

Zoom sur l'originalité en photographie

Par Jessica Giraud

La photographie est-elle créatrice d'œuvres originales ? La réponse n'est pas simple comme un clic Kodak mais varie au gré des époques et du balancier de la jurisprudence. La notion d'originalité en photographie soulève de nombreuses questions, en raison de la dimension mécanique de la création photographique. Elle est pourtant cruciale, puisque l'originalité est la condition « on/off »* de l'application du régime protecteur du droit d'auteur au photographe...

1. 1^{ère} prise de vue liminaire : la photographie n'est pas un art, c'est un procédé mécanique

Le plus grand reproche fait à la photographie est **que sa réalisation nécessite l'intervention d'un appareil mécanique**. De telle sorte que les juristes contemporains de l'invention de la photographie avaient même envisagé une protection des clichés en marge du droit d'auteur, sur le terrain des brevets ou des dessins et modèle* ; le projet fut aussitôt écarté. Mais les interrogations sur le statut de ce procédé suspect qui consiste à capturer l'image du réel à l'aide d'une machine n'en demeuraient pas moins singulières. En 1839, les lois relatives au droit d'auteur (deux ordonnances de 1793) intègrent dans le champ de protection de ce régime d'exception les Beaux Arts uniquement. Et la photographie n'est pas jugée digne d'y figurer.

Pour ne citer qu'un des **détracteurs de cet art nouveau en 1848**, on citera la diatribe « apologisante » de Lamartine : (Lamartine *Cours familier de littérature* 1848) ***C'est cette servilité de la photographie qui me fait profondément mépriser cette invention du hasard, qui ne sera jamais un art mais un plagiat de la nature par l'optique. Est-ce un art que la réverbération d'un verre sur du papier ? Non c'est un coup de soleil pris sur le fait par un manœuvre Mais où est la conception de l'homme ? Où est le choix ? Dans le cristal, peut être. Mais à coup sur pas dans l'Homme*** ». Et le même Lamartine de signer la Déclaration des membres de l'Institut qui disposait ainsi : « **Considérant que la photographie se résume à une série d'opérations toutes manuelles**, qui nécessitent sans doute quelques habitudes des manipulations qu'elles comportent, mais que **les épreuves qui en résultent ne peuvent en aucune circonstance, être assimilés aux œuvres**, fruit de l'intelligence et de l'étude de l'art (...) le photographe ne destituera jamais le peintre ; l'un est un Homme, l'autre est une machine. Ne comparons plus ».

Remarquez, **les Cours de justice n'étaient pas plus avenantes** : « *l'art du photographe ne consiste pas dans la création du sujet de sa propre création, mais dans l'obtention de clichés, et par suite dans le tirage d'épreuves reproduisant servilement, par des moyens mécaniques, l'image d'objets de toute nature* ». (Tribunal de commerce, Seine, 7 mars 1861).

En d'autres termes, le travail de l'homme photographe est disqualifié en un travail mécanique. L'œuvre ne pouvant se réaliser que par des moyens artistiques, l'utilisation d'une machine ne peut véhiculer la pensée de l'artiste (voir *L'art et la loi* de Copper). **Le photographe est réduit à l'activité de son appareil, il est une machine, un manœuvre au service de la machine, la machine exclut la création originale donc la photographie n'est pas un art**. Vieille

opposition de la matière à l'esprit, de l'impersonnalité de la mécanique, du technicien, à la personnalité à l'âme de l'artiste. Comme si l'un excluait nécessairement l'autre, comme si le technicien ne pouvait pas être tout à la fois mécanicien et artiste...

2. Recadrage et 2^{ème} éclairage : la photographie est une œuvre de l'esprit protégeable

Néanmoins, la jurisprudence étant de tout temps soumise à un effet de balancier, **elle intronisait en 1862 la photographie dans l'ordre sacré des Beaux-Arts** ... La photographie connaît alors ses premières heures de gloire juridique. Lamartine de s'écrier en 1864 : « C'est un phénomène solaire ou l'artiste collabore avec le soleil. » **La Convention de Berne sur la propriété intellectuelle** voit le jour et intègre cette forme d'art dans le giron de son régime protecteur en 1908. Dans le même temps une **loi française de 1905 (dite Loi de l'Unité de l'Art)** vient abolir la question de la forme, du genre des œuvres. Toute œuvre artistique est supposée digne de protection, du meuble Louis XV aux Nymphéas de Manet en passant par le daguerréotype. Aux yeux de la loi, seule l'originalité compte. Enfin, la notion même d'œuvre s'ouvre. Marcel Duchamp, ta roue de vélo (1913) et ton porte bouteille (1914) auront su décomplexer les esprits étriqués. Quant aux motivations du rédacteur de la loi, elles tiennent finalement plus à l'essor économique engendré la photographie que par une fulgurance juridique sur la nature artistique du procédé employé.

