

Le critère d'originalité civiliste au Royaume-Uni : une transposition inachevée

Maxence Rivoire*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	231
INTRODUCTION	233
1. L'ÉMERGENCE EN DROIT EUROPÉEN D'UN CRITÈRE D'ORIGINALITÉ INSPIRÉ DE LA TRADITION CIVILISTE	237
1.1 L'arrêt <i>Infopaq</i> : le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur	237
1.2 De <i>Painer</i> à <i>Funke Medien</i> : la consécration du critère d'originalité civiliste en droit européen ?	239
2. LA RÉCEPTION DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE PAR LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES	242
2.1 Décisions ignorant la jurisprudence européenne	243
2.2 L'assimilation erronée de l'arrêt <i>Infopaq</i> et de la doctrine du « skill and labour »	243

© Maxence Rivoire, 2021.

* Doctorant en droit à l'Université de Cambridge. L'auteur remercie Henning Grosse Ruse-Khan, Graeme Dinwoodie et Tey Guan Khoo pour leurs commentaires sur le contenu de cet article.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.3 Applications récentes d' <i>Infopaq</i> : une transposition incomplète	246
3. LES CONSÉQUENCES DU BREXIT SUR LA JURISPRUDENCE BRITANNIQUE EN MATIÈRE D'ORIGINALITÉ	248
CONCLUSION.....	250

RÉSUMÉ

Le présent article analyse les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le critère d'originalité au Royaume-Uni, à l'heure où le Brexit vient de prendre effet. Traditionnellement, la jurisprudence britannique exigeait que l'œuvre soit plus que la copie d'une œuvre et que l'auteur ait mérité la protection du fait de son effort, de son labeur et de son jugement. À l'inverse, selon l'approche continentale (notamment en France et en Belgique), l'originalité est une notion subjective exigeant l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Dans l'arrêt *Infopaq*, la CJUE a harmonisé le concept d'originalité au sein de l'Union européenne en énonçant qu'une œuvre est protégée si elle constitue une création intellectuelle propre à son auteur. À l'origine, un tel critère était compatible tant avec la common law qu'avec la tradition civiliste. Cependant, dans quatre décisions ayant suivi l'arrêt *Infopaq*, la CJUE a paru adopter la conception personnaliste (c'est-à-dire civiliste), laquelle se retrouve indirectement applicable au Royaume-Uni.

En pratique, les réactions des juges britanniques à un tel changement de paradigme ont été fluctuantes, voire incohérentes. Si la notion de « création intellectuelle propre à l'auteur » commence à être mieux acceptée par les tribunaux britanniques, aucun d'entre eux n'a expressément adopté la conception personnaliste, probablement car celle-ci n'est pas en harmonie avec la philosophie du *copyright*. À ce jour, la transposition du critère civiliste de l'originalité au Royaume-Uni est donc inachevée. Avec le Brexit, il est probable que toute évolution éventuelle provienne des tribunaux britanniques plutôt que du législateur, mais en définitive, aucun scénario ne peut véritablement être exclu.

ABSTRACT

The present article focuses on the impact of the Court of Justice of the European Union case law on the UK criterion of originality,

at a time when Brexit has just come into effect. Traditionally, under UK copyright law, a work was original if it was not copied, and if the author had exercised sufficient skill, labour, and judgment. According to the continental approach (at least in France and Belgium), originality is a subjective notion which requires the imprint of the author's personality. In *Infopaq*, the CJEU harmonized the originality criterion in the EU, holding that a work is original if it constitutes the author's own intellectual creation. Initially, this test was compatible with both the common law and the civil law. However, in four subsequent cases, the CJEU appears to have adopted the civilian understanding of originality, which now indirectly applies in the UK.

In practice, the reactions of the UK courts to this paradigm shift have been inconsistent. Today, the notion of "author's own intellectual creation" is starting to gain broader acceptance among UK judges. Yet, none of them has expressly adopted the continental approach, most likely because it is incompatible with the philosophy of the UK copyright system. To date, the civilian understanding of originality has therefore only been partially transplanted. With Brexit, any change is likely to come from the UK courts rather than the legislature, but no scenario can entirely be ruled out.

INTRODUCTION

Avant le Brexit, le droit d'auteur au Royaume-Uni avait connu un important phénomène d'européanisation¹. En une vingtaine d'années, le législateur européen a adopté pas moins de neuf directives², sans compter la dernière en date, qui ne sera vraisemblablement pas transposée par le Parlement britannique³. Jusqu'à la fin des années

1. Selon certains auteurs, la propriété intellectuelle est le domaine du droit privé dans lequel l'influence du droit européen a été la plus importante : Justine PILA et Paul TORREMANNS, *European Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 39. Voir également Ansgar OHLY et Justine PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
2. *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée)*, [2009] J.O. L. 111/16 (ci-après « Directive sur les programmes d'ordinateur ») ; *Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (version codifiée)*, [2006] J.O. L. 376/28 ; *Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble*, [1993] J.O. L. 248/15 ; *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée)*, [2006] J.O. L. 372/12, telle que modifiée par la *Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011*, [2011] J.O. L. 265/1, (ci-après « Directive sur la durée de protection du droit d'auteur ») ; *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, [1996] J.O. L. 77/20 (ci-après « Directive sur les bases de données ») ; *Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale*, [2001] J.O. L. 272/32 ; *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*, [2001] J.O. L. 167/10 (ci-après « Directive du 22 mai 2001 ») ; *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*, [2012] J.O. L. 299/5.
3. *Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, [2019] J.O. L. 130/92 : selon le ministre Chris Skidmore, « [t]he deadline for implementing the EU Copyright Directive is 7 June

2000, on pouvait toutefois considérer que la construction européenne n'avait pas eu d'incidence sur les grands principes du droit d'auteur au Royaume-Uni⁴. En effet, la plupart des directives régissent soit un type d'œuvre spécifique (logiciels, bases de données), soit un aspect juridique particulier (durée de la protection, droit de suite, etc.). La Directive du 22 mai 2001 réalise une harmonisation plus ambitieuse s'agissant des droits patrimoniaux et des exceptions au droit d'auteur, mais elle laisse de côté des aspects fondamentaux tels que les droits moraux⁵.

Ces dernières années, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») a fortement accéléré le mouvement d'harmonisation du droit d'auteur, remettant ainsi en cause des notions bien établies en droit britannique, y compris dans des domaines qui n'avaient pas fait l'objet d'interventions de la part du législateur européen⁶. Tel est notamment le cas du critère d'originalité, dont nous proposons d'étudier l'évolution récente au Royaume-Uni, à l'heure où celui-ci vient de quitter l'UE.

En droit britannique, à l'instar de nombreuses législations nationales, l'originalité n'est pas définie par la loi⁷. Face à ce silence, la jurisprudence exigeait traditionnellement que l'œuvre soit plus que la copie d'une autre et que le créateur ait mérité la protection du fait de son effort, de son labeur et de son jugement (« skill, labour and judgement »)⁸. Pour accéder à la protection, l'œuvre doit également rentrer dans l'une des catégories des œuvres protégeables, telles

2021. The United Kingdom will leave the European Union on 31 January 2020 and the Implementation Period will end on 31 December 2020. The Government has committed not to extend the Implementation Period. Therefore, the United Kingdom will not be required to implement the Directive, and the Government has no plans to do so. Any future changes to the UK copyright framework will be considered as part of the usual domestic policy process » (<<https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2020-01-16/4371>>).

