

**La photographie avec et sans caractère individuel
en droits d'auteur suisse et allemand**

Mémoire de master

Armance KOCH

Effectué sous la direction du Professeur Vincent SALVADÉ

28 décembre 2025

« La photographie telle que je la conçois est un dessin. Une esquisse à main levée, faite avec intuition et qu'on ne peut pas corriger. »

Henri CARTIER-BRESSON (1908-2004), *Voir est un tout, Entretiens et conversations (1951-1998)*, Paris 2014

TABLES DES MATIÈRES

I.	LISTE DES ABREVIATIONS	VII
II.	INTRODUCTION	1
III.	PRINCIPES GENERAUX DES DROITS D’AUTEUR SUISSE ET ALLEMAND	2
3.1	Sources formelles	2
3.2	Notion d’œuvre	2
3.3	Notion d’auteur	3
3.4	Effets.....	4
3.4.1	Titularité	4
3.4.2	Droits moraux	5
3.4.2.1	Droit de paternité	5
3.4.2.2	Droit de divulgation	5
3.4.2.3	Droit à l’intégrité.....	6
3.4.2.4	Droit en cas de destruction de l’œuvre	6
3.4.2.5	Droit d’accès et d’exposition	7
3.4.3	Droits patrimoniaux.....	7
3.4.3.1	Droit de reproduction	8
3.4.3.2	Droit de distribution	8
3.4.3.3	Droit de communication publique et droit de mise à disposition	8
3.5	Limites	9
3.5.1	Utilisation à des fins privées	9
3.5.2	Citation	9
3.5.3	Compte-rendu d’actualité	9
3.6	Durée	10
3.7	Droits voisins	10
3.8	Sociétés de gestion	11

IV. REGIME JURIDIQUE RELATIF AUX PHOTOGRAPHIES EN DROIT SUISSE.....	12
4.1 Œuvre photographique.....	12
4.1.1 Création de l'esprit.....	13
4.1.2 Forme d'expression	14
4.1.3 Création littéraire ou artistique	14
4.1.4 Quelles que soient la valeur et la destination.....	14
4.1.5 Individualité.....	15
4.2 Photographie sans caractère individuel.....	15
4.2.1 En général.....	15
4.2.2 Photographie d'objet tridimensionnel.....	16
4.3 Notion d'individualité.....	17
4.3.1 En général.....	17
4.3.2 Jurisprudence	19
4.4 Régime transitoire.....	21
4.5 Effets différents	21
4.5.1 Œuvre dérivée	21
4.5.2 Droits moraux	22
4.5.2.1 En général.....	22
4.5.2.2 Droit à l'intégrité.....	22
4.5.3 Droits patrimoniaux.....	23
4.5.3.1 En général.....	23
4.5.3.2 Droit de reproduction	23
4.5.4 Durée	24
4.6 Conclusion intermédiaire	24
V. REGIME JURIDIQUE RELATIF AUX PHOTOGRAPHIES EN DROIT ALLEMAND	26
5.1 Place du droit d'auteur européen	26
5.2 Œuvre photographique (<i>Lichtbildwerk</i>)	27
5.2.1 Création personnelle (<i>persönliche Schöpfung</i>)	28
5.2.2 Contenu intellectuel (<i>geistiger Gehalt</i>)	28
5.2.3 Forme d'expression (<i>Formgestaltung</i>).....	29
5.2.4 Individualité (<i>Individualität</i>).....	29

