

La valorisation des fonds photographiques, ou comment concilier le droit d'auteur et l'accès au patrimoine culturel

Exploiting photo archives: reconciling copyright issues and access to a cultural heritage

David Pouchard



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/insitu/17981>

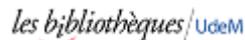
DOI : 10.4000/insitu.17981

ISSN : 1630-7305

Éditeur

Ministère de la Culture

Ce document vous est offert par Bibliothèques de l'Université de Montréal



Référence électronique

David Pouchard, « La valorisation des fonds photographiques, ou comment concilier le droit d'auteur et l'accès au patrimoine culturel », *In Situ* [En ligne], 36 | 2018, mis en ligne le 15 octobre 2018, consulté le 30 octobre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/insitu/17981> ; DOI : 10.4000/insitu.17981

Ce document a été généré automatiquement le 30 octobre 2019.



In Situ Revues des patrimoines est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

La valorisation des fonds photographiques, ou comment concilier le droit d'auteur et l'accès au patrimoine culturel

Exploiting photo archives: reconciling copyright issues and access to a cultural heritage

David Pouchard

- 1 Depuis quelques années, le lancement de nombreux projets de numérisation et de mise en ligne à grande échelle d'œuvres destinés à permettre l'accès le plus universel possible à toute la richesse et la diversité du patrimoine culturel a contribué à mettre en exergue les enjeux juridiques tenant à la protection et à l'exercice du droit d'auteur. Ces projets ont en effet créé une situation nouvelle porteuse de tensions potentielles entre les besoins émergents et la légitime protection des créateurs.
- 2 L'acuité de ces enjeux est particulièrement perceptible s'agissant des fonds photographiques détenus par les services d'archives, les bibliothèques ou les musées en raison du nombre considérable de clichés qui les constituent. L'obtention d'une autorisation d'exploitation pour chacun de ces clichés constitue un défi d'autant plus grand que les informations contractuelles en matière de propriété intellectuelle sont, du fait de l'ancienneté des fonds, incertaines, incomplètes, voire inexistantes.
- 3 Les institutions patrimoniales qui envisagent de numériser et de mettre à disposition du public tout ou partie de leurs fonds photographiques doivent en pratique faire face à un double défi.
- 4 Le premier défi consiste à distinguer, au sein des fonds concernés, les clichés « originaux » qui donnent prise au droit d'auteur et inversement, ceux qui, ne remplissant pas cette condition d'originalité, peuvent être librement exploités (I).
- 5 Le second défi concerne la prise en charge des droits attachés à des fonds photographiques volumineux, anciens et mal documentés (II).

L'identification des fonds photographiques protégés

- 6 Le détenteur d'un fonds photographique qui souhaite engager son exploitation se trouve confronté à un premier travail de sélection consistant à identifier, parmi une quantité souvent impressionnante, les clichés qui peuvent prétendre à la protection du droit d'auteur et dont l'exploitation est en conséquence subordonnée à une autorisation préalable.

Les conditions de protection

- 7 En droit positif, la protection des photographies est subordonnée à la condition d'originalité de droit commun. Or, l'exercice de définition et d'appréciation de l'originalité est redoutable, s'agissant d'un procédé essentiellement technique de reproduction de la réalité.
- 8 À cet égard, les photographes ont longtemps dû lutter contre le manque de considération qu'engendre la technicité de leur art. Il semblait difficile d'admettre que des œuvres réalisées de façon purement mécanique puissent être protégées. L'absence de contribution humaine au moment de la préhension de la forme ne permettait pas d'élever ces réalisations au rang d'œuvres¹.
- 9 Dans la seconde moitié du ^{xx}e siècle, une compréhension plus approfondie de l'art photographique² a permis de mettre en évidence le fait que leur existence n'est pas uniquement liée à l'utilisation d'un procédé technique. L'apport humain a été réévalué en conséquence et justifie pleinement la protection offerte par le droit d'auteur³.
- 10 Néanmoins, les procédés techniques employés pour la création des œuvres photographiques, s'ils ne constituent plus une objection dirimante à leur protection par le droit d'auteur, ont continué de peser fortement sur les conditions de leur protection. Cette perception a été accentuée par la vulgarisation exponentielle de la pratique photographique liée à l'apparition d'appareils grand public.
- 11 Aussi, si l'accueil des photographies dans le giron du droit d'auteur a été consacré par la loi sur la propriété littéraire et artistique du 11 mars 1957, cette même loi restreignait cette protection aux seules œuvres photographiques « de caractère artistique ou documentaire ». Soumises non seulement au critère de forme de l'originalité mais aussi à des critères de fond tenant à la finalité poursuivie, les œuvres photographiques étaient la seule catégorie d'œuvres pour laquelle les conditions de protection dérogeaient au droit commun.
- 12 La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 « relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle » a mis fin à cette particularité et il n'est désormais plus fait référence à l'usage auquel est destinée la photographie. Le seul critère positif déterminant de la qualité d'œuvre à un cliché est l'originalité.
- 13 Aucun autre critère ne doit guider la protection des œuvres photographiques. Celles-ci bénéficient ainsi, à l'instar des autres œuvres de l'esprit, du principe de l'indifférence de genre, de la forme, du mérite et de la destination. À ce titre, la maîtrise technique, le talent ou l'expérience du photographe sont indifférents. De la même façon, il ne saurait

être tenu compte de la valeur esthétique de l'œuvre, de la nature de son sujet (portrait, instantané...).

