

Natalia Kapyrina

Le dessin *du* modèle : vecteur de l'harmonisation internationale du droit des dessins et modèles?

Résumé :

Elément essentiel de la demande menant à la délivrance du titre de propriété sur l'apparence d'un produit, l'étude de la représentation graphique permet de s'engager dans plusieurs pistes de réflexion pour avancer sur la question de l'harmonisation du régime international de protection de la forme des produits qui nous entourent. Sans rechercher à combler le hiatus entre les dessins et modèles industriels et les œuvres des arts appliqués, nous explorons les mécanismes qui permettront à l'avenir d'alléger les disparités dans la pratique du droit des dessins et modèles, augmentant ainsi son attractivité.

Contenu :

Introduction.....	1
1. La portée du dessin <i>du</i> modèle	4
a. Devant l'office	4
i. <i>Les prescriptions relatives au dessin du modèle</i>	<i>4</i>
ii. <i>Les fonctions du dessin du modèle.....</i>	<i>6</i>
b. Devant le juge	8
i. <i>Interpréter le dessin ?</i>	<i>8</i>
ii. <i>Comparer les dessins</i>	<i>11</i>
2. La convergence par le dessin <i>du</i> modèle.....	13
a. Projets internationaux en cours	13
i. <i>L'effort conventionnel.....</i>	<i>13</i>
ii. <i>L'effort informel.....</i>	<i>14</i>
b. La représentation comme vecteur de l'harmonisation internationale du droit des dessins et modèles.	15
i. <i>Au-delà d'une harmonisation substantielle saturée</i>	<i>15</i>
ii. <i>Au-delà du dépôt, atteindre le juge.....</i>	<i>16</i>
Conclusion	17

Introduction

L'harmonisation du droit des dessins et modèles et des œuvres des arts appliqués s'apparente aux fameux problèmes mathématiques antiques, que sont la quadrature du cercle, la trisection de l'angle et la duplication du cube. Face à ce problème insoluble depuis l'avènement des deux Conventions internationales majeures¹, il est entendu que la raison de

¹ En toute rigueur il convient de relever que les dessins et modèles industriels firent partie de la Convention de Paris dès 1883, alors qu'une référence aux œuvres des arts appliqués à l'industrie ne figura dans la Convention de Berne qu'à la Révision de Berlin (1908). Pour la chronologie des différentes révisions des Conventions, v. S.

cet échec des forces harmonisatrices réside dans l'objet pour lequel la protection est recherchée. Cet objet hybride ne se plie guère à la construction binaire du régime international de la propriété intellectuelle², c'est un peu comme, du fait de la transcendance du nombre pi, la $\sqrt{\pi}$ n'est pas constructible à la règle et au compas, pour résoudre la quadrature du cercle.

Néanmoins, nous vivons à une époque sans précédent de diffusion commerciale de produits à l'apparence identique à travers le monde. Comme il a été observé et promu par Théodore Levitt dans un article de 1983³, l'offre de produits standardisés sans différenciation selon les préférences locales des consommateurs est devenue le modèle d'affaires prédominant des entreprises à l'aune de la mondialisation. La distribution de produits homogénéisés permet bien sûr de réduire les coûts, les délais, maintenir une certaine qualité, ce qui, dans le contexte économique actuel, ne risque pas de devenir un modèle obsolète, malgré les critiques qui peuvent lui être adressées. Cependant c'est la diversité des règles relatives à la protection de créations de forme qui interpelle le juriste, le droit des dessins et modèles étant parmi les moins harmonisés⁴. L'harmonisation juridique internationale est sujette au débat, certains auteurs déplorant les disparités, menant à un manque de sécurité juridique, de clarté et de précision⁵, d'autres pointant les bénéfices d'une marge de manœuvre des Etats indispensable pour préserver les spécificités locales⁶. Il s'agit également d'un débat qui dépasse le cadre de cet article, mais dont nous tenons pleinement compte.

L'harmonisation suivant la définition du Professeur Jeammaud, s'entend comme « la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales, ou plus précisément d'une équivalence des coûts et avantages socio-économiques ou des situations juridiques (équivalence des droits et des obligations, des facultés et des contraintes), résultant de leur application »⁷. S'il s'agit d'une des formes de « réaction à la

LADAS, *Patents, Trademarks, and Related Rights, National and International Protection*, Vol. II, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1975 ; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Kluwer, 1987.

² J. REICHMAN, "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review*, Vol. 94, N°8 (Dec. 1994), p.2432-2558 ; U. SUTHERSANEN, "Harmonising Design Law in a Free Trade Area: Jurisprudential Lessons from the E.U. and the U.S.", in C. ANTONS, M. BLAKENEY, C. HEATH (eds.), *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer, 2004, p.57-91.

³ Th. LEVITT, "The Globalization of Markets", *Harvard Business Review*, May 1983. Plus généralement le thème de la convergence internationale des préférences et des choix des consommateurs est étudié en microéconomie, v. par exemple D. SALVATORE, *Microeconomics, Theory and Applications*, 5th ed. OUP, 2008, p.69 sq. Voir dans le domaine des dessins et modèles en rapport au choix des consommateurs de produits « non-originaux » : D. BELDIMAN, "Expressive Dimensions of Design: a Question of Incentive?," Chapter in *Innovation, Competition, Collaboration*, D. Beldiman (ed), Edward Elgar, 2015, p.104-134, spéc. p.111 sq.

⁴ Il est cependant difficile de discuter la thèse avancée par Jeremy Phillips que la protection internationale n'est nécessaire qu'aux compagnies internationales : J. PHILLIPS, "International Design Protection: Who needs it?", *EIPR* 1993, n°12, p.431.

⁵ J. PASSA, « Dessins et modèles », *Rep. Com. Dalloz*, § 10 ; M.-A. PEROT-MOREL, « Insuffisances et complexité du régime international des dessins et modèles industriels », in *Les perspectives d'un droit communautaire en matière de dessins et modèles industriels / Table ronde international du Centre national de la recherche scientifique*, Grenoble, les 12 et 13 décembre 1977, CUERPI, Université des sciences sociales, 1978, p.49-61.

⁶ KINGSBURY, Anna, "International Harmonisation of Design Law: the Case for Diversity", *EIPR* 2010, 32(8), 382-395.

⁷ JEAMMAUD, Antoine, « Unification, Uniformisation, Harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in OSMAN, Filali (dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Actes et débats du colloque, Lyon, 12 et 13 déc. 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.35-55, spéc. p.43-44.

pluralité et à la diversité des ordres juridiques »⁸, l'harmonisation semble être la plus tolérante des diversités juridiques, par rapport à l'uniformisation ou l'unification. Au regard des traités internationaux existants, principalement de la Convention de Berne, la Convention de Paris, l'Arrangement de la Haye, l'accord sur les ADPIC, le degré d'harmonisation substantielle peut sembler suffisant, les textes renfermant les compromis nécessaires au bon fonctionnement des échanges. Cependant c'est dans leur application que les acteurs rencontrent toujours plus de difficultés, sachant que le contentieux des dessins et modèles grandit à l'échelle internationale⁹. Ces disparités-là gagneraient à être atténuées, et c'est sur cette hypothèse de travail que nous nous appuyons. Nous partons du principe, conformément à l'article 2§7 de la Convention de Berne, que le cumul des protections par les droits de propriété littéraire et artistique et d'un ou plusieurs droits de propriété industrielle (droit des brevets, droit *sui generis*, droit des marques) reste du ressort de chaque ordre juridique¹⁰. La protection de l'apparence de produit est une matière juridique tirant ses racines profondes dans les politiques industrielles et culturelles nationales, mais surtout elle est confrontée à une innovation technologique constante et une forte sectorisation. L'enjeu est ici celui de l'articulation des droits, mais aussi de la recherche de solutions les plus pertinentes et efficaces pour chaque cas de figure. Notre exposé portera essentiellement sur les droits enregistrés, sans les mettre en compétition avec les droits non enregistrés, mais constatant certains de leurs avantages et surtout le fait qu'ils fassent l'objet d'initiatives internationales d'envergure, comme nous le verrons¹¹.

