

Vous avez certainement lu dans le Magazine un article signé par Michel Gasser consacré au copyright (voir le Mag #138 daté juillet-août 2018) et voici qu'un autre sociétaire, Michel Muhlstein (membre de la SGP depuis 1968 !) nous apporte quelques éléments complémentaires très utiles dans ce dossier qui concerne tous les photographes, qu'ils soient professionnels ou amateurs.



Michel Muhlstein

L'univers de la photo : le copyright

Voici donc quelques précisions :

1. Le droit d'auteur – le copyright

1. Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que le droit d'auteur et le copyright constituent «deux entités différant dans leur connotation». En réalité, les deux termes couvrent exactement la même notion. Dans les pays dits de droit civil (Europe continentale), le droit d'auteur (Urheberrecht, diritto d'autore, derecho de autor, etc.) protège le droit de l'auteur de contrôler le produit de son travail intellectuel et de l'exploiter; dans les pays dits de common law (pays anglo-saxons), le droit d'auteur (copyright) détermine qui peut copier une œuvre afin d'éviter à l'auteur de cette dernière des effets indésirables; la distinction est subtile, mais il faut surtout relever que, dans les deux systèmes, on aboutit en pratique au même résultat¹.

2. On sait qu'au Moyen Âge, de nombreux moines, en particulier, ont consacré une partie importante de leur vie à copier des manuscrits, sans que cela amenât les auteurs (ou leurs ayants cause) des textes copiés à protester. Le droit d'auteur et sa protection sont devenus des questions d'actualité lorsque la copie est devenue facile, c'est-à-dire lorsque l'imprimerie a été inventée. Ainsi, le premier texte «suisse» interdisant la reproduction d'un écrit imprimé est une loi bâloise du 28 octobre 1531². En France, les livres publiés étaient généralement munis en-tête d'un privilège du souverain, soit une prérogative concédée à l'auteur ou au cessionnaire des droits (un libraire) de faire imprimer l'ouvrage «*autant de fois que bon leur semblera et de le vendre et faire vendre partout dans notre Royaume pendant le temps de*

dix années consécutives à compter du jour de la date des présentes»; corrélativement, par ce privilège, le Roi faisait défense «*à tous imprimeurs, libraires et autres personnes d'en introduire d'impression étrangère, comme aussi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit ouvrage, ni d'en faire aucun extrait sous quelque prétexte que ce soit (...) sans la permission expresse et par écrit des exposants, ou de ceux qui auront droit d'eux, à peine de confiscation des exemplaires contrefaits*» et d'une amende.

Le plus ancien privilège connu a été accordé à Venise en 1469 à un auteur allemand³.

3. Le copyright trouve son origine dans l'octroi aux membres de la Stationers' Company, fondée à Londres en 1556, d'un droit exclusif d'édition en leur qualité d'«owner of copy». Au cours du XVI^{ème} et du XVII^{ème} siècles, les législations visant à protéger les droits des auteurs ou de leurs ayants cause ont été nombreuses en Allemagne; ainsi, en 1686 déjà, par une décision du Prince-électeur de Saxe, il a été fait interdiction aux libraires apportant des ouvrages imprimés sans droit de fréquenter la foire aux livres de Leipzig⁴.
4. La première législation qu'on peut qualifier de moderne est celle promulguée en 1709 en Angleterre, sous le règne de la Reine Anne; les États-Unis d'Amérique s'en sont inspirés pour

rédiger leur propre loi, entrée en vigueur en 1795. Sous la Révolution, la France a évidemment abrogé les privilèges royaux concédés sous l'ancien régime et a adopté deux lois «révolutionnaires», en 1791 et en 1793⁵. À la fin de l'occupation napoléonienne, le canton de Genève a conservé la loi française de 1793; lorsqu'il est entré dans la Confédération, notre canton a ainsi été le premier à posséder une loi (cantonale) sur le droit d'auteur⁶.

5. Les conventions internationales auxquelles l'article de Michel Gasser se réfère sont la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, révisée à Paris le 24 juillet 1971 puis le 28 septembre 1979, et la convention universelle sur le droit d'auteur conclue à Genève le 6 septembre 1952 et révisée à Paris le 24 juillet 1971.

