

L'impact de la digitalisation sur les standards de la propriété industrielle

Jean-Luc PIOTRAUT

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de Lorraine

Membre de l'Institut François Génys (EA 7301)

Introduction

Prolongeant de précédentes réflexions doctrinales sur les notions-cadres et standards de la propriété intellectuelle¹, la présente étude interroge l'impact de la digitalisation sur les standards de la propriété industrielle.

Quand bien même ils seraient susceptibles d'être concernés par la digitalisation, ne seront dès lors pas évoqués ici les standards de la propriété littéraire et artistique², par exemple les notions d'« auteur »³, de « mérite »⁴, d'« originalité »⁵, de « copiste »⁶, de « progrès technique ou économique »⁷, voire d'« artiste »⁸.

Et parmi ceux qui figurent dans la seconde partie du Code de la propriété intellectuelle (CPI), consacrée à la propriété industrielle, seront également exclus de notre réflexion les standards non spécifiques à la propriété intellectuelle⁹ et dépourvus de lien « conceptuel » avec la digitalisation.

¹ V. not. *Propriété intellectuelle : notions-cadres et mécanismes essentiels*, Legicom 2014/2, n° 53, éd. Victoire, 130 p. ainsi que J.-L. BRUGUIÈRE (dir.), *Les standards de la propriété intellectuelle*, Série « La propriété intellectuelle autrement », Coll. Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2018, 139 p.

² L'autre branche de la propriété intellectuelle.

³ V. Code de la propriété intellectuelle (CPI), art. L.111-1 à L.111-5 ; L.112-1 ; L.112-3 ; L.113-1 à L.113-8 ; L.121-1 à L.121-9 ; L.122-1 ; L.122-3-1 ; L.122-4 à L.122-6-1 ; L.122-7-1 à L.122-10 ; L.123-1 à L.123-10 ; L.123-12 ; L.131-3 à L.131-5 ; L.131-7 à L.131-9 ; L.132-1 à L.132-9 ; L.132-11 ; L.132-13 à L.132-17 ; L.132-17-2 à L.132-17-4 ; L.132-17-6 ; L.132-17-8 à L.132-22 ; L.132-24 à L.132-34 ; L.132-38 ; L.132-40 ; L.132-41 ; L.133-1 ; L.133-2 ; L.133-4 ; L.134-3 à L.134-6 ; L.134-9 ; L.136-2 ; L.211-1 ; L.214-1 ; L.218-5 ; L.311-1 ; L.311-2 ; L.311-7 ; L.324-17 ; L.331-1-1 ; L.331-1-3 à L.331-1-4 ; L.332-1 à L.332-2 ; L.333-1 à L.333-2 ; L.335-2 à L.335-3 ; L.335-3-2 ; L.335-4 ; L.335-7-2 ; L.335-9 et L.343-2.

⁴ V. CPI, art. L.112-1.

⁵ V. CPI, art. L.112-4.

⁶ V. CPI, art. L.122-5, 2°.

⁷ V. CPI, art. L.324-5.

⁸ V. CPI, art. L.122-8, al. 2 ; L.123-8 ; L.123-9 ; L.123-10, al. 1^{er} ; L.131-8 ; L.211-3, al.2 ; L.211-4, I et II ; L.212-1 ; L.212-2, al. 1^{er} ; L.212-3, al. 1^{er} ; L.212-3-1, I et II ; L.212-3-2, al. 1^{er} ; L.212-3-3, I, III et IV ; L.212-3-4 ; L.212-3-5 ; L.212-3-6 ; L.212-4, al. 1^{er} ; L.212-7 ; L.212-9, al. 1^{er} ; L.212-10 ; L.212-11 ; L.212-13, al. 1 et 2 ; L.212-14, II et III ; L.212-15 ; L.214-1 ; L.214-2 ; L.214-3, al. 1^{er} ; L.214-6 ; L.215-1, al. 3 ; L.216-2 ; L.217-1, al. 1^{er} ; L.217-2, I ; L.311-1, al. 1^{er} ; L.311-2 ; L.311-7, al. 1 et 2 ; L.324-5 ; L.324-17 ; L.331-3, al. 2 ; L.333-2 ; L.335-4 ; R.122-3, al. 2 ; R.135-1, I, e) ; R. 212-8 ; R.321-6, III et R.327-1.

⁹ Me F. DUMONT distingue, à cet égard, les standards *dans* la propriété intellectuelle et les standards *de* la propriété intellectuelle (v. J.-L. Bruguière (dir.), *op. cit.*, « L'utilisation des standards par l'avocat », pp. 121-130).

Tel est d'abord le cas de la conformité à la « dignité de la personne »¹⁰, à l'« ordre public » et aux « bonnes mœurs »¹¹. De fait, eu égard à leur relative subjectivité et à leur caractère « évolutif », ces qualifications sont *a priori* indifférentes à la digitalisation, quand bien même l'informatique juridique pourrait peut-être permettre une meilleure prévisibilité des décisions judiciaires rendues en la matière¹².

Tel est ensuite le cas, compte tenu de leur extrême subjectivité, des standards visant la détermination de certains caractères, en particulier :

- les caractères « important » du progrès technique et « considérable » de l'intérêt économique¹³ ;
- le caractère « courant » d'une pratique d'affaires¹⁴, de la topographie d'un produit semi-conducteur¹⁵ ou d'un langage¹⁶ ;
- le caractère « grave » d'un préjudice¹⁷ ;

¹⁰ V. CPI, art. L.611-17.

¹¹ V. CPI, art. L.511-7 ; L.512-2, al. 3, b) ; L.611-17 ; L.711-3, b) ; R.422-63, al. 5 (se référant au seul « ordre public ») ; R.512-9, al. 1^{er} ; R.612-4, 1^o ; R.623-6, al. 1^{er} et R.712-8, al. 1^{er}. Sur l'ensemble de la question, v. F. POLLAUD-DULIAN, « L'ordre public, la dignité humaine et les bonnes mœurs dans le droit de la propriété intellectuelle », in *Propriété intellectuelle : notions-cadres et mécanismes essentiels, op. cit.*, pp. 45-55.

¹² V. à cet égard la décision du 7 nov. 2001 de la division d'opposition de l'Office européen des brevets (OEB) dans l'affaire de la « souris oncogène » (PIBD 2004, n° 779-III-57), décision aux termes de laquelle l'appréciation de l'ordre public et des bonnes mœurs doit se fonder sur les « dispositions législatives et réglementaires qui sont communes à la plupart des pays européens car elles constituent le meilleur indicateur de ce qui est considéré comme bien ou mal dans la société européenne. Dans la mesure où de telles dispositions existent sur la question, il n'est ni nécessaire ni approprié de se fonder sur d'autres méthodes d'évaluation possibles, telles que des sondages d'opinion ».

¹³ V. CPI, art. L.422-9 ; L.422-12, 2^o ; L.613-15, al. 2 ; L.613-15-1, al. 1^{er} et L.623-22-1 (la loi n° 2004-1338 du 8 déc. 2004 ayant remplacé par « considérable » le précédent qualificatif « certain », sans qu'il soit possible de mesurer l'effet exact du changement). Il est à noter que la notion d'« intérêt » constitue, elle aussi, un standard « traditionnel » visé par le droit de la propriété industrielle, que ce soit de façon explicite (v. CPI, art. L.613-15, al. 2 ; L.613-15-1, al. 1^{er} ; L.613-16 ; L.613-18, al. 2 ; L.615-5-1, al. 2 ; L.623-22-1 ; L.623-22-3, 3^o ; L.721-6 ; L.731-2, 3^o ; R.422-54, 1^o ; R.511-1 ; R.512-10, al. 4 ; R.612-39, al. 2 ; R.612-41 ; R.615-16, al. 1^{er} ; R.623-16, al. 2 ; R.623-17 et R.714-8, al. 2) ou implicite (v. K. FAVRO, « La recherche de l'intérêt du public à la lecture du Code de la propriété intellectuelle » in *Propriété intellectuelle : notions-cadres et mécanismes essentiels, op. cit.*, pp. 83-99).

¹⁴ V. CPI, art. L.511-6, al. 1^{er} (la « pratique courante des affaires » étant prise en considération pour déterminer si un dessin ou modèle a ou non été divulgué).

¹⁵ V. CPI, art. L.622-1, al. 1^{er} (la topographie d'un produit semi-conducteur n'étant pas protégeable si elle est « courante »). Un auteur estime cependant qu'il s'agit là d'une condition « objective » (N. BINCTIN *Droit de la propriété intellectuelle*, Coll. Manuel, LGDJ-Lextenso, 5^{ème} éd., 2018, n° 695, p. 440).

¹⁶ V. CPI, art. L.711-2, a) et règl. (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'UE, art. 7, §1, d) (invalidant, faute de distinctivité, les marques constituées de signes ou dénominations qui, dans le « langage courant » constituent la désignation usuelle du produit ou du service) ainsi que CPI, art. R.612-13, 1^o (permettant de faire figurer dans sa demande de brevet, en annexe à la description de l'invention, des extraits de programmes d'ordinateurs présentés sous forme de listages rédigés en « langages de programmation courants »).

¹⁷ V. CPI, art. L.613-18, al. 2 visant l'exploitation inexistante ou insuffisante d'un brevet qui porterait « gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public ». Dans le champ de la propriété littéraire et artistique, l'art. L.132-16, al. 2 du CPI envisage parallèlement l'hypothèse d'une aliénation, par l'éditeur, de son fonds de commerce, « de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou moraux de l'auteur », tandis que l'art. L.331-32, al. 3 fait prévaloir la mise en œuvre d'une mesure technique de protection sur le droit à l'interopérabilité des systèmes en cas de risque avéré d'une atteinte « gravement » portée « à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique ».