Un élément nous paraît remarquable par sa granularité parmi les différents systèmes de protection des formes fondés sur l'enregistrement et nous laisse croire qu'il s'agit du vecteur d'une convergence nouvelle. Il s'agit de la représentation graphique du dessin ou du modèle déposé, de l'image accompagnant la demande d'enregistrement. Élément universel s'il en est, ne nécessitant *a priori* pas de traduction, source potentielle de frais et de malentendus, l'image est ce véhicule par lequel la forme d'un téléphone ou d'une fourchette est enregistrée auprès des offices des Etats-Unis d'Amérique, Chinois ou Russe sous le régime d'un brevet spécial¹², c'est également l'élément central de la demande d'enregistrement d'un dessin ou modèle communautaire et d'autres systèmes *sui generis*¹³. A la rigueur, la constitution de

⁸ *Ibid.*, p.35.

⁹ S'il est impossible à dire si le nombre de contentieux augmente, la confrontation judiciaire internationale entre Apple et Samsung ont montré que leur valeur et leur retentissement croient.

¹⁰ « Il est réservé aux législations des pays de l'Union de régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, (...) ».

¹¹ Bien que l'article 5(2) de la Convention de Berne abolit les formalités du droit d'auteur, nous notons ici l'accroissement du nombre d'études consacrées à la réintroduction de formalités, notamment d'un enregistrement : S. van GOMPEL, *Formalities in Copyright Law, An analysis of their History, Rationales and Possible Future*, Information Law Series, Kluwer Law International, Amsterdam, 2011 ; S. DUSOLLIER, "(Re)introducing formalities in copyright: Towards more open content?", *Open Content: From Theory to Practice*, L. GUIBAULT & C. ANGELOPOULOS (eds), Amsterdam University Press, 2011, p.75-105 : http://works.bepress.com/severine_dusollier/3 ; J. GINSBURG, "The US Experience with Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship" (2010) *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*, 9181 *Columbia Journal of Law and the Arts*, vol. 33 n° IV (2010).

¹² Respectivement 35 U.S. Chapter 16; Loi sur le brevet de la République Populaire de Chine du 12 Mars 1984, dernière modification du 27 décembre 2008 ; Partie IV du Code civil Russe.

¹³ Dans l'UE, Règlement CE n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles, JO CE n°L3 du 5.01.2002, p.1, tel que modifié (JO CE n°L386 du 29.12.2006) et la Directive 98/71/CE du Parlement

preuves en droit d'auteur, par le biais d'une enveloppe Soleau par exemple, renferme également cet élément figuré. Comme nous le verrons par la suite, le dessin *du* modèle n'est pas une simple formalité administrative, ses fonctions juridiques lui confèrent une portée bien plus solide. Nous nous efforcerons de montrer ainsi l'importance de cet élément *a priori* anodin et envisagerons plusieurs initiatives internationales qui placent le dessin du modèle au centre d'une harmonisation raisonnée et pragmatique.

1. La portée du dessin du modèle

Dans une perspective historique, le Professeur Bently accorde à la centralisation du dépôt de la représentation du modèle le rôle fondateur du droit de la propriété intellectuelle moderne¹⁴. En France, l'introduction du dépôt de l'échantillon, puis du dessin de fabrique a également accompagné le développement de cette branche de la propriété intellectuelle¹⁵. Nous souhaitons envisager la portée et le traitement réservé au dessin du modèle dans une vision chronologique, tout d'abord devant l'office, puis devant le juge.

a. Devant l'office

Dans tout système *sui generis* ou de type brevet, la naissance du droit est accompagnée par le dépôt auprès d'un office. Nous aurons donc recours à la fois aux sources légales et réglementaires, mais aussi la documentation qui reflètent la pratique des offices, pour envisager dans un premier temps les prescriptions relatives aux représentations, puis des fonctions auxquelles elles sont appelées¹⁶.

i. Les prescriptions relatives au dessin du modèle

Certains auteurs relèvent le caractère essentiel de la représentation du dessin ou du modèle au sein de la demande adressée par le déposant à l'Office en charge de la procédure d'enregistrement¹⁷. Les prescriptions relatives aux représentations du dessin ou du modèle sont principalement de trois ordres : les règles relatives au contenu du dépôt, celles relatives à la forme et à la qualité de la représentation, et enfin, parfois, celles établissant les taxes.

européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles, JO L289 du 28.10.1998, transposé en France au livre V du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴ B. SHERMAN, L. BENTLY, *The Making of Modern Intellectual Property Law, The British Experience, 1760-1911*, Cambridge University Press, 1999, reprinted 2000, p. 63 sq.

¹⁵ C. BOUGEARD, « Les origines équivoques de la loi de 1909 : des dessins et modèles au dessin ou modèle », in A. FRANÇON, M.-A. PEROT-MOREL (dir.), *Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique*, Paris, Librairies techniques, coll. « Droit des affaires », 1986, p.9-32 ; l'auteur relève notamment la métamorphose de la terminologie « dessins de modèles », en « dessins et modèles » et puis « dessins ou modèles ».

¹⁶ Ces questions ne sont pas nouvelles, et il est intéressant de consulter les ouvrages du XIXe siècle qui s'interrogent sur les prescriptions relatives au dépôts et ses fonctions, par exemple pour une synthèse de points de vues : L. PRACHE, *Etude sur le droit de l'inventeur de dessins et de modèles de fabrique*, Publications de l'Office de brevets d'invention français et étrangers et des marques de fabrique, Paris, 1881, p.18 sq.

¹⁷ D. MUSKER, *Community Design Law Principles and Practice*, Sweet and Maxwell, London, 2002, p.154, 2-196 ("Representations are the essence of design protection"); L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 4th ed., OUP, 2014, p 683 sq. Voir également *Domaines de convergence possibles dans le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels*, SCT/21/4 présenté à la 21^e session du SCT, 22-26 juin 2009, § 5 (« La reproduction d'un dessin ou modèle est un élément central de la demande... »).

D'après une récente étude de l'OMPI, la représentation graphique figure parmi les éléments obligatoires pour l'obtention d'une date de dépôt, communs au plus grand nombre d'Etats ayant participé à l'enquête¹⁸. Les autres éléments sont la demande formelle et les éléments permettant d'identifier et contacter le demandeur. Elle est donc une pièce internationalement indispensable pour établir le droit exclusif, faire courir la durée de la protection et obtenir une date de priorité. D'autres éléments peuvent parfois être requis, comme dans le cas des dessins ou modèles communautaires, pour lesquels le contenu obligatoire et facultatif de la demande est énuméré à l'article 36 du Règlement 6/2002. La représentation graphique doit être fournie (§ 1 c)), mais peut toujours être remplacée par un spécimen dans des cas restreints¹⁹. L'indication des produits auxquels le dessin ou le modèle est destiné doit également obligatoirement figurer dans la demande (art. 36.2), cependant il faut préciser à ce stade que cette indication « ne [portera] pas atteinte à l'étendue de la protection du dessin ou du modèle en tant que tel » en vertu de l'article 36.6. En outre, une description expliquant la représentation est un élément facultatif dans la demande auprès de l'OHMI (art. 36.3 c)). Pour comparer, aux Etats Unis d'Amérique, alors que le système du *design patent* suit celui de l'*utility patent*, la revendication, unique et fortement encadrée, demeure « nécessaire », mais le dessin est « un élément essentiel de la demande »²⁰.

Davantage de prescriptions sur la qualité et la forme de la représentation à fournir pour le titre communautaire figurent dans le Règlement d'application (art. 4)²¹ et les déposants doivent également se référer aux documentations des offices, notamment les Directives d'examen des demandes ou Manuels d'examineurs en tout genre. Parmi les prescriptions du Règlement d'application et des Directives de l'OHMI on peut énumérer le format, l'exigence de fond neutre, la limitation du nombre de vues. Toutes ces prescriptions suggèrent qu'il est primordial d'assurer que le dessin soit facilement reproductible pour être diffusé et donner à voir l'objet du droit de manière complète.

