

Fondation du droit de l'art

Le monde des arts confronté au nouveau droit d'auteur suisse

5 novembre 2020

**Petite révolution en lien avec la protection
des photographies**

Ralph Schlosser

kasserschlosser avocats

Petite révolution

Avant le 01.04.20:
protection des seules
photographies **individuelles**

Depuis le 01.04.20:
toute photographie est protégée



Individualité (1)

Art. 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.

Individualité (2)

Qu'entend-on par œuvre « individuelle » ?

- l'œuvre doit se distinguer des autres créations, existantes ou possibles (unicité statistique) ;
- l'œuvre ne doit pas être banale, ni relever de la pure routine.

Bob Marley (1)



Max Messerli, « Bob Marley »
Open Air Santa Barbara, 1978

Bob Marley (2)

L'individualité d'une photographie peut résulter par exemple du choix de l'objet représenté, du cadrage, du moment du déclenchement, de l'utilisation d'un certain objectif, d'un filtre ou d'un film particulier ou encore du réglage, de la mise au point de la netteté et de l'exposition du cliché ainsi que du traitement du négatif.

ATF 130 III 168

Bob Marley (3)

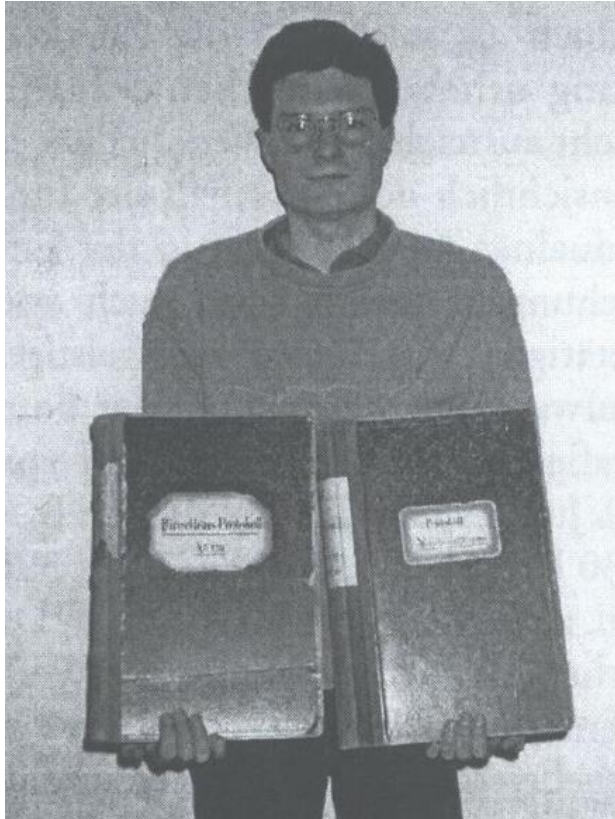
Tribunal fédéral :

- la photographie de Bob Marley est plaisante et intéressante
- boucles rastas « volantes », formes rappelant une statue, tresse horizontale
- division entre lumière et ombre
- choix du cadrage et de l'instant du déclenchement

Bob Marley (4)



Christoph Meili (1)



Gisela Blau, « Christoph Meili »
UBS, siège de Zurich, 08.01.1997

Christoph Meili (2)

Tribunal fédéral :

- Gisela Blau : « je me suis trouvée au bon moment au bon endroit »
- TF : la reproduction photographique d'un objet unique au monde ne jouit pas automatiquement de la protection du droit d'auteur.