- le caractère « substantiel » de l'utilité médicale d'un procédé ¹⁸, de la valeur conférée à un produit ¹⁹ ou des différences entre les compétences antérieures d'un candidat et les matières figurant au programme de l'examen d'aptitude en langue française requis pour l'inscription sur la liste des personnes qualifiées en matière de propriété industrielle ²⁰ ;
- le caractère « suffisamment uniforme » d'une variété végétale ²¹ ;
- les caractères « sérieux » de l'usage d'une marque ou, alternativement, « juste » des motifs de son défaut d'usage ²².

Pour ce qui concerne l'impact de la digitalisation sur les standards de la propriété industrielle retenus, notre analyse nous conduit à un constat nuancé : tandis que, relevant de cas de continuation, certains d'entre eux y sont indifférents (I), d'autres, révélateurs de cas de rupture, sont assurément « frappés » ²³ par la digitalisation (II).

I. Les cas de *continuation* : les standards « indifférents » à la digitalisation

Intrinsèquement « inaptes » à toute numérisation, les standards indifférents à la digitalisation peuvent se répartir entre ceux qui désignent des réalités « objectives » (A) et ceux qui sont relatifs à des constats « subjectifs » (B).

A. Les standards désignant des réalités « objectives »

Les standards visés désignent des réalités *naturelles*, objet de la protection du certificat d'obtention végétale, ou des *personnes physiques*, qu'il s'agisse de créateurs ou de destinataires des objets protégés. Ces réalités « objectives » sont, dans tous les cas, peu enclines à être mises en chiffres et, partant, indifférentes à un éventuel recours aux technologies de l'information et de la communication (TIC).

1. L'objet de la protection du certificat d'obtention végétale (COV)

Le COV protège toute « variété végétale » ²⁴ qui « se distingue nettement » de toute autre variété déjà « notoirement connue » ²⁵.

¹⁸ V. CPI, art. L.611-19, I, 4° (les procédés de modification de l'identité génétique des animaux n'étant pas brevetables à défaut « d'utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal »).

¹⁹ V. CPI, art. L.711-2, al. 2, c) (écartant la distinctivité des marques tridimensionnelles conférant au produit « sa valeur substantielle »).

²⁰ V. CPI, art. R.421-8. En matière de propriété littéraire et artistique, le caractère « substantiel » est également mentionné aux art. L.122-6-1, IV ; L.341-1, al. 1^{er} ; L.342-1, al. 1^{er} ; L.342-2 ; L.342-3 et L.342-5, al. 3.

²¹ V. CPI, art. L.623-2, 2°.

²² V. CPI, art. L.714-5, al. 1^{er}.

²³ L'emploi du terme « disruption », au sens de « rupture », « bouleversement », ou « désorganisation » nous semble, en la circonstance, discutable dans la mesure où, pour certaines des occurrences concernées, le droit a déjà pris acte – parfois depuis assez longtemps – des possibilités conférées par les TIC (comme l'admission par la réforme du droit européen, en 2015, de nouveaux types de marques sonores et figuratives [v. *infra*]).

²⁴ V. CPI, art. L.623-1.

²⁵ V. CPI, art. L.623-2, 1° ; L.623-4, III, 1° et IV, 2° ainsi que L.623-4-1, II, al. 1^{er}.

Quand bien même le caractère « notoirement connu » d'une variété végétale peut être sujet à interprétation et nonobstant – s'agissant du caractère « nettement distinct » entre les variétés – l'accroissement des possibilités de « discernement » autorisé par la puissance de calcul des ordinateurs, il est permis de douter que la digitalisation conduise à une interprétation différente de ces qualifications.

2. Les « créateurs » des objets protégés

Le CPI fait usage de standards juridiques pour qualifier des personnes à l'origine de la protection conférée par un droit de propriété industrielle²⁶. Sont précisément visés le « créateur » d'un *dessin ou modèle*²⁷ ou d'une *topographie de produit semi-conducteur*²⁸, l'« inventeur » d'une invention *brevetée*²⁹ ainsi que l'« obtenteur » d'une *variété végétale* protégée³⁰.

La question de l'impact de la digitalisation sur ces qualifications est susceptible de se poser en cas de création faite par une intelligence artificielle. S'il en va peut-être différemment à l'égard des œuvres littéraires ou artistiques³¹, un tel recours à l'intelligence artificielle ne devrait cependant, *a priori*, pas affecter la désignation du titulaire des droits concernés : sauf dépôt « frauduleux », il s'agira en principe du *déposant*³², fût-il une personne morale³³.

Les inventions créées par intelligence artificielle ne manquent pourtant pas de soulever des difficultés au regard du droit des brevets dès lors que³⁴ les réglementations européenne³⁵ et française³⁶ instituent, au bénéfice de l'inventeur, un droit (moral) au nom. Estimant, sur cette base, qu'une invention émane toujours de personnes *physiques*, les offices britannique³⁷ et européen³⁸ ont récemment rejeté les demandes de brevets déposées pour

²⁶ Le droit des marques et le droit des indications géographiques ne sont pas concernés dès lors que ces deux branches de la propriété industrielle s'intéressent à des « signes distinctifs » et non à des « créations ».

²⁷ V. CPI, art. L.511-4, al. 2 ; L.511-6, al. 3 ; L.511-9, al. 1^{er} ; R.511-1 et R.511-3, al. 2.

²⁸ V. CPI, art. L.622-1, al. 1^{er} ; L.622-2, al. 1^{er}, a) et L.622-3.

²⁹ V. CPI, art. L.611-6, al. 1^{er} ; L.611-7, al. 1^{er} ; L.611-8, al. 1^{er} ; L.611-9 ; L.611-13, al. 1^{er} ; L.612-3, al. 1^{er} ; L.614-13, al. 1^{er} ; L.614-14, al. 1^{er} ; L.614-15, al. 1^{er} ; L.614-29, al. 1^{er} ; R.611-1, al. 1^{er} ; R.611-15 à R.611-17 ; R.612-10, al. 1^{er} ; R.612-35, al. 4 et R.612-41.

³⁰ V. CPI, art. L.613-15-1 ; L.623-4, II ; L.623-5 ; L.623-5 ; L.623-12, al. 2 ; L.623-15, al. 2 ; L.623-24-1 ; R.623-4, al. 1^{er} ; R.623-5, al. 1^{er} ; R.623-6 ; R.623-8 ; ; R.623-16, al. 3 ; R.623-18, al. 1^{er} ; R.623-19 ; R.623-22 ; R.623-26, al. 1^{er} ; R.623-29 ; R.623-33, al. 1^{er} ; R.623-37, al. 1^{er} ; R.623-39, al. 2 ; R.623-40, al. 2 et 3 ; R.623-40-1, al. 3 ; R.623-43, al. 3 et R.623-59, I.

³¹ Les droits d'auteur étant en principe conférés aux créateurs.

³² V. CPI, art. L.511-9 ; L.611-6, al. 2 ; L.622-1, al. 1^{er} et L.623-4, I ainsi que Conv. de Munich du 5 oct. 1973 sur la délivrance de brevets européens (CBE), art. 60, §2 et règl. (CE) n° 2100/94 du 27 juill. 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, art. 54, §2.

³³ Étant en outre précisé que le droit au dépôt appartient au créateur ou à son « ayant-cause » (V. CPI, art. L.511-9, al. 1^{er} ; L.622-3, al. 1^{er} et L.611-6, al. 1^{er} ainsi que CBE, art. 60, §1 et règl. (CE) n° 2100/94, art. 11, § 1, visant tant l'« obtenteur » que « son ayant droit ou ayant cause ». V. également règl. (CE) n° 6/2002 du 12 déc. 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, art. 14, §1, conférant le droit au dessin ou modèle communautaire au « créateur » ou à son « ayant droit ») et que, en cas de création par un salarié dans le cadre de son travail, le droit au titre est normalement conféré à l'employeur (V. CPI, art. L.611-7, al. 1^{er} et L.623-24, al. 3 ainsi que règl. (CE) n° 6/2002, art. 14, §3).

³⁴ Sur la base de l'art. 4 *ter* de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883).

³⁵ V. CBE, art. 62 : « l'inventeur a le droit, à l'égard du titulaire de la demande de brevet européen ou du brevet européen, d'être désigné en tant que tel auprès de l'Office européen des brevets ».

³⁶ V. CPI, art. L.611-9 : « L'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet (...) ».

³⁷ V. déc. BL O/741/19 du *United Kingdom Intellectual Property Office*, en date du 4 déc. 2019.

³⁸ V. déc. n°18 275 163.6 de l'OEB en date du 27 janv. 2020, *PIBD* 2020, 1142-III-2.

des inventions présentées comme réalisées par un robot ³⁹. La demande parallèle déposée aux États-Unis a subi un semblable refus de la part de l'Office américain ⁴⁰, lequel a considéré que l'attribution légale du droit au brevet à « quiconque » (« *whoever* ») est à l'origine d'une invention devait conduire à la réservation dudit droit aux seules personnes physiques.

3. Les « destinataires » des objets protégés

Au titre des principaux « destinataires » d'objets protégés, le CPI mentionne le « public » ⁴¹ et l'« esprit du public » ⁴², notions ayant toutes deux donné lieu à une jurisprudence assez fouillée, spécialement en matière de marques ⁴³. C'est précisément dans cette branche de la propriété industrielle qu'a, à cette fin, été forgé un personnage fictif de référence : le « consommateur d'attention moyenne » ⁴⁴ (v. *infra*).

Dans le cadre de l'appréciation de la *validité* de la marque, le développement des technologies de l'information et de la communication paraît insusceptible d'affecter ces références au « public » et à « l'esprit du public » : que pourrait en effet changer la digitalisation à l'égard des exigences liées aux conditions de non-déceptivité, de distinctivité et de disponibilité ⁴⁵ du signe ?