Quoiqu'il en soit, la longue lutte pour la reconnaissance du statut d'œuvre artistique à la photographie, qui donne droit à la protection par le droit d'auteur, allait être définitivement gagnée en deux temps. Une première étape fut franchie lors de l'adoption de la **loi du 11 mars 1957** sur la Propriété Littéraire et Artistique introduisant le Code éponyme. Mais elle fut franchie à cloche pied : pour que le photographe puisse bénéficier juridiquement de la protection du statut d'auteur, **il fallait encore que ses œuvres revêtissent un caractère « artistique ou documentaire »**. La photographie, un art ? Oui-non-peut être. La loi laisse alors planer un doute sur la légitimité de son statut. On ne peut que s'étonner de ce parti pris puisque la Convention de Berne intégrait depuis 1908 les photographies dans la liste des œuvres protégées de son article 2, le législateur français avait tout loisir d'en faire de même, sans poser de condition à la protection. Qui plus est cette condition oblige le juge à prendre en considération le contenu du cliché et donc son genre, ce qui est contraire à l'article 1 de la loi ... du 11 mars 1957 ! **Ce n'est pourtant qu'en 1985 (loi du 3 juillet exactement) qu'il abolira l'exigence d'un caractère artistique ou documentaire** pour intégrer pleinement les photographies au panthéon juridique des œuvres d'art, sans autre condition à remplir que celle applicable à toute œuvre de l'esprit à savoir un minimum de forme (là, aucune difficulté) et d'originalité.

Si l'on se résume, entre 1839 et 1862, la photographie est une curiosité, les photographes sont des techniciens, qu'ils se débrouillent. Entre 1862 et avant 1957, la photographie est élevée au rang des arts consacrés mais en vertu d'un fondement jurisprudentiel dont on sait le caractère versatile. En 1957, la photographie n'est plus un art *a priori* mais à *condition*. Selon le contenu du cliché, certains photographes, à l'exclusion des autres se voient accorder une protection en demi-teinte. Seules les photographies artistiques ou documentaires, « les habituées » peuvent

entrer dans le club très fermé des œuvres de l'esprit. Puis arrive l'année 1985, l'an béni : plus aucune condition n'est posée, sinon l'originalité de l'œuvre (laissons de côté la condition de formalisation de l'œuvre, évidemment acquise dès lors que le cliché est réalisé). La photographie d'une machine à découper le jambon, qui ne présente ni un caractère documentaire ni un caractère artistique peu sous la seule condition de son originalité bénéficier du régime du droit d'auteur (Cass. 13 décembre 1989 La Bovida).

En 1985 donc, le parlement français baptise la naissance du photographe auteur. Il est intéressant de remarquer ici que le *finish* du législateur français accuse presque un siècle de retard sur son confrère américain. La protection du droit d'auteur bien de chez nous s'ouvre à : « toutes les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie » alors qu'Oncle Tom a consacré cette règle en 1865.** Qui plus est le rapport de nos photographes avec le droit d'auteur français s'avère être un cliché flou dont la focale est réglée pour ne pas dire dérégulée au gré de l'humeur des gardiens du prétoire.

3. 3^{ème} plan et mise au point jurisprudentielle : l'originalité de l'œuvre constamment contestée

Pour défendre le statut d'auteur si durement acquis, le photographe doit, depuis 1985 rapporter la preuve de l'originalité de son œuvre. C'est la lutte non pas finale mais infinie, d'une part en raison de l'absence de définition même de la notion d'originalité et d'autre part en raison du nombre d'œuvres dont l'originalité est contestée en justice.

Certes l'originalité d'une photographie dépend selon une jurisprudence maintenant bien établie de divers critères tels que l'angle de vue, l'heure de la prise de vue, la qualité de la pellicule, le choix du sujet, le cadrage, le mouvement le cas échéant, voir le retouchage, la colorisation, la superposition des filtres, etc. **Ces critères permettent de déterminer si oui ou non le photographe a laissé son empreinte sur le cliché, si sa personnalité s'est exprimée. Reste que les juridictions ne s'accordent pas sur le point de savoir si ces critères sont ou non cumulatifs, et s'en servent aussi bien pour qualifier positivement ou au contraire dénier l'originalité d'un cliché.** Ont ainsi été exclus du bénéfice de la qualification d'œuvres originales sur la base de ces critères, les clichés qui sont d'une **extrêmement banalité** (Paris 20 mars 1989)(mais banales pour qui ?), ou les photographies « **prises en rafale** » (Civ. 1^{ère} 3 fev. 2004), ou encore celles **réalisées par un paparazzi** (Paris 5 décembre 2007). Idem pour la jurisprudence relative aux **photographies de plateau de cinéma** ou celle résultant de la **trop grande technicité** de leur « auteur » (guillemets qui font grincer des dents les professionnels). Sur la base de ces mêmes critères encore, n'a pas été reconnue **originale la photographie qui n'est que la reproduction fidèle d'un tableau** (Paris 24 juin 2005) **quoique la jurisprudence se soit depuis exprimée en sens inverse** dans une décision du 4 mars 2009... Et l'on s'étonne que certaines photographies nourrissent à elles seules un contentieux entier et éternel (voir, sur l'originalité d'une photo du Che Guevara, Paris 10 sept 2009, TGI Paris 6 juin 2008, 13 mars 2009)... Le fameux balancier de la justice est en mouvement.