La définition du critère de l'originalité

- 14 Reste le critère de l'originalité pour lequel l'exercice de définition est délicat, faute d'indication de la part du législateur. Par ailleurs, ce critère échappe pour l'essentiel au contrôle de la Cour de cassation et relève du seul pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Le contrôle restreint de la Cour de cassation, tenant à la seule vérification de l'existence d'une motivation, n'a pas permis de faire émerger des critères homogènes d'appréciation.
- 15 L'originalité s'entend classiquement comme l'expression juridique de la créativité de l'auteur, elle est définie comme l'empreinte de sa personnalité. Il s'agit d'une notion subjective qui se distingue de la notion de nouveauté entendue objectivement (par exemple, deux photographies qui portent sur le même sujet peuvent être originales, c'est-à-dire exprimer la personnalité de l'auteur sans pour autant revêtir une quelconque nouveauté). Cette notion ne doit par ailleurs pas être confondue avec le savoir-faire. Le droit d'auteur n'a pas vocation à appréhender les simples prestations techniques délivrées par un photographe.
- 16 Une définition générale de la condition d'originalité figure dans la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 « relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins » qui impose la protection des œuvres photographiques dès lors qu'elles constituent une « création intellectuelle propre à leur auteur », sans qu'il puisse être tenu compte d'autres critères (article 6)⁴.
- 17 La Cour de justice de l'Union européenne a précisé ce critère dans un arrêt du 1^{er} décembre 2011 en définissant l'originalité comme « la création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie »⁵.
- 18 Cet arrêt indique également, conformément à une approche ancienne et largement admise, que la prise de vue photographique se décompose en trois phases successives – la mise en image, la prise de vue et le traitement de l'image – au cours desquelles le degré d'implication du photographe doit être mesuré afin de caractériser l'originalité⁶.
- 19 La première phase, préparatoire, est celle de la composition picturale ou de la mise en image pendant laquelle le photographe s'attache à définir le sujet à photographier. La créativité des choix peut porter sur le sujet lui-même (pose de la personne photographiée, aménagement du décor...) et sa mise en scène via des éclairages particuliers. Les multiples choix techniques qui sont effectués en considération du sujet (choix de l'objectif, de la pellicule, du filtre, de la focale...), s'ils ne confèrent par eux-mêmes aucun caractère d'originalité, peuvent néanmoins abonder dans le sens d'une démarche créative.
- 20 Cette phase de composition s'avère déterminante s'agissant, notamment, des portraits. Le photographe a en effet la possibilité d'intervenir significativement non seulement sur la combinaison des effets de lumière et d'ombre, mais aussi sur le sujet lui-même, à travers le choix de la pose, de la tenue vestimentaire, du décor, des accessoires⁷.

- 21 La seconde phase est celle de la prise de vue, au cours de laquelle le photographe choisit le moment et l'angle de la prise de vue. C'est essentiellement à ce stade que les photographies prises sur le vif, sans composition préalable, seront appréhendées.
- 22 La dernière phase est celle du traitement de l'image. Sont visées ici l'ensemble des opérations techniques de développement des clichés ou de retouche informatique qui aboutissent à modifier formellement une œuvre photographique (recadrage, couleurs, contrastes, ajout ou suppression d'éléments⁸.

