

Une modification de la loi fédérale sur le droit d'auteur amène à compléter l'article "**Le copyright**" publié dans le Bulletin de la SGP de décembre 2018 et sur le site internet

(<https://www.sgp-geneve.ch/wp-content/uploads/2022/06/CopyrightMM-web.pdf>)

1. Un alinéa 3bis a été ajouté à l'article 2 LDA (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020) :

"Sont considérées comme des œuvres les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie d'objets tridimensionnels, même si elles sont dépourvues de caractère individuel".

Ainsi, à compter de la susdite date, des photographies telles que celle de Christoph Meili constituent des œuvres protégées par le droit d'auteur ! De banales photographies dépourvues de toute recherche dans la conception et/ou la réalisation, qui ne s'écartent pas de ce qui est usuel, bénéficient de cette protection ; il peut donc s'agir de communes photos de famille, par hypothèse floues et/ou sur- ou sous-exposées, avec un premier plan "cramé" par un éclair de flash mal dosé, des visages ou des jambes coupées, etc.¹ !

L'adjonction de cet alinéa 3bis à l'article 2 LDA est la concrétisation d'un vœu formulé par les photographes professionnels, notamment ceux de presse, qui souhaitaient voir leurs photographies protégées même en l'absence de caractère individuel². Cet ajout est toutefois très vivement critiqué par plusieurs auteurs, qui n'hésitent pas à le qualifier d'absurde³ !

2. **Pour que les photographies dépourvues de caractère individuel soient protégées, il faut néanmoins qu'elles constituent des créations de l'esprit et représentent des objets tridimensionnels ;** dès lors, une image produite automatiquement (par exemple par une caméra de surveillance ou un radar) ou obtenue dans un automate à photos ou par une "webcam", un satellite, etc., voire encore celle

¹ Oertli, Neues Urheberrecht für Fotografien, in sic ! 2020, 600

² Walter, Der neue Art. 2 Abs. 3bis URG – Die Umkehrung des Urheberrechts ?, in sic ! 2021, 378

³ not. Hilty, Urheberrecht, 2^{ème} éd., Berne, 2020, p. 81, ch. 203

obtenue fortuitement par un animal, ne bénéficie pas de la protection, car elle n'est pas le résultat d'une activité intellectuelle⁴.

Cette modification législative n'a ainsi aucun effet sur les photographies d'originaux bidimensionnels, tels que des dessins, des plans ou encore des peintures ou des mosaïques⁵. Quid de la photographie d'un tableau (plan) dans un cadre en relief⁶ ?

3. Il demeure en outre une différence importante entre les œuvres au sens de la définition générale de la LDA, soit celles présentant un caractère individuel, et les photographies dépourvues de caractère individuel visées à l'article 2 al. 3bis. Les premières continuent à bénéficier de la protection découlant de l'article 2 al. 2 lettre g LDA, protection qui prend fin **70 ans après le décès de l'auteur**, tandis que la protection des secondes se termine "**50 ans après la confection**"⁷.
4. Il importe d'examiner les dispositions transitoires, soit l'article 80 LDA selon lequel :

"¹ La présente loi s'applique également aux œuvres, prestations, phonogrammes, vidéogrammes ainsi qu'aux émissions créés avant son entrée en vigueur.

*² Lorsque l'utilisation d'une œuvre, d'une prestation, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'une émission, licite sous l'empire de l'ancienne loi, est prohibée par la présente, elle peut être achevée, **pour autant qu'elle ait été entreprise avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.**"*

5. Il en découle que "*l'application du nouveau droit se limite aux utilisations entreprises après son entrée en vigueur*"⁸. Par conséquent,

"(...) les utilisations entreprises avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et qui étaient licites sans l'accord du titulaire des droits peuvent être achevées.

Appliquée à la mise à disposition de photographies dépourvues de caractère individuel, cette disposition

⁴ Egloff, in Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, 4^{ème} éd., Berne, 2021, p. 24, ch. 35 ad art. 2 ; Schütz, Schutz von Fotografien : Ein Lichtbildschutz, der keiner ist, in Medialex, 2020/3 ; Oertli, op. cit., p. 600-601 ; Walter, op. cit., p. 378

⁵ Egloff, Neues im neuen URG, in Revue de l'avocat, 2020, 275 ; voir aussi Egloff, in Barrelet/Egloff, op. cit., p. 25, ch. 36-37 ad art. 2 ; Oertli, op. cit., p. 600-601

⁶ Hilty, op. cit., p. 81, ch. 204

⁷ art. 29 al. 2 LDA ; Egloff, in Barrelet/Egloff, op. cit., p. 24-25, ch. 34 et 38 ad art. 2 ; Oertli, op. cit., p. 603

⁸ Feuille fédérale 2018, 588

signifie que leur utilisation est toujours permise à condition qu'elle ait été entreprise sous l'ancien droit. Mais toute nouvelle utilisation faite sans l'accord du titulaire est interdite sous réserve des utilisations autorisées par la loi. Si, par exemple, des livres de photos ont été imprimés avant l'entrée en vigueur de la disposition révisée et qu'ils contiennent des clichés dépourvus de caractère individuel, ils peuvent continuer d'être vendus après l'entrée en vigueur. Il en va de même pour les états de fait en relation avec Internet, et ce en raison de la formulation neutre du point de vue technologique qui caractérise la LDA.

Lorsque des photographies sans caractère individuel sont utilisées sur un site web, ce dernier peut être maintenu après l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition. Mais si des photographies sans caractère individuel sont utilisées à des fins d'illustration d'un site Internet (ancien ou nouveau) après l'entrée en vigueur de la présente révision de la LDA, il faut obtenir le consentement des titulaires des droits⁹.

Oertli note que la situation n'est pas claire si les photographies sans caractère individuel ont été utilisées pour un site internet avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi et que ce site est ultérieurement retravaillé ou transformé¹⁰. Egloff considère que l'usage de telles photographies demeure licite au moins jusqu'au "*nächsten gestalterischen Update*"¹¹.

⁹ Feuille fédérale 2018, 588-589

¹⁰ Op. cit., p. 606

¹¹ Egloff, Neues im neuen URG, in Revue de l'avocat, 2020, p. 276 ; voir aussi Egloff, in Barrelet/Egloff, op. cit., p. 555, ch. 8-9 ad art. 80