5.3	Photographie simple (<i>Lichtbild</i>)	30
5.3.1	En général	30
5.3.2	Photographies d'objet tri- et bidimensionnel	30
5.3.2.1	En général	30
5.3.2.2	Reproduction photographique d'œuvre visuelle entrée dans le domaine public	31
5.4	Notion d'individualité	32
5.4.1	En général	32
5.4.2	Jurisprudence	34
5.5	Effets différents	36
5.5.1	Adaptation	36
5.5.2	Droits moraux	37
5.5.2.1	En général	37
5.5.2.2	Droit à l'intégrité	37
5.5.3	Droits patrimoniaux	37
5.5.3.1	En général	37
5.5.3.2	Droit de reproduction	37
5.5.4	Durée	38
5.6	Conclusion intermédiaire	38
VI.	COMPARAISON ET CRITIQUES DOCTRINALES	39
6.1	Comparaison	39
6.1.1	Similitudes	39
6.1.1.1	Détermination du caractère non-individuel	39
6.1.1.2	Droit de reproduction	40
6.1.1.3	Durée	40
6.1.2	Divergences	40
6.1.2.1	Classification dans la loi	40
6.1.2.2	Condition de tridimensionnalité	40
6.1.2.3	Droit à l'intégrité	42
6.2	Critiques doctrinales	42
6.2.1	Classification dans la loi	42
6.2.2	Sécurité juridique	43
6.2.3	Durée	44
6.2.4	Mise en demeure	45

6.3	Conclusion intermédiaire	46
VII.	REFLEXIONS	48
7.1	Déséquilibre de la structure juridique ?	48
7.2	Désincitation à la création ?	49
7.3	Surprotection ?	50
7.4	Juge critique d'art ?	52
7.4.1	Subjectivité excessive ?	52
7.4.2	Juge plus sévère ?	54
7.5	Conclusion intermédiaire	56
VIII.	CONCLUSION	57
IX.	ANNEXE.....	58
X.	BIBLIOGRAPHIE.....	61

I. LISTE DES ABRÉVIATIONS

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (RS 0.632.20)
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt publié du Tribunal fédéral suisse
BBL	<i>schweizerische Bundesblatt</i> (= Feuille fédérale suisse)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (= Cour fédérale de justice allemande)
BO	Bulletin officiel fédéral suisse
c.	contre
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juillet 1971 (RS 0.231.15)
cf.	se reporter à
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
consid.	considérant
Directive DSM	Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE
Directive InfoSoc	Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information
dUrhG	<i>deutsches Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 1. Januar 1966</i> (= Loi fédérale allemande sur les droits d'auteur et les droits voisins du 1 ^{er} janvier 1966)
dVGG	<i>deutsches Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften vom 24. Mai 2016</i> (= Loi fédérale allemande sur les sociétés de gestion collective du 26 mai 2016)

éd.	édition
édit.	éditeur
Einl.	<i>Einleitung</i> (= introduction)
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale suisse
LDA	Loi fédérale suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
let.	lettre
LG	<i>Landgericht</i> (= Tribunal de première instance allemand)
N	numéro marginal
n°	numéro
not.	notamment
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (= Cour d'appel allemande)
p.	page
para.	paragraphe
phr.	phrase
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
ss	et suivant(e)
TF	Tribunal fédéral suisse
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 1 ^{er} janvier 1958
TUE	Traité sur l'Union européenne du 1 ^{er} novembre 1993
UE	Union européenne
URG	<i>schweizerisches Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 2. Oktober 1992</i> (= Loi fédérale suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992) (RS 231.1)
v.	versus
vol.	volume

II. INTRODUCTION

Chose étonnante, la photographie est, de nos jours, la création la plus largement protégée en droits d'auteur suisse et allemand, alors même qu'elle a été considérée comme un sous-art durant des décennies.

Comme son titre l'indique, ce mémoire se penche sur la photographie en droit d'auteur, avec un focus particulier sur la condition de l'individualité. Étant donné la place de la photographie en droit d'auteur, il s'agira de nous poser les questions suivantes : quelle est la spécificité commune entre les régimes suisse et allemand, et quels sont leurs différences et leurs effets ?