¹⁸ Il s'agit des résultats de l'étude d'envergure menée par le Comité permanent du droit des marques, dessins et modèles et indications géographiques contenus dans le document WIPO/STrad/INF/2/REV.2 : *Synthèse des réponses aux questionnaires (partie I et II) sur le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels* (SCT/18/7, SCT 18/8 rev.), pour l'analyse voir le document établi par le Secrétariat *Droit et pratique en matière des dessins et modèles industriels – analyse des réponses aux questionnaires de l'OMPI*, 13 mai 2008, SCT/19/6, spéc. §17-18.

¹⁹ Bien qu'il soit encore utilisé dans certaines industries, nous excluons le spécimen du champ de notre analyse, car d'après les statistiques de l'OMPI, dans 60% des législations le spécimen est optionnel, et dans cet ensemble de ressorts juridiques le spécimen n'est utilisé que « rarement » (0-5% des dépôts), v. Secrétariat *Droit et pratique en matière des dessins et modèles industriels – analyse des réponses aux questionnaires de l'OMPI*, 13 mai 2008, SCT/19/6, spéc. §16.

²⁰ USPTO, *Manual of Patent Examining Procedure*, 9th ed., Latest revision Nov. 2015 [R-07.2015], spéc. §1503 (« a claim in a specific for is a necessary element of a design patent application (...). A drawing is an essential element of a design patent application »), v. aussi Chapter 600 (contenu de la demande), Chapter 1500 (chapitre général sur les *design patents*), spéc. §1503.1 (Revendication), §1503.02 (Prescriptions concernant les dessins). Plus généralement sur le système des Etats-Unis, voir U. SUTHERSANEN, *Design Law: European Union and United States*, Sweet and Maxwell, 2010, p.207-255.

²¹ Règlement (CE) n° 2245/2002 de la Commission du 21 oct. 2002 portant modalités d'application du règlement (CE) n°6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires, JO CE n°L 341 du 17.12.2002, p.28, modifié par le règlement CE n°876/2007 de la Commission du 24 juillet 2007 modifiant le règlement (CE) n°2245/2002 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires à la suite de l'adhésion de la Communauté européenne à l'acte de Genève de l'arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels, JO CE n°L 193 du 27.7.2007, p.13.

Enfin, dans certains systèmes, notamment en France, les frais pour le déposant varient en fonction des choix relatifs à la représentation déposée. Ainsi la finance de publication augmentera avec le nombre de vues et la coloration de la représentation graphique²². Ces considérations sont dès lors à intégrer dans la stratégie du déposant, qui devra évaluer à la fois le coût et les effets juridiques produits par telle ou telle représentation.

Elément essentiel de la demande du fait des prescriptions légales et réglementaires, le dessin du modèle concentre en effet plusieurs fonctions.

ii. Les fonctions du dessin du modèle

Le rôle de la représentation au moment de l'enregistrement dépend du système d'examen mis en place. S'il est substantiel, la représentation servira d'assiette pour l'examen de validité, effectué *a posteriori* par la voie judiciaire ou auprès des chambres de recours lorsque l'examen initial est simplement formel. Si notre analyse sera essentiellement focalisée sur le système de l'UE, n'admettant qu'un examen formel, de nombreux éléments seront tout de même valables pour les systèmes dit « brevet »²³. En général, du fait de la centralité de la représentation dans la demande, ses fonctions participent largement de celles attribuées au dépôt, visant à assurer la sécurité du titulaire et des tiers²⁴. En droit de l'UE ces fonctions sont principalement évoquées par le considérant 11 de la Directive : « considérant que la protection conférée au titulaire par l'enregistrement porte sur les caractéristiques d'un dessin ou modèle d'un produit ou d'une partie de produit qui sont représentées visiblement dans la demande d'enregistrement et qui sont divulguées au public par voie de publication ou de consultation du dossier correspondant ».

Tout d'abord la représentation participe des éléments qui notifient à la puissance publique le souhait d'une personne d'établir un lien juridique avec un objet défini. Il faut tenir à l'esprit que l'enregistrement est un système mis en place par le législateur dans son exercice des politiques publiques d'encouragement à l'innovation et de régulation du marché²⁵. En UE, ce système permet d'obtenir un droit de propriété et établit un certain nombre de présomptions (présomption de titularité (art. 17 du Règlement), présomption de validité (art. 85 du Règlement). Que le dépôt soit déclaratif ou acquisitif de propriété, cet acte n'est pas anodin et sans la représentation graphique de l'objet revendiqué il perdrait son sens.

Notons également, que dans le cas, où l'Office effectue un contrôle formel, il est prévu que la représentation permette de ne pas protéger des dessins ou modèles non licites pour des raisons d'atteinte à l'ordre public ou bonnes mœurs. En droit de l'UE, ces motifs sont

²² Selon les tarifs de l'INPI, le supplément par reproduction déposée en couleur est de 47 euros, contre 23 pour une reproduction déposée en noir et blanc, INPI, *Tarif des prestations*, 2015 (http://www.inpi.fr/fileadmin/mediatheque/pdf/Tarifs/presentation_internet_tarifs_1er_juillet_2015.pdf).

L'OHMI pratique une taxe qui augmente avec le nombre de reproductions, mais à un tarif dégressif.

²³ Sur la comparaison des systèmes de l'UE et des Etats-Unis, voir notamment Lena SCHICKL, « Protection of industrial design in the US and in the EU – Different concepts or different labels? », ATRIP Essay Competition 2012.

²⁴ Sur les différentes fonctions des formalités v. les notamment S. van GOMPEL, *Formalities in Copyright Law...*, *op. cit.*

²⁵ V. B. WARUSFEL, « La propriété intellectuelle comme politique publique », in Ch. GEIGER, C. RODÀ (dir.), *Le droit de propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, coll. CEIPI, LexisNexis, 2014, p.391.

rarement invoqués²⁶, mais il convient de signaler le rôle évident de la représentation dans cette exclusion.

La représentation graphique est en effet l'élément qui identifie l'objet du droit des dessins et modèles, appréhende l'« apparence du produit », en un mot elle « juridicise » une forme. Cette représentation diffère bien entendu du dessin-prototype employé dans l'industrie pour réaliser le produit, du dessin du designer qui élabore la forme du produit. Elle suit ses propres règles de conception, et est généralement protégeable en soi par le droit d'auteur, si les conditions sont remplies. L'objet du dessin ou modèle est, comme nous l'avions évoqué en introduction, hybride et complexe à définir²⁷, mais comme, en tant qu'apparence, il s'adresse à la vue, son identification passe par la visualisation de la représentation fournie dans la demande.

Ainsi une des fonctions majeures de la représentation est celle de divulguer l'objet du droit de propriété. Cette divulgation doit être suffisamment complète afin de permettre aux tiers consultants les registres de prévoir l'étendue du droit et se placer en sécurité pour leurs propres créations. Outre l'objet, la représentation est donc le siège d'une autre composante juridique majeure, l'étendue du droit de propriété.

On pourrait se demander si un dessin est à même de divulguer l'objet et l'étendue d'un droit, ou plutôt si du fait de ses caractéristiques intrinsèques il serait interrogeable à travers les registres, à la manière dont la description et les revendications du brevet permettent de dévoiler l'invention. Cette question n'est pas nouvelle et l'élaboration de la classification des produits résultant dans l'Arrangement de Locarno (1968) a contribué à pallier cette difficulté technique²⁸. Une autre critique liée à la divulgation, mais qui ne relève pas spécifiquement du droit des dessins et modèles, toutefois importante à signaler, est l'absence de divulgation centralisée de l'apparence des œuvres des arts appliqués et des dessins et modèles non enregistrés, non soumises par définition à la procédure d'enregistrement et de publication.