L'application du critère de l'originalité

- 23 La protection des photographies est directement corrélée à la liberté dont le photographe aura bénéficié au cours de ces trois phases. C'est en effet cette liberté qui doit permettre au photographe d'exprimer sa personnalité à travers son œuvre.
- 24 À ce titre, les techniques de reproduction exclusivement technique, tels que les scanners ou les photomatons, ne laissent aucune marge pour l'expression de choix, de sorte que, prises individuellement, les images qui en sont issues ne sauraient accéder à la protection du droit d'auteur.
- 25 De la même façon, la présence de directives précises, notamment dans le cadre d'un contrat de commande, permet de prévenir la naissance de droits d'auteur en réduisant le travail des photographes concernés à un simple travail d'exécution et non de création. Lié par les prescriptions d'un cahier des charges, les photographes ne disposent plus de la liberté suffisante pour faire œuvre de création personnelle.
- 26 Le débat s'avère plus délicat s'agissant des clichés ayant pour seule et unique vocation de représenter une œuvre préexistante (sculpture, architecture, dessin, peinture ...). Dans une telle hypothèse, le photographe, soucieux de représenter l'œuvre aussi fidèlement que possible, s'attache à objectiver le processus de prise de vue afin de gommer au maximum les différences entre l'œuvre originale et sa représentation photographique. Les choix effectués quant à l'angle de la prise de vue et à l'éclairage obéissent alors uniquement à des impératifs techniques justifiés par la mise en valeur de l'œuvre fixée. La servilité d'une telle représentation semble a priori incompatible avec l'expression d'une personnalité⁹.
- 27 Néanmoins, dès lors que le photographe s'écarte de cette finalité principale de simple reproduction et exprime une sensibilité, la protection du droit d'auteur peut être admise. À cet égard, l'expression de cette sensibilité sera plus importante selon que l'objet photographié est en deux ou en trois dimensions. Si elle n'est pas exclue s'agissant des tableaux¹⁰, une forme d'expression propre a davantage vocation à s'exprimer s'agissant de la photographie d'un objet¹¹, d'une sculpture¹² ou d'une œuvre architecturale¹³. Tandis que le photographe doit nécessairement adopter un point de vue frontal dans la première hypothèse, il est libre de représenter l'œuvre sous l'angle qui lui paraît le plus intéressant dans la seconde.
- 28 À l'aune de ces critères d'appréciation de l'originalité, il incombe au détenteur d'un corpus photographique de faire le départ entre les clichés originaux éligibles au titre du droit d'auteur et les autres. Si cet exercice s'avère délicat pour un ou plusieurs clichés, il constitue une gageure s'agissant d'un fonds constitué de milliers de tirages. Une solution médiane consiste à procéder par voie de sondage, en déduisant l'originalité d'un fonds photographique à partir d'un échantillon représentatif de l'ensemble.

- 29 Il importe de signaler que cette obligation de mettre en relief les éléments d'originalité œuvre par œuvre et ce, quel que soit le nombre de clichés concernés, ne pèse pas seulement sur les exploitants. Lorsque la protection de photographies est contestée en défense devant les juridictions, l'originalité doit en effet être explicitée par celui qui se prétend auteur et qui, à ce titre, doit identifier les éléments traduisant sa personnalité. Or, cette tâche s'avère quasi insurmontable lorsque le litige porte sur des centaines de clichés¹⁴.

La clarification des modalités d'exploitation des fonds protégés

- 30 L'exploitation des fonds photographiques protégés par le droit d'auteur est impossible sans l'autorisation légalement requise des auteurs, laquelle ne peut être obtenue aisément lorsque les fonds concernés sont anciens ou mal documentés.
- 31 S'agissant des fonds de presse anciens et encore protégés, le régime d'exploitation des œuvres photographiques qu'ils contiennent est dépendant de celui des journaux eux-mêmes. Or, les éditeurs de journaux bénéficient d'un régime préférentiel d'attribution des droits patrimoniaux découlant de la qualification d'œuvre collective (CPI, art. L. 113-5) qui peut être de nature à faciliter la gestion des autorisations d'exploitation par des tiers.
- 32 Néanmoins, ce régime de l'œuvre collective déroge au principe selon lequel le droit d'auteur naît sur la tête d'un créateur personne physique et doit être interprété strictement.
- 33 L'œuvre collective qu'est le journal, étant constituée de multiples contributions, il importe de bien distinguer les droits des contributeurs – c'est-à-dire de chaque auteur d'une œuvre publiée dans le journal – des droits de l'entreprise de presse, en sa qualité d'auteur de l'œuvre collective.
- 34 L'article L. 121-8 du CPI précise que les contributeurs conservent les droits afférents à leurs contributions en tant que telles, si celles-ci sont identifiables. Le photjournaliste contributeur n'est certes pas titulaire de droits sur le journal dans sa globalité mais il conserve la maîtrise des droits d'exploitation séparée de sa contribution.
- 35 Dans ces conditions, les détenteurs de fonds de presse ne peuvent en extraire les œuvres photographiques et les exploiter de manière séparée qu'avec l'accord des photographes concernés.
- 36 Ces détenteurs ne peuvent davantage obtenir de l'éditeur le droit exploiter le journal en tant qu'ensemble, sans disjonction des contributions. La portée des droits dont l'éditeur dispose sur l'œuvre d'ensemble est en effet limitée. La jurisprudence relative au droit d'auteur des journalistes a limité les droits de l'éditeur à l'exploitation de l'œuvre collective sur un seul support, voire à sa première exploitation en tant qu'ensemble¹⁵.
- 37 Sauf exception, les droits des photographes sont donc rarement concentrés entre les mains d'un exploitant unique et doivent être obtenus auprès des auteurs individuels, aussi nombreux soient-ils. Cette difficulté peut toutefois être surmontée, en partie, via la mise en œuvre d'exceptions au droit d'auteur ou de dispositifs visant à faciliter l'obtention des autorisations d'exploitation.