³⁹ Les calculs de géométrie avancée du robot, dénommé, « DABUS », ayant en l'occurrence conduit à l'obtention d'une forme particulière pour un récipient alimentaire.

⁴⁰ V. déc. relative à la demande n° 16/524.350 du *United States Patent and Trademark Office*, en date du 27 avr. 2020.

⁴¹ V. CPI, art. L.411-1, 2° ; L.422-1, al. 1^{er} ; L.511-6, al. 1 et 2 ; L.512-4, al. 1^{er}, c) ; L.521-8, al. 2 ; L.521-10, al. 1^{er} ; L.611-11, al. 2 ; L.612-5, al. 2 ; L.612-21, al. 1^{er} ; L.613-16, al. 2 ; L.615-4, al. 2, 2° ; L.615-7-1, al. 2 ; L.615-14 ; L.623-28-1, al. 2 ; L.623-32 ; L.711-3, c) (excluant la protection des signes « de nature à tromper le public ») ; L.716-9, al. 2 ; L.716-10, al. 3 ; L.716-15, al. 2 ; L.722-7, al. 2 ; L.811-4, I (disp. relative à l'outre-mer) ; R.411-1, 4° et 12) ; D.411-1-3 ; R.422-2, 1° ; R.422-63, al. 5 ; R.512-10, al. 5 ; R.612-14, al. 2 ; R.612-41 ; R.612-62 ; R.622-5 ; R.714-8, al. 4. Il est à noter que, en matière de propriété littéraire et artistique, le substantif figure également aux art. L.122-2, al. 1^{er} ; L.122-3, al. 1^{er} ; L.122-5, 3°, c) à e) ; L.122-5, 7° et 8° ; L.122-5-1, 2°, b) ; L.122-7-1 ; L.132-17-6, al. 2 ; L.132-19, al. 1^{er} ; L.132-20, 2° et 3° ; L.132-25, al. 2 ; L.132-27, al. 2 ; L.132-35, al. 2 et 3 ; L.133-1, al. 1^{er} ; L.133-3, al. 2 et 3 ; L.133-4, 1° ; L.134-2, al. 1^{er} ; L.135-1 ; 1° ; L.135-2 ; L.135-3, 1° ; L.136-1 ; L.136-2, 1° ; L.211-3, 3°, 6° et 7° ; L.211-4, I à IV ; L.212-3, al. 1^{er} ; L.212-3-1, I et II ; L.212-3-3, II ; L.212-4, al. 1^{er} ; L.213-1, al. 2 ; L.213-2 ; L.214-1 ; L.214-6, I et II ; L.215-1, al. 2 ; L.216-1, al. 1^{er} ; L.218-1, I ; L.218-2 ; L.218-4 ; L.321-1, II ; L.324-6, al. 4 ; L.324-14, al. 3 ; L.325-6 ; L.326-2, al. 1^{er} ; L.326-4, al. 3 ; L.331-1-4, al. 2 ; L.331-8 ; L.331-9, al. 1^{er} ; L.331-11, al. 1^{er} ; L.331-13, 1° et 2° ; L.331-18, 5° ; L.331-21, al. 5 ; L.331-21-1, al. 1^{er} ; L.331-23, al. 2 et 4 ; L.331-25, al. 1^{er} ; L.331-26, al. 1^{er} ; L.331-27, al. 1^{er} ; L.331-28, al. 2 ; L.331-29, al. 3 ; L.331-31, al. 3 ; L.331-34 ; L.335-2-1 ; L.335-3-1, II, 2° ; L.335-3-2, II, 2° et III ; L.335-4, al. 1^{er} ; L.335-4-1, II, 2° ; L.335-4-2, II, 2° et III ; L.335-7, al. 1, 5 et 6 ; L.335-7-1, al. 1 et 4 ; L.336-2 ; L.336-3, al. 1^{er} ; L.336-4 ; L.342-1, 2° ; L.342-3, al. 1^{er} ; L.342-5, al. 2 ; R.133-1 ; R.133-2 ; R.134-1, al. 1^{er} ; R.134-11, al. 2 ; R.135-1, I ; R.214-17 ; R.311-9, 3° ; R.311-11 ; R.321-14, I ; R.331-37, al. 1^{er} ; R.331-46 ; R.331-47 ; R.331-57, I, al. 3 ; R.331-73, al. 2 ; R.331-85, al. 1^{er} ; R.331-95 et R.335-5.

⁴² V. CPI, art. L.711-4, b) et c) ainsi que L.713-3.

⁴³ La jurisprudence a ainsi pu se référer à la notion de « public pertinent » en vue de l'évaluation de la distinctivité d'une marque, quand bien même les textes se réfèrent, non au « public », mais à la désignation des signes ou dénominations « dans le langage courant » (v. *supra*). V. TPICE, 15 oct. 2008, *Rewe-Zentral c. OHMI*, aff. T-230/06, *Rec. p. II-219* ; TPICE, 16 déc. 2009, *Alfons Alber c. OHMI*, aff. T-391/07, *Rec. p. II-0157*, pt. 47 ; Paris, 25 fév. 2011, *Sté Birlesik Dis Ticaret AS et al. c. Sté Ferrero SpA*, *PIBD* 2011, III, 315). L'appréciation de la déceptivité a, pour ce qui la concerne, donné lieu à évocation du « public d'attention moyenne ». V. Paris, 19 oct. 2005, *PIBD* 2005, III, 735 (confirmé par Cass. com., 2 mai 2007, *Prop. ind.* 2007, n° 7, comm. 65, obs. P. Tréfigny) et Paris, 12 avril 2016, *Le Petit Marseillais*, *PIBD* 2016, III, 403.

⁴⁴ L'appréciation de la distinctivité a ainsi conduit la jurisprudence à recourir à la notion de « client d'attention moyenne ». V. not. Paris, 23 fév. 1987, *PIBD* 1987, III, 364 (confirmé par Cass. com., 4 oct. 1988, *PIBD* 1989, III, 113).

⁴⁵ Fût-ce, s'agissant de la disponibilité du signe, à l'égard du risque – évoqué à l'art. L.711-4, b) et c) – de confusion dans l'« esprit du public » entre la marque et une dénomination sociale, un nom commercial ou une enseigne antérieurs. Si les TIC sont certes à même de faciliter les recherches d'antériorités, elles ne sont d'aucun effet sur le sens de l'exigence de disponibilité du signe.

Toutefois, il en va peut-être autrement pour ce qui concerne la référence au « consommateur d'attention moyenne » retenu dans le cadre de l'étendue de la protection conférée par la marque (v. *infra*).

B. Les standards relatifs à des constats « subjectifs »

Les standards relatifs à des constats « subjectifs » se subdivisent entre certaines occurrences du « risque de confusion », certains caractères du signe, objet de marque, et d'autres constats.

1. Certaines occurrences du « risque de confusion »

Le « risque de confusion » conduit parfois à l'indisponibilité d'un signe ou d'une dénomination variétale dans la perspective de leur enregistrement à titre de marque ou de COV. En matière de marques, la notion est ainsi visée par le CPI en vue de l'appréciation de la disponibilité du signe à l'égard d'antériorités⁴⁶ susceptibles de tenir à une dénomination ou raison sociale, un nom commercial ou une enseigne. Dans le champ des COV⁴⁷, l'enregistrement de la dénomination d'une variété végétale est, pour sa part, subordonné à une absence de « risque de confusion » avec d'autres variétés.

En matière d'indications géographiques (IG)⁴⁸, le « risque de confusion » constitue seulement un motif d'alourdissement de la procédure administrative d'enregistrement du titre dès lors que, en cas de confusion » avec une IGP⁴⁹ ou une AOP⁵⁰ antérieures, la consultation du directeur de l'INAO⁵¹ est requise pour l'homologation du cahier des charges d'une nouvelle IG.

Pour toutes ces occurrences, en dépit de l'efficacité accrue que les TIC confèrent aux recherches d'antériorités, la mise en œuvre de la règle de droit ne saurait être altérée par l'avènement du numérique. La digitalisation est assurément dépourvue d'effet en la matière.

2. Certains caractères du signe, source de nullité de la marque déposée

La validité de la marque suppose que le signe sur laquelle il porte ne soit ni « trompeur », ni « nécessaire, générique ou usuel » pour désigner les produits ou services considérés.

a) Le caractère « trompeur »

Sont prohibées les marques constituées d'un signe « de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service »⁵². Ce refus des marques *déceptives* pour

⁴⁶ V. CPI, art. L.711-4, b) et c) (relatif à l'exigence de disponibilité du signe à l'égard de certaines antériorités) et L.811-4, I (disp. relative à l'outre-mer).

⁴⁷ V. CPI, art. R.623-6, al. 1^{er}.

⁴⁸ V. CPI, art. L.721-3, al. 2, 3^o, c).

⁴⁹ Indication géographique protégée.

⁵⁰ Appellation d'origine protégée.

⁵¹ Conformément à l'ord. n° 2006-1547 du 7 déc. 2006, l'INAO (sigle désignant jusque-là l'*Institut national des appellations d'origine*) ayant été rebaptisé *Institut national de l'origine et de la qualité* (sans changement du sigle INAO).

⁵² V. CPI, art. L.711-3, c) et règl. (UE) 2017/1001, art. 7, §1, g).

les consommateurs s'est illustré dans l'annulation judiciaire des marques *Capillosérum*⁵³ – déposée pour un produit capillaire ne consistant pas en un sérum pharmaceutique – et *Geneva*⁵⁴ – désignant des produits d'horlogerie qui n'étaient nullement fabriqués en Suisse, haut lieu traditionnel de l'horlogerie.

Empreinte d'une forte subjectivité, la notion est *a priori* parfaitement indifférente à la digitalisation.

b) Les caractères « nécessaire, générique ou usuel » de la désignation d'un produit ou service

Alors que pour être de nature à constituer une marque valable, le signe doit être « distinctif »⁵⁵, sont dépourvus de ce caractère « les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service »⁵⁶. C'est sur une telle base qu'a été prononcée la nullité de la marque *Crème de gruyère* pour désigner du gruyère transformé en pâte⁵⁷.