Ainsi, la représentation du dessin ou modèle, présentée devant l'office, permet de rendre l'objet du droit perceptible aux sens, de définir l'étendue du droit, de faire courir la durée du droit et participe à l'établissement du droit de priorité. Dans l'exploitation du droit, elle peut s'avérer particulièrement utile, notamment dans le cadre de chaînes de production internationales de plus en plus fragmentées, et c'est sa portée devant le juge qui va nous intéresser à présent.

²⁶ Les décisions du droit des marques communautaires s'appliquent par analogie aux DMC : Trib. UE, 20 sept. 2011, T-232/10, «Blason soviétique» (ordre public et caractère unitaire) ; Trib. UE, 9 mars 2012, T-417/10, «¡QUE BUENO YE! HIJOPUTA», point 21 (bonnes mœurs), v. OHMI, *Directives relatives à l'examen des demandes de DMCE*, 1.08.2015, p.25-26.

²⁷ V. Y. REBOUL, « Le projet de réforme des pièces détachées des véhicules automobiles : l'analyse critique de la remise en cause de la règle de l'unité de l'art (deuxième partie) », *Propr. Ind.* n° 2 févr. 2015, § 4-10.

²⁸ Nous n'évoquerons pas ici la possibilité offerte aux déposants du dépôt sous pli cacheté et de l'ajournement de publication offerte aux déposants, vastes sujets notamment au plan international, v. par exemple les chapitres dédiés dans W. T. FRYER, *The Geneva Act (1999) of the Hague Agreement concerning the International Registration of Industrial Designs, Drafting History and Analysis*, Kluwer Law International, The Hague, 2005. Notons par ailleurs, que pour des raisons stratégiques plus ou moins légitimes il existe des méthodes pour « cacher » un dessin, v. W. CORBETT, D. STONE, « Strategies for hiding designs », *Managing IP* September 2012. Une telle attraction du secret semble bien plaider pour la familiarité des dessins et modèles avec les brevets au sein de la propriété industrielle...

b. Devant le juge

C'est au juge que revient le véritable travail d'interprétation et de comparaison des apparences constituant les dessins et modèles en conflit²⁹. Nous nous arrêterons sur deux phases de raisonnement, sachant que le propos devra varier selon le système juridictionnel et la procédure en vigueur dans chaque pays. Notons dès à présent que la motivation de la décision fait partie des obligations du juge.

i. Interpréter le dessin ?

L'interprétation est « l'office du juriste »³⁰, et en particulier du juge. L'interprétation juridique est une pratique discursive³¹ et avant tout verbale. Elle porte habituelle sur des mots et s'exprime essentiellement par le langage. L'interprétation à partir d'une image n'est certainement pas habituelle dans le métier du juge. Les textes de lois, des contrats, les preuves textuelles rendant les éléments visuels largement marginaux, la propriété intellectuelle offrant cependant de nombreuses exceptions³². Ainsi la confrontation à des éléments visuels interroge jusqu'à susciter potentiellement la méfiance, ou leur soumission à des éléments textuels accessoires³³. Afin d'évoquer ce sujet il conviendra de procéder par questionnements successifs.

On devrait tout d'abord se demander si l'interprétation juridique de l'image relèverait une aberration. Le juge est tenu d'appliquer la loi sur des faits qu'il qualifiera, et on lui reconnaît une capacité interprétative dans de nombreux cas, notamment lorsque la règle de droit est obscure ou lacunaire. Or l'interprétation vise également à confronter la règle abstraite aux situations concrètes, pour permettre de déterminer son « exacte signification et sa portée quant aux situations qu'elle a vocation de régir »³⁴. Cette opération implique d'aller au-delà de la simple qualification mécanique et d'examiner en détail la situation conflictuelle. En droit des brevets, l'interprétation des revendications est l'action menant à la définition de l'étendue du droit des brevets³⁵. Dans le cas des dessins et modèles, la compréhension, synonyme de l'interprétation au sens large³⁶, de la représentation n'est pas en soi requise. Cependant comment comparer des dessins et modèles en conflit, sans définir au préalable l'apparence, *a fortiori* par le langage ? C'est alors que l'interprétation devrait plutôt être

²⁹ On remarque que le domaine de l'interprétation du dessin ou modèle et notamment de la comparaison des dessins par le juge s'accroît D. BELDIMAN et P. BECONCINI, "The Final Impression Counts – Seeking Common Ground in Design Patent Infringement" 97 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y*, 2015, p.551 ; R.TUSHNET, "The Eye Alone is the Judge: Images and Design Patents", 19 *Journal of Intellectual Property Law*, n° 19, 2012, p.409.

³⁰ M. VILLEY, « Préface », *L'interprétation dans le droit*, APD, tome XVII, Sirey, 1972, p. 3.

³¹ G. KALINOWSKI, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *La jurisprudence*, APD, tome 30, Sirey, 1985, p.171.

³² R. TUSHNET, "Worth a Thousand Words: The Images of Copyright Law", 125 *Harv. L. Rev* 683 (2012) ; *id.*,

"Looking at the Lanham Act: Images in Trademark and Advertising Law", 48 *Houst. L. Rev.* 861 (2011).

³³ Sur le rejet du visuel d'une manière plus large, v. M. JAY, *Downcast Eyes: The Denigration of Vision in Twentieth-century French Thought*, University of California Press, 1993.

³⁴ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, PUF, p.54.

³⁵ T. TAKENAKA, *Interpreting Patent Claims: The United States, Germany and Japan*, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, Vol. 17, VCH, 1995, p.1.

³⁶ J. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *L'interprétation dans le droit*, APD, tome XVII, Sirey, 1972, p.51, spéc. p.53.

substituée par l'appréciation, le discernement, l'identification de l'image, des lignes, des contours, des couleurs et des contrastes. Investie des fonctions que nous avons décrites, la représentation graphique devient un objet juridique équivoque, un enchevêtrement du fait et du droit.

Une série de jurisprudence au Royaume-Uni témoigne actuellement de la difficulté de « lire » les formes protégées par les dessins et modèles et surtout de définir à partir de la représentation l'étendue du droit, soulevant de nombreuses interrogations quant à la méthode du regard du juge³⁷. La question ultime, qui sera éventuellement posée par le biais d'une question préjudicielle, si les juges de la Haute Cour donneront leur aval, est celle de savoir si une forme sans décoration pouvait être revendiquée comme telle lors de l'enregistrement, et si oui, comment devrait-elle être représentée ou autrement notifiée³⁸. Si la réponse à la première question est *a priori* positive du fait de l'énumération de l'article 3 du Règlement et de l'emploi des conjonctions « et/ou »³⁹, la deuxième question est davantage délicate, étant notamment une question largement factuelle⁴⁰, néanmoins très importante : peut-on protéger l'absence d'une caractéristique visuelle ?

Le problème d'intelligibilité d'une représentation graphique d'une forme volumineuse fait ressurgir la distinction, historiquement vraie⁴¹, mais désormais disparue en droit de l'UE entre les formes bidimensionnelles, et les formes tridimensionnelles, toutes deux pouvant être représentées par un dessin. Il est certain que la perception d'une forme est plus sophistiquée que celle d'un dessin plat, mais également, d'un point de vue normatif, l'octroi d'une protection trop vaste, sur un objet dans l'espace, est toujours plus délicat. L'exemple du contentieux des marques tridimensionnelles relève également, en partie, de ce phénomène⁴². Cette question est d'ailleurs essentielle dans la réflexion sur les concours et cumuls de droits sur les formes⁴³, mais également sur la limite à ne pas dépasser pour exclure de la protection les idées et les effets techniques. Ainsi, les déposants réfléchissent à l'avance sur les

³⁷ *Procter & Gamble Co v Reckitt Benckiser (UK) Ltd* [2006] EWHC 3145 (Ch), [2007]; *Procter & Gamble Co v Reckitt Benckiser (UK) Ltd* [2007] EWHC Civ. 936, [2008] FSR 8; *Samsung Electronics (UK) v Apple Inc* [2012] EWCA Civ 1339, [2013] FSR 9 ; *Magmatic Ltd v PMS International* [2014] EWCA Civ 181.