Afin de répondre au mieux à ces questions, nous avons divisé notre recherche en cinq chapitres. Nous présenterons d'abord les principes généraux du droit d'auteur. Ensuite, nous analyserons le cadre légal suisse de la protection des photographies, puis le cadre allemand. Après avoir présenté ces deux régimes juridiques, nous les comparerons et tenterons d'en relever leurs points positifs et négatifs. Enfin, nous présenterons nos réflexions sur les effets – pratiques et dogmatiques – qu'une telle protection pourrait avoir.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous paraît adéquat de rappeler quelques points relatifs à l'histoire de la photographie. Le premier procédé photographique rendu public, le daguerréotype, est commercialisé à partir de 1839-1840 ; il s'agit ainsi d'un médium relativement récent. Dès 1855, des controverses quant au statut juridique des photographies se sont manifestées¹. Certains considéraient encore la photographie comme un non-art, car dénuée de dimension artistique (« l'art [...] n'a que faire dans cette fidélité toute mécanique [de la photographie] »²) ; d'autres parlaient déjà d'art photographique. Ces débats sont légitimes parce que, contrairement aux formes d'art plus anciennes, la photographie fige un instant de la réalité, au lieu de construire de toutes pièces une création³. D'ailleurs, c'est avec une certaine réticence que la photographie a été reconnue comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur⁴. C'est depuis 1907 que la photographie est protégée par la législation sur le droit d'auteur dans l'Empire allemand⁵ et depuis 1923 en Suisse⁶.

Aujourd'hui, la dimension artistique de la photographie n'est pas remise en cause. Toutefois, ce moyen d'expression demeure toujours à l'écart des autres disciplines artistiques. En effet, l'utilisation de la photographie a drastiquement évolué au fil des décennies, prenant une place capitale dans notre vie quotidienne. Contrairement à toutes les autres formes artistiques, la photographie est devenue un mode de communication à part entière.

Ce changement de paradigme explique-t-il le traitement de faveur dont bénéficie la photographie dans la loi sur le droit d'auteur ? C'est ce à quoi nous allons tenter de répondre dans le présent travail.

¹ *La photographie est-elle un art ?*, in : L'Histoire, n° 128 (décembre 1989), accessible sur <https://www.lhistoire.fr/la-photographie-est-elle-un-art> (consulté le 15 décembre 2025).

² DELABORDE, p. 629.

³ MEER, *Licht und Schatten*, p. 278.

⁴ MOSIMANN/HERZOG, p. 705-706.

⁵ MÜNCH, *Geschichte*.

⁶ Protection explicite de l'art. 2 de la Loi fédérale suisse concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922 (FF 1922 III 981).

III. PRINCIPES GÉNÉRAUX DES DROITS D'AUTEUR SUISSE ET ALLEMAND

3.1 Sources formelles

Avant d'aborder le droit d'auteur fédéral de la Suisse et de l'Allemagne, il convient de citer trois traités, à notre sens pertinents en la matière, auxquels ces États sont parties. D'abord, il y a la Convention universelle du 6 septembre 1952 sur le droit d'auteur (RS 0.231.1)⁷, qui établit à son art. 1 que les États contractants assurent une protection suffisante et efficace des droits d'auteur ; elle pose également des dispositions minimales auxquelles ils doivent se soumettre. Puis, il existe l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ; annexe 1.C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994 [RS 0.632.20]⁸) ; cet accord prévoit également des règles sur le droit d'auteur à ses art. 9 à 13. Enfin, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juillet 1971 (CB ; RS 0.231.15)⁹ pose les principes fondamentaux sur la protection des œuvres et des droits de leurs auteurs. La CB prévoit notamment en son art. 2 ch. 7 que les pays de l'Union sont compétents pour régler le champ d'application des lois concernant les œuvres et leur protection.

Au niveau fédéral suisse et allemand, les législations sur le droit d'auteur sont : la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA ; RS 231.1)¹⁰ en Suisse et son équivalent allemand, la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* du 1^{er} janvier 1966 (dUrhG). Ces lois régissent l'ensemble des relations intellectuelles et personnelles entre l'œuvre et l'auteur d'une part, et les titulaires des droits d'auteur et voisins d'autre part (art. 1 LDA ; 1 dUrhG)¹¹.

3.2 Notion d'œuvre

L'œuvre est l'objet de la protection du droit d'auteur. Cette notion centrale détermine si et dans quelle mesure le créateur de l'œuvre bénéficie de droits d'auteur sur sa création.

