

PHOTOGRAPHIE PUBLICITAIRE ET DROIT D'AUTEUR

I. FONDEMENTS

1. La protection désirée

1. L'article premier du Manifeste de la Pyramide déclare :

"Le photographe est investi, du seul fait de la création de son oeuvre, des droits moraux, et d'un droit patrimonial d'auteur opposable à tous."

2. Le but de cette proclamation était d'influencer le droit d'auteur en formation dans l'Union Européenne. L'article 6 de la directive du 29 octobre 1993 sur la durée du droit d'auteur montre que les photographes ont obtenu partiellement gain de cause (Annexe I).

3. Pour la Suisse, cette proclamation ne fait que répéter l'évidence; mais la Suisse est à la pointe du progrès, puisque sa première loi du 28 avril 1883 prévoyait déjà la protection des photographies, contre enregistrement et pour un délai de cinq ans il est vrai ! La deuxième loi du 7 décembre 1922 abrogeait le statut particulier des oeuvres photographiques. N'empêche ! Il est utile de se rappeler les **motifs** de la protection.

2. Les motifs de la protection

4. L'Etat concède des droits d'auteur comme il concède la protection juridique des biens immobiliers ou des meubles : pour permettre à l'**économie** de fonctionner, aux bâtiments de se construire, aux meubles de se fabriquer et de se vendre, au commerce de prospérer

- ce qui entraîne la prospérité de la Société. Le droit protège depuis longtemps les investissements matériels. Pour les biens intangibles, les photographies, les affiches, les innovations techniques, il faut aussi une protection légale. On l'appelle le droit d'auteur, le droit des brevets, le droit des dessins et modèles, mais quelle que soit la discipline en cause, l'idée fondamentale est toujours de favoriser l'**investissement**.

5. L'investissement est de deux sortes, dans le domaine des photographies publicitaires :

a) L'investissement "en amont" de la création consiste dans le temps passé à acquérir son métier, et dans les équipements de studio photographiques et informatiques.

b) L'investissement "en aval" de la création consiste dans le temps et les frais engagés pour aboutir à la commercialisation des photographies, à leur reprise impeccable dans les catalogues, sur les affiches ou sur les emballages par exemple.

6. Le droit d'auteur protège donc contre les **pirates**, qui s'économisent l'investissement en amont. "On ne peut récolter si l'on n'a pas semé", dit la sagesse des nations. Et la propriété intellectuelle protège les biens intangibles en aval de la création, car elle confère aux créateurs des **droits absolus** - c'est-à-dire valables à l'encontre de tout le monde - qu'ils peuvent commercialiser.

7. En effet, les *contrats*, passés par exemple avec l'annonceur ou l'utilisateur, ne donnent pas des droits contre ceux qui n'y sont pas parties. Les contrats ne font naître que des droits **relatifs**. Ainsi, l'annonceur auquel le photographe autorise simplement l'usage d'un cliché n'est pas en droit de lutter contre la reprise de ce cliché par un tiers non autorisé. La prochaine fois, il serait tenté lui aussi de se passer de l'accord du photographe, s'il n'y avait pas de droit d'auteur. Dans ces

conditions, les contrats ne suffisent pas à assurer les transactions entre les agents économiques et les créateurs. Les droits absolus vont profiter aux **ayants droit** des auteurs.

8. La loi sur le droit d'auteur protège donc les créations afin de permettre au marché de fonctionner harmonieusement. Dans un cas particulier, cependant, on ne devra jamais prouver le montant des investissements. Mais quelles sont donc les photos protégées par la loi sur le droit d'auteur du 9 octobre 1992 (LDA) ?

II. PHOTOS PROTEGEES

9. Le droit d'auteur protège les **créations publicitaires** comme les autres. Assurément, l'opinion a régné jadis que la propriété littéraire et artistique protège l'art dans la mesure où il est libre de toute fin utile¹. Cette opinion s'est renforcée du courant de pensée qui a distingué entre l'art et l'art appliqué, pour soumettre l'art appliqué à un statut spécial, ou du moins lui dénier le bénéfice de la protection accordées aux oeuvres des Beaux-Arts.

A l'heure actuelle, et en droit suisse, la protection des créations publicitaires n'est pas moins complète que celle des autres créations². L'art peut précisément résider dans une adéquation de la photographie aux média et aux effets publicitaires recherchés.

