

DES CLICHÉS ORIGINAUX

Photographie publicitaire contre œuvre d'art, donc. C'est, selon Laurent Pfister, à propos de la photographie notamment, que le critère de l'originalité fut « inventé » par les juges, afin de justifier la protection de « productions dont la protection n'était pas évidente ou n'avait pas été prévue expressément par les lois² ». Il fallut démontrer que ce n'est pas la machine qui fait l'œuvre³. La bataille fit rage chez les théoriciens du droit d'auteur en cette deuxième moitié du 19^e siècle, de même qu'elle fit rage dans le monde de l'art et de la critique d'art. On connaît le basculement de Baudelaire sur la question. L'apparition de la photographie taquine le réalisme des peintres autant qu'elle le stimule, puisque la peinture perd le monopole de la description du réel, mais aussi des parts de marché, comme l'illustration. La photographie est accusée de littéralité. Le photographe, de technicien.

De fait, la photographie pousse l'œuvre, ou tout du moins son acception, à la modernité, marquée par une transposition du sujet, qui n'est plus tant le sujet de l'œuvre que l'artiste lui-même, en tant que personnalité, pensante et agissante. Comme l'explique Nietzsche, « Original : ce n'est pas être le premier à voir quelque chose de nouveau, mais c'est de voir, comme si elles étaient nouvelles, les choses vieilles et connues, vues et revues par tout le monde, qui distingue les esprits véritablement originaux. Celui qui découvre les choses est généralement cet être tout à fait vulgaire et inepte – le hasard⁴ ». Cela dans le meilleur des mondes, car la lecture de la jurisprudence laisse parfois songeur.

L'originalité est définie dans la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins : est protégée la photographie originale qui résulte de la création intellectuelle de son auteur et qui n'est pas elle-même une copie. La Cour de justice européenne définit de façon plus précise l'originalité : elle se vérifie lorsqu'elle reflète la personnalité de l'auteur, si « l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs⁵ ».

Cette définition qui s'impose aux juridictions françaises n'empêche pas les interprétations divergentes. Les trois photographies publicitaires de Malka sont-elles originales ? Non, répond d'abord le tribunal (31 janvier 2012). Elles relèvent du genre « glamour » (vague ondulée, pose femme fatale, clair-obscur), les autres traits relevant des nécessités de mettre en valeur le maquillage (focus, effet mouillé, couleurs vives...). Donc, si le sujet rend ces traits nécessaires, c'est qu'ils ne proviennent pas de l'imagination de l'auteur mais de la contrainte. Que n'a-t-on dit dans la presse juridique de ce jugement qui avait pourtant le mérite d'être fort argumenté ! La référence au genre, critiquée, permettait pourtant de montrer la banalité, l'utilisation de poncifs ; rien, dans ces photographies, n'était vu comme s'il était nouveau : « Quelle que soit la qualité de la prestation technique du demandeur qui traduit à l'évidence son savoir-faire, les trois photographies litigieuses ne portent pas suffisamment l'empreinte de sa personnalité pour accéder à la protection par le droit d'auteur. »

La cour d'appel de Paris (18 septembre 2013) est d'avis contraire. Certes, les éléments qui composent ces clichés sont manifestement connus (cadre serré, effets de brillance et de clair-obscur) et, pris séparément, ils sont susceptibles d'appartenir au fonds commun de l'univers de la photographie dite « glamour ». Mais, dit la cour, l'appréciation de l'œuvre doit s'effectuer de manière globale, en fonction de l'aspect d'ensemble produit par l'agencement des différents éléments et non par l'examen de chacun d'eux pris individuellement. Or, ces photographies ont une physionomie propre qui les distingue des autres photographies du même genre, car elles « donnent globalement l'impression qu'émerge de chacune d'elle, en oblique, et au sein d'une abondante chevelure sombre, bouclée, un visage très pâle où les seules touches de vives couleurs s'avèrent comme mises en évidence de manière excessive ; l'attention est attirée soit sur les lèvres maquillées du mannequin aux yeux clos évoquant le sommeil (clichés 1 et 3), soit sur son regard en coin, fixe, s'imposant quoique les yeux soient à peine entrouverts (cliché 2) du fait de l'angle de prise de vue souligné par le positionnement sur le visage de partie de doigts clairs aux ongles rouges apparaissant sortir de la chevelure ». La cour en déduit « un réel parti pris esthétique empreint de la personnalité de leur auteur ». La description tient ici lieu de démonstration de l'originalité. C'est le regard interprétatif des juges, emprunt d'évaluation, même si les juges s'en défendent, qui permet d'accorder, ou non, la protection.

La Cour de cassation confirme : les choix, librement opérés, traduisent, au-delà du savoir-faire technique, une démarche propre à l'auteur, porteuse de sa personnalité. Cette définition de l'originalité, synthèse entre définition objective (les choix libres), critère subjectif (personnalité de l'auteur), en passant par une notion médiane (la démarche propre à l'auteur), jette le voile sur le caractère fluctuant de l'appréciation de l'originalité. Or, la prévisibilité est une donnée clé pour apprécier de la légalité