

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL SUPPLEANT PRES
LA COUR DE JUSTICE BENELUX¹****En cause :****Moët Hennessy Champagne Services scs**, société de droit français

Demanderesse dans la procédure devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant selon les formes du référé

Représentée par Me Olivier VRINS et Me Jeroen MUYLDERMANS,
avocats au barreau de Bruxelles**Contre****SPRL CEDRIC.ART**

Défenderesse dans la procédure devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant selon les formes du référé

Représentée par Me Koen VAN ZANDWEGHE, avocat au barreau de Flandre occidentale

I. Procédure devant la Cour

La Cour est saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal de commerce de Bruxelles dans un jugement du 12 avril 2018 (AR A/17/2627).

II. Faits et procédure antérieure

¹ Ces conclusions reposent sur le travail d'étude effectué par madame Annekatrien Lenaerts, référendaire à la Cour de cassation.

1. La présente affaire porte sur la question de savoir si et quand la liberté artistique, exprimée sous la forme du « *pop art* », en tant qu'aspect de la liberté d'expression contenue dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH), peut constituer un « *juste motif* » au sens de l'article 2.20.1. d) de la convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (ci-après : CBPI), qui permet à l'artiste d'utiliser un signe identique ou similaire à la marque, à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services.

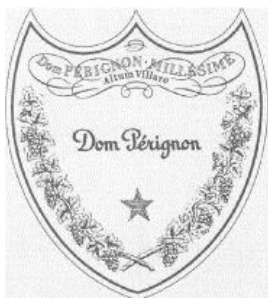
2. La demanderesse est active dans le monde entier dans la production et la commercialisation de différents vins de champagne, dont le « Dom Pérignon ». Elle commercialise ces vins de champagne dans des bouteilles à long col et au décor typique, composé d'une étiquette en forme d'écusson avec trois points et de la célèbre marque « Dom Pérignon ».

La demanderesse est titulaire des droits sur les marques suivantes (ci-après : les marques Dom Pérignon), qui portent sur différents éléments de ce décor :

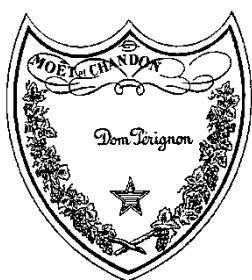
- la marque verbale de l'Union européenne « DOM PERIGNON », enregistrée le 15 octobre 1999 sous le numéro 000515494 pour des produits en classe 33 (boissons alcoolisées) ;
- la marque figurative de l'Union européenne, représentée ci-après, enregistrée le 9 mai 2012 sous le numéro 010439982 pour des produits notamment en classe 33 (boissons alcoolisées) (pièce I.2 dossier de la partie demanderesse) :



- la marque complexe internationale, reproduite ci-après, enregistrée le 13 février 2012 sous le numéro 1116016 avec désignation de l'Union européenne pour des produits en classe 33 (boissons alcoolisées, en ce compris des vins de champagne) :



- la marque complexe internationale, reproduite ci-après, enregistrée le 28 mars 1990 sous le numéro 551920 avec désignation du Benelux pour des produits en classe 33 (boissons alcoolisées) :



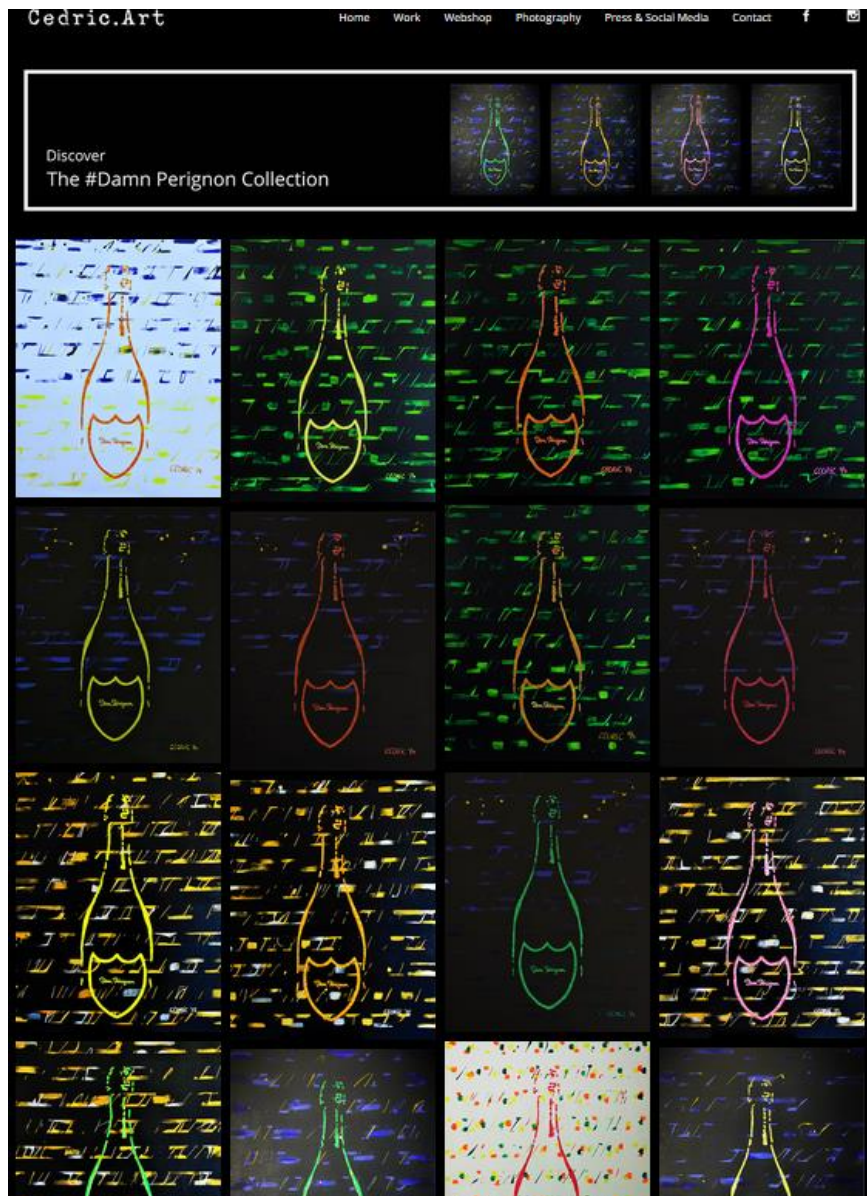
- la marque complexe internationale, reproduite ci-après, enregistrée le 19 octobre 1996 sous le numéro 323543 avec désignation du Benelux pour des produits en classe 33 (vins de champagne) :



3. Monsieur Cédric Peers, qui a placé son activité dans la défenderesse, est artiste à Knokke depuis de nombreuses années. Il décrit son style comme du « *pop art* », abréviation de l'anglais « *popular art* » (c.à.d. art populaire). Ce mouvement artistique s'appuie sur la culture

populaire et puise ses images dans la société de consommation. L'artiste décrit son objectif comme "faire d'un chef-d'œuvre une icône, transformer le marketing en art". Dans son art, il porte une réflexion sur des personnes, des entreprises ou des marques qui sont maîtres dans leur domaine de marketing. Il utilise certaines marques renommées dans ses expressions artistiques, parce qu'elles seraient emblématiques et incarneraient l'artisanat et un marketing sophistiqué.

4. La question préjudicielle posée à votre Cour concerne une collection de peintures, présentée ci-dessous, dans laquelle les marques Dom Pérignon sont incorporées de manière centrale. Il s'agit d'œuvres uniques, car elles n'ont été ni reproduites ni copiées, mais leur composition et leur cadre sont similaires. Elles présentent également de petites différences entre elles, notamment au niveau de l'interprétation et de la palette de couleurs. L'artiste expose cette collection sur son site Internet et la propose à la vente sous le nom de « *Damn Perignon Collection* » via le nom de domaine « damn-perignon-collection ». « *Damn* » peut se traduire par « maudit ». De plus, les œuvres sur le site sont vantées de façon ludique, parfois provocante, notamment par des modèles en petite tenue, dans une posture plutôt suggestive ou non.



5. Par citation du 14 juillet 2017, la demanderesse a demandé au président du tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant comme en référé, d'entendre dire pour droit que l'usage par la défenderesse dans la vie des affaires des signes contestés, notamment « Dom Pérignon » et « damn perignon » (également comme partie dudit nom de domaine) et les signes figuratifs constitués de la bouteille ventrue à col long et/ou de l'étiquette en forme d'écusson, portent atteinte aux marques Dom Pérignon au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI. Elle a demandé subsidiairement de poser une question préjudicielle à votre Cour. Dans sa demande, la requérante demandait également que la défenderesse soit condamnée à cesser l'atteinte, sous peine d'encourir une astreinte.

6. Toutefois, à la lumière de ces demandes, la question de l'équilibre entre les droits fondamentaux de la protection de la propriété intellectuelle énoncés à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH et la liberté d'expression, en particulier la liberté artistique telle qu'elle résulte de l'article 10 CEDH a été soulevée devant le président du tribunal de commerce. En particulier, le président s'est demandé si et quand la liberté artistique pouvait constituer un « *juste motif* » au sens de l'article 2.20.1 d), CBPI, qui autorise l'artiste à utiliser un signe ressemblant à une marque à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services.