Le règlement (UE) 2017/1001 relatif à la marque européenne opère, pour ce qui le concerne, un découplage entre les signes « nécessaires ou génériques » et les signes « usuels » puisque sont refusés à l'enregistrement :

- d'une part, « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, à désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci »⁵⁸ ;
- d'autre part, « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce »⁵⁹.

Il est clair que, s'agissant d'une pure question de vocabulaire, la digitalisation ne saurait avoir le moindre impact sur les caractères « nécessaire » et « générique » de la désignation d'un produit ou service. Il est en revanche légitime de s'interroger sur l'éventuel impact que les TIC pourraient avoir sur l'appréciation du caractère « usuel » du signe eu égard aux données chiffrées – d'une précision forcément accrue en la matière – susceptibles, le cas échéant, d'être fournies aux offices de marques et aux juridictions.

3. Les autres constats concernés

Figurent parmi les autres constats « subjectifs » visés par le CPI : en matière de brevets, les « activités intellectuelles », en matière de marques, l'« usage dans la vie des affaires » et en matière de dessins et modèles, l'« impression visuelle globale » (ou « d'ensemble »).

⁵³ V. Paris, 24 mai 1962, *Desloires c. Jaunet, Sté Sélection Diffusion, Sté Science et Parfum et Sté Publicitaire d'expansion commerciale*, *Ann.* 1963, p. 68.

⁵⁴ V. TGI Seine, 10 janv. 1962, *Chambre suisse de l'Horlogerie c. Dme Salmon*, *Rev. trim. dr. com.* 1963, p. 311, obs. Roubier et Chavanne.

⁵⁵ V. CPI, art. L.711-1, al. 1^{er} et règl. (UE) 2017/1001, art. 4, a).

⁵⁶ CPI, art. L.711-2, a).

⁵⁷ Cass. civ., 16 fév. 1937, *Chambre syndicale des affineurs négociants en gros de gruyère français c. Sté des fromages Gerber*, *Ann.* 1939, p. 225.

⁵⁸ Règl. (UE) 2017/1001, art. 7, §1, c).

⁵⁹ Règl. (UE) 2017/1001, art. 7, §1, d).

a) Les « activités intellectuelles » dans le cadre desquelles sont mis en œuvre des « plans, principes et méthodes »

Les « activités intellectuelles » sont expressément visées par le législateur⁶⁰ pour exclure du champ de la brevetabilité, en particulier, les « plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles »⁶¹, exclusion tenant à une trop forte abstraction conjuguée à une absence de caractère technique ou industriel. L'Office européen des brevets (OEB) a ainsi refusé de délivrer le brevet demandé pour un procédé de protection des phonogrammes contre la copie, lequel consistait à recourir à un marquage codé de données d'identification apposé sur le disque et/ou sur l'étiquette et l'emballage. Pour l'Office, faute d'indication dans la demande des moyens techniques précis à mettre en œuvre, un tel procédé est exclu de la brevetabilité en vertu de l'art. 52(2)(c) et (3) de la CBE⁶².

Nonobstant son caractère de standard juridique, la notion d'« activités intellectuelles » est, à l'évidence, parfaitement indifférente à la digitalisation.

b) L'« usage dans la vie des affaires »

Le droit européen des marques se réfère à l'« usage dans la vie des affaires » notamment pour déterminer, d'une part les signes susceptibles d'« antérioriser » le dépôt d'une marque⁶³ et d'autre part l'étendue de la protection conférée par la marque déposée⁶⁴. Applicable dans les territoires d'outre-mer, l'art. L. 811-4, I du CPI subordonne en outre expressément la qualification de « contrefaçon » à l'usage non autorisé d'une marque « dans la vie des affaires ».

L'absence d'impact des TIC sur l'« usage dans la vie des affaires » ressort expressément de la jurisprudence *Google Adwords*. L'affaire procédait d'actions judiciaires intentées en France, sur le fondement d'une atteinte à leurs marques, par différentes entreprises – dont la société *Vuitton* – contre le service de référencement sur Internet, *Google Adwords*⁶⁵, lequel orientait les internautes vers des sites proposant des contrefaçons des produits ou services couverts par lesdites marques. Invalidant la décision des juges du fond français ayant mis en cause la responsabilité de *Google*⁶⁶, la CJUE a en effet, dans son arrêt de 2010, considéré que l'entreprise américaine ne faisait nul usage desdites marques « dans la vie des affaires »⁶⁷.

⁶⁰ V. CPI, art. L. 611-10, §2, c) et CBE, art. 52(2)(c).

⁶¹ La version anglaise de la CBE exclut les « *schemes, rules and methods for performing mental acts* ».

⁶² OEB, CRT 3.5.1, 19 mars 1986, n° T 051/84, *JO OEB* 1986, p. 226.

⁶³ Dir. (UE) 2015/2436 du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, art. 5, §4, a) et règl. (UE) 2017/1001, art. 8, §4 (marque « antériorisée » par un signe antérieur utilisé « dans la vie des affaires »).

⁶⁴ Dir. (UE) 2015/2436, art. 10, §2 et règl. (UE) 2017/1001, art. 9, §2 (droit conféré d'interdire l'usage du signe « dans la vie des affaires »). V. également les art. 10, §4, al. 1^{er}, 11 et 14, §1 de la directive, lesquels correspondent aux art. 9, §4 (droit conféré d'empêcher « tout tiers d'introduire des produits, dans la vie des affaires, dans l'Union »); 10 (droit d'interdire les actes préparatoires portant sur l'utilisation du conditionnement ou d'autres moyens s'ils sont effectués « dans la vie des affaires ») et 14 (limitation des effets de la marque de l'UE en cas d'usage honnête du signe « dans la vie des affaires ») du règlement.

⁶⁵ Contraction de « *Advertising* » et « *Words* ».

⁶⁶ TGI Paris (3^{ème} Ch., 1^{ère} Sect.), 13 fév. 2007, *Laurent C. c. Google* (aff. « Rencontres2000 »), disponible sur le site *Legalis.net*.

⁶⁷ CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google c. Vuitton*, aff. jtes C-236 à 238/08, *Rec. p. I-2417*. La solution a très rapidement été entérinée par Cass. com., 13 juill. 2010, *Google* (4 arrêts), *Bull. civ. IV*, n° 122 à 124.

c) L'« impression visuelle globale » ou « d'ensemble »

Dans le champ des dessins et modèles, les droits européen et français confèrent à l'« impression visuelle globale » – que, lors de la transposition en droit interne, le législateur français a remplacé par l'expression « impression visuelle d'ensemble » – une double fonction : d'une part une composante de la condition de « caractère individuel » (ou « propre ») du dessin ou modèle ⁶⁸, d'autre part un élément d'extension de l'étendue du monopole conféré.

S'agissant de la composante de la condition – ajoutée à l'exigence de « nouveauté » de la création ⁶⁹ – de « caractère individuel » (ou « propre ») du dessin ou modèle, l'« impression visuelle globale » ou « d'ensemble » vise à relever le seuil de création requis pour l'octroi de la protection. Il s'agit là d'une condition subjective de validité du dessin ou modèle ⁷⁰ passant par l'exigence de différences suffisantes entre la création considérée et l'art antérieur. Un dessin ou modèle aura alors un caractère « individuel » (ou « propre ») si « l'impression (visuelle) globale » (ou, en droit interne, « l'impression visuelle d'ensemble ») qu'il suscite chez « l'utilisateur averti » (ou, en droit interne, chez « l'observateur averti ») diffère de celle produite par tout dessin ou modèle antérieur ⁷¹.

Pour ce qui est de l'étendue du monopole attribué, les textes disposent que « la protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'utilisateur (ou, en droit interne, l'« observateur ») averti une impression visuelle globale (ou « d'ensemble ») différente » ⁷². L'« impression visuelle globale » (ou « d'ensemble ») constitue bien un élément d'extension de l'étendue de la protection conférée puisque, outre les créations rigoureusement identiques, le monopole couvre celles qui sembleraient suffisamment proches à un « utilisateur (ou « observateur ») averti », des différences mineures n'empêchant pas une condamnation pour contrefaçon ⁷³.

L'« impression visuelle globale » (ou « d'ensemble ») relève manifestement d'un constat subjectif que la digitalisation ne saurait, en toute logique, impacter. La Cour de Luxembourg a cependant admis ⁷⁴ que, dans des circonstances spécifiques, « l'impression visuelle globale » ne puisse pas être obtenue par « comparaison

⁶⁸ V. dir. 98/71/CE du 13 oct. 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, art. 5 et règl. (CE) n° 6/2002 du 12 déc. 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, art. 6. Lors de la transposition – issue de l'ord. n° 2001-670 du 25 juill. 2001 – de la directive dans le CPI, le législateur français a en effet substitué l'expression « caractère propre » à l'expression « caractère individuel » (V. CPI, art. L.511-4, al. 1^{er}), les deux formules devant cependant recevoir la même signification compte tenu de la primauté du droit de l'UE sur les droits nationaux.

⁶⁹ Condition « traditionnelle » de validité des droits de propriété industrielle portant sur des créations industrielles, qu'elles soient techniques (à l'instar du brevet d'invention) ou ornementales (à l'instar du dessin ou modèle).

⁷⁰ Sur le modèle de l'« activité inventive » prescrite en droit des brevets.

⁷¹ Les textes ajoutant, nonobstant des nuances de formulation, que l'appréciation dudit caractère « individuel » ou « propre », doit tenir compte du degré de liberté laissé au créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle (v. dir. 98/71/CE, art. 5, §2 ; règl. (CE) n° 6/2002, art. 6, §2 et CPI, art. L.511-4, al. 2). V. également *infra* notre analyse de l'impact de la digitalisation sur la qualification d'« utilisateur (ou, en droit interne, d'« observateur ») averti ».

