

QUELLES PROTECTIONS POUR LES CREATIONS ESTHETIQUES

INDUSTRIELLES ?*

I. INTRODUCTION

Qu'entend-on par création esthétique industrielle, œuvre des arts appliqués ou design ?

Le 20^{ème} siècle a été celui de l'émancipation de l'art et de l'abandon de la doctrine de l'art pour l'art qui assimilait le beau à l'inutile et l'utile au haïssable ou à l'hideux. La frontière entre l'art et le design, pour autant qu'une telle frontière ait jamais existé, est devenue de plus en plus difficile à tracer. Nombre d'objets du design sont aussi des créations artistiques d'ailleurs souvent présentées en étroite association avec le nom de leur auteur. De plus en plus souvent également, des objets designs sont des pièces uniques non destinées à une production en série et n'ont pas à remplir de fonction franchement et d'abord utilitaire. Le plaisir des yeux compte aussi dans la vie quotidienne !

Cependant, malgré la mention des arts appliqués dans le catalogue d'ailleurs non exhaustif des œuvres protégeables par le droit d'auteur, la jurisprudence a eu de la peine à exploiter ce cadre de protection élargi en faveur des œuvres artistiques à caractère utilitaire. La protection naturelle pour les créations esthétiques industrielles est ainsi jusqu'à présent ou jusqu'à un proche passé, parce que nous vivons à cet égard aussi une époque charnière, restée celle du droit du design.

II. PROTECTION DES DESIGNS

La loi fédérale sur la protection des designs (LDes) du 5 octobre 2001 est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002 et a remplacé l'ancienne loi sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900. Elle a pour but de protéger la recherche esthétique donnée à un certain objet en vue d'en favoriser la commercialisation. L'art. 1 nous enseigne qu'elle protège « *en tant que design la création de produits ou de parties de produits caractérisés notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé* ». Il n'est plus nécessaire que la création en question puisse servir de type à la production industrielle d'un produit, ce qui était une condition mise à la protection des dessins et modèles industriels par l'ancien droit. La suppression de cette exigence va aussi dans le sens de

* Conformément à la tradition en matière de publication des textes de leçons inaugurales, cet exposé ne comporte ni appareil de notes, ni bibliographie détaillée. Le lecteur qui souhaiterait se documenter est renvoyé à la bibliographie sommaire suivante : Nathalie Tissot, « Evolution du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur », Mélanges en l'honneur du Professeur Cannata, Collection neuchâteloise, Bâle 1999, p. 419-436 ; Brigitte I. Sommer / Clara-Ann Gordon, « Individualität im Urheberrecht-einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit ? », Sic ! 4/2001, p. 287-303 ; Robert M. Stutz « Individualität, Originalität oder Eigenart ? Schutzvoraussetzungen des Design, Design als Werk der angewandten Kunst », Thèse, Berne 2002; Reto M. Hilty, Commentaires ad arrêt « Hobby-Kalender », Sic! 1/2003, p. 29-31; Ivan Cherpillod / Mathis Berger, Commentaires ad arrêt « Mummenschanz », Sic! 2/2003, p. 125 ; Robert M. Stutz, « Das originelle Design: eigenartig genug und individuell zu sein? », Sic! 1/2004, p. 3-13 ; Gregor Wild, « Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff », Sic! 1/2004, p. 61-67.

l'évolution du design évoquée ci-dessus, dans le cadre de son rapprochement d'avec l'art.

L'art. 2 al. 1 LDes précise qu'« *un design peut être protégé à condition d'être nouveau et original* ». Ce qui implique qu'aucun design identique n'ait été ou n'ait objectivement pu être connu des milieux spécialisés du secteur concerné en Suisse parce qu'il aurait été divulgué, avant la date de dépôt ou de priorité (art. 2 al. 2 LDes).

Un design est original si l'impression d'ensemble qu'il dégage est différente de par des éléments essentiels de celle produite par d'autres designs déjà connus.

En outre, pour être originaux et protégés, les designs ne doivent pas être la première forme ou réalisation qui vienne à l'esprit, mais refléter un minimum d'activité créatrice autonome. Plutôt que d'originalité, on parle en allemand de particularité ou de spécificité (« *Eigenart* »), ce qui est plus heureux. Cela contribue en effet à éviter la confusion entre cette exigence de particularité et celles d'individualité ou d'originalité du droit d'auteur, qu'on rencontre aussi parfois en droit des marques (pour qu'un signe soit distinctif, il convient qu'il ne soit pas banal et qu'il se démarque justement par une certaine originalité), alors que ces trois notions ne sont pas synonymes.