4. Jonathan GRIFFITHS, « Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution », (2013) 33-4 *Oxford Journal of Legal Studies* 767, 780.
5. Directive du 22 mai 2001, préc., note 2. Le titre de cette directive, qui ne concerne que « certains aspects » du droit d'auteur et des droits voisins, démontre bien que son ambition est relativement limitée.
6. Pour un exposé complet du rôle de la CJUE en matière de droit d'auteur, voir Eleonora ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
7. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988 c. 48, art. 1(1)(a) (ci-après « CDPA »).
8. *University of London Press v. University Tutorial Press Ltd*, [1916] 2 Ch 601 ; *Ladbroke v. William Hill*, [1964] 1 WLR 273. Pour un résumé détaillé de l'approche britannique traditionnelle, voir Estelle DERCLAYE, « Assessing the impact of the CJEU case law on UK copyright law: What does the future hold? », (2014) 240 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 5, 2-4 (PDF).

que définies par la loi⁹. Cette théorie, dite du « sweat of the brow », trouve son origine dans la philosophie libertarienne de John Locke, selon laquelle le travail constitue le mécanisme d'appropriation du droit exclusif¹⁰. À l'inverse, selon l'approche continentale (notamment en France et en Belgique)¹¹, l'originalité est une notion subjective exigeant l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Conformément à la théorie hégélienne de la personne¹², c'est parce que l'auteur est présent dans son œuvre que celle-ci est protégée. « Madame Bovary, c'est moi », disait Gustave Flaubert. Une partie de la doctrine considère que le critère britannique est moins exigeant que le critère continental¹³, mais cela est parfois contesté¹⁴. En toute hypothèse, les deux critères reposent sur des bases conceptuelles fondamentalement différentes.

9. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, préc., note 7, art. 3-6.
10. John LOCKE, « Second Treatise of Government », par C. B. MACPHERSON, *Indianapolis, Hackett Publishing Compagny*, 1980, n° 27 : « Every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hands, we may say, are properly his. »
11. Nous faisons cette précision, car le critère d'originalité n'est pas identique dans tous les pays continentaux. En Allemagne, l'article 2(2) de la *Loi sur le droit d'auteur de 1965* prévoit que seules sont protégées les « créations intellectuelles personnelles » (« *eine persönliche geistige Schöpfung* »). Toutefois, la jurisprudence allemande semble avoir elle aussi été influencée par la conception personnaliste. En ce sens, voir Thomas DREIER, « Authorship and new technologies from the viewpoint of civil law traditions », (1995) 26-6 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 989 ; Gillian DAVIES, « The convergence of copyright and authors' rights – reality or chimera », (1995) 26-6 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 964, 967-968 ; Andreas RAHMATIAN, « European copyright inside or outside the European Union: pluralism of copyright laws and the "Herderian paradox" », (2016) 47-8 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 912, 931 (assimilant le critère allemand à la conception personnaliste) ; Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences. Étude de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 1993, n° 331, p. 431.
12. Georg W. F. HEGEL, *Elements of the Philosophy of Right*, traduit par H. B. NISBET, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, n° 41-45. Les travaux de Kant ont également eu une influence sur la philosophie continentale du droit d'auteur (sur ces travaux, voir généralement Laura BIRON, « Creative work and communicative norms: Perspective from legal philosophy », dans Mireille VAN EECHOUD (dir.), *The Work of Authorship*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2015, p. 7, aux p. 29-31).
13. Voir, par exemple, Irini STAMATOUDI, « Originality under EU copyright law », dans Paul TORREMANS (dir.), *Research Handbook on Copyright Law*, 2^e éd., Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 57, à la p. 83 ; Eleonora ROSATI, « Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the *Infopaq* Decision », (2010-2011) 58-4 *Journal of the Copyright Society of the USA* 795, 797.
14. Voir notamment Carine BERNAULT, Agnès LUCAS-SCHLOETTER et André LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 130, considérant que l'approche anglaise est « ni plus ni moins exigeante que celle retenue traditionnellement en France ».

Peut-être soucieux de préserver l'équilibre entre le droit civil et la common law, le législateur européen ne s'est pas clairement prononcé en faveur de l'une ou l'autre de ces théories¹⁵. Il est vrai que les directives se montrent discrètes quant au critère d'originalité. L'article 1^{er} (paragraphe 3) de la Directive du 23 avril 2009¹⁶ dispose qu'un programme d'ordinateur est original s'il est une « création intellectuelle propre à son auteur ». La même notion est reprise à l'article 3.1 de la Directive du 11 mars 1996 concernant les bases de données¹⁷, ainsi qu'à l'article 6 de la Directive du 12 décembre 2006 au sujet de photographies¹⁸. Le seizième considérant de cette dernière directive précise toutefois qu'une œuvre photographique « doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité » (nous soulignons), ce qui suggère une préférence pour la tradition civiliste¹⁹. La portée de ce considérant n'est pas totalement claire : certains auteurs estiment que le critère d'originalité est plus strict pour les photographies que pour les bases de données et les programmes d'ordinateur²⁰, tandis que d'autres soutiennent que si le législateur européen avait souhaité effectuer une distinction entre les trois types d'œuvres, il n'aurait pas adopté la même notion de « création intellectuelle propre à son auteur »²¹. Cela étant, en dehors des trois directives spéciales précitées, les États membres étaient parfaitement libres de définir leur propre critère d'originalité.

Malgré cette relative liberté, la CJUE a étendu le critère de la création intellectuelle propre à son auteur à l'ensemble des œuvres potentiellement protégées par le droit d'auteur. Par la suite, la Cour a interprété cette notion en s'inspirant de la conception personnaliste de l'originalité, y compris dans des espèces qui ne concernaient pas des photographies (1.). En théorie, le droit de l'Union ayant primauté

-
15. Irimi STAMATOUDI, « 'More' Originality for Cypriot Copyright Law According to the CJEU's Case Law », (2018) 30-1 *The Cyprus Review* 207, 208 (notant que le critère européen a été décrit comme un compromis entre le droit civil et la common law).
 16. Directive sur les programmes d'ordinateur, préc., note 2.
 17. Directive sur les bases de données, préc., note 2.
 18. Directive sur la durée de protection de production du droit d'auteur, préc., note 2.
 19. La *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [2006] J.O. L. 372/12, codifie la *Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993*, [1993] J.O. L. 290.
 20. Gunnar KARNELL, « European Originality: A Copyright Chimera », dans Jan J. KABEL et Gerard J.H.M. MOM (dir.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer, 1998, p. 201, à la p. 203.
 21. E. DERCLAYE, préc., note 8, p. 5.

dans les États membres, un changement d'approche aussi radical aurait dû entraîner des conséquences immédiates au Royaume-Uni. En pratique, les réactions des juges ont été fluctuantes, voire incohérentes. Si la notion de création intellectuelle propre à l'auteur commence à être mieux acceptée en droit britannique, aucun tribunal n'a expressément adopté la logique personnaliste, probablement parce que l'intention de la CJUE d'importer cette logique en droit européen n'est pas totalement claire et que celle-ci n'est pas en harmonie avec la philosophie du *copyright* (2.). À ce jour, la transposition du critère civiliste de l'originalité au Royaume-Uni est donc encore inachevée. Qu'en sera-t-il à l'avenir (3.) ?

1. L'ÉMERGENCE EN DROIT EUROPÉEN D'UN CRITÈRE D'ORIGINALITÉ INSPIRÉ DE LA TRADITION CIVILISTE

1.1 L'arrêt *Infopaq* : le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur

L'arrêt *Infopaq*²² est inlassablement cité comme le point de départ de l'émergence d'un véritable critère d'originalité européen²³. Dans cette affaire, la CJUE devait déterminer si un procédé visant à numériser et à imprimer de courts extraits d'articles de presse constituait une « reproduction en partie » d'une œuvre au sens de l'article 2 de la Directive du 22 mai 2001. Afin de répondre à cette question, la Cour s'est interrogée sur la notion d'« œuvre » dans le cadre de la directive. C'est en réalité l'apport majeur de l'arrêt. Alors que l'originalité n'était définie que dans trois directives spéciales, la CJUE a étendu le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur à l'ensemble des œuvres potentiellement protégeables. Ce faisant, la Cour a considéré que ce critère était sous-entendu par la Convention de Berne²⁴, et que la Directive du 22 mai 2001 était fondée sur le même principe que les trois directives spéciales définissant l'originalité d'un programme d'ordinateur, d'une base de données ou d'une photographie²⁵.

22. *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, Affaire C-5/08, [2009] Rec. C.E. I-06569 (ci-après « *Infopaq* »).

23. Lionel BENTLY et Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 98.

24. *Infopaq*, préc., note 22, par. 34 ; *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, art. 2(5) et 2(8).