⁷² Dir., art. 9, §1 et règl. (CE) n°6/2002, art. 10 ainsi que CPI, art. L.513-5.

⁷³ Cette extension de l'étendue du monopole rejoint celle qui couvre la défense de la marque contre son exploitation pour des produits ou services non identiques mais similaires (V. CPI, art. L.713-3, a) et L.811-4, I, b)) ou contre des imitations illicites (V. CPI, art. L.713-3, b) et L.811-4, I, b)) , à ceci près que, en matière de dessins et modèles, la protection n'est pas subordonnée à un « risque de confusion » (v. *infra*). V., en ce sens, Cass. com., 26 mars 2008, Bull. civ. IV, n° 66.

⁷⁴ Quoi que cela ne soit pas imposé par le règlement (v. points 56 et 57).

directe des dessins ou modèles en cause »⁷⁵. Eu égard à l'accroissement des possibilités de discernement autorisé par la puissance de calcul des ordinateurs, la digitalisation ne risque-t-elle dès lors pas de conduire, dans la perspective de l'« impression visuelle globale » (ou « d'ensemble ») à une telle mise à l'écart de la « comparaison directe » ?

II. Les cas de rupture : les standards « frappés » par la digitalisation

À côté de ceux restés indifférents, certains standards de la propriété industrielle ont assurément été impactés par la digitalisation mais l'impact revêt une forme différente selon le standard en cause : une « redéfinition » pour les standards relatifs à l'objet de la protection conférée (A), un « recalibrage » pour les standards liés au niveau de compétence des individus (B).

A. La redéfinition des standards relatifs à l'objet de la protection conférée

Hormis pour ce qui concerne les titres de protection des obtentions végétales et les indications géographiques, non concernés par nature, la digitalisation a été – plus ou moins bien – prise en compte par le législateur dans la définition des standards relatifs à l'objet de la protection s'agissant des dessins et modèles, des brevets d'invention, des produits semi-conducteurs et des marques. Cette prise en compte tient, d'une part à l'exclusion des « programmes d'ordinateur » de la protection juridique des créations industrielles, d'autre part à l'aménagement de celle des produits semi-conducteurs et des marques.

1. L'exclusion des « programmes d'ordinateur » de la protection juridique des créations industrielles

Les programmes d'ordinateur sont expressément écartés tant de la protection des dessins et modèles que de celle des brevets d'invention.

a) L'exclusion de la protection des dessins et modèles

La protection des dessins et modèles porte sur l'« apparence d'un produit ou d'une partie de produit »⁷⁶ manufacturé, caractérisé en particulier par ses « lignes », ses « contours », ses « couleurs », sa « forme », sa « texture » ou ses « matériaux »⁷⁷.

En écartant expressément les « programmes d'ordinateur » de l'objet de la protection des dessins et modèles, c'est d'une manière étonnante que le législateur européen⁷⁸ a, s'agissant à tout le moins de la rédaction des textes, pris en compte la digitalisation : l'exclusion y est formulée d'une façon particulièrement maladroite et, en définitive, dépourvue d'effet dès lors que, n'étant pas doté de « lignes », « contours », « couleurs », « forme »,

⁷⁵ CJUE, 20 oct. 2011, PepsiCo c. OHMI, aff. C-281/10 P, point 55. V. égal. TUE, 14 mars 2017, Wessel-Werk c. EUIPO, aff. 175/16, point 24.

⁷⁶ V. dir. 98/71/CE du 13 oct. 1998, art. 1, a), CPI, art. L.511-1, al. 1^{er} (issu de l'ord. n° 2001-670 du 25 juill. 2001) ainsi que règl. (CE) n° 6/2002 du 12 déc. 2001, art. 3, a).

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ V. dir. 98/71/CE, art. 1, b), CPI, art. L.511-1, al. 2 ainsi que règl. (CE) n° 6/2002, art. 3, b).

« texture » ou « matériaux », un programme d'ordinateur ne saurait avoir d'apparence extérieure précisément objet de la protection juridique conférée par le dessin ou modèle ⁷⁹.

C'est seulement après l'adoption de la directive d'harmonisation – en l'occurrence, à l'occasion des travaux préparatoires sur le règlement des dessins et modèles communautaires – que la Commission européenne a perçu le problème. Elle a alors indiqué que l'exclusion des « programmes d'ordinateur » ne concernait « pas la protection de dessins ou modèles graphiques particuliers quand ils s'appliquent à des icônes ou à des menus, par exemple » ⁸⁰.

En toute logique, rien ne devrait donc s'opposer à la protection par dessin ou modèle des « interfaces utilisateurs graphiques » ⁸¹ des logiciels, en particulier les « pages-écrans », les icônes et les dessins figurant sur les écrans des ordinateurs, tablettes ou smartphones et générés par des logiciels. De fait, les offices européen et français ne font aucune difficulté à l'enregistrement de dessins ou modèles portant sur des produits tels que « icônes [informatique] » ou « interfaces utilisateurs graphiques [affichage sur écran d'ordinateur] » ⁸².

b) L'exclusion de la protection des brevets d'invention

La protection juridique conférée par les brevets porte, pour ce qui la concerne, sur les « inventions », lesquelles consistent en créations industrielles à caractère technique ⁸³, nonobstant l'absence de définition légale « positive », le législateur ⁸⁴ ayant choisi, pour déterminer le champ de la brevetabilité, de recourir à une liste d'exclusions ⁸⁵.

⁷⁹ V., par ex., N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 304, p. 224.

⁸⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement sur les dessins ou modèles communautaires*, 3 déc. 1993, Com (93) 342 Final - COD 463, p. 13.

⁸¹ Les spécialistes parlent, à cet égard, du *look and feel*. Se fondant sur la *ratio legis*, quelques auteurs contestent cependant la protection par dessin ou modèle desdites interfaces graphiques (v. en ce sens, J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ-Lextenso, 2^{ème} éd., 2009, n° 684, pp. 914-915).

⁸² Ces rubriques sont expressément visées dans la classe 14.04 de l'Arrangement de Locarno (1968) instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels. Dans le même sens, les directives d'examen (*Guidelines*) de l'Office de l'UE pour la propriété intellectuelle (EUIPO) confirment que les « dessins ou modèles de visualisation d'écran ou d'icônes et d'autres types d'éléments visibles d'un programme informatique sont susceptibles d'être enregistrés » (Directives relatives à l'examen devant l'Office, version 1.0 du 1^{er} août 2016, § 4.1.3. Icônes).

⁸³ V. CPI, art. L.611-1, al. 1 et 3 ; L.611-2, al. 1^{er} ; L.611-7, §§1 à 3 ; L.611-8, al. 1^{er} ; L.611-10 ; L.611-11, al. 1^{er} ; L.611-13 ; L.611-14 ; L.611-15 ; L.611-17 ; L.611-18 ; L.612-4, al. 1^{er} ; L.612-7, §4 ; L.612-9, al. 1^{er} et L.612-12, 4^o.

⁸⁴ En l'occurrence la Conv. de Munich du 5 oct. 1973 sur la délivrance de brevets européens (CBE), introduite en droit français par la loi n° 78-742 du 13 juill. 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

⁸⁵ Laquelle liste couvre, outre des créations dans l'ordre du vivant (v. CBE, art. 53, b) et CPI, art. L.611-19, I, écartant not. les « races animales », les « variétés végétales », les « procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux et des animaux » ainsi que CPI, art. L.611-18, al. 1 et 3, excluant certains éléments du corps humain du champ de la brevetabilité), des créations dépourvues de caractère technique ou appliqué, à savoir les « découvertes », les « théories scientifiques », les « méthodes mathématiques », les « créations esthétiques », les « plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques », les « programmes d'ordinateurs » et les « présentations d'informations » (v. CBE, art. 52 et CPI, art. L.611-10, §2) ainsi que les « méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal » (v. CBE, art. 53, c) et CPI, art. L.611-16).

À l'instar de ce qui s'est passé en droit des dessins et modèles⁸⁶, la digitalisation a bien été prise en considération au travers de l'exclusion légale des « programmes d'ordinateur » du champ de la brevetabilité⁸⁷, au profit d'une protection théoriquement confiée au droit d'auteur⁸⁸. Les spécialistes s'accordent cependant à estimer cette exclusion malheureuse parce que, en 1973, lors de la rédaction de la Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens (CBE), le « programme d'ordinateur » a été « confondu avec un algorithme, lequel constitue, effectivement, une formule mathématique relevant de la science »⁸⁹, et non des brevets.

Nonobstant le rejet, en 2002, par le Parlement européen⁹⁰, d'une proposition de directive concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, l'OEB admet néanmoins, depuis le milieu des années 1980, que des logiciels puissent donner lieu à la délivrance de brevets à la seule condition que la demande ne porte pas sur le logiciel « en tant que tel » : il suffit donc au déposant de veiller à ce que sa demande d'enregistrement vise un logiciel *associé* à un procédé ou à un système technique⁹¹. Sous réserve d'être présentés comme produisant un « effet technique supplémentaire »⁹², un algorithme ou une « interface graphique utilisateur » (IGU)⁹³ seront ainsi parfaitement brevetables⁹⁴.

Les TIC sont incontestablement au cœur de l'innovation technologique et, constituant désormais une part non négligeable des titres délivrés, plusieurs dizaines de milliers de brevets de logiciels ont déjà été délivrés en Europe⁹⁵. Une réécriture de la réglementation serait dès lors bienvenue...

2. L'aménagement de la protection juridique des produits semi-conducteurs et des marques

Outre l'exclusion – théorique – des programmes d'ordinateur du champ des dessins et modèles et de celui des brevets, la digitalisation a été actée par le droit de la propriété industrielle au moyen de l'instauration d'une

⁸⁶ V. *supra*.