La protection n'est pas donnée contre de seules reproductions à l'identique. En effet, compte à cet égard l'impression d'ensemble déterminée par les caractéristiques essentielles du design concerné que le consommateur potentiel garde en mémoire à court terme. Or, l'impression d'ensemble est d'abord marquée par les ressemblances dans les éléments caractéristiques essentiels, les différences de détail restant moins bien en mémoire. L'art. 8 LDes précise désormais que la protection permet de faire obstacle aux créations qui présentent les mêmes caractéristiques essentielles et éveillent ainsi la même impression générale qu'un design déjà enregistré.

Le droit du design prend naissance par l'enregistrement (art. 5 al. 1 LDes), ce qui suppose un dépôt en bonne et due forme, ainsi que le paiement des taxes correspondantes (comme en droit des marques d'ailleurs, alors que de telles formalités n'existent pas en droit d'auteur).

La protection est de 5 ans, renouvelable 4 fois, soit au maximum de 25 ans au total (art. 5 al. 2 et 3 LDes), alors qu'elle est prolongeable indéfiniment en droit des marques (par périodes successives de 10 ans), et qu'elle vaut en droit d'auteur pendant toute la durée de vie de l'auteur et les 70 ans qui suivent son décès (50 ans pour les logiciels).

III. CUMUL DES TITRES DE PROTECTION

Les différentes lois considérées ne poursuivent pas les mêmes buts :

- le droit du design permet de protéger la recherche esthétique donnée à un objet utilitaire en vue d'en favoriser la commercialisation ;

- le droit d'auteur a pour objet les créations de l'esprit littéraires ou artistiques qui ont un caractère individuel ;
- la loi sur la protection des marques et des indications de provenance s'attache aux signes destinés à individualiser les produits ou les services d'une entreprise par rapport aux autres biens ou aux autres prestations du même genre mises sur le marché par d'autres entreprises.

Comme les finalités de ces trois lois sont différentes, le principe d'un cumul ou d'un parallélisme des titres de protection sur le même bien est largement admis (en droit communautaire aussi). Cela vaut en particulier pour la forme même du produit qui peut ainsi bénéficier à la fois d'une protection en tant qu'œuvre des arts appliqués et design, et/ou en tant que design et marque de forme si la forme du produit lui-même fait bien référence à l'entreprise dont il provient.

Un tel cumul n'est toutefois possible que si l'objet examiné remplit à la fois les conditions de protection de la loi sur le design et celles de la loi sur le droit d'auteur, et/ou de la loi sur le design et de la loi sur le droit des marques. Si tel est le cas, ces différentes protections seront indépendantes les unes des autres et chacune offrira les avantages ou présentera les inconvénients qui lui sont propres. Mais un concurrent qui voudrait exploiter licitement le produit ainsi protégé devra « démonter » successivement chacune de ces protections en établissant qu'aucune n'était bien fondée, pour retrouver la liberté d'exploitation nécessaire.

a) En relation avec le droit d'auteur :

Les principaux avantages sont :

- la très longue durée de protection ;
- l'absence d'exigence de nouveauté objective (une création pouvant, en dépit de la controverse doctrinale à ce sujet, bénéficier de la protection du droit d'auteur, même si elle n'est que subjectivement nouvelle, soit si elle a été réalisée par son auteur de manière indépendante sans qu'il l'ait copiée, mais cas échéant dans l'ignorance d'une éventuelle forme semblable préexistante) ;
- la naissance de la protection du fait même de la création ;
- l'ouverture d'une protection internationale dans les Etats parties à la Convention de Berne révisée sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.

La mise en œuvre de la protection est par contre plus difficile lorsque le droit d'auteur est invoqué. L'obtention de mesures provisoires est plus délicate sur cette base que sur celle de la LPM ou de la LDes pour lesquelles l'enregistrement consacre *prima facie* l'existence du droit invoqué.

b) En relation avec le droit des marques :

La LPM offre la possibilité d'une protection illimitée dans le temps, alors que la LDes n'exige pas d'usage du design pour maintenir le droit.