Le dispositif d'exploitation des œuvres orphelines

- 38 Les projets de numérisation des œuvres photographiques sont fréquemment paralysés par l'existence d'œuvres orphelines, à savoir d'œuvres dont les auteurs sont inconnus ou ne peuvent être retrouvés. En effet, lorsque les auteurs ne sont pas identifiés, ou lorsqu'ils sont connus mais qu'il s'avère impossible de les localiser, leur volonté ne peut pas s'exprimer et ne peut être recueillie. De la même façon, si l'expiration de la durée de protection d'une œuvre permet d'exploiter celle-ci librement, il s'avère particulièrement délicat de déterminer la date d'entrée dans le domaine public d'une œuvre dont l'auteur est inconnu¹⁶.
- 39 L'exploitation des œuvres orphelines se révèle dès lors impossible, sauf à s'exposer aux peines du délit de contrefaçon¹⁷.
- 40 Dans ce contexte, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) s'est vu confier en 2007 la tâche d'identifier les enjeux – économiques, culturels et sociétaux – tenant à la numérisation des œuvres orphelines et de proposer les dispositifs juridiques nécessaires pour atteindre cet objectif.
- 41 Le rapport du CSPLA, présenté en mars 2008¹⁸, dresse le constat suivant lequel les œuvres orphelines sont nombreuses dans le secteur de l'image. L'image fixe connaît une spécificité importante, qui tient, d'une part, au nombre considérable d'œuvres, d'autre part, à l'intégration très fréquente d'images dans des ouvrages. Or les œuvres composites sont fréquemment à la source d'œuvres orphelines.
- 42 Le rapport relève par ailleurs que le secteur de l'image ne dispose que de peu d'outils d'identification des œuvres. Il souligne, enfin, que beaucoup d'images sont diffusées sans autorisation, avec la seule mention de « droits réservés », sans indication sur les ayants droit et sans recherche préalable et sérieuse avant exploitation¹⁹.
- 43 Cette importance du phénomène des œuvres orphelines dans le secteur de l'image et l'absence de tout mécanisme permettant de gérer de telles œuvres entravent la numérisation à grande échelle et l'accessibilité en ligne, notamment des fonds anciens détenus par les bibliothèques, les musées et les archives.
- 44 Pour faire face à cette situation, le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit qu'un mécanisme de recours au juge qui n'est pas adapté à la situation. Ce mécanisme, prévu à l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle, permet dans certains cas de demander au juge de prendre toute mesure appropriée pour pouvoir assurer l'exploitation d'œuvres, notamment lorsqu'il n'y a pas d'ayants droit connus.
- 45 Mais cette procédure, prévue pour l'exploitation ponctuelle d'œuvres, paraît peu praticable dans le cas d'une demande massive pour des projets de numérisation d'ampleur. En outre, le recours systématique au juge peut s'avérer coûteux et long, compte tenu des risques d'engorgement des juridictions.
- 46 Le CSPLA a donc privilégié la mise en place d'un nouveau dispositif spécifique de gestion collective obligatoire. Des organismes de gestion collective agréés seraient ainsi habilités à délivrer des autorisations d'exploitation des œuvres orphelines au nom des auteurs « absents » et à fixer le montant de la rémunération correspondante.
- 47 Compte tenu du fait qu'un tel dispositif dérogerait à un principe essentiel du droit d'auteur en permettant, d'une manière ou d'une autre, d'autoriser un utilisateur à exploiter une œuvre sans le consentement de son auteur, le CSPLA a posé des conditions

strictes. Il a notamment considéré que pour remplir les critères de la définition d'œuvre orpheline, une action de recherche « sérieuse et avérée » devrait être menée par l'utilisateur potentiel afin de s'assurer que la volonté de l'auteur ne pouvait être recueillie à la date de cette recherche.

- 48 Le rapport a également pris acte du caractère réversible de la condition d'œuvre orpheline, dès lors que les auteurs concernés peuvent réapparaître à tout moment, pour limiter dans le temps les autorisations d'exploitation délivrées par les organismes de gestion collective et garantir la rémunération de l'auteur réapparu.
- 49 Dans le prolongement des travaux du CSPLA, une proposition de loi relative « aux œuvres visuelles orphelines » a été déposée devant le Sénat en mai 2010²⁰. Ce texte visait à introduire dans le Code de la propriété intellectuelle une définition des œuvres orphelines et à mettre en place un système de gestion collective obligatoire similaire à celui proposé par le CSPLA, prévoyant la désignation d'un organisme de gestion collective agréé pour autoriser, à titre non exclusif, l'exploitation des œuvres visuelles orphelines et pour négocier avec les utilisateurs potentiels les barèmes des rémunérations versées en contrepartie des autorisations délivrées.
- 50 Cette proposition de loi a été adoptée en première lecture par le Sénat le 28 octobre 2010 mais son examen a été ensuite interrompu lorsque les institutions de l'Union européenne se sont emparées du sujet des œuvres orphelines.
- 51 La directive 2012/28/UE du 25 octobre 2012 « sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines » vise à permettre aux bibliothèques et organismes similaires (établissements d'enseignement, musées, archives, institutions dépositaires du patrimoine cinématographique organismes de radiodiffusion de service public) qui poursuivent des objectifs d'intérêt public tels que l'éducation ou la préservation et la diffusion du patrimoine culturel de reproduire des œuvres orphelines dans leur collection et de les mettre à la disposition du public, en toute légalité.
- 52 L'aménagement d'un mécanisme de gestion collective obligatoire n'étant pas apparu comme la solution la plus adaptée au niveau communautaire, la directive privilégie la mise en œuvre d'une exception qui autorise les organismes bénéficiaires susmentionnés à procéder à des actes de reproduction des œuvres orphelines « à des fins de numérisation, de mise à disposition, d'indexation, de catalogage, de préservation ou de restauration ». Cette exception concerne également la diffusion des œuvres orphelines sur Internet.
- 53 La directive limite toutefois l'application du régime des œuvres orphelines aux œuvres publiées sous forme de livres, revues, journaux, magazines ou autres écrits, y compris les œuvres incorporées dans celles-ci, et les œuvres sonores, audiovisuelles et cinématographiques. En revanche, les œuvres visuelles exploitées de manière indépendante sont exclues du dispositif.
- 54 Cette dernière exclusion se justifie au motif qu'il serait extrêmement difficile d'identifier les propriétaires de collections entières de photographies dont la provenance est inconnue. L'absence d'attribution ou d'autres marques d'identification complique singulièrement la recherche diligente des titulaires de droits. En outre, les recherches concernant des photographies et des images fixes ne peuvent s'appuyer sur des technologies aussi avancées que les recherches textuelles et elles sont très coûteuses puisqu'elles supposent une numérisation préalable et un travail d'indexation approfondi²¹