7. Le président du tribunal de commerce a jugé que ce point est de nature à faire naître un doute raisonnable, de sorte qu'il convient de poser la question préjudicielle suivante à votre Cour concernant l'interprétation de l'article 2.20.1, sous d), CBPI :

« La liberté d'expression, et en particulier la liberté artistique, telle que garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, peut-elle constituer un « juste motif » au sens de l'article 2.20.1 (d) de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle ?

Le cas échéant, quels sont les critères à prendre en compte par la juridiction nationale pour apprécier l'équilibre entre ces droits fondamentaux et l'importance à accorder à chacun de ces critères ?

En particulier, la juridiction nationale peut-elle tenir compte des critères suivants et/ou d'autres critères complémentaires :

- *la mesure dans laquelle l'expression a un caractère ou un but commercial ;*
- *la mesure dans laquelle l'expression a un intérêt général, est pertinente sur le plan social ou entame un débat ;*
- *la relation entre les critères précédents ;*
- *le degré de notoriété de la marque invoquée ;*
- *l'étendue de l'usage contrefaisant, son intensité et sa systématique, ainsi que le degré de diffusion, par territoire, par temps et par volume, en tenant compte également de la mesure dans laquelle celle-ci est proportionnelle au message que l'expression est destinée à transmettre ;*
- *la mesure dans laquelle l'expression et les circonstances qui l'accompagnent, telles que le nom de l'expression et sa promotion,*

portent atteinte à la renommée, au caractère distinctif et à l'image des marques invoquées (la "fonction publicitaire") ;

- *la mesure dans laquelle l'expression présente une contribution originale qui lui est propre et la mesure dans laquelle une tentative a été faite pour éviter toute confusion ou association avec les marques invoquées, ou l'impression qu'il existe un lien commercial ou autre entre l'expression et le titulaire de la marque (la "fonction d'origine"), compte tenu également de la manière dont le titulaire a acquis une certaine image et réputation dans la publicité et la communication ».*

III. Examen

A) Recevabilité

8. La question préjudicielle me paraît recevable, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les parties.

B) Sur le fond

Quant au premier volet de la question :

9. Par le premier volet de sa question, le président du tribunal de commerce souhaite savoir en substance si et quand la liberté artistique, en tant qu'aspect de la liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la CEDH, peut constituer un « *juste motif* » au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI.

10. L'article 2.20.1, d), CPBI dispose : « *La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet au titulaire d'interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, (...) de faire usage d'un signe à des fins autres que celles de distinguer les produits ou services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.* »

11. Dans un arrêt du 1^{er} mars 1975, votre Cour a donné un contenu étroit à la notion de juste motif au sens de l'article 2.20.1, c), CBPI (précédemment article 13.A.2 de la Loi uniforme Benelux sur les marques). En vertu de cette disposition, le droit exclusif à la marque permet au titulaire d'interdire à tout tiers, en l'absence de son

consentement, « *de faire usage dans la vie des affaires, d'un signe identique ou similaire à la marque pour des produits ou services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque cette marque jouit d'une renommée à l'intérieur du territoire Benelux et que l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.* »

Selon votre Cour, on doit entendre par juste motif au sens de la disposition précitée le fait « *qu'à cette fin, il y ait pour l'utilisateur du signe une nécessité à faire usage précisément de ce signe-là, telle que malgré le préjudice causé au titulaire de la marque, il ne puisse pas être raisonnablement exigé de l'utilisateur qu'il s'abstienne de l'emploi de la marque ou que l'utilisateur ait un droit propre à faire usage de ce signe et que (...) ce droit (...) ne soit pas primé par le droit du titulaire de la marque* » (souligné par moi).²

12. Dans un arrêt plus récent du 6 février 2014, *Leidseplein Beheer c. Red Bull*, la Cour de justice de l'Union européenne a cependant donné un contenu plus large à la notion de juste motif au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE,³ présentement remplacé par l'article 10, paragraphe 2, c), de la directive sur les marques (UE) 2015/2436.⁴ L'article 2.20.1, c), CBPI en constitue la transposition. L'interprétation donnée par la Cour de justice au juste motif au sens de cette disposition du droit de l'Union s'impose dès lors au juge national en vue de l'interprétation de l'article 2.20.1, c), CBPI.

Dans l'arrêt prémentionné, la Cour de justice a considéré que « *la notion de « juste motif » ne saurait comprendre que des raisons objectivement impérieuses, mais peut également se rattacher aux intérêts subjectifs d'un tiers faisant usage d'un signe identique ou similaire à la marque renommée.* »⁵ Selon la Cour de justice, la notion de juste motif tend à « *trouver un équilibre entre les intérêts en question en tenant compte, dans le contexte spécifique de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 89/104 et eu égard à la protection étendue dont jouit la même marque,*

² Cour de Justice Benelux 1^{er} mars 1975, *Colgate c. Bols* ("Claeryn/Klarein"), *Jur. Benelux* 1975-79, 3.

³ Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des états membres sur les marques, *JO* 1989, L 40/1 (première directive); Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des états membres sur les marques, *JO* 2008, L 299/25 (version codifiée).

⁴ Directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des états membres sur les marques, *JO* 2015, L 336/1.

⁵ CJUE 6 février 2014, *Leidseplein Beheer c. Red Bull*, C-65/12, ECLI:EU:C:2014:49, point 45.

des intérêts du tiers utilisateur de ce signe. Ce faisant, l'invocation par un tiers d'un juste motif pour l'usage d'un signe similaire à une marque renommée ne saurait aboutir à la reconnaissance, à son profit, des droits liés à une marque enregistrée, mais contraint le titulaire de la marque renommée de tolérer l'usage du signe similaire » (souligné par moi).⁶

13. La Cour de justice n'exige donc pas, comme votre Cour dans son arrêt du 1^{er} mars 1975, qu'il y ait effectivement pour l'utilisateur « une nécessité » à faire usage du signe pour admettre un juste motif au sens de l'article 2.20.1, c), CBPI. Au contraire, cette notion vise à rechercher un équilibre entre le droit du titulaire de la marque et d'autres intérêts légitimes à l'usage d'un signe ressemblant.⁷

Je pense qu'il est judicieux d'étendre cette interprétation du juste motif au sens des articles 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE et 2.20.1, c), CBPI, à la notion identique de « juste motif » à l'article 2.20.1, d), CBPI.⁸ Cette disposition assure la mise en œuvre de l'article facultatif 5, paragraphe 5, de la directive sur les marques 89/104/CEE (présentement article 10, paragraphe 6, de la directive sur les marques (UE) 2015/2436), qui autorise dans un Etat membre des dispositions « *relatives à la protection contre l'usage qui est fait d'un signe à des fins autres que celle de distinguer des produits ou des services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ou leur porte*

⁶ *Ibid.*, point 46. Voyez aussi récemment : CJUE 20 juillet 2017, *Ornu a. Tindale & Stanton*, C-93/16, ECLI:EU:C:2017:571, point 59, dans lequel la Cour de Justice, après une appréciation globale des intérêts en cause, n'accepte pas un juste motif pour l'usage du signe en Espagne du fait que la marque de l'Union européenne (*Kerrygold*) et le signe incriminé (*Kerrymaid*) coexistent depuis des années pacifiquement au Royaume-Uni.

⁷ E. CORNU en B. DOCQUIR, "L'usage des réseaux sociaux. Entre droits intellectuels, liberté d'expression et vie privée" in M. SALMON (ed.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Conférence Jeune Barreau, 2014, 78 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, 250 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2018, 198 ; H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 57-58 ; L. VAN LYSEBETTEN, "Merkegebruik anders dan ter onderscheiding van waren of diensten ; een stand van zaken" (note sous prés. comm. Anvers 9 mai 2014), *DAOR* 2015, 88 ; P. VAN DER KOOIJ, "Claeryn/Klarein: het einde van een tijdperk", *BIE* 2014, 77-78.

⁸ Dans le même sens : A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, Bruxelles, Larcier, 2009, 479, n° 414 ; T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 368 ; C. GIELEN, "noot onder *Robelco/Robelco*", *IER* 2003, 38 ; P. VAN DER KOOIJ, "Naar een 'Europese' geldige reden", *BIE* 2010, 133 ; H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 79. C'est une forme « d'harmonisation spontanée » dans laquelle les Etats membres donnent à une directive une mise en œuvre plus large que ce à quoi cette directive les oblige (voyez à ce sujet : M. LOOS, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, La Haye, Boom Juridische Uitgevers, 2006).

préjudice. » L'article 2.20.1, d), CBPI relève dès lors de l'application du droit national. L'interprétation uniforme de la notion de juste motif dans l'usage destiné à distinguer des produits ou services (article 2.20.1, c), CBPI), d'une part, et l'usage à d'autres fins que celles de distinguer des produits ou services 2.20.1, d), CBPI), d'autre part, favorise cependant la transparence et la sécurité juridique. En outre, les deux dispositions traitent du même type d'atteinte à la marque (à savoir le fait de tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou le fait de leur porter préjudice).⁹

14. Il résulte de cette interprétation uniforme que le juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI a également pour objet d'atteindre un équilibre entre les intérêts légitimes conflictuels du titulaire de la marque et de l'utilisateur d'un signe ressemblant, à d'autres fins que celles de distinguer des produits ou services. Il s'ensuit logiquement, me semble-t-il, que la notion de juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI peut également tendre à trouver un équilibre entre le droit de propriété intellectuelle du titulaire de la marque, consacré à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH, et la liberté d'expression de l'utilisateur du signe, consacrée à l'article 10 de la CEDH.