En raison du mode de comparaison utilisé pour apprécier les risques de confusion, la contrefaçon d'une marque continuera d'être plus facilement retenue que celle d'un modèle déposé, même si le champ de protection du design est désormais étendu au-delà de l'identique. En effet, l'impression laissée dans le souvenir lointain par deux marques est nécessairement plus floue, et le risque de confusion par conséquent plus présent, que celle résultant d'une comparaison du souvenir à court terme tel qu'il résulte d'une impression d'ensemble déterminée avant tout par les éléments caractéristiques du design dont le consommateur se serait imprégné avant de se décider à acheter.

Il est en outre possible de protéger par le droit des marques, des formes en trois dimensions qui, bien qu'elles identifient leur producteur, ne seraient plus protégeables par le droit du design, faute de nouveauté. Finalement, la LPM ne connaît plus la possibilité d'invoquer la tierce antériorité (art. 3 al. 3 LPM), alors qu'en droit du design, il demeure possible de soulever l'absence de nouveauté d'un bien protégé, du fait de la préexistence d'un design identique appartenant à un tiers au moment du dépôt de la demande d'enregistrement. Il reste ainsi plus simple et moins aléatoire de fonder une action sur le droit des marques que sur le droit des designs.

IV. PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR

a) Introduction :

La question du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur concernant les œuvres des arts appliqués revêt une importance pratique cruciale étant donné le nombre d'objets quotidiens potentiellement concernés. Au centre du problème se trouve l'interprétation de l'exigence d'individualité. Soit s'il convient de comprendre cette notion de manière plus sévère dans le domaine des arts appliqués que pour d'autres types d'œuvres, comme l'impliquerait un strict respect de la jurisprudence *Monsieur Pierre* rendue sous l'ancien droit et considérant qu'en cas de doute entre protection par le droit d'auteur ou par le droit du design, plutôt que d'admettre un cumul des protections, il s'agirait de trancher en faveur de la seule protection par le droit du design.

Pendant des années, et bien qu'ils n'aient eu de cesse de répéter que la finalité pratique d'un objet n'était pas déterminante pour juger de sa protection par le droit d'auteur, les tribunaux ne l'ont pas étendue aux créations des arts appliqués, notamment parce qu'ils craignaient de leur accorder une protection de trop longue durée. Ces scrupules ne paraissent toutefois pas légitimes puisque le design et le droit d'auteur ne protègent que des formes qui ne sont ni d'abord, ni uniquement techniquement nécessaires. Il n'y a ainsi pas d'intérêt légitime à pouvoir les copier et donc pas de nécessité de les faire « tomber » relativement tôt dans le domaine public. De plus, ces réalisations ne s'accompagnent pas du même besoin

d'équilibre à trouver entre droit privatif et liberté d'utilisation en faveur du progrès et du bien-être social que l'on connaît en droit des brevets. Il est intéressant de relever que dans ces domaines de l'art et du design, comme en droit des marques d'ailleurs, ni notre système, ni les ADPIC ne prévoient de licences obligatoires.

b) Exigence d'individualité :

Dans son Message relatif à la nouvelle loi sur le droit d'auteur, le législateur a rappelé que la condition du caractère individuel de l'œuvre éligible à la protection ne devait pas être comprise comme impliquant la marque de l'empreinte personnelle de l'auteur dans son œuvre. Les définitions de l'œuvre retenues par la loi et de l'individualité nécessaire à sa protection ont largement étendu le champ d'application du droit d'auteur. La notion d'individualité qui vaut désormais s'inscrit dans la continuation de l'évolution jurisprudentielle amorcée sous l'ancien droit par l'arrêt Le Corbusier qui a modalisé et relativisé l'exigence d'originalité imposée jusque-là pour admettre une protection par le droit d'auteur.

Selon la jurisprudence rendue sous l'ancienne loi sur le droit d'auteur (arrêts Le Corbusier, ATF 113 II 196 et Custer / Zangger, ATF 117 II 466), l'œuvre est considérée comme originale au plus haut point lorsqu'elle reflète la personnalité de son auteur. Mais une telle exigence n'a pas à être satisfaite pour qu'une œuvre, en particulier si elle a une destination pratique, puisse être protégée par le droit d'auteur. Il suffit en pareil cas que la forme donnée à l'objet considéré ne soit pas entièrement dictée par sa fonction, et que l'auteur dispose d'une marge de manœuvre, même limitée, lui permettant d'opérer certains choix personnels. Les libertés prises par l'auteur au sein de la latitude dont il bénéficie, doivent avoir pour effet que l'objet créé ne soit pas une simple réalisation artisanale (banale), issue d'une combinaison d'éléments préexistants, à la portée de n'importe quel artisan moyen.