- 55 La loi n° 2015-195 du 20 février 2015 « portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel », qui transpose la directive du 25 octobre 2012 en droit français, précise en conséquence que les « photographies » et les « images fixes qui existent en tant qu'œuvres indépendantes » ne peuvent être considérées comme orphelines pour l'application de la nouvelle exception au droit d'auteur.
- 56 En l'état du droit, seules les photographies intégrées dans des œuvres secondes (livres, journaux...) peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet d'une mise à disposition du public sans autorisation préalable. L'exploitation des œuvres visuelles orphelines, considérées isolément, continue en revanche de relever des méthodes contractuelles. Or, celles-ci ne sont pas appropriées dès lors que les auteurs des photographies orphelines ne peuvent, par construction, être représentés.

L'exception de numérisation à des fins de conservation et de consultation

- 57 Les institutions de gestion du patrimoine culturel œuvrent à la préservation de leurs collections pour les générations futures. Or, un acte de préservation peut nécessiter la reproduction d'une œuvre se trouvant dans leurs fonds et dès lors nécessiter l'autorisation des titulaires de droits concernés.
- 58 À cet égard, la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 « relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » a prévu au bénéfice des bibliothèques, des musées et des services d'archives une exception au droit de reproduction des auteurs. Cette reproduction peut être effectuée à des fins de conservation ou être destinée à préserver les conditions de la consultation d'une œuvre dans l'enceinte de l'établissement. Elle doit en revanche exclure toute visée lucrative.
- 59 Il ressort des débats parlementaires que cette exception vise à autoriser la réalisation de reproductions d'œuvres « soit pour assurer leur conservation en réalisant une copie de sauvegarde, soit pour préserver leur accessibilité en procédant, par exemple, au transfert d'un document numérique d'un support ou format devenu obsolète vers un format plus utilisable »²².
- 60 La loi permet ainsi aux bibliothèques, archives ou musées ayant acheté un support, de maintenir un accès à l'œuvre fixée sur ce support en la transférant sur un support ou un format nouveau correspondant au nouvel état de la technique. Outre l'obsolescence technologique, l'exception visée doit également permettre de parer à la dégradation des supports originaux.
- 61 Cette exception doit être comprise strictement, de façon à éviter que les reproductions autorisées ne se substituent aux achats d'œuvres disponibles dans le commerce.
- 62 Dans sa rédaction issue de la loi de 2006, cette exception ne visait que les actes de reproduction mais pas les actes subséquents d'exploitation, notamment de représentation, de ces copies. Aussi la loi no 2009-669 du 12 juin 2009 « favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet » a-t-elle étendu le champ de l'exception pour y inclure la représentation de l'œuvre « dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés ». Elle a précisé, en même temps, que l'exception ne jouait que pour la « consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers ».

- 63 Une bibliothèque, un service d'archives ou un musée détenant un fonds photographique peut donc, sans autorisation préalable, confectionner des copies en utilisant l'outil, le moyen ou la technologie de préservation qui convient, et ce en nombre suffisant et à n'importe quel stade de la vie des œuvres photographiques concernées, dans la mesure requise pour produire une copie exclusivement à des fins de préservation ou de consultation. Les copies ainsi réalisées peuvent être diffusées sur des postes au sein des établissements mais ne peuvent en aucun cas être diffusées sur Internet.
- 64 Compte tenu des restrictions posées²³, il importe de relever que cette exception ne légitime pas, au regard du droit d'auteur, des projets de numérisation et de diffusion de grande ampleur de fonds photographiques détenus par les établissements patrimoniaux.