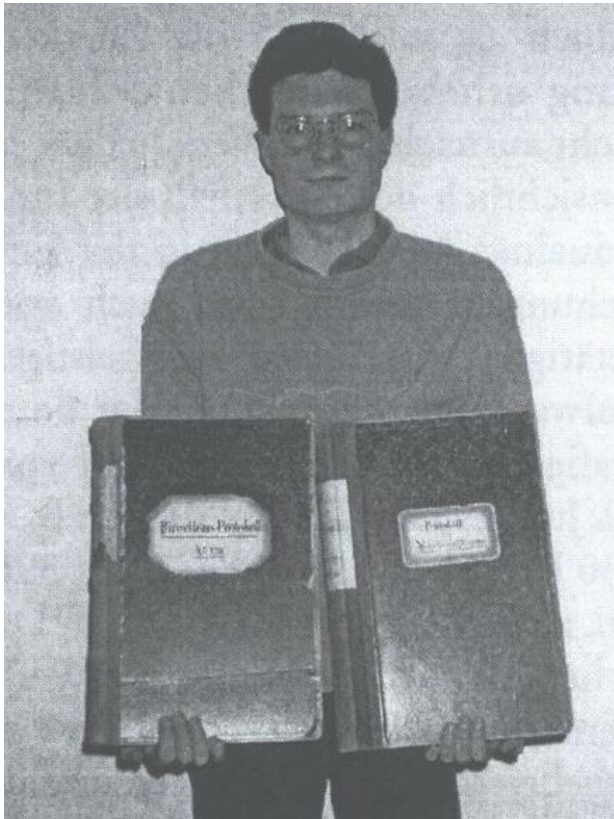
ATF 130 III 714

Christoph Meili (3)

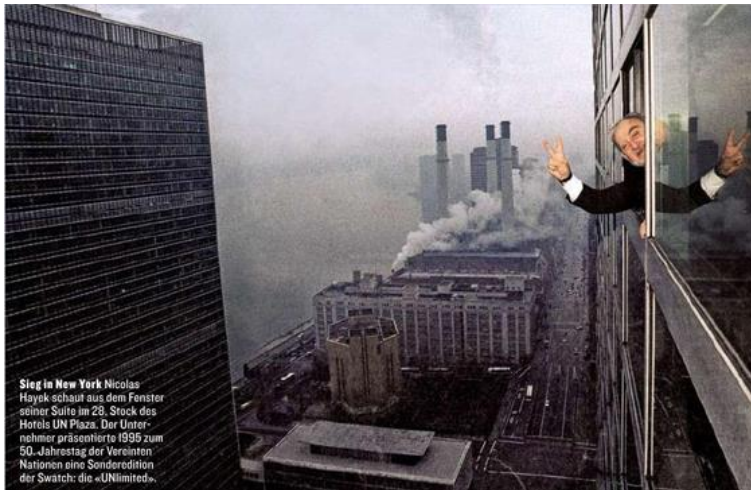
Tribunal fédéral :

- la photographe n'a pas exploité la marge de manœuvre dont elle disposait, ni au niveau de la technique photographique ni au plan conceptuel ;
- la photo ne se distingue pas du tout-venant.

Christoph Meili (4)



Nicolas Hayek (1)



Nicolas Hayek (2)



- agencement des éléments de l'image
- répartition de la lumière et de l'ombre
- déclenchement au moment où Nicolas Hayek fait le geste de la victoire
- effet miroir du geste sur la façade de l'hôtel → effet optique spécial

HGer Aargau, 29.08.2012, sic! 2013, 344



Nicolas Hayek (3)



- l'agencement est évident
- la photographie ne se démarque pas du tout-venant
- si l'on accordait la protection à cette œuvre, tel serait le cas de toute photo de famille réussie
- il ne suffit pas d'être au bon endroit au bon moment

HGer Aargau, 29.08.2012, sic! 2013, 344



Absence de protection par le droit d'auteur (1)

« Tous les clichés dépourvus de caractère individuel peuvent être utilisés sans l'accord des photographes, ce qui **dérange** les photographes suisses »

Message relatif à la modification de la LDA, FF 2018, p. 587

Absence de protection par le droit d'auteur (2)



Absence de protection par le droit d'auteur (3)



Lobbying couronné de succès



Protection élargie (1)

Art. 2 al. 3^{bis} nLDA :

Sont également considérées comme des œuvres les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie d'objets tridimensionnels qui sont **dépourvues de caractère individuel.**

Protection élargie (2)

Les photographies dépourvues de caractère individuel peuvent être de nature très diverse: clichés de famille ou de vacances, photographies de produit (Message, FF 2018 p. 587).



Conditions de la protection

Conditions de la protection des photographies dépourvues de caractère individuel:

- (1) il doit s'agir de **créations de l'esprit** (art. 2 al. 1 LDA);
- (2) la photographie doit porter sur un **objet tridimensionnel** (art. 2 al. 3^{bis} LDA).

Création de l'esprit (1)

La photographie doit être une création de l'esprit, c'est-à-dire être le fait d'un **être humain** (Message, FF 2018 p. 587).