La jurisprudence du Tribunal fédéral rendue par la suite sous le nouveau droit (et en particulier l'arrêt Devanthéry / Niederhauser, ATF 125 III 328) confirme qu'il ne convient donc pas de mesurer l'individualité ou l'originalité de chaque création à la même aune, mais qu'au contraire la liberté de manœuvre doit entrer en ligne de compte. Lorsque cette liberté est restreinte, une activité indépendante réduite suffit à fonder la protection, pour autant qu'on ne soit pas en présence d'un simple travail artisanal. Le caractère artisanal d'une réalisation ne se mesure ainsi pas à la manière dont elle est fabriquée, mais bien en fonction de la marge de manœuvre revenant à son auteur. Si la valeur et la destination de l'œuvre ne jouent pas de rôle quant à sa protection et que par conséquent un objet même purement utilitaire peut être protégé, cela suppose néanmoins que son aspect ne soit pas exclusivement dicté par le but pratique qu'il cherche à atteindre, ou à satisfaire.

L'arrêt Le Corbusier précise (ATF 113 II 197 cons. 2a) qu'on est en présence d'un objet purement artisanal, même s'il est produit industriellement, uniquement lorsque la forme de l'objet est déterminée par son but utilitaire ou limitée par les formes préexistantes, de telle manière qu'il ne demeure pratiquement aucune place pour des caractères individuels ou originaux. Ainsi, pour les œuvres qui ont un usage pratique (arts appliqués, architecture, œuvres scientifiques), et pour lesquelles la liberté de création est limitée par des contraintes techniques, la

protection sera donnée pour autant qu'un caractère individuel déterminé soit malgré tout reconnaissable, et qu'il ne s'agisse par conséquent pas d'un simple travail artisanal.

La jurisprudence Monsieur Pierre (ATF 105 II 299), qui voulait que, dans le doute, plutôt que d'admettre un cumul des titres de protection on tranche en faveur d'une protection uniquement dans le cadre des dessins et modèles industriels, et son exigence d'originalité accrue ainsi posée pour les œuvres des arts appliqués, a donc été infirmée par la jurisprudence fédérale ultérieure et n'est désormais plus conforme au droit lui-même.

L'exigence d'individualité par laquelle la loi a remplacé la précédente condition jurisprudentielle d'originalité ouvre la voie à une interprétation nouvelle de cet élément nécessaire de la protection. Il convient en fait de se demander si la création examinée se distingue des autres créations ayant la même fonction, et si toute personne qui se serait attelée à sa réalisation l'aurait nécessairement faite de la sorte. Le critère retenu par le Tribunal fédéral est celui d'une originalité comparée et relative (ATF 117 II 466 /JT 1992 I 387), à un double titre : premièrement en ce que l'on n'exige pas une originalité absolue, incontestable ou frappante, quasiment impossible à atteindre pour les créations des arts appliqués ou les logiciels ; secondement, l'originalité est relative en ce qu'elle est accessible à une comparaison, et qu'il est possible de comparer ou de mesurer l'originalité de l'œuvre avec celle d'un autre mode d'expression de la même idée ou du même concept. Comme la protection porte sur la forme concrète qui a été donnée au contenu de la création dans le cas particulier, il convient d'admettre qu'il n'y a pas de notion absolue de l'originalité détachée des conditions particulières dans lesquelles la protection est requise.

Parmi les autres éléments retenus par la jurisprudence pour déterminer si un objet donné est une création des arts appliqués protégée par le droit d'auteur, on trouve le fait que la réalisation concernée résulte d'une création indépendante et autonome, soit qu'elle se distingue nettement des tendances stylistiques dominantes et ait introduit une nouvelle tendance ou ait contribué à la créer, et qu'elle bénéficie d'une pérennité hors du commun (ATF Le Corbusier, 113 II 197 cons. 2a in fine). Selon l'arrêt Le Corbusier (ATF 113 II 220 cons. 2c), c'est en effet au caractère intemporel d'une œuvre que se mesure le mieux son individualité.

Le principal problème est toutefois que ces critères liés à la création d'un nouveau courant stylistique, ou à la valeur permanente d'une œuvre, ne peuvent être vérifiés qu'*a posteriori*.