Notes de page

- 1 Phillips/Firth, Introduction to intellectual property law, 3^{ème} éd., Londres, 1995, p. 124, ch. 10.2; Reh binder, Schweizerisches Urheberrecht, 3^{ème} éd., Berne, 2000, p. 71, ch. 54
- 2 Dessemontet, in Propriété intellectuelle, Commentaire romand, Bâle, 2013, p. 5, ch. 4 ad art. 1 LDA
- 3 Reh binder, op. cit., p. 27-29, ch. 12-13
- 4 Reh binder, op. cit., p. 30, ch. 14
- 5 Reh binder, op. cit., p. 30-31, ch. 15-16
- 6 Reh binder, op. cit., p. 32, ch. 17

II. Les mentions «copyright» et/ou © et leur portée

6. L'origine desdites mentions est le système d'obtention du droit d'auteur en vigueur jusqu'il y a peu aux États-Unis d'Amérique: l'auteur ou son ayant cause devait apposer sur chaque exemplaire de l'œuvre une «copyright notice». C'est pour complaire aux États-Unis d'Amérique que l'article III al. 1 a été inséré dans la convention universelle de 1952⁷; cette disposition vise «le symbole © accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication».

L'article 5 al. 2 de la convention de Berne prévoit au contraire que «la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité»; comme Michel Gasser l'écrit fort justement dans son article, c'est ce système qui s'applique en Suisse.

L'apposition des mentions «copyright» et/ou © est donc nécessaire dans les pays qui sont parties à la convention universelle de 1952, mais non à celle de Berne⁸. Les États-Unis d'Amérique ayant fini par adhérer à la convention de Berne, ils ont adopté un «Berne convention implementation act», entré en vigueur le 1er mars 1989, qui supprime la condition de l'apposition des mentions «copyright» et/ou © pour l'acquisition du droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique⁹.

7. En Suisse, le droit d'auteur naît par la création de l'œuvre, sans qu'aucune formalité soit nécessaire (dépôt auprès d'une administration, apposition d'une mention, paiement d'un émoulement, etc.)¹⁰. Par conséquent, **dans notre pays, l'apposition des mentions «copyright» et/ou © est dépourvue de toute portée quant à l'acquisition du droit d'auteur**¹¹.

8. On pourrait en déduire que ces mentions ne servent dès lors à rien du tout; ce n'est pas tout à fait vrai. Le lésé peut certes obtenir qu'il soit fait interdiction à un tiers de violer le droit d'auteur même si celui qui commet la violation est de bonne foi, en particulier s'il ignore que l'objet du litige est protégé par le droit d'auteur; la faute ne constitue donc pas une condition dont le titulaire du droit d'auteur devrait démontrer qu'elle est remplie¹².

En revanche, si le lésé entend obtenir un dédommagement, il doit prouver que celui qui a violé le droit d'auteur a commis une faute¹³. Cela signifie que le lésé doit démontrer que celui qu'il poursuit savait ou, au moins, devait savoir qu'il commettait une violation du droit d'auteur¹⁴. C'est alors que l'existence de la mention «copyright» et/ou © peut démontrer toute son utilité: l'auteur de la violation du droit pourra en effet très difficilement soutenir qu'il ignorait commettre une telle violation alors que l'une et/ou l'autre desdites mentions figurait dans ou sur l'œuvre¹⁵.

Ladite mention peut présenter

d'autres avantages encore, notamment «faire peur» à celui qui hésite à reproduire sans droit l'œuvre, indiquer à celui qui souhaite acquérir une licence qui est le titulaire du droit d'auteur, etc.¹⁶.

III. La protection des photographies par le droit d'auteur

9. J'ai été surpris de lire, sous la plume de Michel Gasser, que «*toute image est protégée*» et que «*ce droit absolu inclut n'importe quelle image*». Il me paraît important de préciser aux lecteurs que ce n'est précisément pas le cas!