Dans cette optique, une large fraction de la doctrine admet que le droit à la liberté d'expression peut être considéré comme un droit propre au sens de l'arrêt de votre Cour du 1^{er} mars 1975.¹⁰ Ce droit peut donc constituer un juste motif lorsque, après avoir mis en balance les intérêts légitimes de l'utilisateur du signe et du titulaire de la marque, il convient de le faire primer sur le droit du titulaire de la marque.¹¹

⁹ Voyez en sens également : G. STRAETMANS, "Recente ontwikkelingen in het merkenrecht" in *CBR Jaarboek 2014-2015*, Anvers, Intersentia, 2015, 174 ; L. VAN LYSEBETTEN, "Merkgebruik anders dan ter onderscheiding van waren of diensten ; een stand van zaken" (note sous prés. comm. Anvers 9 mai 2014), *DAOR* 2015, 89.

¹⁰ R.E. EBBINK, "Ander gebruik van andermans merk in de Benelux", *BMM Bulletin* 1990, 32 ; M.-C. JANSSENS, "Protection de la marque et liberté d'expression. À la recherche d'un équilibre délicat" in A. CRUQUENAIRE (ed.), *La protection des marques sur internet*, Brussel, Bruylant, 2007, 78, nr. 19 ; L. VAN BUNNEN, "Conditions de licéité de l'usage parodique d'une marque" (noot onder Rb. Amsterdam 22 december 2006, "Greenpeace"), *Ing.Cons.* 2007, 452 ; J. VAN DEN BERG etn M. HAAK, "IE-rechten en uitingsvrijheid", *BMM Bulletin* 2013, 5 ; L. VAN LYSEBETTEN, "Merkgebruik anders dan ter onderscheiding van waren of diensten: een stand van zaken" (note sous prés. comm. Anvers 9 mai 2014), *DAOR* 2015, 89 ; D. VISSER, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 1993, 64-65 ; G. VOS en J. VAN DEN BERG, "De geldige reden", *BMM Bulletin* 2003, 86.

¹¹ T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 369 ; C. DE WANDELEER, "Le juste motif au regard de l'article 2.20.1, d), CBPI", *IRDI* 2006, 362 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, 254 ; B. PONET, "De parodie van het auteursrecht naar het merkenrecht", *IRDI* 1998, 313 ; H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 79-80 ; T. VAN HOEY, "De verhouding

15. De cette manière, le droit à la liberté d'expression visé à l'article 10 CEDH a une incidence sur les rapports juridiques horizontaux entre les citoyens, à savoir entre le titulaire de la marque et l'utilisateur d'un signe ressemblant. Cette incidence est cependant indirecte, étant donné que l'article 10 CEDH n'est pas invoqué directement, mais que le droit fondamental à la liberté d'expression est appliqué uniquement au moyen d'une « norme ouverte » de droit privé, *en l'espèce* le juste motif visé à l'article 2.20.1, d), CBPI. Cette norme du droit des marques doit alors être interprétée à la lumière de la liberté d'expression.¹² Cette technique de l'incidence horizontale indirecte des droits fondamentaux est généralement admise en doctrine.¹³

16. La question se pose maintenant de savoir quand la liberté artistique, en tant qu'aspect de la liberté d'expression, constitue un juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI et ainsi doit primer, après être mise en balance avec le droit de propriété intellectuelle du titulaire de la marque, qui est en conflit avec ce droit.

17. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme a admis sans ambiguïté dans son arrêt du 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch c. Portugal*, que les droits de propriété intellectuelle, et en particulier les droits de marque, jouissent de la protection prévue à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH.¹⁴ Le premier alinéa de cette disposition est libellé comme suit : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et*

tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en de 'geldige reden'; daar wringt het schoentje" (note sous prés. comm. Anvers 14 octobre 2013, *Louboutin c. Anke Van Dermeersch*), *Ing.Cons.* 2013, 918 ; L. VAN LYSEBETTEN, "Merkgebruik anders dan ter onderscheiding van waren of diensten ; een stand van zaken" (note sous prés. comm. Anvers 9 mai 2014), *DAOR* 2015, 89-90.

¹² W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression. An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 120-125.

¹³ T.O. GANTEN, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 26-27 (voorzitter van een "mittelbare Drittwirkung"); A. LENAERTS, "The Role of the General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights in the Enforcement of Human Rights in Contract Law : A Belgian Perspective" in L. SILQUINI-CINELLI en A. HUTCHISON (eds.), *The Constitutional Dimension of Contract Law. A Comparative Perspective*, Heidelberg, Springer, 2017, 86-87 ; K. RIMANQUE et P. PEETERS, "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene doelstelling" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Anvers, Kluwer, 1982, 19-21 ; J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke 'liberale' grondrechten in de XXste en de XXIste eeuw" in B. PEETERS en J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber Amicorum Discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 129-132.

¹⁴ CEDH 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch c. Portugal*, n° 73049/01, point 72 (avec citation de la jurisprudence antérieure aux points 66-71).

les principes généraux du droit international. » De plus, l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : Charte) consacre expressément la protection de la propriété intellectuelle.

18. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît dans une jurisprudence constante que la liberté artistique, en tant qu'aspect de la liberté d'expression, est protégée au titre de l'article 10 CEDH.¹⁵ Cette disposition énonce au paragraphe 1^{er} : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...).* » Le paragraphe 2 dispose toutefois : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* » (souligné par moi). De son côté, l'article 13 de la Charte prévoit expressément que « *Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.* »

19. Il s'ensuit que tant le droit fondamental de la propriété intellectuelle que celui de la liberté artistique, en tant qu'aspect de la liberté d'expression, peuvent être limités : ils ne sont pas absolus et doivent être mis en balance dans les circonstances concrètes.¹⁶ Ainsi, les droits de marque, dans la mesure où ils sont prévus par la loi et nécessaires dans une société démocratique à la protection des droits

¹⁵ Voyez p.ex. CEDH 24 mai 1988, *Müller c. Suisse*, Publ. Cour, Série A, Vol. 133, point 33; CEDH 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*, Recueil/Reports, 1999, point 49.

¹⁶ C. DEKONINCK, "Merken en vrijheid van meningsuiting : zoeken naar een *fair balance*" (note sous prés. comm. Anvers 14 octobre 2013, *Louboutin c. Anke Van Dermeersch*), *RABG* 2013, 1486-1487 ; V. RAUS, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *BMM Bulletin* 2013, 8 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 7 ; J. VAN DEN BERG et M. HAAK, "IE-rechten en uitingvrijheid", *BMM Bulletin* 2013, 2 ; T. VAN HOEY, "De verhouding tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en de 'geldige reden' : daar wringt het schoentje" (note sous prés. comm. Anvers 14 octobre 2013, *Louboutin c. Anke Van Dermeersch*), *Ing.Cons.* 2013, 918.

d'autrui, peuvent constituer une exception au droit fondamental de la liberté d'expression.¹⁷

20. La Cour européenne des droits de l'homme admet cependant à cet égard que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.¹⁸ Sans préjudice des restrictions à l'article 10, paragraphe 2, CEDH, la Cour estime que cette liberté vaut non seulement pour « *les "informations" ou "idées" qui sont accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui offensent, choquent ou perturbent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* ». ¹⁹

Il ressort également de cette jurisprudence que la liberté artistique est jugée extrêmement importante dans une société démocratique.²⁰ Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté* ». ²¹

21. Comme la liberté d'expression, et en particulier la liberté artistique sont à ce point cruciales pour la démocratie, les conditions restrictives

¹⁷ P. MAEYAERT, "Beschermingsomvang en beperkingen", *IRDI* 2016, 90, n° 49.

¹⁸ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, 946, n° 804 ; J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Intersentia, 2007, 9 ; J. VOORHOOF, "Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting" in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 854-855, n° 18-19.

¹⁹ CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c. RU*, *Publ. Cour*, Série A, Vol. 24, point 49 ; CEDH 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, *Recueil/Reports*, 1998, point 46 ; CEDH 6 mai 2003, *Perna c. Italie*, *Recueil/Reports*, 2003, point 39 : "freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb: such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society."

²⁰ J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Intersentia, 2007, 9.

²¹ Voyez p.ex. CEDH 24 mai 1988, *Müller c. Suisse*, *Publ. Cour*, Série A, Vol. 133, point 33 ; CEDH 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*, *Recueil/Reports*, 1999, point 49 : "those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions, which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression."

prévues à l'article 10, paragraphe 2, CEDH sont interprétées strictement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.²² En vertu de ces conditions, on peut, en effet, déroger à la liberté d'expression que si c'est « *nécessaire dans une société démocratique* ». C'est uniquement le cas s'il existe un besoin social impérieux (« *pressing social need* ») et que la proportionnalité est respectée entre le moyen utilisé et le but légitime poursuivi.²³ Ce seuil élevé ne sera que rarement atteint. Bien que la liberté artistique ne soit pas absolue, la doctrine admet ainsi que cette liberté bénéficie d'un niveau de protection élevé.²⁴ Ici s'impose l'adage *in dubio pro arte* : en cas de doute, le juge sera enclin à juger en faveur de l'artiste.²⁵

22. Le degré élevé de protection reconnu à la liberté artistique trouve en outre son expression dans le considérant 27 de la directive sur les marques (UE) 2015/2436.²⁶ On y lit : « *L'usage d'une marque fait par des tiers à des fins d'expression artistique devrait être considéré comme*

²² A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, 945, n° 803, note 779 ; J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 6 ; J. VOORHOOF, "Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting" in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2004, 967, nr. 168.