Parmi les autres indices entrant en ligne de compte, la doctrine et la jurisprudence mentionnent le fait qu'une réalisation ait été admise dans les collections d'un musée. Ainsi, l'Obergericht du canton de Lucerne, dans son arrêt du Presse-Ail du 5 février 2003 (Sic ! 9/2003, p. 731-742), explique qu'un des critères déterminants l'ayant amené à admettre la protection au titre du droit d'auteur de la montre Flemming Bo Hansen (arrêt sur mesures provisoires de l'Obergericht du canton de Lucerne, Sic ! 6/1998, p. 567-569) en elle-même frappante surtout par son dépouillement et la pureté de ses lignes, avait été le fait qu'elle figurait dans les

collections de plusieurs musées (collections permanentes du Musée d'Art Moderne à New York, du Musée d'Arts Appliqués de Munich et du Saint-Louis Art Museum).

c) Conséquences pratiques :

L'évolution jurisprudentielle évoquée plus haut a pour résultat qu'il sera désormais plus facile d'invoquer la protection du droit d'auteur pour les œuvres des arts appliqués qui présenteraient une forme individuelle.

La grande nouveauté introduite par la jurisprudence et confirmée par la nouvelle loi sur le droit d'auteur est ainsi l'adoption d'un degré variable d'individualité suivant la marge de manœuvre dont disposait l'auteur de l'objet examiné. Si cette liberté créatrice est réduite par des contingences techniques ou par la finalité du bien considéré, il suffit que l'impression d'ensemble se dégageant de cet objet soit légèrement différente de celle produite par les autres créations du même genre pour que soit satisfaite l'exigence d'individualité. Il s'agit seulement de vérifier si la création en cause échappe à la banalité et à la routine et se distingue des autres créations du même type. En fin de compte, on peut considérer que la notion d'individualité de l'art. 2 al. 1 LDA est une forme de particularité (« *Eigenart* ») qualifiée au sens du droit du design, mais n'exige plus la manifestation des traits de la personnalité de l'auteur.

La doctrine, puis la jurisprudence récente, ont introduit comme corollaire à cette obtention facilitée de la protection une restriction de sa portée. Ainsi, dans l'arrêt du Presse-Ail (ATF 129 III 545 / JT 2003 I 395ss) du 14 juillet 2003, le Tribunal fédéral a confirmé le jugement de première instance qui indiquait explicitement que si le presse-ail de la défenderesse devait être protégé par le droit d'auteur (question laissée ouverte), le périmètre de protection obtenu serait plutôt limité et non enfreint par le presse-ail de la demanderesse (qui avait agi en constatation négative de droit, soit que sa réalisation d'un presse-ail n'enfreignait pas les droits de la défenderesse sur sa réalisation antérieure). Pour la Cour en effet, ce presse-ail se distingue nettement de celui de la défenderesse et génère une impression d'ensemble différente, notamment parce que l'extrémité du levier supérieur est incurvée de manière marquée vers le haut et que dans sa première partie (dans la région de la presse), ce même levier est marqué de manière frappante par une garniture arrondie. Pour le Tribunal fédéral, l'autorité de première instance a ainsi correctement admis que la demanderesse n'avait pas utilisé l'œuvre de la défenderesse, mais créé un produit indépendant qu'il n'était pas non plus possible de considérer comme une œuvre dérivée, puisque les traits caractéristiques du presse-ail de la défenderesse ne demeurent pas reconnaissables dans la réalisation de la demanderesse dont la forme se distingue nettement de celle du produit de la défenderesse (cons. 3 non traduit au JT).

V. PROTECTION PAR LE DROIT DES MARQUES

a) Introduction :

Selon l'art. 1 LPM, constitue une marque tout signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. L'alinéa 2

mentionne notamment les formes en trois dimensions. La forme d'un produit en trois dimensions peut ainsi constituer une marque valable, en particulier si cette forme permet au public d'individualiser l'entreprise à l'origine du produit. Ce qui doit être admis si le public n'y voit pas que du design ou qu'une recherche esthétique, mais aussi la référence à la société productrice de l'objet en cause.