Création de l'esprit (2)

Absence de protection des photos issues de radars, de caméras de surveillance ou de pièges photographiques (Message, FF 2018 p. 587; Barrelet/Egloff, art. 2 N 35; Mosimann, N 37; contra: Giovanni Merlini)

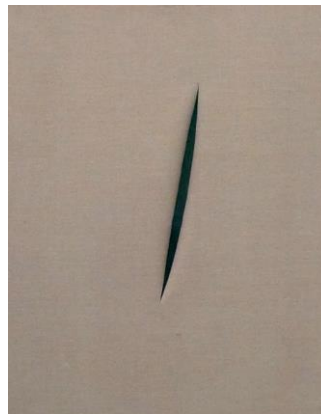


Objets tridimensionnels (1)

« Une photocopie [...] de textes, plans, représentations graphiques, autres photographies ou documents bidimensionnels ne sont pas protégés. La nouvelle disposition ne protège que les photographies d'objets tridimensionnels réels ».

Message, FF 2018, p. 587

Objets tridimensionnels (2)



Droit transitoire

- les photos réalisées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi seront également protégées (art. 80 al. 1)
- le nouveau droit ne s'applique pas aux utilisations entreprises avant son entrée en vigueur (art. 80 al. 2)

Différences

Différences dans la protection des photographies individuelles et non individuelles:

- durée
- droit à l'intégrité

Durée

- photographies **individuelles**: la protection prend fin 70 ans après le décès de l'auteur (art. 29 al. 2 let. b LDA), 70 ans après le décès du dernier coauteur (art. 30 al. 1 LDA) ou 70 ans après la divulgation de l'œuvre si l'auteur est inconnu (art. 31 al. 1 LDA)
- photographies **non individuelles**: 50 ans après la confection (art. 29 al. 2 let. a^{bis} et al. 4 LDA)

Droit à l'intégrité (1)

- photographies **individuelles**: la modification de l'œuvre n'est autorisée qu'avec l'accord de l'ayant droit (art. 3 al. 4, 11 al. 1 LDA)
- photographies **non individuelles**: celui qui est autorisé à utiliser un tel cliché peut le modifier sans que l'ayant droit ne puisse s'y opposer (Barrelet/Egloff, art. 3 N 6 et 11 N 13; contra: Mosimann, N 32)

Droit à l'intégrité (2)

- photographies **individuelles**: s'il a autorisé un tiers à modifier son œuvre, l'auteur conserve le droit de s'opposer à une altération portant atteinte à sa personnalité (art. 11 al. 2 LDA)
- photographies **non individuelles**: l'art. 11 al. 2 LDA ne trouve pas application (Barrelet/Egloff, art. 11 N 20; Hilty, N 204)

Sanctions (1)

Sanctions **civiles** :

- interdiction, cessation (art. 62 al. 1 LDA)
- dommages-intérêts, remise de gain (art. 62 al. 2 LDA)
- confiscation, destruction (art. 63 LDA)

Sanctions (2)

Sanctions **pénales** (art. 67 LDA) :

- violation du droit de paternité
- violation du droit de première divulgation
- violation des droits patrimoniaux

Dommmages-intérêts (1)

HGer Aargau, « Nicolas Hayek » (sic! 2013, p. 344) :

- photos publiées en 1995 et 1997 dans l'hebdomadaire XY
- en 2010, au décès de Nicolas Hayek, l'éditeur demande au photographe l'autorisation de les publier à nouveau
- refus du photographe
- l'éditeur passe outre et verse CHF 600.00 au photographe



Dommmages-intérêts (2)

Tribunal de commerce Argovie, « Nicolas Hayek » :

- **demandeur** : sans la violation, j'aurais pu vendre les photos à plusieurs autres magazines ou journaux
→ dommage de CHF 7'500.00
- **Tribunal** : le demandeur n'a pas prouvé à qui il aurait vendu la photographie et à quelles conditions
→ rejet des conclusions en dommages-intérêts

Dommmages-intérêts (3)

Peut-on appliquer les **tarifs** des ayants droit ou les **prix indicatifs** d'associations spécialisées (p.ex. association suisse des banques d'images et archives photographiques)?

Le Tribunal fédéral a **rejeté** l'application de la théorie de **l'analogie à la licence** en matière de dommages-intérêts (ATF 132 III 379 c. 3.3.3, « Milchschäumer »).

Mais selon la doctrine dominante, cette approche trouve application en matière d'enrichissement illégitime.

Merci de votre attention !

Ralph Schlosser

Kasser Schlosser avocats

Avenue de la Gare 5

1003 Lausanne

www.kasser-schlosser.ch