10. Dans ce cadre, la photographie publicitaire peut bénéficier de la protection du droit d'auteur comme toutes les oeuvres photographiques, cinématographiques et les autres oeuvres visuelles ou audiovisuelles, au sens de l'article 2 al. 2 lit. g LDA. Dans l'Union européenne, l'article 6 de la directive du

1 Voir M. Kummer, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Berne 1968, pp. 70 ss.

2 Voir déjà F. Dessesmontet, *La publicité et la propriété intellectuelle*, RSJ 78 (1982), à pp. 2-3.

29 octobre 1993 prévoit leur protection pendant la vie et septante ans après la mort de leur auteur. A l'échelon mondial, un délai de cinquante ans dès ce moment vient d'être décidé par la signature du Traité OMPI sur le droit d'auteur (article 9). Aucune exigence ne peut être requise par les législateurs nationaux sauf l'**originalité**.

11. En effet, ce n'est pas toute photographie qui mérite la protection légale. Il convient de ne protéger que les photographies présentant un certain degré d'**originalité**. Par exemple, la jurisprudence genevoise a reconnu l'originalité d'une photographie qui était un montage permettant de reproduire la verticalité d'un bâtiment en forme de tour³. D'un autre côté, des tribunaux zurichois ont dénié toute originalité à la photographie d'un homme d'affaires penché en avant sur une table⁴ ou à celle de trois chanteurs posant devant le Palais fédéral⁵. On peut sans doute tenter de conférer à un cliché banal un reflet d'originalité en prenant dans le champ une oeuvre d'art, une fontaine monumentale⁶ ou un bâtiment original⁷. Cependant, l'individualité réelle doit ressortir du choix de l'objectif, de l'angle de prise de vue, du cadrage, de l'éclairage, des contrastes, des couleurs le cas échéant, des reliefs de l'expression ou de la pose des modèles, enfin du tirage. C'est la chose la plus difficile à exprimer en termes généraux, et pourtant il est plus aisé de porter ce jugement dans un cas concret que l'on ne le supposerait en lisant les formules vagues des juristes.

12.

3 Cour de justice de Genève, 29 janvier 1963, SJ 1964, p. 171.

4 Obergericht Zurich, 30 juin 1983, RSPI 1985, p. 221.

5 Obergericht Zurich, 2 mars 1972, RSJ 68 (1972), p. 308, N° 174.

6 France, Cass. civ., 16 juillet 1987, RIDA 135 (janvier 1988), p. 94.

7 Cour d'appel de Paris, 19 juin 1979, RIDA 109 (juillet 1981), p. 208. Jadis, la loi italienne doublait la durée de la protection de photographies reproduisant des oeuvres protégées.

Mais que cherche le juriste lorsqu'il envisage de protéger les photographies publicitaires ? C'est ce que nous examinerons en présentant les **droits** conférés au photographe (III) et les **contrats** relatifs aux photographies publicitaires (IV).

III. LES DROITS DES PHOTOGRAPHES

1. Les principes

13. Le Manifeste de la Pyramide proclame des droits que la loi suisse sur le droit d'auteur accorde déjà.
 - a) L'auteur jouit du fait de sa création d'un **droit exclusif** sur son oeuvre. Ce droit exclusif est général : il couvre toutes les hypothèses d'usage de l'oeuvre encore inconnues lors de la rédaction de la loi.
 - b) L'auteur a le droit de faire reconnaître sa **qualité d'auteur**. On appelle ce droit le *droit à la paternité*. Il joue un rôle pour les photos reprises d'un tiers, les montages, ou encore les photographies figurant sur le fond d'un décor. Leur auteur non seulement devra autoriser leur reproduction, mais il faudra lui donner ses crédits photographiques. D'ailleurs l'auteur peut choisir un pseudonyme.
 - c) L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son oeuvre sera **publiée**. Avant publication, l'oeuvre n'est pas saisissable. Par publication, on entend le fait de rendre accessible l'oeuvre à un nombre indéterminé de personnes qui ne sont ni des parents, ni des amis.
 - d) L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son oeuvre sera utilisée. Il peut entre autres décider de la **reproduction**. On voit ici que le droit d'auteur continental dépasse de loin le simple *copyright* anglo-saxon. L'origine du *copyright* se trouve dans les privilèges des imprimeurs. Le *copyright* est donc étroitement lié à

l'imprimé. Ainsi, nos amis anglo-américains ont quelques difficultés avec Internet : l'apparition fugitive d'une image lorsqu'on parcourt des collections d'images sur un site (le "*browsing*") n'est peut-être pas une **reproduction** au Canada, par exemple. Pour nous, la question est secondaire puisque c'est une **utilisation** punissable parce qu'on fait voir l'oeuvre en un nouvel endroit. Si l'image est stabilisée, cela devient un **exemplaire**, et alors les deux ordres juridiques se retrouvent.