10. Selon l'article 2 al. 1 LDA, «*par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel*»; **pour que l'œuvre soit protégée par le droit d'auteur, il faut donc qu'elle possède un «caractère individuel**». Cette notion n'est pas facile à appréhender pour le juriste, de sorte qu'elle est vraisemblablement plutôt obscure pour le non juriste! Tentons de clarifier cela.

11. Il convient de se référer à un arrêt du tribunal fédéral rendu en 2010:

«**Le critère décisif réside dans l'individualité, qui doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même; l'originalité, dans le sens du caractère personnel apporté par l'auteur, n'est plus nécessaire selon la LDA entrée en vigueur en juillet 1993 (...). L'individualité se distingue**

Notes de page

- 7 Hilty, Urheberrecht, Berne, 2011, p. 51, ch. 66
- 8 Holyoak/Torremans, Intellectual property law, 3^{ème} éd., Londres, 2001, p. 176, note 1
- 9 Ritscher/Beutler, Der Schutzvermerk im Immaterialgüterrecht, in sic! 1997, 541
- 10 Art. 29 al. 1 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA); Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, 3^{ème} éd., Berne, 2008, p. 10, ch. 3 ad art. 2; Rehbinde/Viganò, Urheberrecht, 3^{ème} éd., Zurich, 2008, p. 34, ch. 3 ad art. 2; Reutter, in Urheberrechtsgesetz, 2^{ème} éd., Berne, 2012, p. 386, ch. 2 ad art. 29; L. David, même ouvrage, p. 12, ch. 21 ad Introduction
- 11 Ritscher/Beutler, op. cit., p. 541
- 12 Hilty, op. cit., p. 377, ch. 432; L. David et autres, Der Rechtsschutz im Immaterial- und Wettbewerbsrecht, in SIWR I/2, 3^{ème} éd., Bâle, 2011, p. 109., ch. 258; Schmidt-Gabain, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, in sic! 2017, 453
- 13 Barrelet/Egloff, op. cit., p. 344, ch. 12 ad art. 62; Müller, in Urheberrechtsgesetz, 2^{ème} éd., Berne, 2012, p. 615, ch. 8 ad art. 62
- 14 L. David et autres, op. cit., p. 152-153, ch. 383
- 15 Rehbinde/Viganò, op. cit., p. 34, ch. 3 ad art. 2; Müller, op. cit., p. 615, ch. 10 ad art. 62; Ritscher/Beutler, op. cit., p. 546
- 16 Ritscher/Beutler, op. cit., p. 545-547

de la banalité ou du travail de routine; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique»¹⁷.

L'œuvre doit se distinguer de ce qui est habituel au point qu'il apparaît exclu qu'un tiers utilisant les mêmes données crée une œuvre essentiellement identique (unicité statistique de l'œuvre)¹⁸.

12. Que cela signifie-t-il pour des photos ? La valeur esthétique, la signification et le but de la photographie sont dépourvus de pertinence pour déterminer si la photographie possède la qualité d'œuvre au sens de la susdite disposition¹⁹.

Il est donc constant que de banales images ne peuvent être considérées comme des œuvres; en revanche, l'utilisation de différents moyens créatifs (le sujet, le cadrage, le moment de la prise de vue, le choix de l'objectif, de filtres, le réglage de la profondeur de champ, de l'éclairage, voire encore le traitement du négatif ou du fichier électronique) peut conférer à la photographie un caractère individuel au sens de l'article 2 al. 1 LDA²⁰.

Il faut qu'il y ait un travail créatif, ce qui exclut la photo qui est le résultat du seul hasard²¹. En revanche, le fait qu'une photographie est un instantané au sens technique du terme (par exemple une

photo documentaire de presse) est dépourvu de pertinence pour déterminer si cette photographie constitue une œuvre au sens de la LDA²²; la préparation intellectuelle d'un instantané ou le choix d'une photographie parmi une série d'instantanés peut aussi constituer une prestation intellectuelle et, dans la mesure où cette dernière se reflète dans l'œuvre, suffire à conférer à celle-ci la protection du droit d'auteur²³.