⁸⁷ V. CBE, art. 52, §2, c) et CPI, art. L.611-10, §2, c). Sur le sujet, v. F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Coll. CEIPI, n° 57, LexisNexis, 2011, 494 p.

⁸⁸ V. dir. 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (remplacée par la dir. 2009/24/CE du 23 avril 2009) et CPI, art. L.112-2, 13°.

⁸⁹ M. DHENNE, « L'évolution du concept juridique d'invention dans la jurisprudence européenne », in *Propriété intellectuelle : notions-cadres et mécanismes essentiels*, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁰ JOCE n° C 151 E, 25 juin 2002, p. 129.

⁹¹ V., par ex., OEB, CRT, 15 juill. 1986, Vicom, T. 208/84, *JO OEB* 1987, p. 14 ; 4 fév. 1999, II/IBM, T 935/97, non publié et 1^{er} juill. 1998, Produit « programme d'ordinateur »/IBM, T 1173/97, *JO OEB* 1999, p. 609.

⁹² Autrement dit, allant au-delà de la simple utilisation d'un ordinateur classique.

⁹³ Sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une simple « présentation d'informations ». V. TGI Paris, 7 juin 2013 Starsight Telecast Inc. c. Open TV, Numericable *et al.*, *PIBD* 2013, 991, III, B-1421.

⁹⁴ V. directives OEB, G-VII, 5.4 et directives INPI, C-VII.1 ainsi que rapport du groupe français de l'AIPPI (Congrès de Sydney, 2017), « Protection des interfaces graphiques utilisateur », disponible sur le site de l'AIPPI à l'adresse : <https://www.aippi.fr/upload/2017Sydney/Rapports%20Groupe%20Francais/droits-d-auteurs-rapport.pdf>

⁹⁵ On parle de plus de 50 000 (v. N. BINCTIN, *op cit.*, n° 464, p. 302). Le droit américain a suivi un cheminement inverse : après une longue soumission des logiciels au « droit commun des brevets d'invention » (A. LUCAS, J. DEVEZE & J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, Thémis Droit privé, 2001, n° 514, p. 306), la jurisprudence a, à l'occasion de l'arrêt rendu par la Cour suprême, en 2014, dans l'affaire Alice c. CLS Bank Int'l (573 U.S. 208 (2014)), restreint la brevetabilité des logiciels – très largement admise jusque là – en considérant que sa simple mise en œuvre par un ordinateur ne suffisait pas à transformer une idée abstraite en invention brevetable.

protection spécifique pour la topographie des produits semi-conducteurs et la prise en compte de l'avènement des TIC dans la protection des marques.

a) *L'instauration d'une protection juridique de la « topographie des produits semi-conducteurs »*

Prenant acte, au milieu des années 1980, de l'avènement de l'électronique et des TIC pour le grand public, la réglementation européenne⁹⁶ – au travers de la toute première directive en matière de propriété intellectuelle – a créé un nouveau titre de propriété industrielle protégeant la « topographie des produits semi-conducteurs », notion définie comme « la configuration tridimensionnelle des couches »⁹⁷ qui composent une puce électronique⁹⁸, elle-même composée « d'un substrat comportant une couche de matériau semi-conducteur »⁹⁹ et constituée « d'une ou de plusieurs autres couches de matières conductrices, isolantes ou semi-conductrices, les couches étant disposées conformément à une configuration tridimensionnelle prédéterminée »¹⁰⁰.

Même si la réglementation considérée concerne des produits *physiques*, la digitalisation a ainsi, bel et bien, été prise en compte par le législateur au moyen d'un titre *sui generis* de propriété industrielle, précisément axé sur les TIC.

b) *La prise en compte de l'avènement des TIC dans la protection des marques*

Le principe d'acquisition de la marque par le biais d'un enregistrement administratif explique la longue exigence, dans les droits français et européen, d'une possible « représentation graphique » du signe :

- l'art. 4, 3^o) du décret d'application¹⁰¹ de la loi française n° 64-1360 du 31 déc. 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service imposait à tout déposant de joindre à sa demande d'enregistrement « le cliché de la marque, permettant la reproduction de celle-ci au *Bulletin officiel* de la propriété industrielle » ;
- dans le même sens, tant l'art. 2 de la première directive européenne rapprochant les législations des États membres sur les marques¹⁰² que l'art. 4 du premier règlement sur la marque communautaire¹⁰³ réservaient la protection des marques aux seuls « signes susceptibles d'une représentation graphique ».

Si une telle exigence ne posait aucune difficulté pour la validité des marques verbales et figuratives, il en allait différemment à l'égard des marques sonores. En effet, en dehors des phrases musicales¹⁰⁴, dont le dépôt

⁹⁶ Dir. 87/54/CEE du 16 déc. 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (elle-même inspirée d'une loi états-unienne de 1984)

⁹⁷ Art. 1, b) de la dir.

⁹⁸ Le circuit intégré considéré doit être « destiné à remplir, exclusivement ou non, une fonction électronique » (art. 1, a), *iii*) de la dir.).

⁹⁹ Art. 1, a), *i*) de la dir.

¹⁰⁰ Art. 1, a), *ii*) de la dir.

¹⁰¹ Décr. n° 65-621 du 27 juill. 1965 portant application de la loi du 31 déc. 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service.

¹⁰² Dir. 89/104/CEE du 21 déc. 1988 transposée, en France, par la loi n° 91-7 du 4 janv. 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service.

¹⁰³ Règl. (CE) n° 40/94 du 20 déc. 1993.

¹⁰⁴ Constitutives, par exemple, d'un indicatif sonore ou d'un *jingle* publicitaire.

administratif était susceptible de prendre la forme d'une portée musicale ¹⁰⁵, l'exigence d'une possibilité de représentation graphique du signe excluait en particulier la protection des sons, qu'ils soient artificiels ¹⁰⁶ ou naturels ¹⁰⁷. Modifiant le dispositif figurant dans un précédent règlement d'exécution ¹⁰⁸, la règle 3, §6 du règlement (CE) n° 1041/2005 de la Commission du 29 juin 2005 a cependant permis le dépôt par voie télématique, auprès de l'Office européen d'Alicante ¹⁰⁹, des demandes de marques sonores accompagnées d'un dossier électronique contenant le son, lequel devait, aux termes d'une décision du Président de l'Office, précisément consister en un fichier MP3 d'une taille maximale d'un méga-octet ¹¹⁰. Ont pu, à partir de là, être déposées de nombreuses marques sonores, par exemple le cri de Tarzan ¹¹¹ ou le rugissement du lion de la MGM ¹¹².

L'adoption, le 16 déc. 2015, du paquet « marques » par les instances européennes a définitivement réglé la question : tant la nouvelle directive d'harmonisation de droits nationaux en matière de marque ¹¹³ que le nouveau règlement relatif à la marque de l'UE ¹¹⁴ ont pris en compte la digitalisation en supprimant cette exigence d'une possible « représentation graphique » des signes déposés à titre de marque. Sous réserve de respecter les conditions légales de validité, une marque peut désormais porter sur tout signe distinctif susceptible d'être représenté dans les registres de marques ¹¹⁵ d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de « déterminer précisément et clairement » ¹¹⁶ l'objet de la protection conférée. Outre celui des fichiers audios pour les marques sonores, est désormais également admis le dépôt de fichiers images ¹¹⁷ ou vidéos ¹¹⁸ pour les nouveaux types de marques figuratives telles les marques *hologrammes* ¹¹⁹, les

¹⁰⁵ V. CJCE, 27 nov. 2003, *Schild Mark c. Kist*, aff. C-283/01, *Rec.* p. I-14313 (validant le dépôt, à titre de marque, de la partition des neuf premières notes de la « *Lettre à Elise* », de Beethoven).

¹⁰⁶ Par ex. la sonorité d'un carillon ou celle d'un moteur à explosion.

¹⁰⁷ Par ex. le clapotis des vagues ou le cri d'un animal. La Cour de Luxembourg a ainsi refusé l'enregistrement comme marque sonore de la dénomination « *Kukelekuuuuu* », suggérant le chant du coq en néerlandais, au motif que, à la différence d'une portée musicale, la description d'un son par le langage écrit ou par des onomatopées ne satisfait pas à l'exigence de représentation graphique claire et précise du signe (CJCE, 6^{ème} Ch., 27 nov. 2003, aff. C-283/01, *Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. MEMEX*, *Rec.* p. I-14313).

¹⁰⁸ V. règl. (CE) n° 2868/95 de la Commission du 13 déc. 1995 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94.

¹⁰⁹ Initialement baptisé Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI).

¹¹⁰ V. Déc. n° Ex-05-3 du 10 oct. 2005 concernant le dépôt électronique des marques sonores, art. 4.

¹¹¹ Marque déposée le 22 mai 2006 et enregistrée le 4 mars 2008 sous le n° 005090055.

¹¹² Après un premier refus en 2005, marque redéposée le 29 juin 2006 et enregistrée le 4 mars 2008 sous le n° 005170113.

¹¹³ Dir. (UE) 2015/2436 rapprochant les législations des États membres sur les marques, transposée en droit français par l'ord. n° 2019-1169 du 13 nov. 2019.

¹¹⁴ Règl. (UE) 2015/2424 modifiant le règl. (CE) n° 207/2009 sur la marque communautaire.

¹¹⁵ Qu'il s'agisse des registres nationaux ou du registre des marques de l'UE.

¹¹⁶ V. règl., art. 4, b), dir., art. 3, b) ainsi que CPI, (nouvel) art. L.711-1, al. 2. L'art. 31 du règl. d'exécution (UE) 2018/626 établissant les modalités d'application de certaines dispositions du règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'UE précise à cet égard que le signe déposé doit pouvoir être reproduit dans le Registre des marques de l'Office « de façon claire, précise, distincte, facilement accessible, intelligible, durable et objective ».