C'est dans le cadre des motifs absolus d'exclusion à l'enregistrement d'un signe comme marque que se pose la question de savoir si la forme d'un produit peut être peu appropriée à servir d'indication de provenance au sens du droit des marques. Si la forme examinée n'est pas frappée d'un des motifs absolus de l'art. 2 lettre b LPM spécifiques aux marques en trois dimensions, en particulier s'il ne s'avère pas qu'une forme déterminée par une certaine recherche esthétique constitue la nature même du produit parce qu'en changeant cette forme on changerait aussi de produit (ce qui impliquerait que le produit n'ait qu'une finalité esthétique et pas d'utilité pratique), il reste à vérifier qu'elle ne soit pas frappée par un des motifs généraux d'exclusion de l'art. 2 lettre a LPM. Soit qu'elle était bien distinctive dès l'origine (et qu'elle n'appartenait donc pas au domaine public), ou qu'elle l'est devenue au moment du dépôt de la demande d'enregistrement de par le long usage qui en a été fait jusque-là.

b) Formes esthétiques :

Sur la base de l'arrêt Rado (ATF 120 II 307ss, dans lequel le Tribunal fédéral a omis d'examiner si la recherche esthétique apportée aux éléments constitutifs fonctionnels d'une montre bracelet était de nature à la rendre distinctive), et sur la base de la jurisprudence rendue dans le contexte voisin mais différent de la protection du conditionnement par la loi contre la concurrence déloyale, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle a développé une pratique visant à exclure de manière toute générale de la protection les formes caractérisées par un certain esthétisme ; en dépit du fait qu'elles permettent justement de distinguer un produit de ceux du même genre, mais d'une autre forme, et souvent aussi de rattacher ce produit à l'entreprise qui en est à l'origine. Cette pratique est critiquable et ne paraît pas justifiée dans la mesure où il est réducteur de soutenir que les consommateurs ne retiendraient les formes en trois dimensions qu'en tant que design sans percevoir de référence à la provenance industrielle du produit. Il est indéniable à cet égard que si la forme typée de telle bouteille de boisson gazeuse (Coca-cola), de tel coupé sport dessiné par Pinin Farina (Peugeot 406), ou de tels ordinateurs aux angles arrondis et aux couleurs gaies (iMac), a peut-être été inspirée d'abord par un souci de recherche esthétique, elle permet néanmoins immédiatement aux consommateurs d'identifier l'entreprise à l'origine de ces produits. Ainsi, de même qu'il est impossible d'exclure de manière générale certaines catégories de produits de la marque de forme, et que la question de l'enregistrement d'une forme comme marque doit être examinée indépendamment de la catégorie de produits à laquelle elle est destinée (jurisprudence de la CREPI concernant le fromage Saint-Albray, Sic ! 5/2002, p. 345 et les bûches de Noël, Sic ! 2/2001, p. 127), il paraît injustifié d'exclure de manière toute générale de la marque de forme les formes de produits qui seraient inspirés par une recherche et des considérations esthétiques. Seul devrait ainsi compter le fait que la forme donnée à un produit fonctionnel, dans ses éléments non directement conditionnés par la technique, même si elle est inspirée uniquement par des considérations

esthétiques, permette aux consommateurs d'une part de distinguer ce produit des autres biens du même type se trouvant sur le marché, et d'autre part de le rattacher à l'entreprise qui en est à l'origine.

c) Formes techniquement nécessaires :

S'agissant de la question de savoir si la forme d'un produit est ou n'est pas techniquement nécessaire, et par conséquent si elle peut ou non constituer une marque valable, l'examen des arrêts Lego s'impose.

L'arrêt Lego II du Tribunal de commerce du canton de Zurich (Sic ! 4/2003, p. 331-336), considère qu'est techniquement nécessaire la forme imposée par la destination du produit et précise que, dans le domaine des marques de forme, on doit considérer que n'est pas distinctif, parce qu'attendu par le public, ce qui est rendu nécessaire par la fonction même du produit. Il en résulte que toute forme purement fonctionnelle ne peut pas être distinctive et n'est donc pas protégeable. Sur la base de ces principes, le Tribunal a retenu que dans le cas d'espèce les marques litigieuses (soit les cinq blocs de base rectangulaires des jeux de construction Lego et leurs dispositifs de fixation) ne présentaient aucun élément allant au-delà de ce que le public attendait et du strictement fonctionnel, et que par conséquent la forme de ces briques était bien techniquement nécessaire et les marques enregistrées non valables.

