La photographie et la création artistique

Par Oumar SANON, juriste

La photographie est-elle un art ou une technique ?

La photographie a pendant longtemps été considérée comme une technique permettant de capter une image à l'aide d'un appareil, manipulé par la main de l'homme. Le dispositif incorporé dans l'appareil permettait selon les tenants de cette thèse, une captation visuelle de l'objet visé, par suite d'une activation de l'appareil. Par ce mécanisme, les juristes de l'époque de la photographie, ne pouvaient que percevoir la protection des clichés y provenant, sous l'angle du droit des brevets ou des dessins et modèles. Cependant, le statut de ce procédé mécanique est resté toujours singulier, malgré le combat farouche mené par les photographes quant à cette conception de la photo sous prétexte qu'il s'agirait bien d'une création artistique qui incarnerait l'empreinte de la personnalité de son auteur. La photo est-elle à cet égard, une technique ou une création artistique ?

La photographie : Une technique singulière

Lamartine, en décembre 1858 confiait dans « Cours familier de littérature 1848 » citée par Jessica Giraud dans son article intitulé « Zoom sur l'originalité de la photographie », que : « *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 une manœuvre. Mais où est la conception de l'homme ? Où est le choix ? Où est l'âme ? Où est l'enthousiasme créateur du beau, dans le cristal, peut-être. Mais à coup sûr pas dans l'homme* ».[1]

Le plagiat, se définit comme la copie, la reproduction d'une œuvre sous réserve du respect du droit de paternité de son auteur. Le juge dans l'affaire David Halliday c/ Nacer Amara, a qualifié le plagiat de ressemblance. Mais, la photographie dépasse le cadre de la ressemblance, elle est plutôt une copie et pire, une copie servile. Où est l'œuvre de création, qui incarnerait l'empreinte de la personnalité de l'auteur, si, la technique permet

à un mécanisme, de reproduire servilement la copie, d'un objet par son image ? L'originalité de l'œuvre d'art, condition sine qua non de sa protection par le droit d'auteur est ainsi élevée à l'autel des débats contradictoires quant à celle relative à la photographie.

La photographie serait cependant, à l'époque de son invention, un plagiat de la nature par l'optique. Un mécanisme dicté manuellement par l'homme et qui, loin d'intégrer les conditions d'une création artistique originale, n'offre pas de choix et pire, dénué de toute conception humaine était alors considérée en 1859 par Baudelaire comme : *« le refuge de tous les peintres manqués, trop mal doués ou trop paresseux pour achever leurs études » et que ses « progrès mal appliqués ont beaucoup contribué à l'appauvrissement du genre artistique français, déjà si rare ».*[2]

A ce propos, la Déclaration des membres de l'Institut des beaux-arts, signée par Lamartine, disposait que : *« Considérant que la photographie se résume à une série d'opérations manuelles, qui nécessitent sans doute quelques habitudes de manipulations qu'elles comportent, mais que les épreuves qui en résultent ne peuvent en aucune circonstances, 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 ».*

Les clichés résultant de la photographie ne sauraient en aucune circonstance, être assimilés aux œuvres, car, l'œuvre est la matérialisation d'une idée dans une forme tangible ou audible. Les œuvres proviennent ainsi d'une épreuve créatrice. Les clichés sont malheureusement les fruits d'une opération et non d'une création. La conception contemporaine à l'invention de la photographie, qui réfute l'idée de concevoir la photographie comme un art, se justifierait en réalité par ce doute sur une création artistique, produit d'une opération mécanique. A ce propos, le tribunal de commerce de la Seine du 14 décembre 1860 concluait que : *« les produites photographiques étant le résultat de manipulations industrielles et pouvant être obtenus par des procédés purement mécaniques, il ya lieu d'assimiler la photographie à toutes les autres industries graphiques ».*[3]

Le 7 mars 1861 cette même juridiction affirmait que : *« 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 ».*[4]

L’œuvre étant le produit d’une activité créatrice exécutée par des moyens artistiques, la technique par laquelle le photographe, se servant de son appareil, produit la photo, ne saurait contenir une inspiration créatrice et pire, révélée une manœuvre artistique.