La notion d'œuvre en droit d'auteur est une notion indéterminée. Comme nous le verrons par la suite, les définitions d'« œuvre » des art. 2 al. 1 LDA et 2 al. 2 dUrhG ne se recoupent pas entièrement. Globalement toutes deux disposent qu'une œuvre littéraire, artistique ou scientifique¹² est une création intellectuelle, personnelle et individuelle. Il s'agit là d'une définition ouverte¹³. En outre, le droit suisse et le droit allemand prévoient une liste non-

⁷ Entrée en vigueur en 1955 en Allemagne et en 1956 en Suisse.

⁸ Entré en vigueur en 1995 en Allemagne et en Suisse.

⁹ Entrée en vigueur en 1974 en Allemagne et en 1993 en Suisse.

¹⁰ Complétée par l'Ordonnance sur le droit d'auteur et les droits voisins du 26 avril 1993 (RS 231.11).

¹¹ CHERPILLOD, *L'objet*, N 202 ; dUrhR-BULLINGER, art. 1, N 1 ; LDA-EGLOFF, art. 1, N 2.

¹² Il est admis que ces notions ne décrivent que partiellement le champ de protection et doivent être interprétées dans un sens extrêmement large (LETTL, chap. 2, N 3-4, p. 35 ; THOUVENIN, N 526, p. 209 ; WAITZ, p. 29 ; LDA-EGLOFF, art. 2, N 11).

¹³ La définition de cette notion change avec l'évolution de la société, donc varie au gré des époques et des lieux. De nouveaux genres et formes d'œuvres seront forcément créés après l'entrée en vigueur d'une loi. Anticipant cela, les législateurs suisse et allemand ont laissé de la flexibilité et n'ont pas souhaité fournir une définition positive et exhaustive de la notion (DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 38, p. 25 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 152, p. 82 ; WAITZ, p. 30 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 3).

exhaustive de types de créations¹⁴ (art. 2 al. 2 LDA ; 2 al. 1 dUrhG). D'après cette définition, les idées et les pensées ne sont pas protégées : seule leur expression concrète l'est¹⁵. Ainsi, il faut qu'un certain niveau de matérialisation soit atteint.

Afin de déterminer si la création est protégeable, une appréciation au cas par cas est nécessaire. Le moment déterminant pour procéder à cette évaluation est celui de la création de l'œuvre¹⁶. Il s'agit d'analyser de manière objective – l'appréciation subjective de l'auteur n'est pas relevante – si les conditions pour être une œuvre sont remplies¹⁷. Notons que l'esthétique, la forme, l'effort, la finalité, l'utilité ou encore la valeur de la création ne sont pas des éléments pertinents pour cet examen¹⁸.

De plus, dans les cas de double création, à savoir lorsque deux auteurs créent des œuvres identiques, toutes deux sont protégeables et chacun peut bénéficier d'un droit exclusif¹⁹.

3.3 Notion d'auteur

Selon le principe du créateur, l'auteur est toujours celui qui réalise l'œuvre dans les faits (art. 6 LDA ; 7 dUrhG)²⁰. Cette qualité ne revient donc ni à l'employeur, ni au mandant, ni au commanditaire²¹. Comme le mentionne expressément l'art. 6 LDA et comme il en découle de l'art. 2 al. 2 dUrhG²², seule une personne physique peut être auteure. Sa capacité juridique n'est pas pertinente, car on considère que toute personne physique est capable de fournir une activité intellectuelle²³.

Par ailleurs, un tiers incitant l'auteur à créer n'est pas auteur car, comme nous l'avons expliqué, les suggestions, idées ou pensées ne sont pas protégées par le droit d'auteur²⁴. Mais, si quelqu'un concrétise à tel point sa propre idée et que son exécutant n'apporte aucun *input* créatif, ce dernier n'est considéré que comme un assistant²⁵. À ce titre, il n'est titulaire d'aucun droit. Pour illustrer ce principe, un architecte sera seul auteur de l'immeuble qu'il a conçu bien que des ouvriers construisent celui-ci.

Lorsque plusieurs personnes produisent ensemble une œuvre – c'est-à-dire un travail résultant d'une collaboration créatrice égale entre elles²⁶ – l'on parle alors de co-auteurs détenant conjointement le droit d'auteur (art. 7 LDA ; 8 al. 1 dUrhG). Naturellement, le co-

¹⁴ Il ressort de la formulation des textes suisse et allemand (utilisation des termes « notamment » ou « *insbesondere* ») qu'il s'agit d'une liste exemplative uniquement.