En second lieu, les photographes sont confrontés à la difficulté de la **charge de la preuve de**

l'originalité d'une photo. Epineux problème sur lequel la jurisprudence trébuche. La photographie étant un art qui produit beaucoup, l'Oeuvre d'un photographe est constituée de plusieurs milliers de tirages originaux, il donne lieu à un contentieux de masse. Or la charge de la preuve de l'originalité des clichés pèse sur les photographes qui agissent devant le juge pour défendre leur droit. Outre le fait qu'il est demandé aux photographes de prouver leur propre empreinte, celle de leur personnalité, c'est à dire de faire la preuve d'eux même, il leur faut établir cette preuve pour chacune des œuvres contestées judiciairement, cliché par cliché. Le photographe est ainsi régulièrement contraint de devoir fournir les papiers d'identité artistique de chacune des 30, 300 voir 3000 œuvres en litiges à un magistrat qui, de surcroît, ne sait pas toujours les lire. **Fort heureusement des décisions récentes sont venues soulagées les photographes de cette charge. Notamment le jugement en référé du Tribunal de Grande Instance de Paris HACHETTE rendu le 10 mars dernier relève que la preuve de l'originalité pouvait être rapporté de façon globale pour l'ensemble des clichés produit à l'instance .**

Il est vrai que certains avocats ont bien tenté de contourner l'obstacle en brandissant l'article 1134 du code civil, qui pose en principe que le contrat est la loi des parties et qu'elles sont liées par la nature des engagements qu'elles se sont promis. A l'aune de ce principe, **Me LAGARDE notamment a interrogé diverses juridictions civiles : comment les commanditaires des photographes osent-ils venir dénoncer la non-originalité d'une œuvre dont ils ont convenu par contrat du caractère original ?** N'y a-t-il pas contradiction à laisser ainsi à une partie la possibilité de revenir sur sa foi jurée et actée ? La pertinence du moyen, que les plus savant nomment « **l'estopelle** », n'a cependant pas encore trouvé d'écho favorable devant nos juridictions civiles et pénales. Pour l'heure il n'y a pas de mal à ce qu'une partie se contredise elle-même et prêche le contraire de ce qu'elle certifiait encore hier. Pour l'heure donc, un commanditaire peut impunément rémunérer un photographe en droit d'auteur et contester 4 ans plus tard le caractère original de son travail pour ne pas avoir à obtenir de sa part le droit de réutiliser ses clichés à d'autres fins que celles stipulées dans la convention initiale. Pour se consoler, on relèvera que **le juge à depuis peu tendance à faire peser la charge de la preuve de l'originalité sur les agences (voir l'arrêt AFP de la Cour d'Appel de Paris du 21 novembre 2009)** . En d'autres termes, ce n'est plus à l'auteur de prouver l'originalité de son travail mais au commanditaire de prouver qu'il ne s'agit pas de clichés originaux.... Jusqu'au prochain mouvement de balancier.

Enfin, la preuve de l'originalité de leur cliché n'est malheureusement pas la seule que les photographes auteurs doivent aujourd'hui produire à l'instance *.**

En conclusion, comme le soulignait en 1995 le Professeur Gendreau « *Autant la conquête du droit d'auteur aura été laborieuse à cause de la spécificité du procédé photographique autant l'exercice du droit d'auteur sera sujet à maintes contraintes à cause même de cette spécificité* »****. Que les avocats se réjouissent, ou se désespèrent, 5 plus tard le combat mené par les photographes n'a pas finit de remplir nos JCP, GAPI, Légipresse et Cie ...

* l'expression appartient à Me VINCENT, qui en a précisé le sens lors de son intervention au

sein du colloque organisé par l'Union des photographes professionnels (anciennement UPC) et la société des Auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) en partenariat avec le laboratoire de droit de l'université de Versailles, qui s'est déroulé le 31 mai dernier au Sénat.

** la photographie est protégée aux USA par une loi datant du 3 mars 1865 « an act to amend the several acts respecting copyright » et grâce à une jurisprudence *Burrow Giles lithographic co v. Sarony 1884* relative à un portrait photo d'Oscar Wilde.

*** Pour un exemple d'actualité, lire l'article de Jeanne Calmont ***Quand les tirages de presse n'ont pas bonne presse en salles des ventes*** , ArtyParade newsletter juin 2010, sur la bataille engagée par les photographes auteurs de tirages de presse contre les agences détenant leurs originaux.

**** Y. Gendreau *la protection des photographies en droit d'auteur Français, Anglais Américain et Canadien*, thèse de Paris 1995

<http://artyparade.com/en/news/31>