³⁸ Nous nous fondons ici sur l'enregistrement de l'audience de la High Court du 3 novembre 2015 dans l'affaire *PMS International v Magmatic Ltd*, UKSC 2014/0147, et notamment de la plaidoirie en demande et de l'intervention du représentant de l'Office de la propriété intellectuelle du Royaume Uni (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2014-0147.html>). La décision devrait être rendue en janvier 2016.

³⁹ Art. 3 : « Aux fins du présent règlement, on entend par : a) « dessin ou modèle » : l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit que lui confèrent, en particulier, les caractéristiques des lignes, des contours, des couleurs, de la forme, de la texture *et/ou* des matériaux... » (nous soulignons).

⁴⁰ Le représentant de l'UK IPO a cependant invoqué le fait que par le passé la Cour de Justice de l'UE avait accepté d'être saisie de questions similaires en droit des marques : CJCE, 12 déc. 2002, « Sieckmann », aff. C-273/00, *Rec.* 2002, p.I-11737 ; CJCE, 6 mai 2003, « Libertel », aff. C-104/01, *Rec.* 2003, p.I-3793 ; CJCE, 27 nov. 2003, « Shield Mark », aff. C-283/01, *Rec.* 2003, p.I-14413.

⁴¹ C. BOUGEARD, « Les origines équivoques de la loi de 1909 : des dessins et modèles au dessin ou modèle », *loc. cit.* L'histoire complète de l'évolution du droit des dessins et modèles en France se trouve dans PHILIPON, Edouard, *Des dessins et modèles de fabrique en droit français*, Thèse de doctorat en droit, Paris, A. Mareseq, Paris 1880.

⁴² V. A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « CJUE, arrêt Tripp Trapp : la vulnérabilité inhérente aux marques tridimensionnelles », *Propr. Ind.* n° 10, octobre 2014, comm. 70.

⁴³ MUSKER, David, *Community Design Law Principles and Practice*, Sweet and Maxwell, London, 2002, § 1-008 : les dessins « de surface » sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur, alors que cela est plus contraint pour les tridimensionnels.

conséquences d'impressions produites par des dessins de contours, des photographies et les représentations digitales (CAD ou CAO).

Cela nous amène à réfléchir également à la question de l'admissibilité des éléments, qualifiables de verbaux, dans la compréhension du dessin par le juge. Rappelons que la description et la revendication sont admises dans de nombreux ressorts juridiques, mais quelle doit être leur portée pour le discernement du dessin et pour la définition de l'étendue du droit ? On observe une tendance vers une réduction internationale de l'importance de la description et de la revendication pour la définition de l'étendue de la protection, mais que celles-ci restent utilisés pour parfaire la compréhension du dessin. Ainsi l'utilisation d'éléments textuels de la demande d'un dessin ou modèle relève parfois d'une tentation juridique, mais parfois elle est imposée ou se révèle indispensable. Donnons plusieurs exemples. Visant à se rapprocher du système de l'UE⁴⁴, la récente réforme russe a éliminé une disposition, jugée néfaste par l'ensemble des acteurs concernés, obligeant d'apprécier l'étendue de la protection à la lumière de la représentation et d'une liste des caractéristiques essentielles fournie par les déposants. Depuis le 1 octobre 2014, l'étendue de protection est définie uniquement par « l'ensemble des caractéristiques essentielles du modèle industriel, reflétées dans les représentations de l'apparence de l'article, contenues dans le brevet [le titre] du modèle industriel » (art. 1354, point 3 de la Partie VI du Code Civil russe)⁴⁵. Une modification similaire entre en vigueur le 1 décembre 2015 dans la loi polonaise⁴⁶. La primauté du dessin enregistré est également affirmée à l'article 59 alinéa 2 de la Loi chinoise sur le brevet, selon laquelle l'étendue « doit être limitée au modèle industriel du produit, comme il apparaît sur les dessins ou images, et la brève description peut être utilisée pour expliquer le modèle industriel tel que montré sur les dessins et images »⁴⁷. En droit français, transposant la Directive n° 98/71/CE qui ne prévoit rien concernant la description, il est entendu d'un côté que la description est facultative et que le titulaire ne peut pas revendiquer les éléments décrits mais n'apparaissant pas sur la représentation⁴⁸. En revanche, si le déposant choisit de fournir une description pour des éléments visibles dans la demande, « celle-ci a une incidence juridique pour identifier les éléments caractéristiques du modèle protégé »⁴⁹.

⁴⁴ V. O. L. Alekseeva, « Ob"ëm pravovoj ohrany promyšlennyh obrazcov v Rossii i ES: problemy i puti rešeniâ. Čast' I (« Etendue de protection juridique des dessins et modèles industriels en Russie et en UE : problèmes et solutions possibles, Partie I »), *Patenty i Licenzii*, 2005, № 12, c. 12 ; *id.* «Partie II », *Patenty i Licenzii*, 2006, № 1, c. 14.

⁴⁵ Modifié par la loi fédérale du 12 mars 2014 n° 35-FZ portant modifications des parties première, deuxième et quatrième du Code civil de la Fédération de Russie et d'autres actes législatifs de la Fédération de Russie.

⁴⁶ Modification de la loi polonaise sur la propriété industrielle du 30 juin 2000, v. K. MACIASZEK, Poland: amendment to the law on industrial design effective as of December 1, 2015, *Marques Blog Class 99*, 5 nov. 2015.

⁴⁷ Traduit par nos soins. Comparer avec l'alinéa 1 (disponible uniquement en anglais sur le site du SIPO) : Article 59 For the patent right of an invention or a utility model, the scope of protection shall be confined to what is claimed, and the written description and the pictures attached may be used to explain what is claimed. For the design patent right, the scope of protection shall be confined to the design of the product as shown in the drawings or pictures, and the brief description may be used to explain the said design as shown in the drawings or pictures.

⁴⁸ TGI Paris, 6 déc. 2005, PIBD 2006, n° 813, III, p.479 ; comm. par J.-C. GALLOUX, « Dessins et modèles : chronique d'actualité », *RTD Com.* 2007 p.68, p.75.

⁴⁹ TGI Paris, 3^e ch. 1^{re} sect., 16 avril 2015, RG 2013/00845, D20150076, « Interactif visuel système Sa (Ivs) c/ ACEP France Sa », PIBD n°1034-III-602, p.603.

Les rapports entre le dessin et le texte sont donc ambivalents, et c'est en cela qu'il se distingue du brevet, pour lequel le dessin contribue à l'intelligibilité de l'invention, mais n'est pas nécessaire à la compréhension de celle-ci et joue donc un rôle accessoire⁵⁰.

Pour finir, il serait peut-être intéressant d'ouvrir, comme il se doit avec prudence, le champ disciplinaire pour trouver des éléments dans les disciplines approchant le visuel (neurosciences, iconographie en histoire de l'art, marketing)⁵¹ et qui intègrent les images dans leurs méthodes scientifiques (par exemple l'archéologie⁵²). Cependant il faut bien sûr reconnaître les limites de la pluridisciplinarité dans ce domaine, car il est essentiel, notamment, de ne pas mélanger la perception visuelle du juge et la perception artistique⁵³. Cette dernière, bien qu'elle implique un « déchiffrement » préalable, est régie par ses propres règles, visant à l'expérience esthétique. C'est là un des écueils dans lequel la réflexion sur le cumul des droits a parfois tendance à sombrer.

ii. Comparer les dessins

En droit de l'UE, comme dans d'autres ressorts juridiques, la comparaison est l'opération principale effectuée par le juge lorsqu'il est saisi d'une action en contrefaçon ou en validité. Cette opération qui suit celle du discernement préalable examiné plus haut, permet de comparer deux ou plusieurs dessins ou modèles en conflit : soit, dans le cas de la validité, le dessin ou modèle contesté est comparé à l'art antérieur, soit, dans le cas d'une action en contrefaçon, lui est contraposé un dessin ou modèle postérieur, accusé de contrefaçon. Dans les deux cas, la représentation graphique joue à nouveau un rôle clé, car c'est à elle que doivent revenir les juges⁵⁴.