¹¹⁷ Par ex. au format « JPEG » ou « GIF ».

¹¹⁸ Par ex. au format « AVI » ou « MPEG ».

¹¹⁹ Il s'agit de marques figuratives faisant apparaître une image en relief au moyen d'un faisceau laser, l'effet holographique pouvant être identifié à l'aide d'un fichier vidéo.

marques de *mouvement*¹²⁰ ou les marques *multimédias*¹²¹.

Le législateur a ainsi bien pris la digitalisation en considération dans la définition des « signes » protégeables par une marque.

B. Le recalibrage des standards liés au niveau de compétence des individus

Un certain nombre de standards de la propriété industrielle sont passibles de variations à raison du niveau de compétence des individus. Indissociable d'une élévation de ce niveau de compétence, le développement des TIC impose dès lors un recalibrage desdits standards, que ceux-ci concernent la désignation de caractères d'actes ou de faits ou qu'ils concernent la désignation d'interlocuteurs fictifs des titulaires de droits.

1. La désignation de caractères d'actes ou de faits

En droit des dessins et modèles, est assurément lié au niveau de compétence des individus le caractère « insignifiant » des détails d'un produit : la validité d'un dessin ou modèle est en effet subordonnée à une condition de nouveauté, en vue de la définition de laquelle des dessins ou modèles sont, pour le législateur, « considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants »¹²². Dans la perspective de l'interprétation de la formule, est donc des plus légitimes la question des éventuelles conséquences de l'accroissement du niveau de précision dans la perception des détails autorisé par les lecteurs optiques et les technologies de l'information.

Pour le surplus, le recalibrage est sans conteste susceptible de concerner le caractère « non évident », le caractère « raisonnable » ou encore le caractère « probable » (ou « prévisible »).

a) Le caractère « non évident » du lien entre une invention et l'état de la technique

En Europe, la validité d'un brevet est en particulier subordonnée à une condition d'« activité inventive »¹²³, définie comme suit :

« Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique »¹²⁴.

Issue du concept anglo-américain de « *non-obviousness* », la « non-évidence » de l'invention apparaît comme une condition plutôt subjective de brevetabilité, liée à l'exigence d'un certain « mérite » de l'invention, d'une certaine « hauteur inventive » – appréciée au jour du dépôt –, quand bien même la jurisprudence a, depuis déjà

¹²⁰ Il s'agit de marques figuratives consistant en un mouvement ou un changement de position des éléments de la marque par le recours, soit à un fichier vidéo, soit à une série d'images fixes séquentielles (numérotées ou accompagnées d'une description explicative) montrant lesdits mouvement ou changement de position.

¹²¹ Il s'agit de marques figuratives consistant en une combinaison d'images animées, le cas échéant accompagnées de sons, l'animation étant susceptible d'être inscrite, sous forme de séquence « mp4 », dans un fichier audiovisuel.

¹²² Dir. 98/71/CE, art. 4 ; règl. (CE) n° 6/2002, art. 5, §2 ; CPI, art. L.511-3.

¹²³ V. CBE, art. 52, § 1^{er} et CPI, art. L.611-10, §1^{er}.

¹²⁴ V. CBE, art. 56 et CPI, art. L.611-14. Outre la « non-évidence », la qualification d'« activité inventive » fait ainsi usage d'un autre standard : l'« homme du métier », interlocuteur fictif des titulaires de droits (v. *infra*).

assez longtemps, tendance à privilégier le recours à une approche « objective » dans son appréciation ¹²⁵, fondée sur la recherche d'indices. Ont, à ce titre, été utilisés pour avérer l'activité inventive le temps nécessaire pour réaliser l'invention ¹²⁶, la simplicité « inattendue » de la solution ¹²⁷ ou encore le préjugé « vaincu » ¹²⁸.

Si, pour l'essentiel, la digitalisation semble dépourvue d'effet sur la « non-évidence », il en va peut-être différemment en matière de biotechnologies eu égard au recours massif aux TIC auquel elles donnent lieu dans la recherche actuelle ¹²⁹, à travers l'automatisation des fonctions de séquençage à l'aide d'ordinateurs, voire par l'utilisation de robots pour réaliser le criblage de composés à haut débit ¹³⁰. Une telle débauche de moyens est assurément révélatrice de la « non-évidence » des éventuelles inventions réalisées même si elle conduit à en inférer l'activité inventive de l'importance des investissements financiers réalisés... Comme l'ont écrit les Prof. Vivant et Bruguière, « est-ce si choquant que cela ? N'est-ce pas conforme à la réalité ? » ¹³¹.

b) Le caractère « raisonnable »

Il est fait référence au caractère « raisonnable » tout à la fois dans la réglementation des dessins et modèles et dans celle des brevets d'invention :

- il résulte de la première que la nouveauté d'une création – condition de validité du titre de propriété industrielle – n'est pas remise en cause ¹³² « lorsque le dessin ou modèle n'a pu être raisonnablement connu, selon la pratique courante des affaires dans le secteur intéressés, par des professionnels agissant dans la Communauté européenne » ¹³³ ;
- s'agissant de la seconde, le CPI institue une présomption de contrefaçon d'un brevet de procédé au seul vu de la commercialisation – non autorisée – de produits identiques à ceux auxquels conduit la mise en œuvre dudit brevet, mais à condition, en particulier, que le titulaire du brevet n'ait pu, « en dépit d'efforts raisonnables, déterminer quel procédé a été en fait utilisé » ¹³⁴.

Eu égard aux possibilités accrues d'accès à l'information qu'elles entraînent, les TIC sont, dans les deux cas, d'une utilité indéniable et leur impact est, en l'occurrence, susceptible de prendre la forme d'une limitation des cas d'application de la règle de droit.

c) Le caractère « probable/prévisible »

Outre les « efforts raisonnables » en dépit desquels le demandeur à une action en contrefaçon d'un brevet de procédé n'a pu établir de lien entre son titre et la production industrielle de son adversaire, le même article du

¹²⁵ On parle parfois, à cet égard, d'une approche « problème-solution » (OEB, dir. d'examen, Partie C, Chap. IV, 9.5).

¹²⁶ TGI Paris, 17 déc. 1973, Cosmao c. Matériel Moderne Marchand (aff. des *armoires de fermentation*), PIBD 1974, III, 192.

¹²⁷ OEB, CRT, 25 fév. 1985, Michaelsen, T 106/84, JO OEB 1985, p. 132.

¹²⁸ OEB, CRT, 1^{er} mars 1985, Solvay (Polymères d'oléfines), T 18/81, JO OEB 1985, p. 166.

¹²⁹ Déjà depuis les années 1990.

¹³⁰ Permettant d'isoler une molécule.

¹³¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *La brevetabilité face à l'innovation technique contemporaine*, Rapport INPI 2002, Doc. fr. 2003, n° 85.

¹³² En ce sens qu'il n'y aura pas « divulgation », destructrice de la nouveauté du dessin ou modèle.

¹³³ V. CPI, art. L.511-6, al. 1^{er}. L'art. 6, §1^{er} de la dir. 98/71/CE l'art. 7, §1^{er} du règl. (CE) n° 6/2002 contiennent une formule très voisine.

¹³⁴ V. CPI, art. L. 615-5-1, al. 1^{er}, b).

CPI assujettit la présomption de contrefaçon instituée à la vérification de ce que « la probabilité est grande »¹³⁵ que le produit litigieux ait été obtenu par le procédé breveté.

Dans le champ des variétés végétales, l'octroi de la protection du COV requiert l'« homogénéité » de la variété considérée, autrement dit un caractère « suffisamment uniforme »¹³⁶, « sous réserve de la variation prévisible compte tenu des particularités de sa reproduction sexuée ou de sa multiplication végétative »¹³⁷.

L'accès facilité à l'information qu'offrent la digitalisation et l'accroissement de la prévisibilité autorisée par la puissance de calcul des ordinateurs ne sauraient, à l'égard tant de l'action en contrefaçon des brevets de procédé que de l'objet de la protection des COV, être dépourvus d'effet.

Un « risque de confusion » est par ailleurs requis en vue de la défense de la marque contre une exploitation non autorisée pour des produits ou services non identiques, mais similaires¹³⁸, ou contre une imitation illicite¹³⁹. Si, constituant un standard juridique, la notion de « produits ou services similaires » – mentionnée pour les deux formes d'atteintes à la marque¹⁴⁰ – est assurément indifférente à la digitalisation, tel n'est pas le cas du « risque de confusion ». Celui-ci a été interprété par la Cour de Luxembourg, en 1999, comme impliquant un « consommateur moyen de la catégorie de produits ou services en cause »¹⁴¹, lequel « n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques mais doit se fier à l'image non parfaite qu'il en a gardée en mémoire »¹⁴². Depuis cet arrêt, les consommateurs, de plus en plus équipés d'écrans mobiles¹⁴³, ont accès à une information vaste et précise, sans doute de nature à réduire les cas d'admission dudit « risque de confusion »¹⁴⁴, situation peut-être à même de conduire, dans un avenir proche, à une nouvelle interprétation de la notion...

Dans un cadre plus spécifique, à savoir celui du contrôle opéré par l'Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM)¹⁴⁵ en vue de la délivrance de l'autorisation de mise des médicaments sur le marché (AMM), c'est de façon bien plus stricte qu'est apprécié le « risque de confusion » entre marques pharmaceutiques à raison notamment des « possibilités d'erreur dues, par exemple, à une mauvaise lecture de l'ordonnance par le pharmacien »¹⁴⁶. Le développement du recours aux technologies de l'informations, en particulier la transmission en ligne d'ordonnances numériques, est alors, ici aussi, de nature à impacter l'interprétation du « risque de confusion ».