¹⁵ LETTL, chap.2, N35, p.45 ; THOUVENIN, N 527, p. 209.

¹⁶ WALTER, *Thèse*, p. 35-36 ; SCHIESSSEL, p. 52 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 12.

¹⁷ THOUVENIN, N 520, p. 207 ; VON WELSER, N 55 et 56, p. 20 ; dUrhG-VINCK, art. 2, N 3.

¹⁸ CHERPILLOD, *L'objet*, N 192 ; MEER, *Urheberrecht*, N 170, p. 79 ; REHBINDER/HAAS/UHLIG, art. 1, N 1 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 157-158, p. 84.

¹⁹ LEENEN, p. 62.

²⁰ JOHN, p. 109 ; ATF 136 III 225 – Guide orange, consid. 4.3.

²¹ dUrhR-THUM, art. 7, N 9 ; LDA-EGLOFF, art. 6, N 3 ; ATF 136 III 225 – Guide orange, in : sic ! 7-8/2010, p. 526.

²² Voir section V. 5.2.1.

²³ DÖRFLER, p. 8 ; LETTL, chap. 2, N 14, p. 39 ; PEUKERT, N 1, p. 64 ; dUrhG-VINCK, art. 2, N 11 ; LDA-EGLOFF, art. 6, N 3.

²⁴ CHERPILLOD, *Précis*, N 1083, p. 188 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 3, p. 86.

²⁵ WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 3, p. 86 ; dUrhR-THUM, art. 7, N 12 et art. 72, N 34 ; LDA-EGLOFF, art. 7, N 4.

²⁶ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 325, p. 240-241 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 34 ; ATF 136 III 225 – Guide orange, consid. 4.3.

auteur est nécessairement une personne physique. L'art. 7 al. 2 phr. 1 LDA prévoit que l'utilisation de l'œuvre nécessite l'accord de chaque co-auteur ; de manière similaire, l'art. 8 al. 2 phr. 1 dUrhG dispose que la publication, l'exploitation et les modifications nécessitent le consentement de chacun.

De plus, il existe une présomption réfragable d'auteur. Quiconque est clairement désigné comme auteur de l'œuvre de manière habituelle – par signature, pseudonyme, initiales ou autre – est présumé l'être jusqu'à preuve du contraire (art. 8 al. 1 LDA ; 10 al. 1 dUrhG).

En photographie, l'auteur est la personne physique qui a défini les conditions techniques nécessaires à la prise de vue, qui a réglé l'appareil photo (ex. utilisation d'un retardateur, d'un flash) et pris la photographie²⁷.

3.4 Effets

Dès l'acte de création d'une œuvre au sens des art. 2 LDA et 2 dUrhG, des droits exclusifs et absolus naissent *ipso iure*²⁸. Ces droits conférés reviennent à l'auteur et à ses ayants droit et sont limités légalement par certaines restrictions.

Le champ d'application de la protection couvre plusieurs aspects. En effet, deux catégories de droits étroitement liés existent : les droits moraux et les droits patrimoniaux.

En Allemagne, ces catégories ressortent du texte légal (art. 12 à 14 dUrhG pour les droits moraux et art. 15 à 23 dUrhG pour les droits patrimoniaux). En Suisse, la LDA a une approche globale étant donné qu'elle ne fait pas expressément référence à ces deux catégories : cette distinction existe cependant dans la jurisprudence et la doctrine suisses²⁹.

De plus, alors que la dUrhG prévoit que les droits – moraux et patrimoniaux – sont incessibles (art. 29 al. 1 dUrhG)³⁰, la LDA spécifie clairement que les droits d'auteur sont transférables (art. 16 al. 1 et 2 LDA).

3.4.1 Titularité

La création donne naissance à ces droits qui reviennent, selon le principe du créateur, à l'auteur de manière originaire³¹. Le statut de l'auteur n'importe d'ailleurs pas : il peut être amateur ou professionnel, mineur ou majeur³². En outre, puisque l'auteur est forcément une personne physique, les personnes morales ne peuvent devenir titulaires qu'ultérieurement, à titre dérivé³³.