²³ Voyez p.ex. CEDHM 7 décembre 1976, *Handyside c. RU*, *Publ. Cour*, Série A, Vol. 24, point 48 ; CEDH 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, *Publ. Cour*, Série A, Vol. 90, point 55 ; CEDH 26 novembre 1991, *Sunday Times c. RU*, *Publ. Cour*, Série A, Vol. 217, point 50 ; CEDH 6 mai 2003, *Perna c. Italie*, *Recueil/Reports*, 2003, point 39 ; J. VOORHOOF, "Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting" in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Anvers, Intersentia, 2004, 982-983, n° 202.

²⁴ C. GEIGER, "Droit des marques et liberté d'expression", *Recueil Dalloz* 2007, 885 ; M.-C. JANSSENS, "Protection de la marque et liberté d'expression. À la recherche d'un équilibre délicat" in A. CRUQUENAIRE (ed.), *La protection des marques sur internet*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 78, n° 19 ; P. MAEYAERT, "Beschermingsomvang en beperkingen", *IRDI* 2016, 90, n° 49 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 8 : dans le cas d'un usage de la marque qui n'est pas purement commercial, comme dans le cadre d'une expression artistique, le niveau de protection de la liberté d'expression est supérieur ; W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 287-288. Pour un niveau de protection élevé de la liberté artistique par rapport à des droits d'auteur en conflit : E. DAEM, "Auteursrechtelijke grenzen aan de vrijheid van 'appropriation artists'", *IRDI* 2017, 268, nr. 23 ; S. FEYEN, "Auteursrecht en vrije meningsuiting. Een verhouding uit balans?", *AM* 2009, 589.

²⁵ E. DAEM, "Auteursrechtelijke grenzen aan de vrijheid van 'appropriation artists'", *IRDI* 2017, 268, n° 24 ; J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Intersentia, 2007, 6 et 24.

²⁶ Voyez également le considérant 2 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JO*. 2004, L 195/16 : « *La protection de la propriété intellectuelle devrait permettre à l'inventeur ou au créateur de retirer un profit légitime de son invention ou de sa création. Elle devrait également permettre la diffusion la plus large possible des œuvres, des idées et des savoir-faire nouveaux. Dans le même temps, la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas faire obstacle à la liberté d'expression (...).* »

loyal, dès lors qu'il est également conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. En outre, la présente directive devrait être appliquée de façon à garantir le plein respect des droits et libertés fondamentaux, en particulier la liberté d'expression.» Ce considérant semble confirmer que la protection de la liberté artistique forme un principe fondamental, dont on ne peut s'écarter que si c'est nécessaire à la préservation des usages honnêtes en matière commerciale.

23. Dans ce contexte, la liberté artistique poursuit un double objectif selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Premièrement, elle contribue dans une mesure importante à l'épanouissement de chacun.²⁷ Deuxièmement, elle apporte une contribution cruciale au développement social, culturel et politique plus large.²⁸ Dans ce contexte, selon la théorie de la « démocratie dialogique », la possibilité d'influencer les « significations dominantes » dans la société est une condition importante pour une pleine participation aux processus sociaux, culturels ou politiques. Les porteurs de telles significations sont des signes dominants, y compris les marques. Non seulement les titulaires de marques déterminent le sens et l'image de leurs marques, mais aussi les consommateurs et la société tentent d'influencer ce sens en tant que réaction sociale aux produits et aux idées auxquels ils sont associés dans la publicité. C'est le cas, par exemple, des parodies de marques ou lorsque des marques sont utilisées dans l'art. La liberté spécifique d'utiliser et d'influencer le sens des signes dominants et d'engager un dialogue avec eux devrait donc être protégée.²⁹

24. La question se pose maintenant de savoir ce que l'on entend par art, à savoir ce qui est nécessaire pour que l'art atteigne ce double objectif décrit ci-dessus. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne donne pas de définition juridique claire de la notion d'art. La Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a néanmoins défini cette notion afin d'interpréter l'article 5, paragraphe 3, de la Loi fondamentale allemande. En vertu de cette disposition, l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres, en effet.³⁰

²⁷ CEDH 25 janvier 2007, *Vereinigung bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, point 26.

²⁸ CEDH 24 mai 1988, *Müller c. Suisse*, Publ. Cour, Série A, Vol. 133, point 33.

²⁹ W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 9 ; W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 138-142 en 159. Cet auteur se réfère, pour l'origine de cette théorie, à R. COOMBE, "Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property and Democratic Dialogue", *Texas Law Journal* 1991, 1853-1880.

³⁰ La liberté artistique étant inscrite dans la Loi fondamentale, il n'est pas possible d'y déroger par une loi ordinaire. Dans certaines circonstances, cependant, la liberté artistique doit être mise en balance avec d'autres valeurs protégées par la Constitution. De telles valeurs peuvent constituer des « *verfassungsimmanente Grenzen* » à la liberté artistique ancrée par

Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a jugé dans un arrêt du 24 février 1971 que « *L'essence de l'activité artistique est la mise en forme créative libre, dans laquelle les impressions, les expériences et les expériences de l'artiste sont amenées à la vue directe par le biais d'un certain langage formel. (...) Dans la création artistique, l'intuition, la fantaisie et la compréhension de l'œuvre d'art, c'est avant tout non pas la communication, mais l'expression la plus immédiate de la personnalité individuelle de l'artiste* » (traduction libre).³¹ S'agissant du rapport entre l'art et la réalité, cette Cour poursuit : « *Même si l'artiste décrit des processus de la vie réelle, cette réalité est "condensée" dans l'œuvre d'art. La réalité est détachée des contextes et des lois de la réalité empirique-historique et amenée à de nouvelles relations, pour lesquelles non pas le "thème de la réalité", mais l'impératif artistique du graphisme vivant est à l'avant-plan. Dans certaines circonstances, la vérité du processus individuel peut et doit être sacrifiée à l'unité artistique* » (traduction libre).³²

25. Il semble donc résulter de cette jurisprudence que la notion d'art présuppose un processus de mise en forme créative, dans lequel l'artiste « transforme » la réalité, pour ainsi dire, en lui ajoutant un élément personnel. Il met, pour ainsi dire, son propre accent sur cette réalité.³³ Il me semble que si ces conditions sont remplies, l'expression artistique doit obtenir une protection étendue.

la Constitution (W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 117-119).

³¹ BVerfG 24 février 1971, *Mephisto*, BVerfGE 30, 173 ff., NJW 1971, 1645 : « *Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. (...) Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.* »

³² *Ibid.* : « *Auch wenn der Künstler Vorgänge des realen Lebens schildert, wird diese Wirklichkeit im Kunstwerk „verdichtet“. Die Realität wird aus den Zusammenhängen und Gesetzmäßigkeiten der empirisch-geschichtlichen Wirklichkeit gelöst und in neue Beziehungen gebracht, für die nicht die 'Realitätsthematik', sondern das künstlerische Gebot der anschaulichen Gestaltung im Vordergrund steht. Die Wahrheit des einzelnen Vorganges kann und muß unter Umständen der künstlerischen Einheit geopfert werden.* »

³³ Voyez dans ce sens : W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 162 ; voyez aussi : E. DAEM, « *Auteursrechtelijke grenzen aan de vrijheid van 'appropriation artists'* », *IRDI* 2017, 267, n° 22 : il doit y avoir un degré minimal d'expression pour déterminer si l'art est une manifestation de l'expression artistique de l'artiste.

26. Dans ce contexte, la doctrine souligne à juste titre que l'art ne doit pas nécessairement déclencher un débat de société pour que la liberté artistique mérite d'être protégée. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère, elle aussi, que ce ne sont pas seulement des renseignements ou des idées présentant un certain intérêt public qui sont protégés par l'article 10 CEDH.³⁴ Selon la doctrine citée, il suffit donc que l'artiste fasse usage de sa liberté artistique. Il partage une expérience esthétique. Il exprime sa personnalité.³⁵ Il peut transmettre des « renseignements ou des idées », mais ce n'est pas nécessairement le cas. Certains artistes peuvent transmettre un message ou une vision critique de l'homme et de la société dans leur œuvre d'art, mais de nombreux artistes ne le font pas.³⁶

27. Dans l'une des rares décisions concernant la mise en balance de la liberté artistique et des droits de propriété intellectuelle dans le Benelux, à laquelle le président du tribunal de commerce fait également référence, à savoir l'ordonnance du tribunal de La Haye du 4 mai 2011, *Plesner c. Louis Vuitton*, la maison de luxe française Louis Vuitton s'est opposée, par exemple, à l'utilisation d'un de ses modèles enregistrés dans une œuvre d'art de Nadia Plesner. Un garçon soudanais pauvre, nu et décharné était habillé d'un chihuahua rose et d'un sac à main de luxe pour dénoncer le fait que la société occidentale ignorait le conflit au Darfour (Soudan) et était plutôt intéressée par ses propres problèmes de luxe. La discussion ne portait pas sur le tableau lui-même (*Darfurnica*) mais sur l'utilisation de l'image sur les affiches et les T-shirts proposés à la vente. Le tribunal a considéré que « *les artistes jouissent d'une protection considérable en ce qui concerne leur liberté artistique, l'art pouvant en principe être "offensant, choquant ou dérangeant". Il est*

³⁴ CEDH 23 juin 1994, *Jacobowski c. Allemagne*, Publ.Cour, Série A, Vol. 291, point 25 ; CEDH 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, Publ. Cour, Série A, Vol. 285, points 33-35 ; CEDH 28 juin 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, Recueil/Reports, 2001, points 57 et 70 ; CEDH 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, Recueil/Reports, 2003, points 60 et 74 ; voyez J. VOORHOOF, "Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting" in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Anvers, Intersentia, 2004, 902-905, n° 78.