25. *Infopaq*, préc., note 22, par. 35-36.

Au Royaume-Uni, l'une des conséquences pratiques de l'arrêt *Infopaq* est que les œuvres courtes (en l'occurrence, des articles de seulement 11 mots) peuvent désormais être protégées, alors que les titres et slogans échappaient traditionnellement à la protection du *copyright*²⁶. En revanche, d'un point de vue conceptuel, le critère énoncé par la Cour semble neutre. En effet, une œuvre pourrait être « propre à son auteur » lorsqu'elle n'est pas copiée, comme selon l'approche britannique traditionnelle, ou lorsqu'elle « porte l'empreinte de la personnalité », conformément au critère civiliste²⁷. Certes, la notion de « création intellectuelle propre à son auteur » semble à première vue faire écho au critère de la « création intellectuelle personnelle » issu de l'article 2(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* allemande, mais l'idée de personnalité n'est pas explicitement présente dans le critère énoncé par la CJUE²⁸. Contrairement à ce qu'a pu affirmer l'avocat général Paolo Mengozzi dans l'affaire *Football Dataco*²⁹, le critère de la création intellectuelle ne constitue donc pas, en tant que tel, une reprise de la conception continentale du droit d'auteur. Il s'agit en réalité d'un concept caméléon, compatible tant avec la philosophie du *copyright* que celle du droit d'auteur civiliste³⁰. L'arrêt *Infopaq*

26. *Francis Day & Hunter Ltd v. Twentieth Century Fox Corp Ltd*, [1940] A.C. 112, 113 ; *Exxon Corp v. Exxon Insurance Consultants International Limited*, [1981] 2 All E.R. 495.

27. En ce sens, voir C. BERNAUT, A. LUCAS-SCHLOETTER et A. LUCAS, préc., note 14, p. 142.

28. En ce sens, voir A. RAHMATIAN, préc., note 11, p. 931 : « [...] the concept of originality in author's rights countries requires some personal features in the work which refer back to an individual author: the work must "bear the stamp of the author", be "the imprint of the author's personality", or, as the German statute states, must be a "personal intellectual creation". The Austrian equivalent provision is even more instructive when it says "specific/peculiar intellectual creations". This is to be distinguished from the originality rule in the EU Directives [and *Infopaq*], "own intellectual creation", which stresses that the work must originate from the author, but not necessarily that it must be specific and too personal. »

29. *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Limited e.a.*, Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, 15 décembre 2011, Affaire C-604/10, [2012] Rec. C.E., EU:C:2011:848, par. 37 : « Pour être protégée par le droit d'auteur, une base de données doit, comme l'indique expressément l'article 3 de la directive, être une "création intellectuelle" de son auteur. Une telle expression ne laisse place à aucun doute et reprend une formule typique de la tradition continentale du droit d'auteur. » Voir également *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, Conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, 25 octobre 2018, Affaire C-469/17, [2019] Rec. C.E., EU:C:2018:870, par. 25.

30. En ce sens, voir Andreas RAHMATIAN, « Originality in UK Copyright Law: The Old Skill and Labour Doctrine Under Pressure », (2013) 44-1 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 4 ; Thomas MARGONI, « The Harmonization of EU Copyright Law: The Originality Standard », dans Mark Perry (dir.), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Springer International, 2016, p. 85, à la p. 102.

mentionne l'idée d'« esprit créateur » de l'auteur³¹, mais l'exigence d'un degré minimal de créativité est également le critère d'originalité aux États-Unis, dont la philosophie est notoirement éloignée de la tradition civiliste³². Aucune conclusion ne peut donc en être tirée sur les inspirations philosophiques de la Cour. Ainsi, si *Infopaq* constitue la pierre fondatrice d'un véritable critère d'originalité européen, c'est vers les décisions qui ont suivi qu'il faut se tourner pour déceler une trace de la conception personnaliste à la CJUE.

1.2 De *Painer* à *Funke Medien* : la consécration du critère d'originalité civiliste en droit européen ?

Le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur a été confirmé et développé dans de nombreuses décisions. En particulier, dans l'arrêt *Painer*, qui concernait l'originalité de photographies de portraits, la Cour est venue préciser qu'« une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci » (nous soulignons)³³. Plus précisément, « tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs »³⁴, à travers lesquels l'auteur « est ainsi en mesure d'imprimer sa “touche personnelle” à l'œuvre créée »³⁵.

Les termes utilisés dans cette décision font directement écho à la conception personnaliste³⁶. Certes, selon l'approche franco-belge, l'originalité s'entend de l'« empreinte » de la personnalité³⁷, mais le

31. *Infopaq*, préc., note 22, par. 45 : la Cour a affirmé que les extraits des articles de presse litigieux étaient « composés de mots qui, considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle » (nos soulignements).

32. *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Company Inc.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991) (ci-après « *Feist* »).

33. *Eva Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH & al.*, Affaire C-145/10, [2011] Rec. C.E. I-12533, par. 88 (ci-après « *Painer* »).

34. *Id.*, par. 89.

35. *Id.*, par. 92.

36. I. STAMATOUDI, préc., note 15, p. 214 : « the analysis of originality in [*Painer*] is akin to the one followed in the continent, making references to the author's personality or personal touch ».

37. Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n^o 264 et 275, p. 266 et 277. Les auteurs notent qu'« en français un reflet n'est pas identifiable à une empreinte », mais n'identifient aucune incidence pratique.

terme « reflet » était parfois utilisé sans distinction³⁸. Il s'agit d'une évolution importante par rapport à l'arrêt *Infopaq*, dont nous avons noté la neutralité conceptuelle. Pour une partie de la doctrine au Royaume-Uni, l'arrêt *Painer* constitue une tentative d'importer le critère d'originalité civiliste au sein de l'UE et, indirectement, en droit britannique³⁹. À l'inverse, pour plusieurs auteurs français, la solution énoncée par la CJUE relève de la plus grande évidence⁴⁰, ce qui démontre sa parenté avec la tradition civiliste.

Pourtant, dans les décisions qui ont suivi l'arrêt *Painer*, la CJUE n'a plus fait allusion à la notion subjective de « reflet de la personnalité »⁴¹. Face à ce silence, certains auteurs ont pu considérer que la CJUE n'avait jamais eu l'intention de s'aligner sur les droits continentaux⁴². En effet, dans l'arrêt *Painer*, la référence au « reflet de la personnalité » était directement issue du considérant 17 de la Directive du 29 octobre 1993 (laquelle a par la suite été codifiée par

-
38. Voir, parmi de nombreux exemples, Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-13.971 (confirmant un arrêt ayant confirmé qu'un travail de mise en forme spécifique d'un catalogue de timbres reflétait la personnalité de l'auteur). Les autres expressions comprennent : marque de la personnalité de l'auteur, empreinte personnelle, tempérament et style propre de l'auteur, expression de la personnalité de l'auteur, empreinte du talent créateur personnel, formule personnelle, sceau de la personnalité de l'auteur, choix exprimant la personnalité de l'auteur, empreinte émotionnelle personnelle, œuvre reflétant l'imagination et la personnalité, etc.
39. Eleonora ROSATI, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 156. *Contra* : Estelle DERCLAYE, « The Court of Justice copyright case law: quo vadis? », (2014) 36-11 *European Intellectual Property Review* 716, 718. Voir également, Nicolas BERTHOLD, « L'harmonisation de la notion d'originalité en droit d'auteur », (2013) 16-1/2 *The Journal of World Intellectual Property* 58, 64, où l'auteur suggère que la CJUE a, dans l'arrêt *Painer*, « fait clairement le choix d'instituer la théorie subjectiviste [c'est-à-dire civiliste] de l'originalité ».
40. Jeanne Daleau, D. 2012, p. 471, note sous l'arrêt *Painer*, préc., note 33. L'auteure note que la réponse de la Cour à la question de savoir si la photographie d'un portrait peut être protégée par le droit d'auteur « n'étonner[a] personne ». En effet, selon l'auteure, « évidemment, la Cour répond par l'affirmative : la photographie qui reflète la personnalité de son auteur peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Peu importe le sujet ou l'objet de celle-ci, tant que, pour sa réalisation, l'auteur y a inscrit son empreinte créative. C'est ici un principe classique du droit de la propriété littéraire et artistique qui est, dans notre législation nationale, régulièrement rappelé ». Voir également Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, LexisNexis, 2017, par. 84-85. Mais voir C. BERNAUT, A. LUCAS-SCHLOETTER et A. LUCAS, préc., note 14, p. 143 (considérant que la CJUE a énoncé un critère objectif se distinguant dans une certaine mesure du droit français).
41. Voir par exemple *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Limited e.a.*, préc., note 29, par. 38-39.
42. C. BERNAUT, A. LUCAS-SCHLOETTER et A. LUCAS, préc., note 14, p. 143 ; voir aussi généralement A. RAHMATIAN, préc., note 30.

la Directive du 12 décembre 2006)⁴³. Puisque la Cour ne faisait plus mention de ce critère dans les décisions qui ont suivi, on pouvait supposer que celui-ci était seulement applicable en matière de photographies.