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ V. CPI, art. L.623-2, 2°, préc.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ V. CPI, art. L.713-3, a) et L.811-4, I, b) (disp. relative à l'outre-mer).

¹³⁹ V. CPI, art. L.713-3, b) et L.811-4, I, b).

¹⁴⁰ À savoir l'exploitation, pour des produits ou services « similaires », tant de la marque d'autrui que d'une marque imitée.

¹⁴¹ CJCE, 22 juin 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, aff. C-342/97, *Rec. p.* I-3819, point 25.

¹⁴² *Ibid.*, point 26.

¹⁴³ Qu'il s'agisse d'ordinateurs portables, de tablettes ou de *smartphones*.

¹⁴⁴ Étant rappelé (v. *supra*) que le « risque de confusion » est indifférent à la digitalisation : *i*) en matière de marques, en vue de la disponibilité du signe à l'égard de certaines antériorités (dénomination ou raison sociale, nom commercial, enseigne), *ii*) en matière de COV, *iii*) en matière d'IG.

¹⁴⁵ Laquelle a, en 2012, succédé à la défunte Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS).

¹⁴⁶ A. MARIE, *De quelques spécificités des marques de produits pharmaceutiques en France*, 13 janv. 2009, disponible sur le site web de l'IRPI, à l'adresse : https://www.irpi.fr/tribunes.asp?ref_page=430&ref_arbo=237.

2. La désignation d'interlocuteurs fictifs des titulaires de droits

Le droit de la propriété industrielle fait, en vue de l'appréciation de certaines conditions d'accès à la protection et/ou de l'étendue de celle-ci, usage, à titre de référentiels de comparaison, de personnages fictifs ¹⁴⁷, en l'occurrence l'« observateur (ou utilisateur) averti » en matière de dessins et modèles, l'« homme du métier » en matière de brevets et le « consommateur d'attention moyenne » en matière de marques. La question d'un possible impact de la digitalisation se pose dans les trois cas à raison de l'élévation du niveau de compétence des intéressés que le recours aux TIC est à même d'induire.

a) L'« observateur (ou « utilisateur ») averti »

L'« utilisateur averti » en droit européen ¹⁴⁸ – ou « observateur averti » en droit interne ¹⁴⁹ – est un personnage de référence servant à examiner tout à la fois l'accès à la protection des dessins et modèles en tant qu'élément d'évaluation du caractère « individuel » (ou « propre ») de la création et l'étendue de ladite protection en tant que destinataire de l'« impression visuelle globale » produite par le dessin ou modèle.

Il résulte en effet de l'art. L.511-4, al. 1^{er} du CPI qu'un « dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée » et de l'art. L.513-5 du même code que la « protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente ». La jurisprudence semble encore indécise sur la question de savoir si l'« utilisateur (ou observateur) averti » doit être un consommateur ou un professionnel : si, pour une chaussure de montagne, la Cour de Douai y a assimilé les « personnes pratiquant l'alpinisme » ¹⁵⁰, le Tribunal de l'UE, s'agissant de jouets promotionnels, admet qu'il puisse s'agir aussi bien d'un « enfant âgé de 5 à 10 ans environ » ¹⁵¹ que d'un « directeur du marketing d'une société utilisant ce type de produits pour promouvoir ses propres produits » ¹⁵².

La digitalisation sera certes dépourvue d'effet si ledit personnage de référence est un profane, *a fortiori* un enfant. Dans l'hypothèse où la qualification se limite aux professionnels, il ne fait pas de doute, en revanche, que le recours aux TIC sera de nature à renforcer le niveau de compétence de l'intéressé.

¹⁴⁷ J.-L. BRUGUIÈRE (dir.), *Les standards de la propriété intellectuelle*, op. cit., pp. 73-113.

¹⁴⁸ V. dir. 98/71/CE, art. 5, §1 et 9, §1 ainsi que règl. (CE) n° 6/2002, art. 6, §1 et 10, §1.

¹⁴⁹ V. CPI, art. L.511-4, al. 1^{er} et L.513-5.

¹⁵⁰ CA Douai, 11 mars 2004, Décathlon SA c. Richard P. SA, *PIBD* 2004, III, 487.

¹⁵¹ TUE, 18 mars 2010, Pepsico, aff. T-9/07, *Rec.* p. II-0981, points 64.

¹⁵² *Ibid.*

b) L'« homme du métier »

En droit des brevets, l'« homme du métier »¹⁵³ est le personnage fictif à l'aune duquel sont étalonnées, d'une part la condition d'« activité inventive » de la brevetabilité¹⁵⁴, d'autre part, dans certaines hypothèses requérant l'interprétation des revendications¹⁵⁵, le tracé exact du monopole conféré par le brevet¹⁵⁶.

L'expression a été interprétée comme désignant un technicien de qualification ou de capacité moyennes¹⁵⁷ de la branche d'activité dans laquelle se situe l'invention¹⁵⁸. La Cour de cassation a, par exemple, censuré un arrêt d'appel ayant jugé que l'« homme du métier » devait avoir une connaissance générale même des domaines voisins – fût-ce par la consultation de spécialistes d'autres domaines – alors que, pour la Haute juridiction, il est juste « celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention »¹⁵⁹.

Le niveau de compétence de l'homme du métier est cependant susceptible de varier en fonction de la sophistication technologique du secteur concerné. Le Pr. J.-M. Mousseron soulignait à cet égard que « les techniciens (sont), par exemple, d'un niveau sensiblement plus élevé dans l'électronique que dans la boulangerie »¹⁶⁰ ! De fait, dans des secteurs de haute technologie, la jurisprudence a pu assimiler l'« homme du métier » à une « équipe de plusieurs professionnels d'une même spécialité »¹⁶¹, voire à tout un laboratoire de recherche¹⁶². De sorte que l'impact de la digitalisation sur l'interprétation de ce standard juridique ne saurait être contesté.

c) Le « consommateur d'attention moyenne »

Le « consommateur d'attention moyenne » est, quant à lui, un personnage forgé, en matière de marques, par la jurisprudence¹⁶³ sur la base des références textuelles¹⁶⁴ au « public » et à l'« esprit du public »¹⁶⁵, en vue de déterminer tout à la fois l'accès à la protection conférée¹⁶⁶ et l'étendue de ladite protection, les atteintes

¹⁵³ V. CPI, art. L.611-14 ; L.613-25, al. 1^{er}, b).

¹⁵⁴ V. *supra*.

¹⁵⁵ Notamment en cas de forte proximité entre deux brevets voisins.

¹⁵⁶ La Cour de Paris ayant ainsi jugé que le juge devait, dans cette perspective, « se mettre, par la pensée, à la place de l'homme du métier » (CA Paris, 11 oct. 1990, J. Dolle c. Sté Emsens, *Ann. prop. ind.* 1990, p. 235, note Mathély.)

¹⁵⁷ Les directives de l'OEB parlent, à cet égard, de « praticien normalement qualifié » (v. Dir. OEB, Partie C, Chap. IV, 9.6).

¹⁵⁸ V. Cass. com., 20 nov. 2012, Sté Boegli Gravures SA c. Sté Darsail-ASP Ltd, n° 11-18440, *Gaz. Pal.*, 6 mars 2013, p. 18, note L. Marino.

¹⁵⁹ Cass. com., 17 oct. 1995, Sté Robert Bosch c. Établ. Guillet, *Bull. civ.* IV, n° 232.

¹⁶⁰ J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n° 379.

¹⁶¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., sect. 3, 5 déc. 2014, n° 2012/13507, *PIBD* 2015, III, 143.

¹⁶² OEB, CRT, 31 août 1990, Protéines de fusion/Harvard, T 60/89, *JO OEB* 1992, p. 268.

¹⁶³ V. not. Cass. com., 30 janv. 2001, *PIBD* 2001, III, 283 ; Paris, 13 déc. 2002, Piper Heidsieck, *PIBD* 2003, III, 370 ; Cass. com., 26 nov. 2003, TBS, *Bull. civ.*, IV, n° 183 (s'agissant de l'appréciation du risque de confusion dans l'esprit du public). V. encore CJCE, 21 oct. 2004, OHMI c. Erpo Möbelwerk, aff. C-64-02 P, *Rec. p.* I-100031, pt. 43 ainsi que 30 mars 2006, Emmanuel, aff. C-259/04, *Rec. p.* I-3089, pt. 48 (faisant usage de la qualification de « consommateur moyen »).

¹⁶⁴ V. dir. et règl. UE ainsi que CPI.

¹⁶⁵ V. *supra*.

¹⁶⁶ Au regard des conditions de « non-déceptivité » et de « disponibilité » du signe au regard de certaines antériorités (v. *supra*).

étant subordonnées à un « risque de confusion »¹⁶⁷, à savoir l'exploitation pour des produits ou services non identiques mais « similaires » et l'« imitation illicite ». Il va de soi que l'accès des intéressés aux technologies de l'information et de la communication est nécessairement de nature à influencer sur leur niveau de compétence et, partant, sur l'interprétation de la qualification de « consommateur d'attention moyenne ».

Conclusion

À l'instar de ses effets sur de nombreuses autres branches du droit des affaires¹⁶⁸, la digitalisation révèle, à l'égard des standards de la propriété industrielle, tantôt des situations de continuation, tantôt des situations de rupture.

En tout état de cause, un mouvement est désormais en marche : de nouveaux changements ne manqueront pas d'intervenir, spécialement à l'égard des standards de la propriété intellectuelle relatifs à des « créations », que celles-ci relèvent de la propriété industrielle ou de la propriété littéraire et artistique.

¹⁶⁷ *V. supra.*

¹⁶⁸ Notamment celles qui ont donné lieu à communication à l'occasion de ce colloque : droit commercial, droit de la consommation, droit fiscal, droit des assurances, droit pénal des affaires.