En droit de l'UE, le juge doit comparer les « impressions visuelles globales » produites par l'apparence du produit sur un utilisateur averti. Du fait d'une construction en miroir entre les articles 6 et 10 du Règlement et 5 et 9 de la Directive⁵⁵, la condition du caractère individuel et l'étendue de la protection impliquent toutes deux la comparaison d'impressions globales⁵⁶. Notons, qu'à la différence du droit d'auteur, il ne s'agit pas de comparer uniquement les similarités, mais d'envisager simultanément les éléments formant l'impression d'ensemble.

⁵⁰ P. MATHELY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, JNA, 1992, p.222 sq.

⁵¹ Plus généralement, voir le cycle « Les renouvellements de l'observation dans les sciences contemporaines » de l'Université de tous les savoirs (UTLS), initiative du gouvernement français afin de vulgariser les dernières avancées de la science – D. ARASSE, « Interpréter l'art : entre voir et savoirs », 82 min, réalisé le 12 juillet 2001 ; J.-M. MONNOYER, « Illusions perceptives et perception de la forme », 85 min, réalisé le 9 juillet 2011 (https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/illusions_perceptives_et_perception_de_la_forme.1223).

⁵² P. LAURENT, « Dessin et archéologie », *Revue archéologique du Centre de la France*, t. 25, fasc. 1, 1986, p.87-98 ; A. RAPIN, « Le dessin, méthode d'étude archéologique », *Revue archéologique de Picardie*, n° 1-2, 1983, p.285-293.

⁵³ Sur cette dernière, voir par exemple P. BOURDIEU, « Elements d'une théorie sociologique de la perception artistique », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XX, 1968, n°4.

⁵⁴ M. FRANZOSI (ed.), *European Design Protection: Commentary to Directive and Regulation Proposals*, Springer, 1996, spéc. Comment by M. Levin on art. 6 Reg., p.63 sq.

⁵⁵ M. FRANZOSI (ed.), *European Design Protection*, op. cit., p. 94.

⁵⁶ Bien que ces deux tests soient très similaires, ils possèdent également des différences, notamment sur la prise en compte de la nature du produit et du contexte, dont l'étude dépasse le contenu de cette contribution.

La difficulté consiste donc à obliger le regardant de conceptualiser une sensation, l'« impression » que le dessin ou modèle en question produit en lui. Le résultat de cette conceptualisation ne devrait pas franchir la frontière de l'« appréhension immédiate » à l'« examen »⁵⁷. Distinguons également que ce n'est pas la formalisation de la sensation en soi qui est importante, mais la formalisation de la comparaison de deux sensations distinctes, si elles le sont, produites par deux apparences de produits. Afin de ne pas soumettre le juge à une introspection profonde de ses propres réactions psychiques, le législateur de l'UE a introduit un personnage fictionnel, « l'utilisateur averti ». En droit américain, la jurisprudence convoque à cette fin l'« observateur ordinaire » (« ordinary observer »)⁵⁸ et dans une récente proposition de la Cour Suprême du Peuple, la contrefaçon en Chine devrait être analysée en référence à l'« utilisateur habituel », défini comme « l'acheteur direct du produit accusé de contrefaçon » (art. 17.3)⁵⁹. L'invocation d'un référent fictif est non seulement commune aux différents droits de propriété industrielle⁶⁰, mais le devient dans l'appréciation internationale de la contrefaçon des dessins et modèles.

A la suite des considérations précédentes sur les rapports entre le texte et l'image, lors de la comparaison une autre dimension surgit lorsqu'il convient de mettre sur papier la décision du juge. Faut-il décrire soigneusement les dessins en conflit, les étapes de comparaisons, le résultat de la comparaison, ou bien s'en tenir à évoquer brièvement la solution envisagée en renvoyant le lecteur aux images, qui parlent d'elles-mêmes ? On pourrait penser que dans les systèmes affiliés au droit des brevets, le travail de verbalisation de l'image serait imposé par une tradition de construction et d'interprétation des revendications du brevet⁶¹. Cependant en droit américain le dicton « a picture is worth a thousand words » a été retenu pour principe suite à la jurisprudence « Egyptian Goddess »⁶², la « dissection » verbale de l'image ayant des effets négatifs sur l'étendue et la comparaison. Les juges de fond sont donc encouragés à proférer une description minimale, mais suffisamment équilibrée afin d'assurer la motivation de leur décision et donner un fondement pour d'éventuelles procédures en appel. Dans la pratique des juridictions de l'UE, l'examen des éléments constituant l'impression globale est souvent assez développé, notamment car la juridiction doit motiver sa décision « de façon claire et non-équivoque », d'après l'article 62 du Règlement n° 6/2002, lu conjointement avec l'article 296 TFUE⁶³.

⁵⁷ Voir les définitions du mot « impression » dans le dictionnaire CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/impression>.

⁵⁸ *Gorham v. White*, 81 U.S. 511 (1871).

⁵⁹ Il s'agit du projet sur *L'interprétation de certains problèmes relatifs à la mise en œuvre du droit dans les procès des conflits de violation de brevets II*, document actuellement à l'étude, publié par la Cour suprême du Peuple en 2014. Pour une analyse complète, voir D. BELDIMAN et P. BECONCINI, "The Final Impression Counts...", *loc. cit.*, notamment § 2.4.

⁶⁰ N. BINCTIN, « Les sept familles de la propriété intellectuelle », in Ch. GEIGER, C. RODÀ (dir.), *Le droit de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, *op. cit.*, p.49, spec. 54-56 sur l'observateur averti.

⁶¹ Pour les règles présidant l'interprétations des revendications, v. notamment T. TAKENAKA, *Interpreting Patent Claims: The United States, Germany and Japan*, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, Vol. 17, VCH, 1995.

⁶² *Egyptian Goddess, Inc. v. Swisa, Inc.*, 543 F.3d 665 (Fed. Cir. 2008), voir notamment R. TUSHNET, "The Eye Alone Is the Judge: Images and Design Patents", *loc. cit.*

⁶³ Rappelé notamment dans la décision Trib. UE, 10 sept. 2015, aff. T-526/13, « H&M c./OHMI, Yves Saint Laurent », pt.15.

Ainsi, même si le problème de la description de l'image par le langage n'est pas propre au droit des dessins et modèles, du fait de la position en clef de voute de la représentation graphique au sein du régime de ce droit, les questions se posent de façon magnifiée.

Cet exposé des problèmes s'appuyant sur différentes approches nous a permis de démontrer la centralité du dessin du modèle pour ce droit, de même que d'évoquer certains problèmes et limites. Nous envisagerons à présent sa contribution possible à la convergence internationale des systèmes.

2. La convergence par le dessin du modèle

Replacer la représentation graphique au centre du discours juridique et de la réflexion sur les dessins et modèles permet de trouver des solutions adaptées pour la réduction des obstacles à laquelle vise l'harmonisation internationale. La présentation de plusieurs projets en cours nous permettra d'explicitier leur mode opératoire et leur portée ainsi que de conclure notre analyse du dessin du modèle comme vecteur de l'harmonisation internationale du droit des dessins et modèles

a. Projets internationaux en cours

Trois projets actuels attireront notre attention car ils témoignent d'un nécessaire recentrage sur le dessin du modèle, afin d'avancer sur la réduction constructive des disparités entre les pratiques des Etats au bénéfice des utilisateurs des systèmes, y compris des tiers.

i. L'effort conventionnel

Tout d'abord au cours du travail du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques (SCT) de l'OMPI sur un accord sur le droit et la pratique des dessins et modèles industriels (Design Law Treaty, DLT), la représentation graphique a fait l'objet de plusieurs domaines de convergence identifiés⁶⁴. Ainsi, la forme des reproductions, les vues acceptées, le nombre d'exemplaires, mais au-delà le traitement des demandes multiples, l'ajournement de publication, faisaient partie de ces domaines. A ce stade du projet, on retrouve des précisions relatives à la représentation du dessin ou modèle industriel dans la Règle 3 du Règlement d'exécution⁶⁵. Elles sont caractérisées par leur souplesse et par un souci de prévisibilité des développements futurs des technologies de reproduction⁶⁶. A ce stade, les travaux sur le texte sont enlisés du fait de

⁶⁴ Voir les documents des réunions du Comité, notamment *Domaines de convergence possibles dans le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels*, SCT/21/4 présenté à la 21^e session du SCT, 22-26 juin 2009 ; *Domaines de convergence possibles dans le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels*, SCT/23/5 présenté à la 23^e session du SCT, 30 juin-2 juillet 2010.