- e) L'auteur a d'ailleurs un droit exclusif sur toutes les formes de **diffusion** de son oeuvre, par la radio ou la télévision, ou encore en réseau informatique.
- f) L'auteur d'un logiciel a enfin le droit exclusif sur la **location** de son programme. Les autres auteurs ont simplement droit à **rémunération**.
- g) En outre, l'auteur a un droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière l'oeuvre peut être **modifiée**. Ce droit est complété par celui de décider si, quand et de quelle manière la photographie peut être utilisée pour créer une oeuvre dérivée ou être incorporée dans un **recueil**.

Ainsi, l'auteur d'une photo manipulée par ordinateur pour faire le fond d'une autre photo doit approuver cet usage.

- h) Enfin, l'auteur a le droit de reprendre sa collection de **négatifs** ou de **diapositives** qui seraient menacés de destruction. D'un autre côté, il peut les détruire lui-même⁸.

IV. CONTRATS

14.

8 Voir Milan Kundera, *Les testaments trahis*, Paris 1993, pp. 297 ss (à propos du testament de Kafka qui voulait qu'on détruise la plus grande partie de son oeuvre non publiée).

Les contrats varient d'une situation à l'autre. Si je me fonde sur les "**conditions générales de reproduction**" que proposent les photographes professionnels suisses, chiffre 4 du tarif, je constate que le contrat passé avec l'utilisateur peut comprendre les éléments suivants :

- a) Reconnaissance des droits (ch. 1 al. 3 1ère phrase)
- b) Licence pour la reproduction

Si l'on parle d'**autorisation**, on admet en général qu'il y a une licence. La licence se distingue de la **cession** comme le bail à loyer se distingue de la vente d'un appartement. Donc, malgré la conclusion du contrat, l'auteur demeure titulaire des droits (ch. 2 1ère phrase - ch. 3 al. 1 2ème phrase). La reproduction visée est **toute reproduction**, y compris sur un support numérique, et le droit de **modifier** l'oeuvre est accordé (ch. 2 lit. e).

- c) La reproduction n'est possible que dans le **but convenu** (ch. 3 al. 1).

Ex. : affiches pour une exposition; pas de retraitage.

- d) La licence est **personnelle** : le tiers ne peut pas accorder de sous-licence (ch. 3 al. 1 2ème phrase).
- e) Le preneur de licence est rendu responsable de tout usage abusif par un **tiers** (ch. 3 al. 3). Naturellement, il convient d'établir sa faute.
- f) Le droit à la **paternité** est reconnu. Une majoration de 25 % à 100 % est convenue conformément à la pratique française, en cas de violation de ce droit⁹.

9 Cette clause est peut-être discutable au vu de la dernière jurisprudence fédérale (cf. Bulletin d'information CEDIDAC N° 28, février 1997, pp. 4-6) (Annexe II).

- g) Les négatifs et diapositives, de même que les données sur disques numériques restent la **propriété** du photographe; dans la mesure où la jurisprudence rattache la titularité du droit d'auteur à la possession des négatifs, qui en fait présumer¹⁰, cette clause est essentielle !
- h) Contrairement à une opinion ancienne¹¹ mais toujours vivace, celui qui commande une oeuvre n'acquiert pas nécessairement par cession le droit d'auteur sur cette oeuvre. C'est pourquoi un nouvel usage à un autre titre que prévu déclenche le devoir de payer une seconde ou troisième fois le photographe. Les conditions générales sont claires sur ce point (titre : reproduction de vues commandées). Il va de soi qu'elles ne s'appliquent que si elles sont couvertes par la volonté des parties. La situation est d'ailleurs la même pour toutes les commandes **publicitaires**.

CONCLUSION

15. Le droit d'auteur est en pleine évolution. La conférence diplomatique de Genève en décembre 1996 a offert le plus gros ajournement du droit d'auteur depuis trente ans. Déjà l'ADPIC conclu dans le cadre du GATT a globalisé la propriété intellectuelle - sauf le droit d'auteur. On espère que le Manifeste de la Pyramide devienne ainsi réalité dans le monde entier - et qu'il soit respecté en Suisse tout spécialement.

10 Cf. ATF 54 II 52, spéc. p. 54 (cartes postales d'un hôtel, nécessitant deux prises de vue pour la fabrication d'un cliché, reproduites sans l'accord du photographe grâce à un positif)

11 Cf. par ex. ATF 57 I 62, spéc. p. 72.

* * *

Annexes I et II