si l'on adopte le point de vue du neurobiologiste, on constate — ce qui va dans le sens de la Cour — que la perception de la saveur est caractérisée par la relativité, car elle est influencée par la salive de chaque individu(262). Toutefois, dans un autre sens cette fois, si l'on adopte le point de vue du psychologue de l'esthétique, on relève que la perception d'une œuvre

(258) Brillat-Savarin est né en 1755 et décédé en 1826.

(259) Point 42 de l'arrêt *Levola*.

(260) D. HUME, *Essais sur l'art et le goût*, traduction et notes par M. Malherbe, Paris, Vrin, 2010. Voyez en particulier *De la règle du goût*, 75-127.

(261) Cf. *supra*, à propos de l'identification de l'odeur dégagée par un célèbre parfum qui recueille une forme de consensus sur le site Internet d'une encyclopédie axée sur le partage.

(262) Voyez les informations disponibles sur le site de l'Institut National de Recherche Agricole (INRAE) : <https://www.inrae.fr/alimentation-sante-globale/gout>.

n'est pas radicalement relative, en ce sens qu'il peut y avoir un certain degré de concordance entre les individus (263).

98. L'arrêt *Levola* ne manifeste toutefois aucune tendance à l'ouverture vers les autres disciplines. Au contraire, tout en laissant entrevoir la possibilité d'un développement futur des moyens techniques qui pourrait permettre une meilleure identification des saveurs (264), la Cour se refuse à réserver un sort utile à cette possibilité, ce qui indique qu'elle penche résolument vers une indépendance du système dans lequel elle évolue par rapport aux ressources non juridiques.

Si l'on considère la décision *Levola* dans son ensemble, on constate même que la Cour assume pleinement l'autonomie du droit d'auteur vis-à-vis des réalités qui lui sont extérieures. Lorsqu'elle conclut que la saveur ne constitue pas une œuvre, elle indique en effet sans la moindre ambiguïté que la portée de sa conclusion est purement juridique, et même qu'elle se limite au droit d'auteur de l'Union européenne : la saveur ne constitue pas une œuvre *au sens de la directive 2001/29* (265).

En d'autres termes, la solution de la Cour ne fait pas obstacle à une conception différente de l'œuvre, qui serait une conception plus large. Il en résulte que, comme cela a déjà été aperçu à propos des œuvres de l'art conceptuel, un même objet pourrait être considéré comme une œuvre dans les milieux culturels, et comme une non-œuvre dans les milieux juridiques.

En soi, ces constats ne sont pas choquants, car il n'y a pas d'objection de principe à ce que le droit opère de manière autonome. Réciproquement, à l'extérieur du droit d'auteur, le créateur n'a que faire du carcan assemblé par le juriste. Deux mondes semblent donc en opposition : le monde des objets identifiables de manière précise et objective, celui du juriste ; et le monde des œuvres si difficiles à identifier, celui du créateur.

Au contraire de la création gustative, la création picturale, estime la Cour de justice dans *Levola*, est un objet identifiable avec précision et objectivité, et pour ce motif, une œuvre en puissance. Cela signifie, en déduit-on, que dans la conception de la Cour, au contraire de la création gustative, la création picturale est reçue de la même manière par tous ceux qui la reçoivent. Telle est la sentence de la Cour. Mais quel est, au fond, l'avis du créateur ? Il n'est pas incongru pour le juriste de lui laisser la parole sur ce sujet essentiel, puisque l'objectif déclaré du droit d'auteur est de récompenser le créateur et de l'encourager. Voici comment Mark Rothko parlait de son œuvre picturale, en particulier de la manière dont, selon lui, son œuvre serait reçue par ceux qui la contemplant : « Et si je devais placer ma confiance dans quelque chose, ce serait dans la psyché du spectateur sensible, libre de tout modèle de pensée conventionnel. Je n'aurais aucune idée de la manière dont il pourrait user de ces images pour les besoins de son esprit. Mais tant que ces deux choses — le besoin et l'esprit — sont présentes, on est garanti qu'il y a un échange

(263) Voyez *supra* à propos des études de R. Francès.

(264) Voyez le point 43 de l'arrêt *Levola* (solution *a contrario*).

(265) Point 46 de l'arrêt *Levola*.

vrai»(266). Ainsi pense donc le créateur. Le monde du juriste et le monde du créateur: ce sont deux mondes, assurément.

BENOÎT MICHAUX

PROFESSEUR À L'UNAMUR, CHARGÉ DE COURS
INVITÉ À LA KU LEUVEN,
RESPONSABLE D'UNITÉ DE RECHERCHE
AU CRIDS-NADI UNAMUR,
ET AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

(266) M. ROTHKO, *Lettre à K. Kuh*, 14 juillet 1954, in *Écrits sur l'art 1934-1969*, traduction française par C. Bondy, Paris, Flammarion, 2005.

