

En 2007, un marchand de légumes et de produits frais néerlandais crée le « Heksenkaas » : un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes. Celui-ci revend par contrat les droits de propriété intellectuelle du « Heksenkaas » en 2011 à la société Levola. Le 10 juillet 2012 celle-ci se voit octroyer un brevet pour la protection de la méthode de fabrication du fromage à tartiner. Or depuis janvier 2014, la société Smilde, une entreprise concurrente, commence elle-aussi la fabrication d'un fromage à tartiner, le « Witte Wievenkaas » pour une société de supermarchés aux Pays-Bas. La société Levola considère alors que le fromage à tartiner de la société Smilde ressemble anormalement à celui qu'elle fabrique et estime qu'il y a une atteinte à ses droits d'auteur.

Un litige était né entre le producteur de ce fromage et la société Smilde, le premier considérant que le second portait atteinte à son droit d'auteur et que la saveur du second fromage constituait une reproduction du premier, donc une contrefaçon.

Elle assigne donc la société Smilde devant le Rechtbank Gelderland, d'une action en contrefaçon, car elle estime que le « Heksenkaas » est une création intellectuelle originale, qui bénéficie alors d'une protection en droit d'auteur, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le droit d'auteur : « Le droit d'auteur est le droit exclusif de l'auteur d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique, ou de ses ayants droit, de rendre celle-ci publique et de la reproduire, sous réserve des limitations prévues par la loi. ». Celle-ci réclame que la société concurrente Smilde cesse toute atteinte à son droit d'auteur notamment en mettant fin « à la production, à l'achat, à la vente et à toute autre commercialisation du produit dénommé « Witte Wievenkaas ».

Le 10 juin 2015, le tribunal de première instance Rechtbank Gelderland rejette l'action en contrefaçon de la société Levola, aux motifs que celle-ci n'a pas indiqué quels « éléments ou combinaison d'éléments de la saveur du Heksenkaas lui conféraient un caractère propre original et une empreinte personnelle ». La société Levola interjette appel, car elle affirme, d'une part, que la saveur du « Heksenkaas » constitue une œuvre protégée par le droit d'auteur et, d'autre part, que la saveur du « Witte Wievenkaas » constitue une reproduction de cette œuvre. La juridiction d'appel, le Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (cour d'appel d'Arnhem-Leuvarde), se pose alors la question centrale suivante « la saveur d'un produit alimentaire peut-elle être protégée au titre du droit d'auteur ? ».

La société Smilde se défend en arguant que la saveur d'un produit alimentaire ne peut être qualifiée d'œuvre littéraire, scientifique ou artistique au titre du droit d'auteur, car ce produit fait preuve par essence d'une trop grande instabilité. Elle ajoute que la perception gustative démontre un caractère trop subjectif pour être évaluée par les juges.

La cour d'appel d'Arnhem-Leuvarde préfère alors surseoir à statuer et renvoie deux questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union.

Ces questions sont les suivantes :

- I) Le droit de l'Union s'oppose-t-il à ce que la saveur d'un produit alimentaire, en tant que création intellectuelle propre à son auteur, soit protégée au titre du droit d'auteur ?
- II) Si la réponse à la question I) [...], est négative : quelles conditions doivent être remplies afin que la saveur d'un produit alimentaire bénéficie de la protection au titre du droit d'auteur ? »

La société Smilde ajoute encore une fois que la demande de décision préjudicielle est irrecevable, car « Levola n'aurait pas précisé les éléments du Heksenkaas qui lui confèreraient le caractère d'une création intellectuelle propre à son auteur ». Cependant la Cour de Justice estime recevable les questions préjudicielles de la cour d'appel d'Arnhem-Leuvarde. En effet, son droit national n'étant pas assez clair sur ce point, la cour néerlandaise (en application des jurisprudences du 10 mars 2009, Hartlauer, C-169/07, EU:C:2009:141, point 24, et du 1<sup>er</sup> juillet 2010, Sbarigia, C-393/08, EU:C:2010:388, point 19) décide de laisser au juge européen la responsabilité de l'interprétation du droit de l'Union au sujet de la protection de la saveur par le droit d'auteur.

En plus de déclarer recevable la question préjudicielle de la cour de renvoi, la Cour de Justice de l'Union Européenne finit par trancher le 13 novembre 2018, en répondant à la première question par la négative. En effet, après l'étude de la directive 2001/29, celle-ci déclare qu'il est impossible qu'une législation nationale soit interprétée d'une manière telle qu'elle accorde une protection par le droit d'auteur à la saveur d'un produit frais.