La photographie est –elle vraiment une création artistique ?

La photographie : une œuvre artistique

Les arguments dénégatoires au caractère artistique de la photographie ont pu résister le temps d’un siècle de débats contradictoires entre partisans de la photographie considérée comme fruit d’un procédé mécanique et les défenseurs de l’unité de l’art qui la considère comme véritable création artistique dotée d’une originalité certaine. La réverbération d’une colline sur du papier commence à soulever un doute sur la nature artistique du contenu de ce papier. La photographie réunissant de plus en plus d’adeptes finalement constitués en corporation engagèrent la lutte en vue de la reconnaissance légale du fruit de leur activité.

L’organisation des professionnels de la photographie n’allait pas laisser la jurisprudence indifférente. Dans ses oscillations prétoriennes, elle a fini par introduire en 1862, la photographie dans l’ordre sacré des Beaux-arts. Commence alors les premières heures d’espoir pour la photographie dans l’attente de sa probable consécration législative.

L’apport des intellectuels à l’appui des artistes, à ce débat, a été particulièrement élogieux, consacrant ainsi une évolution notable aux différentes tribulations sur le sujet. C’est encore Lamartine, qui dans son cours de littérature reconnaitra avoir lancé à tort un anathème contre la photographie. Il reconnut que : « Depuis que nous avons admiré les merveilleux portraits saisis à un éclat de soleil par Adam Salomon, le statutaire du sentiment qui se délasse à peindre, nous ne dirons plus : c’est un métier ; c’est un art ; c’est mieux qu’un art, c’est un phénomène solaire où l’artiste collabore avec le soleil ».[5]

Christiane DEROBERT –RATEL, Maitre de conférences à l’Université du Sud Toulon-Var, conclut dans son article intitulé « les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique »[6] quant à la consécration du caractère artistique à l’œuvre photographique, à une évolution graduelle allant d’une fragile reconnaissance du caractère artistique de la photographie par les juridictions, à l’affirmation de cette reconnaissance définitive par les tribunaux.

La photographie a connu ainsi une timide reconnaissance de son caractère artistique à travers la loi française de 1905 dite loi de l'unité de l'art, qui, abolissant la question de la forme, et du genre de l'œuvre, allait consacrer à la photographie ses lettres de noblesse. Le principe de l'unité de l'art, efface en effet, toute discrimination basée sur le mérite, la destination, le genre etc. dans l'appréciation artistique des créations artistiques. Le statut artistique de la photographie gagnait ainsi sur le plan légal des galons, et par conséquent supplantait toute dénégation sur sa susceptibilité d'être une création artistique. Quant à la convention de Berne, elle intégra cette forme d'art, dans sa sphère juridique de protection des œuvres. Cependant, pour le législateur, seule l'originalité doit primer quant à l'appréciation d'une création artistique. La création photographique est – elle originale ?

- L'originalité de la création photographique.

L'originalité selon la conception Romaine, se traduit par l'empreinte de la personnalité de l'auteur sur sa création artistique. La photographie présente t- elle l'empreinte de la personnalité du photographe sur sa création ?

L'original est défini comme ce « qui parait ne dériver de rien d'antérieur, ne ressemble à rien d'autre, est unique, hors du commun ».[7] Est-ce là, une création ex-nihilo ?

Aucun législateur n'a pu jusque-là, définir juridiquement ce qu'est l'originalité d'une création. Notion jurisprudentielle, seules les directives européennes notamment celle du 14 mai 1991, en son article1 alinéa3 qui stipule à propos des programmes d'ordinateur que : « Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection ». [8]

Quant aux œuvres photographiques, leur originalité a été abordée dans le considérant 17 de la directive n°93 98 du 29 octobre 1993 comme suit : *« «il est nécessaire de définir le niveau d'originalité requis dans la présente directive; qu'une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou le destination, ne soient pris en compte ».*[9]