²⁷ SOMMER/GORDON, p. 297 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 34.

²⁸ Notons que cette protection automatique est spécifique au droit d'auteur puisqu'en droit des brevets, droit des marques et droit du design, la protection nécessite un enregistrement préalable ; THOUVENIN, N 523, p. 207 ; WEHRLI, p. 482 ; art. 29 al. 1 dUrhG ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 3.

²⁹ HILTY, N 290, p. 116 ; notons que la doctrine suisse se réfère parfois à une troisième catégorie : les droits dits mixtes qui sont simplement des droits propres à la personne de l'auteur mais pouvant être transférés (voir DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 961, p. 600 et N 985, p. 609-610).

³⁰ Sauf dans les cas de succession ; PECHER/ASTIER, p. 71.

³¹ CHERPILLOD, *Précis*, N 1107, p. 192 ; DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 65, p. 42 ; PEUKERT N 12, p. 233 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 1, p. 85.

³² BANDLE, p. 21 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 5 ; arrêt OLG Hamburg, 5 novembre 1998 – 3 U 175/98.

³³ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 308, p. 233 ; THOUVENIN, N 522, p. 207 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 1, p. 85.

Tandis que la LDA ne régit pas spécifiquement le statut de l'auteur employé (à l'exception des droits sur les logiciels à l'art. 17 LDA)³⁴, la dUrhG, de son côté, prévoit à son art. 43 que les droits sont conférés à l'auteur employé sauf convention contraire. Par conséquent, aussi bien en Suisse qu'en Allemagne, il est possible de prévoir un transfert automatique de droits patrimoniaux en faveur de l'employeur. Ce dernier n'acquiert donc jamais de droit *ipso iure*³⁵. Pour ce faire, il faut qu'un accord prévoie la cession (tacitement ou pas écrit), que l'auteur soit employé et qu'il réalise l'œuvre dans le cadre de ses obligations contractuelles³⁶.

3.4.2 Droits moraux

Les droits moraux sont des droits inaliénables dont le but est de protéger le lien intellectuel et personnel étroit unissant l'auteur à son œuvre³⁷. Ainsi comme le prévoient l'art. 29 al. 1 dUrhG et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (TF) (contrairement au texte général de l'art. 16 LDA), le droit moral ne peut, en principe, pas être cédé³⁸.

3.4.2.1 Droit de paternité

Premièrement, l'auteur jouit d'un droit exclusif sur son œuvre, en particulier du droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur et du droit de décider sous quel nom il souhaite être connu (nom de famille, pseudonyme, ou autre) (art. 9 al. 1 LDA ; 13 phr. 1 dUrhG)³⁹. L'auteur peut notamment décider de rester dans l'anonymat ou d'en sortir⁴⁰. Le droit de paternité comprend également le droit d'être mentionné de manière claire comme auteur à chaque utilisation de l'œuvre ou de son exemplaire⁴¹. Ce droit naît immédiatement et automatiquement dès la création de l'œuvre⁴².

3.4.2.2 Droit de divulgation

Il s'agit du droit de décider si, quand, comment et sous quel nom l'œuvre sera divulguée/publiée pour la première fois (art. 9 al. 2 LDA ; 12 dUrhG). Ainsi, l'auteur peut également décider de ne pas divulguer l'œuvre, voire de s'opposer à ce que des tiers le fassent⁴³. Une fois l'œuvre divulguée, ce droit est « consommé »⁴⁴. Précisons que l'Allemagne, contrairement à la Suisse, connaît un droit de retrait (art. 42 dUrhG) permettant à l'auteur de révoquer les droits d'utilisation de l'œuvre pour des raisons idéologiques/morales⁴⁵.

³⁴ À titre complémentaire : en 1989, le projet d'intégrer une disposition prévoyant la cession légale des droits de l'employé à l'employeur avait été évoqué mais *in fine* rejeté (JOHN, p. 173).

³⁵ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 606.