Le dispositif d'exploitation des œuvres indisponibles

- 65 La proposition de directive « sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique » présentée par la Commission européenne le 14 septembre 2016²⁴ propose des solutions pour faciliter l'octroi de licences par les institutions de gestion du patrimoine culturel afin de permettre la numérisation et la diffusion, y compris dans un contexte transfrontière, des œuvres indisponibles qui se trouvent à titre permanent dans leurs collections et présentent un grand intérêt culturel.
- 66 L'article 7 de cette proposition définit l'œuvre indisponible comme une œuvre qui n'est pas accessible au public par le biais des circuits commerciaux habituels et dont on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle le devienne. L'examen doit a priori être mené œuvre par œuvre. Il est toutefois précisé qu'un fonds peut être déclaré indisponible dans son ensemble lorsque l'on peut présumer que toutes les œuvres qui le composent sont indisponibles dans le commerce.
- 67 L'obtention de l'accord des titulaires des droits portant sur ces œuvres peut s'avérer difficile. Cela peut tenir, par exemple, à l'ancienneté des œuvres, à leur valeur commerciale limitée ou au fait qu'elles n'ont jamais été destinées à une utilisation commerciale.
- 68 Il est donc proposé que les institutions de gestion du patrimoine culturel (bibliothèques, musées, archives et institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore) puissent conclure des licences non exclusives à des fins non commerciales avec des organismes de gestion collective représentatifs en vue de la numérisation et de la diffusion, y compris sur Internet, de ces œuvres. La directive laisse la faculté aux États membres d'étendre ces licences aux titulaires de droits de la même catégorie qui ne sont pas représentés par l'organisme de gestion collective.
- 69 Le considérant 25 de la proposition de directive précise que ces mécanismes de concession de licences doivent pouvoir être utilisés dans la pratique pour différents types d'œuvres, « y compris les photographies ».
- 70 Eu égard au caractère dérogoire de ce dispositif, la proposition de directive prévoit la mise en œuvre de mesures de publicité appropriées afin de permettre aux auteurs de s'opposer, à tout moment, à ce que leurs œuvres soient réputées indisponibles et d'exclure l'application des licences concédées à leurs œuvres.
- 71 En première analyse, les fonds photographiques détenus par les institutions patrimoniales paraissent affectés de particularismes tels (ancienneté des clichés,

situations d'orphelinat...) que leur valorisation dans le respect des règles posées par le droit d'auteur s'apparente à une aporie.

- 72 Pour autant, aucun antagonisme irréductible ne se fait jour à l'étude. Depuis le début des années 2000, diverses initiatives ont été prises en France et au niveau de l'Union européenne afin d'identifier des dispositifs susceptibles d'apporter une réponse aux besoins d'intérêt général d'accessibilité et de diffusion des fonds des institutions patrimoniales tout en étant compatibles avec les principes qui fondent la propriété littéraire et artistique. La récente proposition de la Commission européenne visant à instituer un système *ad hoc* de gestion des œuvres indisponibles constitue une nouvelle illustration de ce dialogue fructueux entre exclusivité et accès aux œuvres.

NOTES

1. - Le tribunal civil de la Seine a ainsi considéré que « les produits, obtenus à l'aide de la photographie, n'offrent pas les caractères essentiels d'une œuvre d'art ; s'ils exigent une certaine habileté dans l'emploi de l'appareil et montrent parfois le goût de l'opérateur dans le choix et l'arrangement du sujet ou la pose du modèle, ils ne sont, en définitive, que le résultat de procédés mécaniques et de combinaisons chimiques reproduisant servilement les objets matériels sans que le talent d'un artiste soit nécessaire pour les obtenir ». Tribunal civil de la Seine, 11 déc. 1863 : Pataille, 63.396.
2. - TALBOT, Patrick. « La photographie en tant qu'art ». *Le Portique*, 30 | 2013, document 4, mis en ligne le 01 juillet 2015, consulté le 10 novembre 2017. URL : <http://leportique.revues.org/2635> ; BARTHES, Roland. *La Chambre claire, note sur la photographie*. Paris : Seuil 1980.
3. - Au niveau international, il faudra attendre 1948 pour que la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques assimile les œuvres photographiques aux autres catégories d'œuvres protégées. Pour autant, cette assimilation n'est pas totale puisque cette convention prévoit une durée minimum de protection moins longue pour les photographies – 25 ans – que pour les autres œuvres de l'esprit – 50 ans. Cette durée de protection fait également exception dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord ADPIC) du 15 avril 1994.
4. - Le considérant 16 de la directive relève qu'une œuvre photographique 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 la destination, ne soient pris en compte » (considérant 16).
5. - CJUE, *Eva-Maria Painer*, aff. C-145/10, attendu 94.
6. - L'arrêt *Eva-Maria Painer* précité distingue ainsi la « phase préparatoire », la « prise de la photographie » et le « tirage du cliché » (attendu 91).
7. - Inversement, les diverses contraintes, notamment de format et de luminosité, qui pèsent sur l'opérateur chargé de réaliser une photographie d'identité empêchent l'expression d'une sensibilité personnelle.
8. - Lorsque les manipulations techniques modifient très substantiellement le cliché, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit encore d'une œuvre photographique ou d'une œuvre d'art plastique intégrant des éléments relevant de l'art photographique.