Cependant, trois arrêts récents, dans lesquels la Cour a repris les termes exacts de l'arrêt *Painer*, permettent de relancer ce débat. Dans l'arrêt *Cofemel*⁴⁴, la Cour a énoncé :

[...] il découle de la jurisprudence constante de la Cour que, pour qu'un objet puisse être regardé comme original, il est à la fois nécessaire et suffisant que celui-ci reflète la personnalité de son auteur, en manifestant les choix libres et créatifs de ce dernier.⁴⁵ (Nos soulignements)

La même formule peut être trouvée dans les arrêts *Renckhoff*⁴⁶ et *Funke Medien*⁴⁷. Or, si l'affaire *Renckhoff* concernait des photographies, les décisions *Cofemel* et *Funke Medien* portaient respectivement sur l'originalité de modèles de vêtements et de rapports de situation

43. *Painer*, préc., note 33, par. 88 : « Ainsi qu'il résulte du dix-septième considérant de la directive 93/98, une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci ». Voir également l'Opinion de l'avocat général Verica Trstenjak, par. 12, 15 et 120 ; Directive sur la durée de protection de production du droit d'auteur, préc., note 2, considérant 16 ; *Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [1993] J.O. L. 290/9, considérant 17.

44. *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, Affaire C-683/17 [2019] (ci-après « *Cofemel* »).

45. *Id.*, par. 30.

46. *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, Affaire C-161/17 [2018], par. 14 (ci-après « *Renckhoff* ») : « À titre liminaire, il y a lieu de rappeler qu'une photographie est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'elle soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie. »

47. *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, préc., note 29, par. 9 (ci-après « *Funke Medien* ») : « [...] pour qu'une création intellectuelle puisse être considérée comme étant propre à son auteur, celle-ci doit refléter la personnalité de celui-ci, ce qui est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs » ; par. 25 : « Il s'ensuit qu'il y a lieu de considérer que des rapports de situation militaire, tels que ceux en cause au principal, ne sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur qu'à la condition, laquelle doit être vérifiée par le juge national dans chaque cas d'espèce, que ces rapports constituent une création intellectuelle de leur auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de l'élaboration desdits rapports. »

militaire établis par l'Allemagne. Dans ce dernier arrêt, la Cour a en outre rappelé que « les seuls efforts intellectuels ainsi que le savoir-faire consacrés à la création » des œuvres en cause sont « dénués de pertinence »⁴⁸, prenant ainsi ses distances avec le droit britannique⁴⁹. Le débat sur les intentions réelles de la Cour demeure ouvert, car on ne peut exclure que celle-ci ait involontairement repris les termes de l'arrêt *Painer* dans d'autres situations que celles portant sur les photographies, sans tenir compte du contexte. Cela dit, dans l'affaire *Cofemel*, l'avocat général Maciej Szpunar n'a pas semblé restreindre le critère personnaliste à une seule catégorie d'œuvres⁵⁰. Indépendamment du débat sur les intentions de la CJUE, il semble qu'en droit positif, l'interprétation retenue du critère de la création intellectuelle propre à l'auteur soit directement inspirée par des considérations civilistes, y compris en dehors du contexte des photographies. Or, du fait de la primauté du droit européen, le critère énoncé par la CJUE se trouve indirectement applicable au Royaume-Uni, pays de *copyright*. Comment les tribunaux britanniques ont-ils réagi à ce changement de paradigme ?

2. LA RÉCEPTION DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE PAR LES TRIBUNAUX BRITANNIQUES

Dès 2014, Estelle Derclaye constatait que les réactions des juges britanniques à la jurisprudence européenne étaient fluctuantes, voire incohérentes⁵¹. Aujourd'hui, les juges semblent avoir mieux accepté la notion de création intellectuelle propre à l'auteur, mais la situation reste confuse. Comme nous le verrons, aucun juge à notre connaissance n'a adopté la logique personnaliste de l'arrêt *Painer*, probablement car celle-ci n'est pas en harmonie avec la philosophie du *copyright*.

48. *Id.*, par. 23.

49. Sur ce point, voir *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Limited e.a.*, préc., note 29, par. 38-39.

50. Opinion de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Cofemel*, préc., note 44, par. 26 : « La catégorie de "création intellectuelle propre à son auteur" est l'élément principal de définition de l'œuvre. Cette définition a par la suite été développée dans la jurisprudence de la Cour, qui a considéré qu'une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci. » Voir également le par. 29 : « Il s'ensuit, à mon sens, de manière claire que le critère de la création intellectuelle propre à son auteur, tel que développé dans la jurisprudence de la Cour, a vocation à s'appliquer à toutes les catégories d'œuvres. »

51. E. DERCLAYE, préc., note 8, p. 18.

2.1 Décisions ignorant la jurisprudence européenne

Visiblement peu au fait de la jurisprudence européenne, certains juges ont continué de se référer à la doctrine du « skill and labour »⁵². Il est clair que ces décisions, parfois rendues des années après *Infopaq*, sont contraires au droit européen. La plupart des juges sont néanmoins conscients de la jurisprudence de la CJUE, bien que son application leur pose d'évidentes difficultés.

2.2 L'assimilation erronée de l'arrêt *Infopaq* et de la doctrine du « skill and labour »

Certaines décisions semblent assimiler les notions de création intellectuelle et de « skill and labour »⁵³. S'exprimant au sujet d'une photographie d'un bus londonien devant le pont de Westminster, le juge Birss QC a par exemple affirmé :

[...] the composition of the image can be the product of the skill and labour (or intellectual creation) of a photographer and it seems to me that skill and labour/intellectual creation directed to that end can give rise to copyright.⁵⁴

Un nombre considérable de jugements distingue les deux critères sans se prononcer sur leurs potentielles différences, soit car le point n'était pas plaidé, soit car les deux critères étaient remplis dans l'affaire en question⁵⁵. Le raisonnement des juges n'est toutefois pas

52. Voir *Taylor v. Maguire*, [2013] EWHC 3804, par. 8 : « For an artistic work to be original it must have been produced as the result of independent skill and labour by the artist » ; *Future Publishing Ltd v. The Edge Interactive Media Inc. & Others*, [2011] EWHC 1489 (Ch), par. 10 : « What is required for artistic originality is the expenditure of more than negligible or trivial effort or relevant skill in the creation of the work » ; *Allen v. Redshaw*, [2013] EWPC B1, où la Cour se contente de supposer, de manière erronée, que « [t]he test for originality of artistic works is low ».

53. *Islestarr Holdings Ltd v. Aldi Stores Ltd*, [2019] EWHC 1473 (Ch), par. 27 (« Originality requires the maker's own intellectual creation or independent skill and effort ») ; *Temple Island Collection Ltd v. New English Teas Ltd & Anor*, [2011] EWPC 21, par. 27 (ci-après « *Temple Island* »).