³⁵ E.A. ALKEMA, "De vrijheid van de kunst als onderdeel van de grondrechtelijke communicatievrijheid mede in het licht van het EVRM" in T. PRONK et G.A.I. SCHUIJT (ed.), *Hoe vrij is kunst? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen van de vrijheid van expressie*, Amsterdam, Cramwinckel, 1992, 9 et s. ; E. DAEM, "Auteursrechtelijke grenzen aan de vrijheid van 'appropriation artists'", *IRDI* 2017, 267, n° 22 ; K. RIMANQUE et F. REYNTJENS, "Kunst en vrijheid van expressie en haar beperkingen" in K. RIMANQUE (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Kluwer, 1985, 1 ; M. VERDUSSEN, "Les droits de l'homme et la création artistique" in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1002 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Anvers, Maklu, 1991, I, 61.

³⁶ J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Intersentia, 2007, 2.

également important que l'utilisation faite par Plesner ne serve pas (...) des fins purement commerciales. A première vue, il est plausible que l'intention de Plesner ne soit pas de parasiter sur la renommée de Louis Vuitton dans un sens commercial. Elle utilise plutôt cette renommée pour transmettre son message socialement critique.»³⁷ Pour ce motif, le tribunal a réformé la décision du juge a quo qui avait prononcé une interdiction d'usage de l'image.³⁸

Selon moi, il ne découle pas de cette décision que l'art doit nécessairement transmettre un message d'intérêt général pour que la liberté artistique mérite une protection. Le tribunal se contente de délimiter clairement que l'usage d'un dessin ou modèle ou d'une marque « *ne peut servir un but purement commercial* ». En l'espèce, ce n'était pas le cas, car l'artiste voulait d'abord engager un débat social. Cependant, si l'artiste, suivant son propre processus créatif, façonne la réalité et la transforme en y ajoutant quelque chose de personnel, il ne poursuivra pas non plus, à mon avis, un but exclusivement commercial, au sens de la jurisprudence précitée (voyez ci-après, n° 34).

28. Je pense qu'il faut garder à l'esprit que l'art est fondamentalement ambigu lorsque le juge détermine si un tel processus de mise en forme créative est présente.³⁹ La Cour constitutionnelle allemande a considéré dans ce cadre que « *La caractéristique de l'expression artistique est qu'en raison de la diversité de son contenu, il est possible d'extraire de la représentation des significations de plus en plus étendues au moyen d'une interprétation continue, ce qui permet une transmission d'informations pratiquement inépuisable et à plusieurs niveaux* » (traduction libre).⁴⁰ Étant donné qu'une expression artistique ne peut donc pas être comprise de manière univoque, les entorses à la liberté artistique ne devraient être

³⁷ Trib. La Haye 4 mai 2011, *Plesner c. Louis Vuitton*, IER 2011, afl. 4, 289.

³⁸ Voyez sur cette affaire : W. SAKULIN, note sous tribunal La Haye 4 mai 2011, IER 2011, afl. 4, 289-291 ; D. VISSER, "Darfurnica: modellenrecht versus kunstvrijheid", NJ 2011, afl. 12, 740-742.

³⁹ W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 162 ; J. VELAERS, "De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan" in F. SWENNEN (ed.), *Kunst en recht*, Anvers, Intersentia, 2007, 3 en 5 ; M. VERDUSSEN, "Les droits de l'homme et la création artistique" in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1014-1015.

⁴⁰ BVerfG 17 juillet 1984, "Anachronistischer Zug", BVerfGE 67, 213 ff., NJW 1985, 261 ff. : "Das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung sieht darin, daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt".

autorisées qu'avec une prudence particulière.⁴¹ En aucun cas, le tribunal ne peut évaluer lui-même la valeur (ajoutée) esthétique d'une expression artistique.⁴²

29. Je crois que le « *pop art* », qui fait l'objet de cette affaire, peut aussi être le résultat d'un processus de mise en forme créative, dans lequel l'artiste ajoute un élément personnel à la réalité. Par cette forme d'art, l'artiste veut en effet sortir les marques connues de leur contexte habituel pour prendre position contre la société de consommation et favoriser de la sorte la réflexion des consommateurs ou citoyens.⁴³ Cette forme d'art présuppose donc, de par sa nature même, qu'une marque renommée apparaisse clairement dans une œuvre d'art. L'artiste communique généralement de manière indirecte, c'est-à-dire d'une manière ambiguë, tortueuse, exagérée ou provocante.⁴⁴

A mes yeux, le fait que les marques Dom Pérignon soient au cœur de l'œuvre en l'espèce n'enlève rien au fait qu'il peut exister un processus créatif de mise en forme artistique. Le fait qu'un artiste « *pop art* », comme dans le cas présent, ne produise pas seulement une seule œuvre, mais toute une collection d'œuvres uniques qui ne présentent entre elles que de légères variations, n'empêche pas non plus, à mon sens, l'émergence d'un processus de mise en forme créative.

30. À mon avis, il découle de l'analyse qui précède que la liberté artistique constitue en principe un juste motif au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI, selon lequel l'artiste peut utiliser un signe ressemblant à la marque à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services, lorsque l'expression artistique résulte d'un processus de mise en forme créative dans lequel il transforme la réalité en lui ajoutant un élément personnel. Cette condition permet à la liberté artistique d'atteindre son double objectif, à savoir la promotion de l'épanouissement de l'individu et la contribution à la démocratie dialogique. Comme l'art est essentiellement

⁴¹ M. VERDUSSEN, "Les droits de l'homme et la création artistique" in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1015.

⁴² *Ibid.*, 1004, note 12 ; voyez Justice Oliver Wendell Holmes: "it would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves as final judges of the worth of pictorial illustrations" (*Bleinstein v. Donaldson*, 188 US 239, 251 (1903)), mentionné dans I. VAN DER VLIES, *De kunst en het recht. Over algemene publiekrechtelijke regels met betrekking tot kunst*, Boom, Juridische uitgevers, 2005, 3.

⁴³ W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 159.

⁴⁴ *Ibid.*

ambigu, le juge doit, à mon avis, juger la réalisation de cette condition avec une extrême prudence.

31. Si l'expression artistique est le résultat du processus mise en forme créative susmentionné, la liberté artistique est en principe un juste motif au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI, dans le sens d'une cause d'exonération.⁴⁵ Il en résultera que l'usage par l'artiste d'un signe ressemblant à la marque à d'autres fins que celles de distinguer des produits ou des services ne constituera plus une atteinte à cette marque.⁴⁶

32. En vertu de l'article 2.20.1(d) CBPI, une atteinte à une marque peut être commise de trois façons : 1) en tirant indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ; 2) en portant préjudice au caractère distinctif de la marque ; 3) en portant préjudice à la renommée de la marque.

33. **Premièrement**, la notion de « profit indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de la marque » (également désignée sous les termes de « rattachement », « parasitisme » et de « *free-riding* ») s'attache non pas au préjudice subi par la marque, mais à l'avantage commercial tiré par le prétendu contrevenant de l'usage du signe contesté.⁴⁷ Elle englobe notamment les cas d'exploitation et de parasitisme dans le sillage d'une marque ou la tentative de tirer profit de sa renommée.⁴⁸ Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne considère dans une jurisprudence constante que « *le profit résultant de l'usage par un tiers d'un signe similaire à une marque renommée est tiré indûment par ce tiers desdits caractère distinctif ou renommée lorsque celui-ci tente par cet usage de se placer dans le sillage de la marque renommée afin de bénéficier du pouvoir d'attraction, de la réputation et du prestige de cette dernière, et d'exploiter, sans compensation financière, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de celle-ci.* »⁴⁹

⁴⁵ Voyez F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2016, 186 : ils définissent le juste motif expressément comme une cause éventuelle d'exonération.

⁴⁶ Voyez F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 201 : s'il existe un juste motif, l'usage d'un signe ressemblant à la marque prend une forme non contrefaisante ; voyez aussi D. VISSER, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 1993, 65.

⁴⁷ CJUE 27 novembre 2008, *Intel c. CPM*, C-252/07, ECLI:EU:C:2008:655, points 36 et 78.

⁴⁸ TUE 25 mai 2005, *Spa Monopole c. OHMI*, T-67/04, ECLI:EU:T:2005:179, point 41.

⁴⁹ CJUE 18 juin 2009, *L'Oréal t. Bellure*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, points 49 et 50 ; CJUE 22 septembre 2011, *Interflora c. Marks & Spencer*, C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604, point 89 ; voyez T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 351-354 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larquier, 2016, 245 ; H. VANHEES,

Bien que la Cour eût interprété dans cette jurisprudence l'atteinte à la marque au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE, transposé par l'article 2.20.1, c), CBPI, il semble à nouveau judicieux de retenir cette interprétation comme fil conducteur dans le cadre d'une atteinte à la marque au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI (voyez aussi ci-après, n^{os} 39 et 41).⁵⁰

34. Eh bien, en me fondant sur l'analyse effectuée, je crois que si une expression artistique est produite par un processus de mise en forme créative, l'artiste qui utilise un signe semblable à une marque tire un avantage *justifié* du caractère distinctif ou de la renommée de cette marque. Étant donné que, dans ce cas, la liberté artistique constitue un juste motif au sens de l'article 2.20.1 d) CBPI, selon lequel l'artiste peut faire usage du signe à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services, cela signifie automatiquement que l'avantage découlant de cet usage est également justifié. En effet, la doctrine reconnaît à juste titre que le profit tiré indûment ou le préjudice porté indûment sont étroitement liés à l'absence de juste motif. Dès lors qu'un juste motif existe, il a pour conséquence que l'usage de ce signe n'est plus injustifié.⁵¹

35. Si l'expression artistique est le fruit d'un processus de mise en forme créative, dans lequel l'artiste transforme la réalité en y ajoutant un élément personnel, son but premier est la promotion de l'épanouissement individuel et la contribution à la démocratie dialogique (voyez ci-après n^o 30). Je pense que le fait pour l'artiste de vendre également ses œuvres et de les introduire ainsi « dans la vie des affaires »⁵², en l'espèce par le

“Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang” in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 65-66.

