

manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie. Dès lors qu'il a été vérifié que la photographie de portrait en cause présente la qualité d'une œuvre, la protection de celle-ci n'est pas inférieure à celle dont bénéficie toute autre œuvre, y compris photographique.

3) L'article 5, 3., sous e) de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, lu à la lumière de l'article 5, 5. de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'un media, tel qu'un éditeur de presse, ne peut pas utiliser, de sa propre initiative, une œuvre protégée par le droit d'auteur en invoquant un objectif de sécurité publique. Toutefois, il ne saurait être exclu qu'il puisse contribuer ponctuellement à la réalisation d'un tel objectif en publiant une photographie d'une personne recherchée. Il doit être exigé que cette initiative, d'une part, s'insère dans le contexte d'une décision prise ou d'une action menée par les autorités nationales compétentes et visant à assurer la sécurité publique et, d'autre part, soit prise en accord et en coordination avec

lesdites autorités, afin d'éviter le risque d'aller à l'encontre des mesures prises par ces dernières, sans qu'un appel concret, actuel et exprès, émanant des autorités de sécurité, à publier à des fins d'enquête une photographie soit pour autant nécessaire.

4) L'article 5, 3., sous d) de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, 5. de cette directive, doit être interprété en ce sens que le fait qu'un article de presse citant une œuvre ou un autre objet protégé n'est pas une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.

5) L'article 5, 3., sous d) de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, 5. de cette directive, doit être interprété en ce sens que son application est subordonnée à l'obligation que la source, y compris le nom de l'auteur ou de l'artiste interprète, de l'œuvre ou de l'autre objet protégé cités soit indiquée. Toutefois, si, en application de l'article 5, 3., sous e) de la directive 2001/29, ce nom n'a pas été indiqué, ladite obligation doit être considérée comme respectée si seule la source est indiquée.

## Note

### *La notion d'originalité en droit d'auteur: une harmonisation communautaire en marche accélérée*

Benoît Michaux<sup>1</sup>

1. En 2009, l'arrêt *Infopaq* de la Cour de justice<sup>2</sup> avait surpris de nombreux observateurs en s'emparant de la notion d'originalité pour la projeter dans le domaine de l'harmonisation communautaire du droit d'auteur<sup>3</sup>.

L'impact de cet arrêt était de taille dès lors que la notion d'originalité constitue une notion essentielle en droit d'auteur. Elle détermine, en effet, à la fois l'accès à la protection, et l'étendue de celle-ci.

2. L'irruption de la notion d'originalité au niveau communautaire était inattendue, car elle ne figure ni dans le texte ni dans les considérants de la directive 2001/29<sup>4</sup> qui est censée régler les questions essentielles et transversales en la matière.

Certes, il était déjà entendu depuis les années '90 que pour les logiciels, les photographies et les bases de données, la notion d'originalité est une notion communautaire, dès lors qu'elle est inscrite *expressis verbis* dans des directives parti-

culières pour ces œuvres. Celles-ci l'ont définie comme 'une création intellectuelle propre à son auteur'. Mais jusqu'à l'arrêt *Infopaq*, qui y a répondu positivement, toute la question était de savoir si cette notion faisait partie du domaine d'harmonisation au-delà de ces œuvres spécifiques<sup>5</sup>.

3. Dans ce contexte, la décision *Infopaq* a non seulement créé la sensation mais aussi suscité des perspectives d'envergure. Dès l'instant où la notion d'originalité recevait l'étiquette communautaire, toute question y relative devenait du ressort de la Cour de justice. Or, il était prévisible que les questions ne manqueraient pas. De surcroît, la mission unificatrice de la Cour s'annonçait d'autant plus passionnante que les clivages entre certaines traditions nationales sur le chapitre de l'originalité étaient à la fois anciens et profonds.

Ainsi, l'originalité à l'anglaise résistait depuis longtemps à l'originalité à la française, et réciproquement. Dans le premier cas, l'originalité se limite à exiger que l'œuvre candi-

1. Avocat.

2. CJUE 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq / Danske Dagblades Forening*.

3. Voy. B. MICHAUX, "L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq*", *A&M* 2009, 473.

4. La directive 2001/29 du Parlement et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

5. B. MICHAUX, *o.c.*, 473 (479).

date à la protection provienne effectivement de l'auteur pré-tendu et non d'un tiers (auquel cas l'œuvre alléguée serait une copie et ne mériterait pas d'être protégée), ce qui correspond à une conception objective. Dans le deuxième cas, elle impose à l'œuvre candidate de revêtir l'empreinte de la personnalité de son auteur, ce qui traduit une conception subjective ou personnaliste.

4. L'arrêt *Infopaq* était loin d'avoir réglé la dispute entre ces deux conceptions, en tout cas d'une manière suffisamment nette.

Certes, il était possible d'y déceler quelques passages qui pouvaient suggérer une certaine sympathie de la Cour à l'égard de la conception personnaliste, mais il restait hasardeux d'en déduire une conclusion définitive.

En réalité, l'arrêt était peu prolixe. Il se limitait à énoncer, d'une part, qu'un objet est original s'il constitue "une création intellectuelle propre à son auteur"<sup>6</sup>, et, d'autre part, que [pour réaliser une création intellectuelle propre] il appartient à l'auteur "d'exprimer son esprit créatif de manière originale", par exemple, comme dans le cas d'espèce, à travers "le choix, la disposition et la combinaison" des éléments en cause<sup>7</sup>.

5. Depuis *Infopaq*, les choses sont devenues beaucoup plus claires. La Cour de justice a en effet prononcé pas moins de quatre arrêts, dont les deux derniers ne laissent plus planer de doute sur sa décision de souscrire à la conception personnaliste.