54. *Temple Island*, préc., note 53, par. 27, 31 (« [...] it is possible as a matter of principle to infringe copyright in a photograph in an appropriate case by recreating a scene which was photographed. The sort of appropriate case which comes to mind would be when the skill and labour of the author (or in *Infopaq* terms the author's intellectual creative effort) went into creating the scene which was photographed in the first place ») et par. 53 (« These elements above derive from and are the expression of the skill and labour exercised by Mr Fielder, or in *Infopaq* terms, they are his intellectual creation. »)

55. *John Kaldor Fabricmaker UK Ltd v. Lee Ann Fashions Ltd*, [2014] EWHC 3779 (IPEC), par. 21 : « To the extent that the judgment of the House of Lords in

toujours satisfaisant. Une décision, peu rigoureuse, fait par exemple référence aux choix de l'auteur⁵⁶, à l'exercice de son jugement⁵⁷, à sa créativité⁵⁸, ou à ses efforts⁵⁹.

Designers Guild was based on the English principle that copyright protects the skill and labour of the author, the law there stated is liable to have changed as a consequence of more recent judgments of the Court of Justice, particularly in [*Infopaq*]. I refer in particular to the ruling of the Court of Justice that it is the expression of the intellectual creation of the author of the work that is entitled to copyright protection. Both [parties] submitted that such a change in the underlying basis for the subsistence of copyright made no difference on the present facts. I agree » ; *Shnuggle Ltd v. Munchkin Inc. & Anor*, [2019] EWHC 3149 (IPEC), par. 95 : « Miss Lane for the Defendants submits that in Action Storage HHJ Hacon held that the new test raised the hurdle. I don't believe that is controversial. As Mr Hicks acknowledged in closing, and as I find, it also does not make any difference in this case, in my judgment, so I will decline to determine the point, and leave it for a case where it does make a difference » ; *Whitby Specialist Vehicles Ltd v. Yorkshire Specialist Vehicles Ltd & Others*, [2014] EWHC 4242 (Pat), par. 43 : « In order for design right to subsist, a design must be "original" in the copyright sense of originating with the author, and not being copied by the author from another : [...]. In *Magmatic v PMS* [...] I expressed the view that the test is whether sufficient skill, effort and aesthetic judgement has been expended on the new design to make it original. During the course of argument in the present case, the question was raised whether "original" should be interpreted in the same manner as the CJEU has interpreted the requirement for originality in the context of copyright, that is to say, as requiring creativity on the part of the designer: [...]. I shall assume, without deciding, that this is the correct approach » ; *MEI Fields Designs Ltd v. Saffron Cards And Gifts Ltd & Anor*, [2018] EWHC 1332 (IPEC), par. 100 : « I was taken to [*Infopaq*] as well as more recent cases in the IPEC and its predecessor, the Patents County Court [...]. It is unnecessary to set out lengthy passages from these cases, as the parties were agreed on the law I should apply: if I find copying, has the copying taken a substantial part of the skill, labour and judgment found in the earlier work? Neither party suggested that there was a difference between that test and the "intellectual creation" test set out in *Infopaq* » ; *Technomed Ltd & Anor v. Bluecrest Health Screening Ltd & Anor*, [2017] EWHC 2142, par. 89 : « The differences between *Infopaq* and the traditional UK case law were not argued before me, but what is clear from *Infopaq* is that the originality threshold is a low hurdle, a requirement for the work to be the author's own intellectual creation. For present purposes, I do not need to resolve any debate on whether the test in *Infopaq* is different to or higher than the traditional UK case law [...] as, in my judgment, and as set out below, the works in which I have found copyright subsists meet both tests. »

56. *Technomed Ltd & Anor v. Bluecrest Health Screening Ltd & Anor*, préc., note 55, par. 99 : « In my judgement, the work of selection and arrangement I have referred to above was the authors' own intellectual creation, and involved Mr Hashemi, Dr Sopher and Dr Davies exercising their judgement. »

57. *Id.*

58. *Id.*, par. 98 : « Mr Hill submits, and I accept, that considerable intellectual effort and creativity were expended in choosing the contents of the Database ».

59. *Id.*, par. 114 : « What matters is that the words used are a product of the author's intellectual effort » ; par. 122 : « What matters is that sufficient, non-negligible intellectual effort was expended. »

Pour d'autres juges, la CJUE n'aurait fait que reformuler l'ancien critère issu du droit britannique⁶⁰. Tel est l'avis de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles dans l'arrêt *Meltwater* :

I do not understand the decision of the European Court of Justice to have qualified the long standing test established by the authorities referred to in paragraph 19 above [*University of London Press v. University Tutorial Press; Ladbroke v. William Hill*].⁶¹

Aujourd'hui, cette compréhension est clairement infirmée par l'arrêt *Football Dataco*, dans lequel la CJUE a énoncé que les efforts intellectuels et le savoir-faire consacrés à la création ne sont pas pertinents pour déterminer l'éligibilité d'une œuvre à la protection du droit d'auteur⁶². Un an après cette décision, le juge Lewison, statuant sur renvoi de la CJUE dans l'affaire *SAS Institute*, a concédé que le test européen était peut-être différent du test britannique traditionnel ; à supposer que cela soit le cas, le premier serait plus strict que le second⁶³. Le doute, pourtant, n'était plus permis, puisque l'arrêt *Football Dataco* a véritablement enterré la doctrine du « sweat

60. *Action Storage Systems Ltd v. G-Force Europe.Com Ltd & Anor*, [2016] EWHC 3151 (IPEC), par. 22 : « The distinction between the old and new tests for copyright originality may be only semantic [...], although more recently the Court of Appeal expressed the view that the EU test for originality is higher than the traditional English test [...]. I think any distinction would make no difference here » ; *Raft Ltd v. Freestyle of Newhaven Ltd & Others*, [2016] EWHC 1711 (IPEC), par. 9 : « There is a complication in that the test for originality in copyright law has moved on from the traditional UK test referred to above and is now expressed in terms of the work comprising the expression of the author's own intellectual creation [...]. The difference may be only semantic [...] ».

61. *The Newspaper Licensing Agency Ltd & Others v. Meltwater Holding BV & Others*, [2011] EWCA Civ 890, par. 20. La juge Proudman, en première instance, s'était montrée plus prudente : « In my judgment the test of quality has been re-stated but for present purposes not significantly altered by *Infopaq*. I say that in the knowledge that the decision may sit awkwardly with some provisions of English law, that many questions remain unanswered by the ECJ and that the full implications of the decision have not yet been worked out » (*The Newspaper Licensing Agency Ltd & Others v. Meltwater Holding BV & Others*, [2010] EWHC 3099, par. 81).

62. *Football Dataco Ltd e.a. c. Yahoo! UK Limited e.a.*, préc., note 29, par. 42. Sur ce point, voir également *Funke Medien*, préc., note 29, par. 23.

63. *SAS Institute v. World Programming*, [2013] EWCA civ 1482, par. 36 : « [The European test] may not be quite the same as the traditional test in English law » ; par. 37 : « If the Information Society Directive has changed the traditional domestic test, it seems to me that it has raised rather than lowered the hurdle to obtaining copyright protection. »

of the brow »⁶⁴. Il est donc clair que celle-ci ne fait plus partie du droit positif britannique.

2.3 Applications récentes d'*Infopaq* : une transposition incomplète

Plusieurs décisions récentes démontrent que le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur est en train de faire son chemin jusqu'au Royaume-Uni⁶⁵. Dans une affaire portant sur l'originalité d'un format d'émission télévisée, le juge Snowden a en effet estimé :

The requirement of originality under the CDPA is that the work must be an expression of the author's own intellectual creation [...]. This does not, however, mean that every constituent aspect of a work must be original. The work must be taken as a whole, and can include parts that are neither novel nor ingenious.⁶⁶
(Nos soulignements)

De même, selon la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, toute œuvre de collaboration suppose que la contribution de chaque coauteur soit originale au sens du droit européen⁶⁷. Selon le juge Floyd :

The question of what is enough of a contribution is to be judged by the *Infopaq* test, i.e. whether the putative joint author has contributed elements which expressed that person's own intellectual creation. The essence of that term is that the person in question must have exercised free and expressive choices. The more restrictive the choices the less likely it will be that they satisfy the test.⁶⁸

Enfin, le critère de la création intellectuelle propre à son auteur vient d'être appliqué dans une affaire relative à un modèle

64. <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2012/03/01/football-dataco-skill-and-labour-is-dead/>>.