³⁶ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 320, p. 238 ; PEUKERT N 12, p. 233 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 4 p. 87 ; *Les droits d'auteur dans le contexte du travail*, in : CCdigitallaw.ch, <https://www.ccdigitallaw.ch/3441-d4/?lang=fr> (consulté le 12 novembre 2015)

³⁷ LUCAS-SCHOETTLER, p. 38 ; SYKORA, p. 37 ; dUrhR-BULLINGER, Vorbemerkung art. 12 ss, N 5.

³⁸ SYKORA, p. 38 et 84 ; dUrhR-BULLINGER, Vorbemerkung art. 12 ss, N 7 ; ATF 136 III 225, consid. 3.2.

³⁹ LUCAS-SCHOETTLER, p. 46 ; SYKORA, p. 171 ; LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 9, N 11.

⁴⁰ LUCAS-SCHOETTLER, p. 46 ; SYKORA, p. 170-171 ; LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 9, N 10.

⁴¹ LUCAS-SCHOETTLER, p. 46 ; SCHIESSEL, p. 153 ; SYKORA, p. 32 et 69-70 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 32 ; BGH, 15 juin 2023, I ZR 179/22 – Microstock-Portal.

⁴² THOUVENIN, N 521, p. 207 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 2, p. 85.

⁴³ LUCAS-SCHOETTLER, p. 43 ; SYKORA, p. 170.

⁴⁴ CHERPILLOD, *Précis*, N 1178, p. 203 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 207, p. 154 ; dUrhR-BULLINGER, art. 12, N 9 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 30

⁴⁵ RIGAMONTI, p. 19 ; dUrhR-WANDTKE, art. 42, N 1.

Par divulgation, il faut entendre le fait que l'auteur ait rendu ou consenti à rendre l'œuvre accessible (ou perceptible) pour la première fois au public⁴⁶ (art. 9 al. 3 LDA ; 6 al. 1 dUrhG)⁴⁷.

3.4.2.3 Droit à l'intégrité

L'auteur a le droit exclusif de décider si et sous quelles conditions son œuvre peut être modifiée ou déformée/dénaturée de manière tangible (art. 11 al. 1 LDA ; 14 dUrhG). Ce droit fournit une garantie quant à l'apparence esthétique globale de l'œuvre⁴⁸. Cela assure, d'une part, le respect du caractère individuel de l'œuvre et, d'autre part, cela préserve indirectement les intérêts économiques de l'auteur étant donné qu'une modification pourrait impacter la valeur patrimoniale de son travail⁴⁹.

L'auteur ne peut s'opposer pleinement qu'aux modifications touchant au noyau dur inaliénable de l'œuvre, c'est-à-dire aux altérations qui portent atteinte à sa personnalité, et ce même s'il y a préalablement consenti (art. 11 al. 2 LDA ; art. 39 al. 2 dUrhG). Dans les cas de modification non autorisée ne touchant pas à ce noyau dur, une pesée entre les intérêts de l'auteur à l'intégrité de son œuvre et les intérêts du tiers s'y opposant – généralement le propriétaire – est nécessaire afin de déterminer s'il y a violation de ce droit.⁵⁰ En photographie, une modification peut par exemple consister en l'utilisation d'un détail de l'image ou en un recadrage⁵¹.

Il est pertinent de signaler qu'en droit allemand, plus le degré d'individualité de l'œuvre est bas, moins la balance penchera en faveur des intérêts moraux de l'auteur ; il sera ainsi plus difficile pour ce dernier de se défendre face à une modification non consentie⁵².

Un cas américain illustre bien la portée de ce droit : l'auteur du « *Charging Bull* » [figure 1, p. 58], imposante sculpture sur Wall Street, s'est ouvertement plaint en 2018 de l'installation de la « *Fearless Girl* » [figure 1, p. 58], sculpture également en bronze faisant fièrement face au Taureau⁵³. Cette affaire met en lumière la question du droit à l'intégrité. L'œuvre originale rendait hommage à la résilience des États-Unis suite au krach d'octobre 1987. Or, l'adjonction de la statue de la Fillette, qui est un symbole féministe contre la misogynie d'entreprises, modifie de manière évidente le message original. L'auteur n'ayant pas formellement agi en justice, il n'a pas été établi si cette modification constituait effectivement une violation du noyau dur.