13. Les moyens techniques utilisés ne peuvent ainsi être seuls déterminants; le fait d'être au bon moment au bon endroit n'implique pas non plus automatiquement la protection du droit d'auteur²⁴. La photographie doit être appréciée indépendamment des circonstances de sa création, quand bien même celles-ci peuvent contribuer à déterminer s'il y a création intellectuelle²⁵. Il faut voir si le résultat constitue l'expression d'une création intellectuelle à caractère personnel, si la photographie (mais non l'objet photographié) se distingue suffisamment de ce qu'on a déjà vu et de ce qui est virtuellement envisageable (unicité statistique), en se plaçant au moment où la photographie a été prise²⁶; corrélativement, l'absence de moyens techniques particuliers n'exclut pas que la photographie puisse constituer une œuvre²⁷.

Le fait qu'une photographie ait été post-traitée ne suffit pas non plus à lui conférer un caractère individuel suffisant pour en faire une œuvre²⁸.

14. Pour illustrer ce qui précède, il convient de considérer ici les deux photographies qui ont fait l'objet des deux arrêts rendus par le tribunal fédéral en 2004, soit celle de Bob Marley (qualité d'œuvre protégée par le droit d'auteur admise) et celle de Christoph Meili, que le tribunal fédéral n'a pas jugée digne de protection.

IV. Conclusion

15. En résumé, il convient de retenir de ce qui précède que :

- le droit d'auteur et le copyright constituent un même concept, dont la finalité est de protéger le droit de l'auteur ou de son ayant cause sur l'œuvre;
- dans les pays ayant adhéré à la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (176 États au 13 juillet 2018 !), l'existence et l'exercice du droit d'auteur ne dépendent pas de l'apposition des mentions «copyright» et/ou ©;
- ces mentions peuvent néanmoins être utiles pour démontrer que celui qui a violé le droit d'auteur ne pouvait ignorer l'existence de ce droit;
- en droit suisse notamment, les conditions posées pour qu'une photographie soit considérée comme une œuvre au sens du droit d'auteur sont très strictes.

Michel Muhlstein



Notes de page

- ¹⁷ ATF 136/2010 III 225 c. 3.1 GUIDE ORANGE
- ¹⁸ ATF 134/2008 III 166 c. 2.3.1 et 2.3.2 COMPENDIUM ; ATF 142/2016 III 387 c. 3.1 TERRASSE COUVERTE
- ¹⁹ ATF 130/2004 III 168 c. 4 et 4.1 BOB MARLEY et la note de Mosimann et Herzog in sic! 2004, 705 ; Hug, Bob Marley vs Christoph Meili : ein Schnappschuss, in sic! 2005, 57 et 58 ; Cherpillod, in Urheberrechtsgesetz, 2^{ème} éd., Berne, 2012, p. 26, ch. 6 ad art. 2
- ²⁰ ATF 130/2004 III 168 c. 4.5 BOB MARLEY
- ²¹ Hug, op. cit., p. 58 et 61
- ²² Arnet, Die Fotografie – Sorgenkind des Urheberrechts ?, in PJA 67, not. 70 ; Cherpillod, op. cit., p. 41, ch. 58 ad art. 2
- ²³ ATF 130/2004 III 168 c. 4.5 in fine BOB MARLEY et la note de Mosimann et Herzog in sic! 2004, 705 ; ATF 130/2004 III 714 c. 2.1 MEILI
- ²⁴ ATF 130/2004 III 714 c. 2.1 MEILI
- ²⁵ ATF 130/2004 III 714 c. 2.2 MEILI
- ²⁶ Hug, Bob Marley vs Christoph Meili : ein Schnappschuss, in sic! 2005, 57, not. 63
- ²⁷ ATF 130/2004 III 168 c. 5.1 in fine BOB MARLEY et la note de Mosimann et Herzog in sic! 2004, 705 ; ATF 130/2004 III 714 c. 2.1 et 2.2 MEILI
- ²⁸ Senn, Wie aus einer Fotografie ein Bild wird, in sic! 2015, 149