65. *Kogan v. Martin & Others*, [2019] EWCA Civ 1645 ; *Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Woollen Mill Ltd*, [2020] EWHC 148. Voir aussi, pour une application d'*Infopaq* non pas à la question de l'originalité, mais à l'interprétation de la notion de reprise d'une « partie substantielle » d'une œuvre protégée, *ATB Sales Ltd v. Rich Energy Ltd & Anor*, [2019] EWHC 1207, par. 13, 14 et 125.

66. *Banner Universal Motion Pictures Ltd v. Endemol Shine Group Ltd & Anor*, [2017] EWHC 2600 (Ch), par. 26.

67. *Kogan v. Martin & Others*, préc., note 65, par. 43, 45 et 46.

68. *Id.*, par. 53.

de vêtement⁶⁹. Après des débuts hésitants, les juges britanniques ont donc commencé à intégrer l'arrêt *Infopaq* en droit interne. La transposition est en cours, mais elle est incomplète. En effet, aucune des trois décisions précitées ne raisonne en termes de « reflet de la personnalité », tout en faisant pourtant référence aux arrêts *Painer*, *Funke Medien* et *Renckhoff*⁷⁰. Ces mots semblent passés sous silence, sans doute car l'intention de la CJUE d'importer le critère personnaliste en droit européen n'est pas totalement claire, comme expliqué ci-dessus. En outre, un tel critère n'est pas en harmonie avec la philosophie du *copyright*. Au Royaume-Uni, le mécanisme d'appropriation n'a jamais été le lien entre la personne et l'auteur : le centre de l'attention judiciaire est l'objet créé, et non le créateur⁷¹. Pour un juge britannique, aller jusqu'au bout du raisonnement de la CJUE serait illogique : si le lien ombilical avec l'auteur était reconnu, comment accepter que les droits moraux ne soient que secondaires par rapport aux droits économiques⁷² ? Dans les pays de droit d'auteur, c'est ce lien qui justifie l'étendue des droits dont bénéficie le créateur⁷³. Au Royaume-Uni, reconnaître une telle justification se heurterait à la logique du système de *copyright* tout entier, dans la mesure où la balance a tendance à pencher en faveur des utilisateurs de l'objet créé. L'idée de lien indestructible entre l'auteur et son œuvre y a, d'ailleurs, été fortement critiquée⁷⁴. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant

69. *Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Woollen Mill Ltd*, préc., note 65, par. 68 : « There was nothing in the evidence that cast any doubt on Mr Park's assertion that the Wave Fabric was not copied from another design. On the balance of probabilities, I accept that it was not. That being so, it must follow that the Wave Fabric was the author's own intellectual creation [...]. I find that the Wave Fabric is original and that copyright subsists in it. » Le raisonnement du tribunal est critiquable, car l'absence de copie n'équivaut pas nécessairement à l'expression de choix libres et créatifs.

70. *Kogan v. Martin & Others*, préc., note 65, par. 45-46 (citant les arrêts *Painer*, préc., note 33 et *Funke Medien*, préc., note 29) ; *Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Woollen Mill Ltd*, préc., note 65, par. 58 (citant un arrêt de la CJUE ayant lui-même cité les arrêts *Painer*, préc., note 33 et *Renckhoff* préc., note 46). Le juge Snowden dans l'affaire *Banner Universal Motion Pictures Ltd v. Endemol Shine Group Ltd & Anor*, préc., note 66, ne s'est quant à lui pas référé à la jurisprudence européenne.

71. A. RAHMATIAN, préc., note 30, p. 17 ; A. RAHMATIAN, préc., note 11, p. 930.

72. Eleonora ROSATI, « An engaging anti-idyll: copyright and moral rights in the UK », (2011) 6-7 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 503 (notant l'hostilité du Royaume-Uni envers les droits moraux et le faible nombre d'affaires en la matière).

73. C. CARON, préc., note 40, p. 79 (« [...] si l'originalité exprime la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'exprime dans son œuvre, elle justifie l'existence du droit moral, droit de la personnalité qui a pour vocation de protéger les éléments extrapatrimoniaux du créateur. »)

74. L. BENTLY et B. SHERMAN, préc., note 23.

que la transplantation du critère civiliste de l'originalité au Royaume-Uni soit seulement partielle. Comme l'explique Andreas Rahmatian :

What happens if a legal rule, say, a rule embodied in a statute, is to be implemented in the context of another legal tradition or culture, or « transplanted »? A good example of this problem is the originality test of « own intellectual creation » of the EU Directives [...]. Such a malleable concept is particularly susceptible to being aligned to and incorporated into the legal tradition and *mentalité* of each distinctive European jurisdiction – rather contrary to the intention of harmonisation [...]. The receiving country will reshape the transplanted norm **through partial acceptance** and reinterpretation according to their legal culture.⁷⁵ (Nos soulignements)

En définitive, force est de constater que la jurisprudence européenne en matière d'originalité n'a pas encore abouti à une percée civiliste en droit britannique. Une évolution en ce sens serait surprenante, d'autant plus que le Royaume-Uni a désormais quitté l'UE.

3. LES CONSÉQUENCES DU BREXIT SUR LA JURISPRUDENCE BRITANNIQUE EN MATIÈRE D'ORIGINALITÉ

À l'évidence, les juges britanniques devront tenir compte du Brexit lorsqu'ils se prononceront sur l'originalité d'une œuvre. Bien que l'accord de commerce et de coopération conclu le 31 décembre 2020 contienne un certain nombre de dispositions sur le droit d'auteur, celui-ci ne définit pas le critère d'originalité⁷⁶. Il convient donc de se tourner vers l'article 6 de l'*European Union (Withdrawal) Act* de 2018, tel que modifié en 2020.

En principe, les tribunaux ne seront pas liés par les décisions de la CJUE rendues après la fin de la période de transition,

75. A. RAHMATIAN, préc., note 30, par. 22-24. Voir également T. MARGONI, préc., note 30, p. 101 (« regarding the implementation of the “author’s own intellectual creation” standard by national courts, it is plausible that these will recognise the new ECJ test and interpret it in a way that reflects their own traditional standards »).

76. *Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part*, JOUE L 444 du 31.12.2020, p. 14-1462, Titre V, Chapitre 2, Section 1.

le 31 décembre 2020. Les juges ne pourront plus saisir la Cour de questions préjudicielles, mais conserveront la possibilité de se référer à la jurisprudence européenne lorsqu'ils l'estiment utile. Les décisions rendues par la CJUE antérieurement au 31 décembre 2020 resteront quant à elles pleinement applicables.

Initialement, le *European Union (Withdrawal) Act* prévoyait que seule la Cour suprême du Royaume-Uni⁷⁷ pourrait procéder à des revirements de jurisprudence par rapport aux arrêts de la CJUE. Cependant, à la suite d'une consultation lancée en juillet 2020, le gouvernement britannique a récemment décidé d'étendre ce pouvoir aux juridictions d'appel, dont la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, notamment dans l'optique d'éviter un engorgement de la Cour suprême⁷⁸. En théorie, les juridictions d'appel et la Cour suprême pourront donc revenir au test du « skill and labour » dès lors qu'elles l'estimeront approprié⁷⁹. Seules les juridictions de première instance ne pourront y revenir par elles-mêmes, non seulement en raison des arrêts de la CJUE, mais également du fait des décisions britanniques ayant entériné le critère de la création intellectuelle en droit interne. Toutefois, dans la mesure où certains juges de première instance se réfèrent, même en 2019, à la notion de « skill and labour »⁸⁰, on ne peut exclure qu'une telle pratique perdure.

Il est également possible qu'une réforme du CDPA vienne modifier le droit britannique sur la question de l'originalité. Cependant, comme le notent Graeme Dinwoodie et Rochelle Dreyfuss, l'état du droit positif crée des attentes légitimes concernant le caractère protégeable de certaines œuvres, que le législateur britannique ne sera pas nécessairement enclin à remettre en cause⁸¹. La réforme du

77. Ou, dans certaines circonstances, la High Court of Justiciary, le plus haut tribunal écossais, lorsqu'il siège en tant que dernier juge en matière criminelle.