Sur recours, la Première Cour civile du Tribunal Fédéral (arrêt Lego III, ATF 129 III 513 / JT 2003 I 372) a elle considéré que si la forme rectangulaire des briques Lego constitue bien la nature même du produit parce qu'elle correspond à la forme traditionnellement attendue par le public pour construire des murs longilignes et à angles droits (et qu'elle est aussi celle retenue dans la réalité pour construire nos maisons), le dispositif de fixation des briques les unes aux autres n'appartient pas à la nature même des jeux de construction. Pour le Tribunal Fédéral, les formes enregistrées en tant que tout, bloc de base et système de fixation, vont au-delà de ce que le public attend d'un jeu de construction et ne constituent pas la nature même des produits. Ceci, même si dans le cas particulier, ces formes sont techniquement nécessaires pour permettre l'encastrement d'une brique dans l'autre, cette caractéristique n'étant généralement pas considérée comme indispensable par le public qui se satisfait aussi de pouvoir aligner ou empiler des plots. Le Tribunal Fédéral a relevé que ces formes ne sont en outre pas les seules à même de résoudre le problème technique de l'assemblage des pièces les unes aux autres et qu'elles ne sont donc d'un point de vue général pas techniquement nécessaires, elles ont au demeurant bien une finalité technique dans le cas particulier.

Ayant constaté que ces formes n'étaient pas frappées d'un motif absolu spécifique d'exclusion à l'enregistrement au sens de l'art. 2 lettre b, le Tribunal Fédéral s'est encore demandé si elles étaient distinctives et n'appartenaient pas au domaine public au sens de l'art. 2 lettre a ou si, cas échéant, elles s'étaient imposées par un long usage. Il a laissé cette question ouverte en considérant que les preuves administrées en première instance ne permettaient pas d'en juger, et il a renvoyé la cause à la Cour de première instance pour qu'elle instruisse et tranche cette question.

VI. CONCLUSIONS

Plutôt que de revenir sur l'utilité, la justification et le bien-fondé de la protection cumulative d'un même objet des arts appliqués par le droit du design, le droit d'auteur et la marque de forme, il est intéressant d'essayer d'en résumer les conditions qui relèvent toutes de critères indépendants devant être interprétés de manière autonome.

Ainsi, une création esthétique industrielle sera dotée d'une particularité suffisante pour lui ouvrir la protection du droit du design si l'impression d'ensemble qu'elle suscite la distingue par ses éléments principaux, tels qu'ils sont perçus par l'acheteur éventuel, du design de produits préexistants, et si elle est objectivement nouvelle.

La même création pourra bénéficier d'une protection par le droit d'auteur si elle est dotée d'une individualité suffisante ; soit si elle est subjectivement nouvelle par rapport aux autres créations du même genre et si son auteur a usé de la marge de liberté créatrice que lui laissait la finalité technique ou utilitaire de l'objet considéré pour opérer des choix personnels dans sa réalisation.

Le même produit pourra aussi constituer une marque de forme valable si son esthétique ne constitue pas la nature même du produit, si elle n'est pas techniquement nécessaire et si elle est distinctive, soit si, à défaut d'être nouvelle, elle s'est imposée par un long usage.

Concrètement, et même s'il ne devrait pas être fait de différences graduelles entre les conditions de particularité, d'individualité et de distinctivité, cela signifie qu'une création des arts appliqués protégée par le droit d'auteur du fait de son individualité, devrait pouvoir aussi bénéficier de la protection de la loi sur les designs et de la loi sur les marques.

L'inverse n'est par contre pas forcément vrai, puisqu'une forme esthétique, s'il est admis qu'elle ne constitue pas la nature même du produit, peut être distinctive au sens de la loi sur les marques sans être ni nouvelle, ni particulière, ni individuelle, mais simplement parce qu'elle se serait imposée par un long usage.

Finalement, une forme qui serait particulière au sens du droit du design n'est pas forcément individuelle aux termes de la loi sur le droit d'auteur, mais a de fortes chances d'être distinctive au regard de la loi sur les marques.

On peut ainsi retenir que si ces trois lois présentent comme caractéristique commune sur le plan des conditions matérielles mises à la protection, le fait qu'une forme se distingue des autres créations préexistantes, elles diffèrent par contre tant pour ce qui est de la mesure ou du degré de la différenciation requise, que dans la manière de comparer la réalisation concernée au préexistant, et dans la sanction de l'absence de nouveauté. Il est cependant impérieux de ne pas chercher à tirer de ces différentes constatations une hiérarchie des droits de propriété intellectuelle, puisque toutes ces lois obéissent à une finalité différente et sont les composantes d'un seul et même système qui, en tant que tout, forme un ensemble cohérent et non hiérarchisé.