## **I- Le rappel des critères cumulatifs de la notion de « l'œuvre »**

Dans son arrêt rendu le 13 novembre 2018, la Cour de Justice de l'Union Européenne, afin de répondre à la première question préjudicielle qui lui est posée, rappelle les critères établis par la Convention de Berne, mais aussi par la directive DADVSI (Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ) afin de qualifier la création d'une « d'œuvre » bénéficiant de la protection par le droit d'auteur. En effet, la cour fait application de la jurisprudence Infopaq (CJUE 16 juillet 2009) afin de garantir, aux juridictions nationales faisant parti de l'Union Européenne, un droit uniforme et autonome en ce qui concerne de la qualification de la notion d'œuvre. La saveur d'un produit alimentaire, ne saurait donc bénéficier de la protection du droit d'auteur que si celle-ci respecte le droit en vigueur et donc la directive 2001/29. La qualification d' « œuvre » au sens de la directive DADVSI, préalable indispensable pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur (2), suppose donc la réunion de deux conditions cumulatives.

- Il faut que l'objet soit original ; c'est-à-dire qu'il constitue une création intellectuelle propre à son auteur.
- La qualification d'œuvre sera réservée aux éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle elle-même.

La première condition ne fait pas défaut, et ce n'est pas sur cette condition que s'attarde la CJUE. En revanche, la deuxième lui donne plus de fil à retordre.

En effet, la Cour exige ensuite, une « expression » de cette création intellectuelle originale. Effectivement aux termes de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, adopté dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et auquel l'Union a adhéré, et du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, auquel l'Union est partie, ce sont les expressions qui peuvent faire l'objet d'une protection au titre du droit d'auteur et non les idées, les procédures, les méthodes de fonctionnement ou les concepts mathématiques, en tant que tels. Il faut donc , pour remplir le deuxième critère d'accès à la protection du droit d'auteur, que la notion d' « œuvre » [...] implique nécessairement la possibilité d'une identification précise et objective de « l'expression de l'objet de la protection par le droit d'auteur ».

Or il apparaît que cette condition, ici, s'agissant de la saveur du fromage à tartiner « Heksenkaas », fasse défaut. Les juges européens ont considéré que la saveur d'un produit frais ne permet pas « de connaître avec clarté et précision les objets ainsi protégés ». La saveur est trop difficile à identifier, car trop subjective, et n'est pas exprimée dans une forme tangible permettant sa possible protection par le droit d'auteur. La CJUE l'oppose aux œuvres littéraires et picturales, ou bien même cinématographiques ou musicales, qui sont des expressions précises et objectives. Elle précise même que 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 qui dépendent de 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 ». Les juges ne pourraient donc être objectifs s'ils devaient rendre leur jugement en goûtant le fromage « Heksenkaas », et en le comparant au « Witte Wievenkaas » ; de plus, la Cour estime qu'aucun moyen technique scientifique ne permet à l'heure actuelle une telle identification qui ferait preuve de toute objectivité.

## **II- Le refus prévisible pour la saveur d'accéder à la protection du droit d'auteur/ qualification d'œuvre**

La Cour conclut par conséquent que la saveur ne peut être une « œuvre » comme définie par la directive, car celle-ci n'est pas identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité.

La saveur d'un produit frais ne peut donc bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur. Le rendu de cette décision n'est pas étonnant, car la Cour avait eu un raisonnement semblable s'agissant du parfum. Le 12 décembre 2002, dans son arrêt Sieckmann, celle-ci a refusé l'enregistrement d'une marque olfactive en jugeant que : «S'agissant d'un signe olfactif, les exigences de la représentation graphique ne sont pas remplies par une formule chimique, par une description au moyen de mots écrits, par le dépôt d'un échantillon d'une odeur ou par la combinaison de ces éléments. ». La position finale de la CJUE s'inscrit donc parfaitement dans la lignée jurisprudentielle de l'arrêt Sieckmann, même si elle peut tout de même sembler contestable à la première lecture. Un des principaux arguments de la Cour : le fait que l'identification de la saveur du fromage « Heksenkaas » soit trop subjective car trop dépendante de « facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné [...] » peut sembler bancal si on le pose par analogie avec d'autres sortes de créations. Par exemple, si on fait application de ce raisonnement à des œuvres musicales ou picturales, qui elles, ne font aucun doute sur leur qualification, cela conduirait pourtant à leur refuser la qualification d'« œuvre de l'esprit ». En effet, l'appréciation d'une œuvre musicale ou picturale est tout aussi dépendante de facteurs personnels et subjectifs. Cependant, la position de la Cour, par ces différents arrêts, semble illustrer le souhait d'un renforcement de la sécurité juridique. C'est effectivement ce qu'elle évoque à son point 41 dans l'affaire « Heksenkaas », quand elle rappelle que « les autorités chargées de veiller à la protection des droits exclusifs inhérents au droit d'auteur doivent pouvoir connaître avec clarté et précision les objets ainsi protégés. Il en va de même des

particuliers, notamment des opérateurs économiques, qui doivent pouvoir identifier avec clarté et précision les objets protégés au profit de tiers, notamment de concurrents. D'autre part, la nécessité d'écartier tout élément de subjectivité, nuisible à la sécurité juridique, dans le processus d'identification de l'objet protégé implique que ce dernier puisse faire l'objet d'une expression précise et objective. ». On imagine alors que s'agissant du « Heksenkaas », une protection du droit d'auteur serait possible si la recette était matérialisée, par exemple dans un livre, dès lors que l'auteur serait parvenu à en prouver l'originalité.