⁶⁵ Projet de règlement d'exécution concernant le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels, SCT/33/3, p.4-7.

⁶⁶ Règle 3 al. 1) iii : « toute autre représentation visuelle acceptée par l'office » peut être doit au choix du déposant être déposée à égal avec les photographies ou les reproductions graphiques. Rappelons que l'article 36.6 du Règlement 36.6 impose « une représentation du dessin ou modèle apte à être reproduite », ce qui permet de construire les prescriptions de l'article 4 du Règlement d'application n° 2245/2002, ne citant que « les

désaccords sur l'assistance technique et l'exigence de divulgation relative à l'utilisation des savoirs traditionnels, expressions culturelles traditionnelles ou ressources génétiques, cependant l'Assemblée générale de l'OMPI tenue en octobre 2015 a indiqué que, si les travaux étaient finalisés lors des prochaines sessions du SCT, une conférence diplomatique devait être convoquée à la fin du premier semestre de 2017⁶⁷.

ii. *L'effort informel*

Dans le cadre de l'Union européenne un Programme de convergence des pratiques des offices nationaux et de l'OHMI en matière de représentations a été lancé dès 2013 et devrait aboutir dans les prochains mois. Les principes généraux gouvernant ce Programme de convergence sont qu'ils « ne requièrent pas de changements législatifs, sont réalisables dans un horizon de 2 ans, et doivent apporter des avantages tangibles maximaux aux offices et aux utilisateurs »⁶⁸. Déjà mis en place pour les marques communautaires, en ce qui concerne les dessins et modèles, deux domaines ont retenu l'attention des acteurs de ce projet : « la représentation graphique des dessins et modèles » et « l'harmonisation des indications de produits »⁶⁹. Le premier projet vise la convergence dans trois champs définis : la reproduction des dessins sur fond neutre, l'indication d'éléments non-revendiqués (« disclaimer »), les types de vues, et dans à une échelle différente sur le format des représentations. L'objectif de ce programme est de « trouver un consensus sur les aspects relevant de la représentation des DM pour simplifier les demandes d'enregistrement et l'examen de ces demandes, la faculté de rechercher les indications de produit, réduire le nombre d'objections pour les défauts relatifs à la représentation graphique, garantir la sécurité juridique et pourvoir les utilisateurs d'un système d'enregistrement flexible »⁷⁰. La dernière version du document identifiant les pratiques communes date du 13 juillet 2015 (version 3). Les rédacteurs insistent sur le fait que ces indications se limitent aux procédures d'examen et « ne sont pas prévues pour donner des conseils sur l'étendue de la protection d'un dessin en droit national ou en droit de l'UE »⁷¹. Ce programme a également une vocation extra-communautaire, car participent aux discussions les offices de la Norvège, Suisse, Islande, Turquie.

Au sein du système de La Haye qui connaît actuellement l'adhésion croissante des pays dont les offices pratiquent un examen substantiel avant la délivrance du titre⁷², plusieurs modifications visent à réduire les obstacles par une action ciblée sur les prescriptions tenant

reproductions graphiques ou photographiques en noir et blanc ou en couleur » comme permettant notamment les dessins assistés par ordinateur (CAO).

⁶⁷ V. Doc. SCT/34/4 relatif aux Décisions de l'AG de l'OMPI concernant les travaux du SCT, 26 oct. 2015, p.1 et 2.

⁶⁸ OHIM, International Cooperation and Legal Affairs Department, « Project Brief, Convergence on Design Practices (CP6), Graphic representation of a Design », Version 0.6, p.7 (traduit par nos soins).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ OHMI, *Common Practice, Convergence Programme – CP 6, Convergence on graphic representations of designs*, Version 3, 13 July 2015, p.4 (traduit par nos soins).

⁷² Selon le Bureau international les pays reconnus comme pratiquant ce système sont les Etats-Unis d'Amérique, la Hongrie, le Japon, le Kirghizistan, la République arabe syrienne, la République de Corée, la République de Moldova, la Roumanie. Document du Groupe de travail sur le développement juridique du système de La Haye, 5^e session, 14-16 déc. 2015, *Proposition relative à des recommandations concernant la divulgation d'un dessin ou modèle industriel dans une demande internationale*, 7 oct. 2015, H/LD/WG/5/4. Notons la future adhésion de la Fédération de Russie qui l'envisage déjà.

aux représentations graphiques. Ainsi en 2014, les dispositions des *Instructions administratives pour l'application de l'Arrangement* relatives aux reproductions des modèles (articles 402, 403, 405) ont été révisées pour « laisser aux déposants une plus grande latitude en termes de présentation d'éléments pouvant être utiles au regard de l'amélioration de la divulgation du dessin ou modèle industriel »⁷³. Actuellement les discussions portent sur l'adoption de nouvelles « Orientations pour les utilisateurs du système de La Haye relatives à des mesures efficaces en vue d'éviter d'éventuels refus émis par les Offices procédant à un examen au motif que le dessin ou modèle industriel faisant l'objet d'un enregistrement international n'a pas été suffisamment divulgué »⁷⁴. L'article 12(1) de l'Acte de Genève prévoit que les parties contractantes ne peuvent pas refuser l'enregistrement international effectué selon les exigences du système de la Haye. Cependant deux tempéraments prévus par le Règlement d'exécution réduisent la portée harmonisatrice du système : les Etats peuvent déclarer que des vues spécifiques doivent figurer dans la demande (règle 9(3)) et ils peuvent refuser l'enregistrement selon un motif de fond, celui de l'insuffisance de divulgation par les reproductions fournies (règle 9(4)). Le Japon et la République de Corée, nouveau adhérents, ont émis une déclaration en vertu de la règle 9(3) et le Secrétariat du système de la Haye a comptabilisé qu'une part non négligeable des refus, venant notamment de l'Office coréen de la propriété intellectuelle, était notifiée sur le fondement de la règle 9(4)⁷⁵. Sans provoquer de changements dans la pratique des offices, c'est par une meilleure information des déposants que l'OMPI souhaite réduire le nombre de refus à l'enregistrement et étendre donc la portée du dépôt international.

De façon similaire au programme de convergence de l'OHMI il s'agit là de créer les conditions d'une synchronisation des pratiques. Les deux institutions ont pris la mesure de la fonction de divulgation attachée à la représentation graphique et n'hésitent pas à lancer leurs projets harmonisateurs suivant ce vecteur.

b. La représentation comme vecteur de l'harmonisation internationale du droit des dessins et modèles

Ces projets, envisageant tous des réformes concernant la représentation du dessin ou modèle, procèdent d'un double constat : les déposants pâtissent des disparités entre les lois et les pratiques des Etats, mais les Etats ne peuvent pas procéder à plus d'harmonisation conventionnelle. Bien que contradictoires, ces deux objectifs sont conciliés par une convergence administrative, relevant de négociations informelles et de transpositions non-législatives.

i. Au-delà d'une harmonisation substantielle saturée

Arrêtons-nous tout d'abord sur la difficulté actuelle de progresser dans une harmonisation internationale substantielle dans ce domaine. Les textes concernant les dessins et modèles sont arrivés à saturation en ce qui peut sembler nécessaire au regard des principes fondamentaux, des conditions de protection, des exclusions, des exceptions, de la durée, du

⁷³ *Ibid.*, p.2§4.