L'arrêt *BSA*, rendu plus d'un an après *Infopaq*, n'apporte pas encore de réponse décisive à cet égard, mais cela n'empêche pas qu'il permet à la Cour d'approfondir sa réflexion<sup>8</sup>. Après avoir rappelé l'enseignement d'*Infopaq*, à savoir que l'originalité exige que l'auteur exprime son esprit créatif de manière originale, l'arrêt y ajoute que, en conséquence, l'originalité ne saurait bénéficier à des composantes "uniquement caractérisées par une fonction technique"<sup>9</sup>.

6. Poursuivant sur la lancée d'*Infopaq* et *BSA*, la Cour énonce quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Premier League*, que pour mériter la protection par le droit d'auteur, la création intellectuelle doit laisser de la place à une liberté intellectuelle. Tel n'est pas le cas de rencontres sportives, en particulier des matchs de football, lesquels "sont encadrés

par des règles de jeu qui ne laissent 'précisément' pas de place à une liberté créative au sens du droit d'auteur"<sup>10</sup>.

7. Il faudra cependant attendre l'arrêt *Painer*, en décembre 2011, pour obtenir une réponse cette fois claire et convaincante à la question de savoir si l'originalité relève de la conception personnaliste<sup>11</sup>.

Dans *Painer*, la Cour observe d'abord que l'œuvre dont il était question, à savoir une photographie de portrait, a permis à son auteur d'effectuer "des choix libres et créatifs" "de plusieurs manières et à plusieurs moments"<sup>12</sup>.

Elle constate ensuite que "à travers ces différents choix, l'auteur est ainsi en mesure d'imprimer sa 'touche personnelle' à l'œuvre créée"<sup>13</sup>.

Ce faisant, la Cour opte sans ambiguïté pour la conception personnaliste. Dorénavant, il ne fait pas de doute que l'originalité impose à l'œuvre de revêtir l'empreinte de la personnalité de son auteur.

8. Prononcé en mars 2012, l'arrêt *Football Dataco* reproduit ci-dessous (p. 602) synthétise les enseignements des arrêts précédents.

Il en déduit que le critère de l'originalité est rempli lorsque l'auteur "exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et imprime ainsi sa 'touche personnelle'"<sup>14</sup>.

9. Il va sans dire que la définition communautaire du critère de l'originalité s'impose au juge national.

L'arrêt du 26 janvier 2012 de la Cour de cassation, reproduit plus loin (p. 610), est particulièrement regrettable à cet égard, car il est contraire à l'enseignement de l'arrêt *Painer* prononcé quelques semaines plus tôt par la Cour de justice.

La Cour de cassation entame pourtant le raisonnement de manière correcte, en rappelant que l'originalité correspond à "une création intellectuelle propre à son auteur". Elle conclut néanmoins de manière malheureuse, en estimant que cette notion n'exige pas que l'œuvre soit revêtue de l'empreinte de la personnalité de son auteur, soit une conclusion qui se heurte de manière frontale à l'arrêt *Painer*.

10. L'arrêt du 26 janvier 2012 est d'autant plus malheureux qu'il s'écarte de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui exigeait, quant à elle, l'empreinte de la per-

6. Arrêt précité du 16 juillet 2009, point 37.

7. Arrêt précité du 16 juillet 2009, point 45. Dans l'affaire *Infopaq*, il s'agissait d'une séquence de onze mots composant un court extrait d'article de presse consacré à une actualité économique.

8. CJUE 22 décembre 2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace / Ministerstvo kultury*.

9. Arrêt précité du 22 décembre 2010, points 49 et 50.

10. CJUE 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League / QC Leisure et K. Murphy*, point 98.

11. CJUE 1<sup>er</sup> décembre 2011, C-145/10, *Painer / Standard VerlagsGmbH*.

12. Arrêt précité du 1<sup>er</sup> décembre 2011, point 90.

13. Arrêt précité du 1<sup>er</sup> décembre 2011, point 92.

14. CJUE 1<sup>er</sup> mars 2012, C-604/10, *Football Dataco / Yahoo!*, point 38.

sonnalité de l'auteur<sup>15</sup>. Cette jurisprudence-là était parfaitement conforme à la position que la Cour de justice allait adopter par la suite<sup>16</sup>.

De surcroît, l'interprétation personnaliste ainsi rejetée avait également été intégrée par la Cour de justice Benelux<sup>17</sup> dans le domaine des dessins ou modèles, soit un domaine qui est évoqué dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, ce qui ne peut que contrarier davantage.

Il est donc pour le moins piquant de constater que la Cour de cassation rompt avec sa propre jurisprudence et celle de la Cour de justice Benelux au moment même où la Cour de justice décide de s'y rallier.

A n'en pas douter, cet arrêt de la Cour de cassation n'est qu'un faux pas qui, du moins peut-on l'espérer, devrait être réparé à la première occasion qui se présentera.

---

<sup>15</sup> Voy., notamment, Cass. 27 avril 1989, *Pas.* 1989, I, p. 908; Cass. 11 mars 2005, *A&M* 2005, 396, note F. DE VISSCHER; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 15-16, n° 18.

<sup>16</sup> Voy. F. GOTZEN, "Het Hof van Cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het auteursrecht" (note sous Cass. 26 janvier 2012), *IRDI* 2012, p. 111.

<sup>17</sup> CJ Benelux 22 mai 1987, *RCJB* 1988, p. 568 et note L. VAN BUNNEN, *JT*, p. 569, note A. BRAUN.