⁵⁰ H. VANHEES, “Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang” in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 81.

⁵¹ Voyez les conclusions de l'avocat général KOKOTT avant CJUE 6 février 2014, *Leidseplein Beheer c. Red Bull*, C-65/12, point 36 ; T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 357 ; E. CORNU et B. DOCQUIR, “L'usage des réseaux sociaux. Entre droits intellectuels, liberté d'expression et vie privée” in M. SALMON (ed.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Conférence Jeune Barreau, 2014, 79.

⁵² La Cour de justice de l'Union européenne a défini largement « l'usage dans la vie des affaires » au sens des articles 5, paragraphe 1, et 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE (remplacés présentement par l'article 10, paragraphe 2, de la directive sur les marques (UE) 2015/2436), transposé dans l'article 2.20.1, a), b) et c), CBPI. Selon cette Cour, il s'agit d'un usage « dans le cadre d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé » (CJUE 12 novembre 2002, *Arsenal c. Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:65, point 40 ; CJUE 23 mars 2010, *Google c. Louis Vuitton*, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, point 50). Selon une jurisprudence antérieure de votre Cour, l'usage « dans la vie des affaires » s'entend en principe d'un usage dans un but « autre qu'exclusivement scientifique, dans le cadre d'une entreprise, d'une profession ou de toute autre activité qui n'est pas exercée dans le domaine

biais d'un site internet, ne fait pas encore de l'expression artistique une forme d'utilisation commerciale injustifiée.⁵³ L'expression artistique, en effet, intervient toujours « à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services » au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI.

36. Une limite à cette primauté de la liberté artistique, en revanche, est que le signe similaire à la marque ne peut être utilisé *exclusivement* pour tirer un avantage commercial de son caractère distinctif ou de sa réputation.⁵⁴ L'utilisateur du signe ne peut donc pas simplement parasiter l'image commerciale construite par le titulaire de la marque.⁵⁵ Tel est le cas lorsque l'expression n'est pas le fruit d'un processus de mise en forme créative, dans lequel l'artiste ajoute un élément personnel à la réalité. Alors, il n'est plus question d'un juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI, si bien que l'avantage tiré du caractère distinctif ou de la renommée de la pmarque sera injustifié.

37. La Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) a formulé cette limite de manière transparente. Cette Cour a jugé, dans le cadre d'une parodie, dans un arrêt du 3 février 2005 que la liberté artistique prévaut

privé et dont l'objet est de réaliser un avantage économique » (Cour de Justice Benelux 9 juillet 1984, Tanderil, *Jur. Benelux* 1984, 1) ; voyez H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 17.

⁵³ Dans ce sens: D. VISSER, "Darfurnica: modellenrecht versus kunstvrijheid", *NJ* 2011, 740-741 ; voyez aussi: J. VAN DEN BERG et M. HAAK, "IE-rechten en uitingsvrijheid", *BMM Bulletin* 2013, 6 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 8 ; W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 169.

⁵⁴ T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 369 ; C. DEKONINCK, "Merken en vrijheid van meningsuiting: zoeken naar een *fair balance*" (note sous prés. comm. Anvers 14 octobre 2013, *Louboutin c. Anke Van Dermeersch*), *RABG* 2013, 1487 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 12.

⁵⁵ Voyez p.ex. prés. comm. Anvers 14 octobre 2013, *Louboutin c. Anke Van Dermeersch*, *RABG* 2013, 1476, avec note C. DEKONINCK : dans le cadre de sa campagne politique « les femmes contre l'islamisation », Anke Van Dermeersch s'était abondamment servie dans ses affiches « Liberté ou islam ? » de la marque de couleur rouge de Christian Louboutin, apposée sur la semelle de chaussures à hauts talons. Le président du tribunal de commerce a estimé qu'il n'y avait pour l'usage de ce signe un juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI, dès lors qu'Anke Van Dermeersch, avant tout, « avait eu l'intention de tirer profit de la renommée de la marque. » Toutefois, cette décision ne portait pas sur la liberté artistique qui, on l'a vu, bénéficie d'une protection élevée dès qu'il s'agit d'un processus personnel de formation créative.

sur les droits du titulaire de la marque, lorsque la parodie n'a pas un but purement commercial et que le parodiste ne dénigre ou ne diffame pas une marque (voyez aussi ci-après, n° **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**)⁵⁶ En l'espèce, le parodiste avait fait une carte portant sur un fond lilas le texte « *Über allen Wipfeln ist Ruh, irgendwo blökt eine Kuh. Muh!* », paraphrasant le « *Wanderers Nachtlied* » de Goethe. Le texte était signé « *Rainer Maria Milka* ».

Ladite Cour a considéré d'abord que « *Toutefois, si le dessin de la carte postale en question ne s'avère pas être un dénigrement des marques de la plaignante et si l'on ne peut présumer que le défendeur poursuit des fins exclusivement commerciales dans la commercialisation de la carte postale, la protection de la liberté artistique prime la protection de la garantie de propriété en cas de litige* » (traduction libre).⁵⁷ Cette Cour a alors privilégié la liberté artistique, car l'artiste n'avait nullement contribué exploité exclusivement l'image commerciale construite par Milka. Il avait, au contraire, remis en cause cette image afin de stimuler le dialogue social et culturel dans le cadre de la démocratie dialogique.

Cette décision me semble justifiée. Les œuvres d'art qui utilisent des marques connues, comme les parodies ou le « *pop art* », utiliseront presque inévitablement l'image de la marque (voyez ci-dessus, n° 29).⁵⁸ Cependant, dès lors que cette utilisation par l'artiste s'inscrit dans son propre processus de mise en forme créative au profit de l'épanouissement individuel et/ou de la démocratie dialogique, il ne se contente pas d'exploiter l'image commerciale de la marque. Comme indiqué ci-dessus, cette utilisation constitue un juste motif au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI.

38. Il découle de ce qui précède qu'à mon avis, l'artiste n'a pas simplement exploité l'image commerciale construite par le titulaire de la marque avec les œuvres « *pop art* » contestées, dans lesquelles les marques Dom Pérignon occupent une place importante en fonction de la nature même de la forme artistique. Comme indiqué, ces expressions artistiques semblent avoir été produites sur la base d'un processus de mise

⁵⁶ Favorable : J. JANSEN, "Over geldige reden en parodiërend merkgebruik", *IER* 2007, 91 ; W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 304.

⁵⁷ BGH 3 février 2005, "Lila-Postkarte", *GRUR* 2005, 583: "Erweist sich die in Rede stehende Gestaltung der Postkarte aber nicht als eine Verunglimpfung der Marken der Klägerin und läßt sich auch nicht annehmen, daß die Beklagte ausschließlich kommerzielle Zwecke mit dem Vertrieb der Postkarte verfolgt, hat der Schutz der Kunstfreiheit im Streitfall Vorrang vor dem Schutz der Eigentumsgarantie (...)."

⁵⁸ W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 303.

en forme créative dans lequel l'artiste a donné une touche personnelle à la réalité (voyez ci-dessus, n° 29).

39. **Deuxièmement**, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, le préjudice au caractère distinctif de la marque au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE (également désigné sous les termes de « dilution », « grignotage » ou « brouillage ») est constitué *« dès lors que se trouve affaiblie l'aptitude de cette marque à identifier les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et utilisée comme provenant du titulaire de ladite marque, l'usage de la marque postérieure entraînant une dispersion de l'identité de la marque antérieure et de son emprise sur l'esprit du public. Tel est notamment le cas lorsque la marque antérieure, qui suscitait une association immédiate avec les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, n'est plus en mesure de le faire. »*⁵⁹

Ainsi, selon la Cour de justice, il est porté préjudice au caractère distinctif d'une marque renommée, lorsque l'usage d'un signe identique ou similaire à cette marque *« réduit la capacité de cette marque à distinguer les produits ou les services du titulaire de la marque de ceux qui ont une autre origine. À l'issue d'un processus de dilution, la marque n'est plus en mesure de susciter, dans l'esprit des consommateurs, une association immédiate avec une origine commerciale spécifique. »*⁶⁰

Comme il a été dit, cette interprétation doit également être retenue comme fil conducteur dans le cadre d'une atteinte à la marque au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI.

40. À la lumière de l'analyse effectuée, je crois que si une expression artistique a été produite par un processus de mise en forme créative, l'artiste qui utilise un signe similaire à une marque, à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services, ne porte pas préjudice au caractère distinctif de cette marque. En effet, la liberté artistique constitue alors un juste motif au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI, de sorte qu'il n'y a

⁵⁹ CJUE 27 novembre 2008, *Intel c. CPM*, C-252/07, ECLI:EU:C:2008:655, point 29 ; CJUE 18 juin 2009, *L'Oréal c. Bellure*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, point 39 ; TUE 25 mai 2005, *Spa Monopole c. OHMI*, T-67/04, ECLI:EU:T:2005:179, point 43.