Cette disposition communautaire définit un seuil d'originalité sans laquelle, une création ne saurait être protégeable. Or, existe – il un degré suivant lequel l''originalité d'une création doit-elle être appréciée. En somme, l'incarnation de l'empreinte de la

personnalité d'un artiste sur son œuvre est-elle négociable ? Le professeur A. Lucas avait soutenu cette conception lors d'une communication donnée à l'intention des magistrats en mai 2010 au Burkina Faso, en estimant que « *le juge devrait tenir compte d'un minimum d'originalité dans l'appréciation d'une œuvre.* »[10]

L'absence de conditions d'appréciation de l'originalité dans les différentes législations, et notamment burkinabè, laisse le soin à l'effet du balancier de la jurisprudence de se faire des constructions prétoriennes. A ce titre, « *L'originalité doit être appréciée tant dans l'aspect général de l'œuvre que dans les éléments la composant. Elle est souverainement appréciée par les juges du fond, la Cour de cassation n'exerçant qu'un contrôle de la dénaturation des faits.* »[11]

Ainsi, le juge a la liberté absolue d'apprécier souverainement, c'est-à-dire en vertu de sa conviction intime, l'originalité d'une création sauf à éviter de fonder son jugement quant à la qualification des faits, sur le mérite, la destination, le genre ou l'expression de l'œuvre. Son supérieur suprême se contentant de sanctionner la dénaturation des faits. L'exercice quelque peu équilibriste du juge n'est guère facile car, comment évaluer l'originalité d'une forme d'expression si ce n'est qu'en considération de son mérite.

Quels sont cependant, dans l'aspect général de l'œuvre photographique, et dans les éléments la composant, l'originalité de la création ?

- Les critères de l'originalité dans la création photographique.

Depuis la loi de 1985 en France, le photographe doit rapporter la preuve de l'originalité de son œuvre, malgré les consécrations ultérieures faisant de la photographie un art a priori, mais à condition. Cette condition d'originalité dont la preuve n'est plus du ressort du juge mais de l'auteur, est une 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* »[12]

Ainsi, divers critères permettent selon une récente jurisprudence, d'apprécier l'originalité d'une création artistique suivant 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.

Malgré tout, la question de l'appréciation de l'originalité de la création photographique sur la base de ces critères s'est encore posée car, les tribunaux ne sont pas parvenus à s'entendre sur le point de savoir s'il faut cumuler ou non ces critères. Permettant de

déterminer si le photographe a laissé ou non l'empreinte de sa personnalité sur la photo, l'originalité est restée balbutiante d'un juge à l'autre en fonction de l'appréciation souveraine de chaque juridiction. Ont ainsi été exclus de la qualification de créations originales, des clichés jugés extrêmement banales ou ceux pris en rafale, successivement par le tribunal civil de Paris le 20 mars 1989 et 3 février 2004.

La charge de la preuve revenant au photographe, amplifie l'épineux problème sur lequel la jurisprudence hésite car, présenter chaque fois au juge, lire un millier de clichés qu'il ne saurait de surcroit lire et comprendre, est si fastidieux pour le photographe qu'il a fallu attendre « le 10 mars 2010, dans un jugement en référé du TGI de Paris HACHETTE, pour voir que la preuve de l'originalité pouvait être rapporter de façon globale pour l'ensemble des clichés produit à l'instance »

En tout état de cause, après tant d'évolutions tumultueuses, l'originalité de la création photographique est aujourd'hui un acquis qui ne saurait désormais être remise en cause. Cependant, comment s'exerce sa gestion collective ?

La gestion collective des œuvres photographiques

Contrairement aux œuvres musicales et cinématographiques qui constituent l'expression par excellence de la gestion collective, les œuvres photographiques, différentes des œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure, de lithographie et de tapisserie citées à l'article 5 l'alinéa 8 de la loi du 22 décembre 1999[13], ont une forme de gestion assez singulière car, n'obéissant pas à des exploitations multiples. La gestion collective est relative aux droits de reproduction et de représentation. Si ces droits sont mieux exploités dans le domaine musical et cinématographique, force est d'admettre qu'ils s'exercent peu dans la création photographique.

- Les droits de reproduction du photographe.