78. ROYAUME-UNI, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Government response to consultation. Response to the consultation on the departure from retained EU case law by UK courts and tribunals*, octobre 2020, en ligne : <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/926811/departure-eu-case-law-uk-courts-tribunals-consultation-response.pdf>.

79. La Cour suprême (tout comme les juridictions d'appel) pourra procéder à des revirements de jurisprudence par rapport aux arrêts de la CJUE « when it appears right to do so ».

80. *Islestarr Holdings Ltd v. Aldi Stores Ltd*, préc., note 53.

81. Graeme DINWOODIE et Rochelle DREYFUSS, « Brexit and IP: The Great Unravelling? », (2018) 39-3 *Cardozo Law Review* 967, 989-990 : « The judicial harmonization of originality that was effected by *Infopaq* has to some extent been embedded in U.K. law through domestic jurisprudence in the U.K. appellate courts. That case law creates expectations concerning the protectability of copyrighted

CDPA de 2019, qui vise à tenir compte du Brexit, n'aborde d'ailleurs pas la question de l'originalité⁸². Il semble donc plus probable qu'une évolution éventuelle provienne des tribunaux, mais en définitive, aucun scénario ne peut véritablement être exclu.

CONCLUSION

Si celle-ci se confirme, la tentative de la CJUE d'imposer la conception personnaliste de l'originalité pourrait être vue comme le reflet inversé du droit d'auteur canadien. Dans un précédent article, nous avons montré que la Cour suprême du Canada accorde généralement la préférence aux solutions issues de la common law, au détriment du droit civil, du fait de son adhésion aux théories anglaises sur la justification du droit d'auteur⁸³. En effet, dans l'arrêt *Théberge*⁸⁴, dans lequel l'opinion des trois juges québécois, dissidents, s'est heurtée à celle des quatre juges provenant des provinces de common law, la Cour suprême a expressément consacré l'utilitarisme dans l'ordre juridique canadien, en énonçant que la *Loi sur le droit d'auteur*⁸⁵ a pour objectif d'encourager les créations, ce qui implique de limiter les prérogatives de l'auteur afin de permettre au public d'accéder aux œuvres sur le marché⁸⁶. Par la suite, dans l'arrêt *CCH*, le critère d'originalité canadien, fondé sur l'exercice de talent et du jugement, a été guidé par la nécessité d'aboutir à un équilibre entre intérêts publics et privés (c'est-à-dire l'utilitarisme), et non par le lien entre la personne de l'auteur et son œuvre⁸⁷. D'autres affaires

materials and it is not clear that the legislature will be eager to act promptly to revise these expectations. Indeed, there may be good reasons to respect them. »

82. *The Intellectual Property (Copyright and Related Rights) (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*. Pour un résumé, voir : <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/05/copyright-and-brex-it-an-update/>>. La plupart des dispositions visent à supprimer les références à l'« UE », aux « États-membres » et à l'« Espace économique européen » dans le CDPA, pour les remplacer par « le Royaume-Uni ».
83. Maxence RIVOIRE et Richard GOLD, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015) 60-3 *Revue de droit de McGill* 381.
84. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34 (ci-après « *Théberge* »). Voir, sur cet arrêt, M. RIVOIRE et R. GOLD, préc., note 83, p. 388-393.
85. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.
86. *Théberge*, préc., note 84, par. 30-34 ; M. RIVOIRE et R. GOLD, préc., note 83, p. 391-392. Voir également Daniel GERVAIS, « The Emergence and Development of Intellectual Property Law in Canada », dans Rochelle DREYFUSS et Justine PILA (dir.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 265, aux p. 266-277.
87. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 23 ; M. RIVOIRE et R. GOLD, préc., note 83, p. 399-400.

illustrent la place extrêmement limitée de la vision personnaliste en droit d'auteur canadien⁸⁸.

Comme dans l'affaire *Théberge*, nous assistons peut-être, dans l'Union européenne, à une simple application de la loi de la majorité. À cet égard, il n'est pas anodin de rappeler que la CJUE est composée d'un juge par État-membre⁸⁹, dont la plupart sont civilistes. Dans l'écrasante majorité des cas, les présidents de chambre, les juges rapporteurs⁹⁰ et les avocats généraux⁹¹ désignés dans les affaires de droit d'auteur étaient ainsi des juristes continentaux⁹². Tel était notamment le cas dans l'affaire *Painer*⁹³. Il ressort également d'une étude récente que la CJUE n'est pas indifférente aux interventions de la France, qui s'est imposée comme le pays dont les positions sont le plus souvent suivies par la Cour en matière de droit d'auteur⁹⁴. En l'absence du Royaume-Uni au sein de l'Union, la logique voudrait que cette tendance se confirme et que la référence au reflet de la personnalité de l'auteur soit maintenue dans les futures décisions de la CJUE, dans la lignée des arrêts *Renckhoff*⁹⁵, *Cofemel*⁹⁶ et *Funke Medien*⁹⁷.

88. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17 ; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37 ; Voir, sur ces affaires, M. RIVOIRE et R. GOLD, préc., note 83.

89. *Traité sur l'Union européenne*, art. 19(2).

90. Pour rappel, le rôle des juges rapporteurs est d'établir un projet d'arrêt sur la base duquel la Cour délibère.

91. Le rôle d'un avocat général est de rédiger une opinion suggérant une solution à la Cour. En matière de droit d'auteur, Eleonora Rosati note que les opinions des avocats généraux ont été suivies dans environ 82 % des cas (E. ROSATI, préc., note 6, p. 35). Leur influence ne doit donc pas être sous-estimée.

92. À titre d'exemple, le juge Malenovský, provenant de la République tchèque, était juge rapporteur dans plus de 50 % des décisions rendues en matière de droit d'auteur, dont les arrêts *Infopaq*, *Painer* et *Cofemel*. À l'inverse, à la date d'août 2018, seuls deux arrêts avaient été rendus par des juges rapporteurs principalement formés au Royaume-Uni (les juges Schieman et Vajda). Voir E. ROSATI, préc., note 6, p. 32-34.

93. Dans l'affaire *Painer*, l'avocate générale était Verika Trstenjak (Slovénie). La Cour était quant à elle composée du président de chambre Koen Lenaerts (Belgique), du rapporteur Jiri Malenovský (République tchèque) et des juges Endre Juhász (Hongrie), Thomas von Danwitz (Allemagne) et Georges Arestis (Chypre). Georges Arestis, qui a été juge à la Cour suprême de Chypre, peut être considéré comme un juge de common law, mais il convient de noter qu'il a étudié le droit à l'Université d'Athènes, autrement dit dans un pays de tradition civiliste.

94. Marcella FAVALE, Martin KRETSCHMER et Paul TORREMANS, « Who is steering the jurisprudence of the European Court of Justice? The influence of Member states on copyright law », (2020) 83-4 *Modern Law Review* 831.

95. *Renckhoff*, préc., note 46.

96. *Cofemel*, préc., note 44.

97. *Funke Medien*, préc., note 29, par. 9 et 25.

Cependant, si l'intention de la CJUE était d'harmoniser le critère d'originalité au sein de l'Union (ce qui a pu être critiqué, notamment car le législateur européen n'était pas intervenu dans ce domaine)⁹⁸, on peut s'interroger sur l'opportunité pour la Cour de recourir à la notion de reflet de la personnalité. Ainsi que nous l'avons dit, le critère de la création intellectuelle propre à l'auteur était à l'origine un concept hybride, compatible tant avec les pays de droit d'auteur que de *copyright*. En important la conception personnaliste en droit européen, y compris en dehors du contexte des photographies, la CJUE semble avoir pris le parti de la tradition civiliste, sans tenir compte de la philosophie du *copyright*. Elle paraît également avoir semé le trouble parmi les juges britanniques, dont nous avons pu constater les atermoiements. Certes, le Brexit rend cette critique sans objet, puisque les tribunaux britanniques sont désormais libres de revenir au critère du « skill and labour », mais il convient de rappeler que l'Irlande et Chypre sont également des pays de common law, dont les tribunaux s'étaient traditionnellement alignés sur le droit britannique en matière d'originalité⁹⁹. La nécessité de respecter les traditions juridiques des États membres n'est donc pas seulement théorique, même après le Brexit.