⁶⁰ CJUE 22 septembre 2011, *Interflora c. Marks & Spencer*, C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604, point 76 ; voyez T. COHEN JEHOAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 354-355 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, 247 ; H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 61-62.

pas d'atteinte à la marque.⁶¹ A mes yeux, l'utilisation d'une marque renommée dans une expression artistique, selon un processus de mise en forme créative et non pour distinguer certains produits, n'a pas pour effet de réduire la capacité de la marque à identifier l'origine des produits pour lesquels elle est enregistrée. C'est précisément à cause de ce processus de mise en forme créative que la marque est placée dans un contexte complètement différent dans l'expression artistique ; une distance suffisante est créée par rapport à la marque elle-même. Il me semble ainsi que la « fonction de provenance » de la marque est convenablement sauvegardée.⁶²

En l'espèce, il me semble que les œuvres d'art « *pop art* » contestées, qui semblent avoir été créées sur la base d'un processus de mise en forme créative, et dans lesquelles les marques Dom Pérignon sont centrales, ne portent pas préjudice au caractère distinctif desdites marques. Premièrement, elles ne semblent pas avoir pour effet de diluer les marques : ces marques évoqueront toujours auprès du consommateur la même association immédiate avec les produits champenois pour lesquels elles sont enregistrées. Deuxièmement, à mon avis, les œuvres d'art ne conduisent pas à une banalisation des produits portant la marque en tant que telle. Par exemple, elles ne suggèrent pas que les consommateurs devraient boire des produits de qualité inférieure comme le cava ou le prosecco.

41. **Troisièmement**, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le préjudice porté à la renommée de la marque au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive sur les marques 89/104/CEE (également désigné sous les termes de « ternissement » ou de « dégradation ») intervient « *lorsque les produits ou les services pour lesquels le signe identique ou similaire est utilisé par le tiers peuvent être ressentis par le public d'une manière telle que la force d'attraction de la marque en est diminuée. Le risque d'un tel préjudice peut résulter notamment du fait que les produits ou les services offerts par le tiers*

⁶¹ Dans ce sens également : D. VISSER, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 1993, 65 ; G. VOS et J. VAN DEN BERG, "De geldige reden", *BMM Bulletin* 2003, 86.

⁶² La Cour de justice de l'Union européenne considère à propos de cette fonction que « *la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance* » (CJUE 12 novembre 2002, *Arsenal c. Reed*, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651, point 48).

possèdent une caractéristique ou une qualité susceptibles d'exercer une influence négative sur l'image de la marque ». ⁶³

Dans l'arrêt susmentionné du 1^{er} mars 1975, votre Cour a également considéré dans le cadre de l'article 2.20.1, c), CBPI, qu'il est porté préjudice à la marque lorsque « *le produit qui fait l'objet de l'autre emploi de la marque ou d'un signe ressemblant influence les sens de manière telle que la marque soit atteinte dans son pouvoir attractif et dans son 'pouvoir d'inciter à l'achat' de la sorte de produits pour lesquels elle est enregistrée.* » ⁶⁴ Dans cette optique, la Cour a estimé que le signe *Klarein* pour un produit de nettoyage portait atteinte à la marque ressemblante *Claeryn* pour le genièvre.

Dans un arrêt du 22 mai 1985, votre Cour a précisé en outre que les facultés sensorielles du public ne doivent pas nécessairement être influencées. Le titulaire de la marque doit être protégé contre toute atteinte à l'attrait de la marque. ⁶⁵ On peut penser à l'usage de la marque pour des produits de moindre qualité. ⁶⁶

Comme il a été dit, cette interprétation doit également servir de fil conducteur dans le cadre d'une atteinte à la marque au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI.

42. Sur la base de l'analyse effectuée, je considère que, si une expression artistique est produite par un processus de mise en forme créative, l'artiste qui utilise un signe similaire à une marque, à des fins autres que celles de distinguer des produits ou des services, ne porte en principe pas préjudice à la réputation de la marque. C'est le cas lorsque l'artiste reste dans les limites de la liberté d'expression autorisée, comme le préconise la Cour européenne des droits de l'homme : ainsi l'artiste peut aussi « *offenser, choquer ou perturber* » par ses expressions artistiques (voyez ci-dessus, n° 20). En raison du processus de mise en forme créative et de la signification essentiellement ambiguë de l'art, il

⁶³ CJUE 18 juin 2009, *L'Oréal t. Bellure*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, point 40 ; TUE 25 mai 2005, *Spa Monopole c. OHMI*, T-67/04, ECLI:EU:T:2005:179, point 46 ; voyez T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Industriële eigendom, Deel 2, Merkenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 355-357 ; F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, 248-249 ; H. VANHEES, "Artikel 2.20 BVIE. Beschermingsomvang" in X., *Bijzondere Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Economisch recht*, Malines, Kluwer, 2016, 64-65.

⁶⁴ Cour de Justice Benelux 1^{er} mars 1975, *Colgate c. Bols* ("*Claeryn/Klarein*"), *Jur. Benelux* 1975-79, 3.

⁶⁵ Cour de Justice Benelux 22 mai 1985, *Lever c. International Metals*, NJ 1985, 770, points 42-43.

⁶⁶ F. GOTZEN et M.-C. JANSSENS, *Europees en Benelux Merkenrecht*, Bruxelles, Larcier, 2016, 249.

me semble que l'expression artistique dans laquelle un signe similaire est utilisé prend une distance suffisante par rapport à la marque elle-même. Je pense que la « fonction de publicité »⁶⁷ de la marque est suffisamment sauvegardée de cette manière. La liberté artistique constitue alors un juste motif au sens de l'article 2.20.1, d), CBPI, si bien qu'il y a absence d'atteinte à la marque.

43. Un exemple en est l'arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam du 13 septembre 2011 concernant les images et caricatures publiées sur Internet, dans lesquelles la création de Dick Bruna, Miffy, était représentée comme une droguée, assortie de textes sur la toxicomanie excessive, d'une part, et dans un petit avion plongeant sur un immeuble résidentiel sous le titre « *nijn-eleven* », d'autre part. La Cour d'appel a jugé que ces images « *peuvent être considérées comme des parodies admissibles* ». Selon la Cour d'appel, il y avait un juste motif pour l'utilisation du signe au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI, « *compte tenu de l'intention humoristique établie, de l'absence de motifs concurrentiels, de la distance maintenue vis-à-vis des marques et de l'absence de risque de confusion.* »⁶⁸

44. Dans ce contexte, il convient de souligner que des marques notoires, telles que les marques Dom Pérignon en l'espèce, devraient, à mon avis, tolérer plus de critiques que des marques qui ne sont pas sous le feu des projecteurs.⁶⁹ Une marque de premier plan fait tout simplement partie de la vie publique et le titulaire de la marque a généralement activement recherché cette publicité lui-même par le biais du marketing. Cela suppose également qu'une telle marque soit discutée dans le débat public.⁷⁰ En d'autres termes, les marques subissent le contre-coup de leur célébrité.

⁶⁷ La Cour de justice de l'Union européenne considère au sujet de cette fonction que « *la vie des affaires étant caractérisée par une offre variée de produits et de services, le titulaire d'une marque peut avoir non seulement l'objectif d'indiquer, par ladite marque, l'origine de ses produits ou de ses services, mais également celui d'employer sa marque à des fins publicitaires visant à informer et à persuader le consommateur* » (CJUE 23 mars 2010, *Google c. Louis Vuitton*, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, point 91).

⁶⁸ Cour Amsterdam 13 septembre 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BS7825, *IER* 2012, 15. Voyez à ce sujet : E. CORNU et B. DOCQUIR, "L'usage des réseaux sociaux. Entre droits intellectuels, liberté d'expression et vie privée" in M. SALMON (ed.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Conférence Jeune Barreau, 2014, 82 ; P. MAEYAERT, "Bescherminingsomvang en beperkingen", *IRDI* 2016, 90, n° 52.

⁶⁹ Cf. CEDH 15 février 2005, *Steel and Morris c. Royaume-Uni*, NJ 2006, 39, point 94. Dans ce sens : le tribunal de La Haye 4 mai 2011, *Plesner c. Louis Vuitton*, *IER* 2011, afl. 4, 289. Le tribunal prend en compte le fait que Louis Vuitton est une entreprise très connue, dont certains produits jouissent d'une notoriété considérable, qu'elle promeut également à travers des publicités et la présence de célébrités. Selon le tribunal, cela implique que Louis Vuitton doit tolérer dans une mesure plus importante que d'autres ayants droit un usage critique de la marque (point 4.8).

⁷⁰ J. VAN DEN BERG et M. HAAK, "IE-rechten en uitingsvrijheid", *BMM Bulletin* 2013, 7 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 9.