9. - Par un arrêt rendu le 24 juin 2005 (4^e ch. B, 24 juin 2005, n° 03/11140), la cour d'appel de Paris affirme ainsi que la photographie de tableau n'est pas protégée si elle a « pour seul objectif de reproduire le tableau (...) avec le plus de fidélité possible, afin de le représenter tel que le perçoit le public ». Sur ce débat, et les positions en présence, voir LATREILLE, Antoine. « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art ». *Revue Dalloz*, 2002, chron. p. 299.

10. - La cour d'appel de Paris a ainsi reconnu l'originalité de photographies de tableaux « qui ne procèdent pas d'une simple opération technique mais de choix délibérément opérés par le photographe quant à l'angle de prise de vue, au cadrage, à l'éclairage de manière à faire ressortir des contrastes de couleurs, des jeux d'ombres et de lumière ou à accentuer l'homogénéité du tableau, à accentuer des traits, à mettre en relief un plan, selon la représentation qu'il a voulu donner de l'œuvre, de sorte que le photographe exalte la quintessence de l'œuvre selon son propre regard et sa propre sensibilité ». Cour d'appel de Paris, 4^e ch., 4 mars 2009, n° 07/12226.

11. - La cour d'appel de Paris a qualifié l'originalité de photographies d'œuvres d'art, reproduites dans un catalogue de vente aux enchères, en relevant notamment : « une recherche particulière non seulement du positionnement de chacun des objets mais également pour certains d'entre eux de son cadrage en retenant arbitrairement un détail particulier de l'objet », « le jeu des ombres et de la lumière par l'usage de flashes appropriés » ou encore le fait de retravailler les couleurs à l'aide d'un logiciel spécialisé (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 10 mars 2015, n° 13/09634).

12. - L'arrêt de la cour d'appel de Paris précité (voir note 11) a admis la protection de photographies de sculptures « pour lesquelles l'auteur a procédé à des compositions personnelles en accouplant des fragments d'une œuvre, ou en intégrant l'œuvre à des éléments du paysage, ou en l'associant à l'architecture de bâtiments et a opéré des choix dans les angles de prises de vues, dans la distance de l'objectif, dans les éclairages de manière à accentuer l'ombre ou la lumière, à mettre en relief un volume, à faire ressortir un détail, ou pour d'autres œuvres à jouer avec les proportions ».

13. - L'arrêt de la cour d'appel de Paris (voir note 11) consacre enfin la protection de photographies d'une œuvre architecturale. Celles-ci « révèlent un effort de composition qui combine des choix portant sur les angles de vues, le cadrage, les effets de lumière de manière à faire ressortir l'harmonie entre l'architecture et l'environnement naturel et qui leur confère un caractère propre ».

14. - Cette difficulté est régulièrement mise en avant par certains commentateurs pour plaider en faveur d'une présomption d'originalité. Lors de l'examen du projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, un amendement (non adopté) a ainsi été déposé en première lecture devant l'Assemblée nationale à l'effet d'établir une présomption d'originalité des œuvres de l'esprit. Les auteurs de cet amendement (n° 248) ont relevé que les juges font aujourd'hui « preuve d'une "sévérité accrue" en ce qui concerne la question de la preuve de l'originalité des œuvres, et plus particulièrement en matière de photographies. Les juges exigent la démonstration de l'originalité par l'auteur ou ses ayants droit pour chaque œuvre objet d'un litige, quel que soit le nombre d'œuvres en cause, dès l'assignation saisissant le tribunal compétent et ce, même lorsque l'originalité des œuvres en question n'a pas été contestée par le défendeur. Cette situation est inquiétante puisqu'elle vient affaiblir voire même rendre impossible la défense des droits des auteurs. En effet, l'exigence d'apporter la preuve de l'originalité pour chaque œuvre faisant l'objet d'un litige rend [est] matériellement impossible lorsque de nombreuses œuvres sont concernées ».

15. - La qualification d'œuvre collective, avec les conséquences qui y sont attachées en droit d'auteur, vaut surtout pour les fonds anciens ; elle est désormais grandement éclipsée par les règles particulières introduites dans le Code de la propriété intellectuelle (articles L. 132-35 à L. 132-45) par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet en vue de faciliter l'exploitation des contributions des journalistes sur Internet.