L'œuvre photographique a cette particularité comme toute œuvre de peinture, de ne pouvoir être reproduite servilement. Toute copie d'un tableau d'art est toujours différente de l'originale. Or la photo, définie comme la captation de l'image d'un objet par un système mécanique, malgré l'originalité de cet art, est la reproduction servile de l'objet visé. Les droits de reproduction du photographe à l'instar de ceux du peintre, ou du sculpteur, se résument en la reproduction de l'image de la toile ou de la photo. Aussi, détenant l'exclusivité de ses droits de reproduction, le photographe ou le peintre sont

maitres de la transaction au sujet de l'exploitation de l'image de leurs œuvres. Tout comme l'auteur littéraire face à son éditeur, dont le contrat d'édition échappe aux règles de fonctionnement de la gestion collective, le photographe ou le peintre ne sont-ils pas dans la même dynamique face à un éditeur de timbre postal ou un éditeur de livre ou de catalogue ?

Le contrat autorisant un éditeur de timbre postal à reproduire l'image d'une photographie ou d'une peinture sur ses timbres, est –il passible de gestion collective ?

Les droits de reproduction du photographe ne sont pas a priori, exclus des mécanismes de gestion collective tout comme ceux du peintre ou du sculpteur. Leur gestion collective dépend de la gestion des rapports contractuels entre les parties. Ces œuvres sont-elles cependant susceptibles de représentation ?

Les droits de représentation du photographe

Selon l'article L122-2[14] du Code de la propriété intellectuelle, la représentation d'une œuvre consiste simplement à communiquer celle-ci à un public, c'est-à-dire à d'autres personnes que le « cercle de famille », et ce, quel que soit le moyen utilisé. La représentation n'est pas la même chose que la reproduction puisqu'elle concerne la mise à disposition publique d'une œuvre et non pas la copie pour un usage privé de l'œuvre.

La représentation d'une œuvre est cette forme d'exploitation publique occasionnée par la mise à disposition du public de l'œuvre. Les moyens utilisés pour y parvenir, sont entre autres, les expositions de photos, les diffusions de vidéos à l'intérieur d'une page web ou encore des images photographiques exploitées à des fins cinématographiques, etc. Le photographe, bénéficie à cet égard, des droits découlant de la représentation de ses œuvres, parce qu'il aurait, par le biais de son bureau de gestion collective, autorisé cette forme d'exploitation. Cependant, ne pouvant contrôler toutes les formes de représentation à travers le monde, les auteurs des œuvres photographiques confient ainsi le sort de leurs créations à des organismes habilités, en vue de leur gestion collective.

Au Burkina comme partout ailleurs, les droits des photographes soumis à la gestion collective sont véritablement leurs droits de représentation. Quant à ceux liés à la reproduction, ils relèvent du seul ressort des photographes et sont généralement exercés suivant les règles régissant les contrats d'édition sans pour autant exclure la forme de gestion collective qui reste tributaire de leur choix..

Notes

1. Lamartine (A), Cours familier de littérature, t.VI, Paris, Didot, 1858, entretien 36, p.410
2. BAUDELAIRE ©, Lettre à M. le directeur de la Revue française sur le Salon de 1859, Le public moderne et la photographie, Revue française 1859, t. 17, p. 265.
3. Trib.com. Seine 14 décembre 1860, Dalloz 1861.III. 40
4. Trib. com. Seine 7 mars 1861, Dalloz 1861. III. 32.
5. Lamartine (A), Cours familier de littérature, t.VII, Paris, Didot, 1859, entretien 37, p.43, note 1.
6. Voir. junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/contrefacon-derobert.pdf
7. Petit Robert, édition 4
8. Cf. Directive n°91-250 du 14 mai 1991, article 1er alinéa 3.
9. Voir. Considérant 17 de la directive n°93 98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.
10. Cf. Communication sur les "enjeux du droit d'auteur dans l'environnement numérique" dispensée à l'intention des magistrats du Burkina. Mai 2010. Source : archives BBDA
11. Civ, 1ère, 6 juillet 1999 : RIDA oct.1999 - 187
12. Cf. Article : Zoom sur l'originalité en photographie de Jessica Giraud. Du 3 juin 2010. P4
13. Cf. Loi n°032 -99 / AN du 22-12-1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso / site web : www.bbda.bf
14. Cf. Code de propriété intellectuelle – www .legifrance.gouv.fr