⁷⁴ *Ibid.* Annexe.

⁷⁵ *Ibid.*, p.2, note 2.

contenu minimal des droits. Les articles 25 et 26 de l'Accord sur les ADPIC, dernier accord multilatéral en date, contiennent tous les compromis nécessaires pour une protection efficace des dessins et modèles, sans imposer de modèle ou de régime de protection en particulier⁷⁶. Dans un jeu subtil d'obligations et de dispositions optionnelles, ils établissent un *statu quo* commode, élidant les questions problématiques, et s'appuyant sur les grands principes de la Convention de Paris et de Berne par le renvoi des articles 1 et 2 de l'Accord. Les traités de libre-échange qui défilèrent depuis les ADPIC ont essentiellement agité sur la durée minimale, l'exigence d'efficacité et suffisance de la protection, et la différenciation sectorielle (textiles et pièces détachées)⁷⁷.

L'harmonisation procédurale expérimentée à l'OMPI dans le cadre du Traité TLT sur le droit des marques (1994), du Traité de Singapour (2006), le traité PLT sur le droit des brevets (2010), augmentée par une activité importante au sein des fora de contacts que sont le système de La Haye et l'OHMI, procède de la crise du multilatéralisme mis en évidence par de nombreux auteurs⁷⁸. La légitimité des Etats à négocier sur des questions aussi techniques est remise en cause, la montée en propriété intellectuelle des acteurs non étatiques construisant un droit « a-national et transnational » est également remarquée⁷⁹. L'harmonisation procédurale semble devenir la solution la plus efficace notamment par sa faisabilité à court terme. Le système de La Haye se retrouve alors en position privilégiée, comme plateforme où différents systèmes s'articulent et les progrès informels se réalisent. Les acteurs du marché pourront enfin « s'assurer dans tous les pays contractant la protection de leurs dessins ou modèles industriels, au moyen d'un dépôt international au Bureau international » de l'OMPI à Genève, comme le prévoyait il y a 90 ans l'Article Premier de l'Arrangement de La Haye (6 novembre 1925).

ii. Au-delà du dépôt, atteindre le juge

On remarquera finalement que ces activités de standardisation des pratiques visent, au-delà du dépôt, d'atteindre le juge. Il est *in fine* garant de l'efficacité du système et de sécurité juridique, surtout dans les systèmes où l'examen des titres est formel ou s'en approche. Le pari de l'harmonisation par la jurisprudence peut sembler en bonne voie⁸⁰, lorsqu'on se

⁷⁶ V. N. KAPYRINA, « Les dessins et modèles dans l'accord sur les ADPIC », in Ch. Geiger (dir.), *L'accord sur les ADPIC, 20 ans après*, Coll. CEIPI, LexisNexis, à paraître 2016 ; A. KUR, « TRIPs und Designschutz », *GRUR Int.* 1995, n°3, p.185.

⁷⁷ V. *ibid.*, On peut citer les accords entre l'AELE et le Mexique (2001), le Maroc (1999), Singapour (2003), l'Ukraine (2012), la République de Corée (2012), etc. ; l'accord Japon-Suisse (2009).

⁷⁸ V. par exemple Ch. GEIGER, « Multilateralism vs Plurilateralism in International IP Law: Lessons to Be Learned from the Failure of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement », *Rethinking International Intellectual Property Law: What Institutional Environment for the Development and Enforcement of IP Law?*, CEIPI/ICTSD Publication Series, November 2015, p.43.

⁷⁹ J.-S. BERGE, « Protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle », *Jurisclasseur Droit international* fasc. 572-115, §16. Voir plus généralement sur ces questions le rapport de la Commission de droit international, dit Rapport Martti KOSKENNIEMI « Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law », Report on the work of the fifty-eight session (2006), Chapter XII, p. 400-423 (<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/chp12.pdf&lang=EFSSAC>).

⁸⁰ L'importance de l'activité des juges est notamment envisagée par G. DINWOODIE, « The Architecture of the International Intellectual Property System », 2002 *Chicago-Kent Law Review* vol.77, 993. Au regard des similitudes déjà rencontrées dans plusieurs grandes juridictions, D. BELDIMAN et P. BECONCINI proposent d'adopter un standard commun, celui de « l'impression globale finale », comme étape ultime de l'examen de

rappelle des exemples où les tribunaux ont atteint des résultats plus forts que les négociations. Ainsi dans l'affaire « Tod's », la Cour de justice a fait prévaloir le principe de non-discrimination de l'article 12 TUE, privant de son effet au sein de l'UE le mécanisme de réciprocité prévu à l'article 2.7 de la Convention de Berne⁸¹. De même, récemment, le Tribunal de l'Union européenne a opéré une véritable reconnaissance en permettant à la publication d'un *design patent* d'antérioriser un modèle enregistré, son dessin divulguant bien une « apparence » au sens du Règlement n°6/2002⁸².

Bien que les projets institutionnels ne visent pas la prise en compte par les juges des règles procédurales présidant au dépôt de la représentation, il semblerait qu'elles puissent être utilisées comme des recommandations⁸³. Cette relation entre la pratique des offices et la « pratique » des juges doit rester informelle, pour laisser les juges apprécier de façon souveraine les cas d'espèce dans leur contexte socio-économique national, car très souvent des questions de concurrence et de politique industrielle sont en jeux.

Conclusion

Au fil de cet article nous avons souhaité comprendre le(s) rôle(s) joué(s) par la représentation du dessin ou modèle et les conséquences que l'on peut en tirer non seulement pour une meilleure application de ce droit, mais également pour l'harmonisation internationale du droit des dessins et modèles.

Nous n'avons pas évoqué le dessin ou modèle non enregistré, type de protection de l'apparence des produits très efficace et auquel nos développements sur la représentation graphique ne sont guère applicables, exceptée en cas d'action judiciaire. A notre sens, il s'agit justement d'un type de protection non-harmonisé à l'échelle internationale, qui doit pouvoir se développer de manière différenciée, afin de répondre aux besoins industriels nationaux ou régionaux.

Nous sommes conscients des limites de cette étude, qui ne s'engage pas dans certains aspects de ce droit souvent jugé complexe. Ainsi la question de la fonctionnalité n'est abordée que de biais. Là n'était pas le but de l'exercice, qui consistait à attirer l'attention du lecteur sur un élément anodin, mais dont la portée est si riche, qu'il permet d'envisager des améliorations dans le système international de la protection des dessins et modèles. En cela nous ne souhaitons guère réduire l'ampleur des autres problèmes, et à cette fin, nous utilisons le terme de « vecteur », sachant qu'il peut y avoir plusieurs...

Cette méthode, plaçant au centre de la réflexion le dessin du modèle, déjà éprouvée dans les instances internationales et par de récentes analyses doctrinales, peut éventuellement s'apparenter à la méthode algébrique qui a fini par triompher de la trisection de l'angle et de la duplication du cube. Tout de même à notre sens, la question de l'unification des œuvres des

comparaison ; v. "The Final Impression Counts – Seeking Common Ground in Design Patent Infringement", *loc. cit.*

⁸¹ CJCE, 30 juin 2005, aff. C-28/04, *Tod's c./ Heyraud*, comm. J.-S. BERGE, *JDI* 2006 p.643-651.

⁸² Trib. UE., 5^e ch., 21 mai 2015, aff. jointes T-22/13 et T-23/13, *Senz Technologies BV c/ OHMI et Impliva BV*, pt.24.

⁸³ V. par exemple l'objectif de l'ouvrage diffusé par l'OMPI : M. BUYDENS, *L'application des droits de propriété intellectuelle*, Recueil de jurisprudence, OMPI, 2014. On se rappelle également de la controverse sur l'interprétation des pointillés dans l'affaire *Apple v Samsung* devant les juges britanniques.

arts appliqués et des dessins ou modèles industriels au plan international, demeurera insoluble dans le sillage de la quadrature du cercle.