45. Dans cette optique, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 janvier 2007, *Vereinigung bildender Künstler c. Autriche* est pertinent. Cette affaire concernait un tableau d'Otto Mühl "Apocalypse", dans lequel trente-quatre personnalités publiques autrichiennes (pour la plupart des membres du FPÖ de droite et du clergé catholique) étaient représentées alors qu'elles participaient à une orgie. Otto Mühl, qui avait vécu dans une commune anti-bourgeoise viennoise où les relations sexuelles entre adultes et mineurs étaient répandues, avait été condamné en 1991 pour des sévices sur mineurs. Ce tableau était une réponse aux vives critiques publiques qu'Otto Mühl avait reçues du parti de droite susmentionné et de l'Eglise catholique. Le tribunal autrichien a interdit l'exposition de ce tableau, au motif qu'il portait atteinte au droit à l'image de l'un des hommes politiques.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que cette interdiction constituait une violation de l'article 10 de la CEDH, puisque l'image se référait à la vie publique de l'homme politique en question, de sorte qu'il devait faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique ("*display a wider tolerance in respect of criticism*").⁷¹ De plus, cette Cour a estimé dans un considérant essentiel que « *la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter. C'est pourquoi il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer par ce biais* ». ⁷² A mon avis, le même raisonnement peut être étendu au cas où des marques notoires sont utilisées dans une satire ou une parodie.⁷³

46. Cette priorité de la liberté artistique est toutefois limitée par le fait que le signe similaire à la marque ne peut être utilisé pour exprimer une critique offensante ou diffamatoire contre la marque dans le but principal de porter préjudice à la marque ou à son titulaire.⁷⁴ Il n'y a alors plus de

⁷¹ CEDH 25 janvier 2007, *Vereinigung bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, point 34.

⁷² *Ibid.*, point 33 : "*satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care.*"

⁷³ W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 160-161.

⁷⁴ C. GEIGER, "Droit des marques et liberté d'expression", *Recueil Dalloz* 2007, 887-888 ; M.-C. JANSSENS, "Protection de la marque et liberté d'expression. À la recherche d'un équilibre délicat" in A. CRUQUENAIRE (ed.), *La protection des marques sur internet*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 109, n° 70 ; P. MAEYAERT, "Bescherminsvang en beperkingen", *IRDI* 2016, 90, n° 50 *in fine* ; V. RAUS, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *BMM Bulletin* 2013, 9 ; W. SAKULIN, "Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting", *Mediaforum* 2011, 10 ; W. SAKULIN,

juste motif au sens de l'article 2.20.1.1(d) CBPI, de sorte que dans ce cas il est porté préjudice à la renommée de la marque.

Les cours suprêmes allemandes ont formulé clairement cette limite, en particulier le *Bundesgerichtshof* dans l'arrêt discuté du 3 février 2005 (voyez ci-dessus, n° 37). La Cour constitutionnelle allemande considère, elle aussi, que l'on ne peut pas se prévaloir de la liberté artistique, lorsque le but de l'expression est seulement une « *Schmähkritik* » (c'est-à-dire une critique insultante ou diffamatoire).⁷⁵ Selon cette Cour, « *L'expression d'une opinion ne devient pas une diffamation pour les tiers du seul fait de son effet désobligeant. Même une critique exagérée et même abusive ne fait pas en soi d'une déclaration une diffamation. Au contraire, une déclaration désobligeante ne prend le caractère d'abus que lorsqu'elle ne se concentre plus sur l'argument en cause, mais sur la diffamation de la personne* » (traduction libre).⁷⁶

Par analogie avec ces affaires, on peut donc supposer qu'il existe une critique insultante ou diffamatoire interdite à l'égard d'une marque si la critique n'a plus de lien de fait avec un sujet qui est lié à cette marque mais a pour objet principal de jeter un discrédit sur celle-ci ou son titulaire.⁷⁷ Le double objectif de la promotion de l'épanouissement personnel et de la contribution à la démocratie dialogique, que l'artiste atteint par un processus de mise en forme créative, est alors relégué à l'arrière-plan.

Trademark Protection and Freedom of Expression, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 162-163 ; J. VAN DEN BERG et M. HAAK, "IE-rechten en uitingvrijheid", *BMM Bulletin* 2013, 7.

Voyez p.ex. Bruxelles 9 octobre 2012, *RABG* 2012, avec note J. JANSSEN : Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué que la critique ne peut être exprimée d'une manière visant à nuire, une intention qui a été clairement poursuivie avec l'utilisation du nom de domaine et le signe "dieterensucks" et la prose injurieuse à l'adresse de D'leteren. Ces agissements ont porté préjudice à la réputation de la marque D'leteren. Le droit à la liberté d'expression ne constituait donc pas un juste motif au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI.

⁷⁵ BVerfG 3 juin 1987, "*Strauss Karikatur*", BVerfGE 75, 369 ff. : en l'espèce, le Bundesgerichtshof a estimé qu'une interdiction de la liberté d'expression était justifiée, puisque les caricatures en question visaient à déshumaniser et à humilier le politicien Strauss. Il a été présenté comme un porc qui se livrait à des activités sexuelles entre autres. Ce fait a porté atteinte à son droit fondamental à la protection de sa personnalité (article 2 Loi fondamentale allemande) ; voyez aussi BVerfG 26 juin 1990, "*Postmortale Schmähkritik*", BVerfGE 82, 272 ff.

⁷⁶ BVerfG 26 juin 1990, "*Postmortale Schmähkritik*", BVerfGE 82, 272 ff. : "*Eine Meinungsäußerung wird nicht schon wegen ihrer herabsetzenden Wirkung für Dritte zur Schmähung. Auch eine überzogene und selbst eine ausfällige Kritik macht für sich genommen eine Äußerung noch nicht zur Schmähung. Eine herabsetzende Äußerung nimmt vielmehr erst dann den Charakter der Schmähung an, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.*"

⁷⁷ W. SAKULIN, *Trademark Protection and Freedom of Expression*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 163.

47. En l'espèce, il me semble que la collection « *pop art* » contestée, qui est exposée et vendue sur le site de l'artiste sous le nom « *Damn Perignon Collection* » et via le nom de domaine "damn-perignon-collection", ne porte pas préjudice à la renommée de la marque. A mon sens, cette dénomination n'affectera pas l'attractivité de la marque ni son pouvoir d'incitation à l'achat (voyez ci-dessus, n° 41). En effet, l'artiste n'exprime pas d'opinion négative sur les produits pour lesquels les marques Dom Pérignon sont enregistrées.

La dénomination « *Damn Perignon* » (traduite par « maudit Perignon »), comme parodie de la marque verbale « Dom Pérignon », se veut, à mon avis, ludique et provocante. Une caractéristique inhérente au « *pop art* » en tant que forme d'art est précisément de représenter une marque connue d'une manière ludique, parfois provocante ou choquante. C'est ainsi que l'artiste veut prendre position contre la société de consommation (voyez ci-dessus, n° 29). Dans le cas présent, l'artiste, par la dénomination choisie, ne cherche pas à discréditer intentionnellement la marque ou le titulaire de celle-ci, à mon avis. Il me semble donc qu'il n'est pas question d'une critique offensante ou diffamatoire interdite.

48. Compte tenu de ce qui précède, il faut, à mon avis, conclure que la liberté artistique constitue un juste motif au sens de l'article 2.20.1.d) CBPI pour l'usage d'un signe similaire à une marque à des fins autres que celles de distinguer des produits ou services, si l'expression artistique est le résultat d'un processus de mise en forme créative dans lequel l'artiste « transforme » en quelque sorte la réalité en lui ajoutant un élément personnel. Lorsqu'un tel processus de création est en place, l'usage du signe ne constitue plus une atteinte à la marque : 1) l'artiste tire un avantage légitime du caractère distinctif ou de la réputation de la marque ; 2) l'expression artistique ne porte préjudice au caractère distinctif de la marque (sauvegarde de la « fonction d'origine ») ; 3) l'expression artistique ne porte pas préjudice à la réputation de la marque tant qu'elle ne contient pas de critique offensante ou diffamatoire visant à causer un préjudice à la marque ou à son titulaire (sauvegarde de la « fonction de publicité »).

Quant au second volet de la question :

49. Dans le second volet de sa question, le président du tribunal de commerce souhaite savoir quels critères le juge national doit prendre en compte pour apprécier l'équilibre entre les droits fondamentaux de liberté

d'expression et de propriété intellectuelle et quelle importance doit être accordée à chacun de ces critères. Le président présente une liste de critères, dans laquelle, en particulier, l'étendue et l'intensité de l'utilisation illicite du signe sont mises en balance avec la dimension sociale de l'expression.

50. Au vu de la réponse au premier volet, cette question est devenue sans objet. Il en ressort, d'une part, qu'une expression artistique ne présuppose qu'un processus de mise en forme créative et qu'elle ne doit pas nécessairement déclencher un débat social (voyez ci-dessus, n° 26). D'autre part, il est apparu que dès qu'un tel processus de mise en forme créative est en place, la liberté artistique constitue en principe un juste motif pour l'utilisation du signe au sens de l'article 2.20.1(d) CBPI, de sorte que cette utilisation ne constitue plus une atteinte à la marque (voyez ci-dessus, n^{os} 31 et s.).

51. Il n'est donc plus nécessaire de répondre au second volet de la question.

IV. Conclusion

52. Pour les raisons exposées ci-dessus, je pense pouvoir conseiller à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle posée par le président du tribunal de commerce de Bruxelles :

« La liberté artistique constitue un juste motif au sens de l'article 2.20.1.1.d) CBPI pour l'usage d'un signe identique ou similaire à la marque, à des fins autres que celles de distinguer des produits ou des services, si l'expression artistique est le résultat d'un processus de mise en forme créative qui ne comporte pas de critique offensive ou diffamatoire destinée à porter préjudice à la marque ou à son titulaire. Dans ce cas, l'artiste ne tire pas indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ni ne porte atteinte à ce caractère distinctif ou à cette renommée. »

Bruxelles, le 12 février 2019

L'avocat général suppléant,

Dirk THIJIS