Dans une optique d'harmonisation, il aurait été souhaitable que la CJUE interprète la notion de création intellectuelle propre à l'auteur en faisant uniquement référence à l'exigence de créativité, sans mentionner le concept de reflet de la personnalité, au moins

98. Voir, sur les critiques formulées à l'encontre de la CJUE en la matière, Mireille VAN EECHOUD, « Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work », (2012) 3-1 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 60, 70 (n° 78). Toutefois, comme l'explique Nicolas Berthold, l'absence d'harmonisation du critère d'originalité dans le marché intérieur était problématique, car « une même création peut être protégée par le droit d'auteur au sein d'un État membre, alors que cette même protection ne sera pas accordée dans un autre État, ce qui est en totale contradiction avec le principe de sécurité juridique » (N. BERTHOLD, préc., note 39, p. 67).

99. Maureen O' SULLIVAN, « Irish artistic copyright law: a menagerie of holy cows and turtle doves? », (2015) 1 *Intellectual Property Quarterly* 31, 42. L'auteure note que « [a]s the legislation does not provide guidance on originality or what constitutes a work, English cases are deferred to in a quest to find such definitions. In Ireland, the work will have to be original and Irish courts accept and often cite the definition of originality in *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd* ». De manière générale, l'auteure note que les tribunaux irlandais citent principalement la jurisprudence anglaise en matière de droit d'auteur (p. 40). Sur le droit chypriote, voir I. STAMATOUDI, préc., note 15, p. 227-228.

dans les espèces qui ne concernent pas des photographies¹⁰⁰. La Cour ayant déjà mis l'accent sur les choix créatifs de l'auteur dans ses décisions¹⁰¹, la mise en œuvre de notre proposition ne nécessite pas de revirement important. En outre, un tel critère serait comparable à celui énoncé dans l'arrêt *Feist*¹⁰² par la Cour suprême des États-Unis, qui a exigé un degré minimal de créativité pour qu'une œuvre soit protégeable¹⁰³. Dès 2002, Daniel Gervais soulignait le potentiel d'harmonisation de cette solution :

Feist established, arguably for the first time with this level of clarity, that creative choices were what gives a work its originality [...]. This test based on creative choices is a more modern approach, which not only relieved a tension amongst U.S. federal circuits **but has the potential to bridge the conceptual gap between common law and civil law countries with respect to the core notion of originality.**¹⁰⁴
(Nos soulèvements)

Compatible avec la philosophie du *copyright*, un critère fondé uniquement sur la créativité et non la présence de l'auteur dans son œuvre serait plus facile à appréhender pour les juges européens de *common law*, comme en atteste son adoption par la Cour suprême des États-Unis. La preuve en est que les juges britanniques l'ont

-
100. Selon William Fischer, il existe en droit comparé six différentes conceptions de l'originalité, à savoir (i) l'exigence d'une création indépendante, (ii) de talent (« skill »), (iii) de labeur, (iv) de créativité, (v) la présence de l'empreinte de la personnalité et (vi) la nouveauté, étant précisé que ces critères ne sont pas mutuellement exclusifs, mais peuvent coexister à l'intérieur de chaque juridiction (William W. FISHER, « Recalibrating Originality », (2016) 54-2 *Houston Law Review* 437, 448-450). Certes, la notion de créativité est profondément ancrée dans la culture de chaque État membre, mais il existe dans l'UE un socle culturel commun qui devrait permettre d'aboutir à un niveau satisfaisant d'harmonisation, d'autant plus que les tribunaux nationaux ont la possibilité de soumettre des questions préjudicielles (sur ce sujet, voir Weihua NIU et Robert STERNBERG, « The Philosophical Roots of Western and Eastern Conceptions of Creativity », (2006) 26-1/2 *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology* 18).
101. Voir, parmi de nombreuses décisions, *Infopaq*, préc., note 22, par. 45 ; *Cofemel*, préc., note 44, par. 30.
102. *Feist*, préc., note 32.
103. Christian HANDIG, « The “sweat of the brow” is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term “work” », (2013) 35-6 *European Intellectual Property Review* 334, 336-337 (rapprochant les solutions de la CJUE avec le droit américain).
104. Daniel GERVAIS, « Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law », (2002) 49-4 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 949, 973.

utilisé dans plusieurs affaires¹⁰⁵, conformément à la jurisprudence européenne.

Un tel changement de paradigme serait-il trop important pour les pays de tradition civiliste ? Il nous semble que l'ajustement ne serait pas majeur. En crise depuis quelque temps, la notion de reflet de la personnalité correspond à une vision très classique (voire romantique) du droit d'auteur. Cette notion est en effet cohérente lorsqu'elle est appliquée à l'univers des arts purs, mais elle l'est beaucoup moins s'agissant d'œuvres à caractère industriel¹⁰⁶. Comme l'expliquent certains auteurs français, les tribunaux semblent parfois invoquer la formule de l'empreinte ou du reflet de la personnalité par réflexe, d'une manière qui n'est pas toujours utile ou opportune¹⁰⁷. À titre d'exemple, la vision personnaliste est incompatible avec la protection d'œuvres comme les logiciels ou les bases de données, dont l'objectif est de récompenser des investissements¹⁰⁸. Pour ce type d'œuvres, l'originalité découle des choix créatifs de l'auteur (par opposition à des choix mécaniques ou dictés par les contraintes de la matière en cause), et non de la présence de ce dernier dans son œuvre¹⁰⁹. Il est donc tout à fait logique que le législateur européen ait seulement adopté le critère personnaliste pour les photographies, et non pour les logiciels et les bases de données. Plus généralement, il a pu être suggéré que l'exigence de créativité explique la plupart des solutions jurisprudentielles françaises, belges et hollandaises en matière d'originalité, c'est-à-dire que ce critère permet en pratique de distinguer les œuvres originales de celles qui ne le sont pas¹¹⁰. Une analyse comparative détaillée sur ce point, qui ne rentre pas dans

105. Voir par exemple *Kogan v. Martin & Others*, préc., note 65 ; *Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Woollen Mill Ltd*, préc., note 65.

106. C. CARON, préc., note 40, p. 81 : « Lorsque l'originalité, au sens classique du terme, est trouvée au sein de créations telles qu'un panier à salade ou un décapsuleur, il est possible de percevoir la crise qui affecte cette notion [...]. [L]a définition classique de l'originalité, toujours illustrée par des exemples empruntés à l'univers des arts purs, ne parvient pas à appréhender la diversité du droit d'auteur. Cohérente au sein d'un droit d'auteur tourné vers les beaux-arts, elle est bien moins pertinente lorsqu'elle gouverne un droit d'auteur d'entreprise, dominé par des impératifs industriels. »

107. En ce sens, voir C. BERNAUT, A. LUCAS-SCHLOETTER et A. LUCAS, préc., note 14, p. 145-146. Les auteurs expliquent que l'empreinte de la personnalité est invoquée de manière « incantatoire » par les tribunaux français.

108. *Id.*, p. 146.

109. D. GERVAIS, préc., note 104, p. 969.

110. En ce sens, voir C. BERNAUT, A. LUCAS-SCHLOETTER et A. LUCAS, préc., note 14, p. 145-146 ; D. GERVAIS, préc., note 104, p. 969 : « Undoubtedly then, when French courts tried to elevate the level of abstraction, they realized that what distinguishes one work from another are creative choices. »

le champ du présent article, permettrait de confirmer que le critère fondé sur la créativité est compatible tant avec la tradition civiliste qu'avec la common law, et faciliterait ainsi l'harmonisation du critère d'originalité au sein de l'Union. Sous réserve d'une telle analyse, il convient d'espérer que la référence au reflet de la personnalité ne sera pas maintenue dans les décisions futures de la CJUE.