16. - Les droits patrimoniaux expirent, sauf cas particuliers, 70 ans après le décès de l'auteur.
17. - L'exploitation d'une œuvre sans l'autorisation de son auteur constitue une contrefaçon, passible au maximum d'une peine de trois ans de prison et de 300 000 euros d'amende.
18. - Voir le site : <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Commissions-specialisees/Commission-du-CSPLA-sur-les-aeuvres-orphelines>.
19. - Le rapport sur le photojournalisme de l'Inspection générale des affaires culturelles (IGAC) d'août 2010 constate que la généralisation de l'usage de la mention « droits réservés », notamment dans le secteur de la presse, laisse penser qu'il ne concerne pas uniquement des œuvres orphelines Voir sur le site : <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Presse/Actualites/Le-rapport-de-l-IGAC-sur-le-photojournalisme>.
20. - Voir le site : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl09-441.html> [consulté le 11/09/2018].
21. - Cette exclusion n'est toutefois pas définitive. L'article 10 de la directive du 25 octobre 2012 comporte en effet une clause de réexamen qui impose à la Commission européenne de présenter dans un proche avenir un rapport sur l'inclusion éventuelle dans le champ d'application de la directive d'œuvres qui n'en font pas actuellement partie, et en particulier des photographies et autres images qui existent en tant qu'œuvres indépendantes.
22. - Sénat, intervention de M. Thiollière, séance du 4 mai 2006. Selon le ministre de la Culture, M. Renaud Donnedieu de Vabres, « il s'agirait donc essentiellement du cas d'œuvres trop détériorées pour continuer d'être communiquées au public et qui, n'étant plus disponibles à la vente, ne peuvent être remplacées, ou encore d'œuvres dont le format est devenu obsolète » (Sénat, séance du 4 mai 2006).
23. - Ces restrictions, notamment de diffusion, découlent de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. L'exception mentionnée à l'article 5-2 n) de cette directive couvre « l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés (...), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ». Le considérant 40 de cette directive confirme qu'une « telle exception ou limitation ne doit pas s'appliquer à des utilisations faites dans le cadre de la fourniture en ligne d'œuvres ou d'autres objets protégés ».
24. - Voir le site : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-593-FR-F1-1.PDF> [consulté le 11/09/2018].
-

RÉSUMÉS

Les services d'archives qui envisagent de numériser et de mettre à disposition des œuvres sont tenus d'obtenir les autorisations d'exploitation auprès des auteurs concernés. Or, cette tâche s'avère particulièrement délicate s'agissant des œuvres photographiques, auxquelles s'attachent de nombreux enjeux. Une première spécificité tient à l'identification, parmi ces images, de celles pour lesquelles une autorisation d'exploitation est requise. La protection des photographies est subordonnée en droit positif à la condition d'originalité de droit commun. Or, l'exercice de définition et d'appréciation de l'originalité est redoutable s'agissant d'un procédé essentiellement technique de reproduction de la réalité. Le secteur de la photographie connaît une seconde spécificité importante qui tient au nombre considérable d'œuvres potentiellement

concernées par l'exploitation (par exemple, un photographe peut diffuser des milliers de clichés dans une carrière et le secteur de la photographie est celui où les pratiques amateurs sont les plus développées). L'obtention des autorisations d'exploitation de ces œuvres constitue un défi d'autant plus grand que les informations contractuelles en matière de droit d'auteur sont parfois, du fait de l'ancienneté des fonds concernés, incertaines, incomplètes, voire inexistantes. À cet égard, les œuvres photographiques sont fréquemment à la source d'« œuvres orphelines », leurs auteurs ne pouvant être identifiés ou localisés. In fine, face à l'ampleur de ces difficultés, la question se pose de savoir dans quelles conditions les services d'archives peuvent exploiter les œuvres photographiques présentes dans leurs fonds dans des conditions de sécurité juridique satisfaisante. Un début de réponse est apporté par divers dispositifs adoptés ces dernières années en France ou au niveau de l'Union européenne.

Archives services which contemplate digitising photos and making them available are expected to obtain authorisations to exploit the works from the authors concerned. Where collections of photographs are concerned, this is often difficult and raises several thorny issues. The first difficulty lies in identifying, amongst all the pictures, the ones for which authorisations are necessary. In legal terms, in positive law, the protection of a photographic work is subordinated to the common law condition of 'originality'. But the definition and appreciation of originality is extremely difficult where photography is concerned, a process that is largely a technical one for reproducing reality. The realm of photography presents a second specific difficulty, which is, quite simply, the sheer numbers of works potentially concerned by exploitation authorisations. One photographer might diffuse several thousands of pictures during a career, and the sector is one where amateur practices are prevalent. Acquiring the necessary authorisations to exploit the pictures is all the more difficult, particularly in the case of collections of old photos, when the contractual information about copyright is unclear, incomplete or entirely lacking. From this point of view, photographs are often 'orphaned' works in archive collections, their authors impossible to identify and locate. To conclude, and confronted with all these difficulties, the question arises of whether archive services can diffuse the photos in their collections in legal conditions that are satisfactory. The beginnings of a reply are perhaps to be seen in some of the measures recently adopted in France or at the level of the European Union.

INDEX

Mots-clés : archives, photographie, œuvre, originalité, auteur, exploitation, autorisation, œuvres orphelines, œuvres indisponibles, gestion collective, exception, licences collectives, fonds de presse, journaux, archives de presse

Keywords : archives, photography, work, originality, author, commercial exploitation, authorisation, 'orphaned' works, unavailable works, collective management, exception, collective licences, press archives, newspapers

AUTEUR

DAVID POUCHARD

Docteur en droit, attaché d'administration au ministère de la Culture
david.pouchard@culture.gouv.fr