3.4.2.4 Droit en cas de destruction de l'œuvre

Ce droit moral prévoit une garantie en cas de destruction d'un exemplaire original unique (art. 15 LDA). Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans la dUrhG, le

⁴⁶ Par « public », il faut entendre : en droit suisse, un groupe constitué en majorité de personnes sans lien étroit avec l'auteur (LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 9, N 23) ; en droit allemand, tout le monde sans restriction (dUrhR-BULLINGER, art. 12, N 7).

⁴⁷ Voir dUrhR-MARQUARDT, art. 6, N 4 et SYKORA, p. 75-76.

⁴⁸ LUCAS-SCHOETTLER, p. 50 ; SYKORA, p. 90-91.

⁴⁹ BUNDLE, p. 31.

⁵⁰ LUCAS-SCHOETTLER, p. 49 ; SYKORA, p. 84 et 101-102 ; arrêt LG Köln, 19.08.2021 - 14 O 487/18, consid. 3.

⁵¹ SCHIESSEL, p. 154.

⁵² LUCAS-SCHOETTLER, p. 52.

⁵³ Voir à ce sujet not. les articles de BARRACLOUGH et PRICE.

Bundesgerichtshof (BGH ; Cour fédérale de justice allemande) a affirmé dans son arrêt *HHole (for Manheim)*⁵⁴ de 2019 que ce droit moral découlait de l'art. 14 dUrhG⁵⁵.

Ce droit autorise l'auteur à reprendre ou reproduire l'exemplaire unique de l'œuvre si le propriétaire désire le détruire. Cela ne donne pas pour autant à l'auteur le droit de s'opposer à la destruction.

3.4.2.5 Droit d'accès et d'exposition

Ce droit accorde à l'auteur l'accès physique à des exemplaires de ses œuvres (art. 14 al. 1 LDA ; 25 dUrhG)⁵⁶ et la possibilité de se voir remettre l'œuvre le temps d'une exposition (art. 14 al. 2 LDA ; 18 dUrhG)⁵⁷.

Le droit d'accès est accordé dans la mesure où cela est nécessaire à la jouissance des droits d'utilisation de l'auteur et si cela ne va pas à l'encontre des intérêts légitimes du propriétaire⁵⁸.

Le droit d'exposition en Suisse implique le droit de l'auteur de prendre possession de l'œuvre (art. 14 al. 2 LDA)⁵⁹. Il doit prouver un intérêt prépondérant⁶⁰. Le droit allemand quant à lui entend par droit d'exposition (art. 18 dUrhG) le droit d'exposer publiquement pour la première fois l'œuvre⁶¹.

3.4.3 Droits patrimoniaux

En droit suisse, les droits patrimoniaux se rapportent aux droits exclusifs d'exploitation pouvant être transférés et licenciés (art. 16 al. 1 LDA). La conception allemande veut que les droits d'exploitation soient incessibles (art. 29 al. 1 dUrhG), seule la licence de ces droits est possible⁶².

L'auteur a le droit exclusif de déterminer si, comment et quand son œuvre sera utilisée (art. 10 LDA ; 15 al. 1 dUrhG). La littérature suisse admet qu'il y a « utilisation » d'une œuvre lorsque ses caractéristiques individuelles essentielles sont reconnaissables⁶³.

Les art. 10 al. 2 LDA et 16 à 22 dUrhG énumèrent de manière non-exhaustive des formes d'exploitation de l'œuvre. Il y a entre autres le droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA ; 16 dUrhG), le droit de distribution (art. 10 al. 2 let. b LDA ; 17 dUrhG) et le droit de mise à disposition (art. 10 al. 2 let. c LDA ; 19 a dUrhG).

⁵⁴ BGH, 21 février 2019, I ZR 98/17 – HHole (for Manheim), para. 31.

⁵⁵ SYKORA, p. 105.

⁵⁶ Bien que l'art. 25 dUrhG ne se trouve pas dans la section dédiée aux droits moraux, la doctrine allemande considère qu'il s'agit également d'un droit moral car il protège aussi un intérêt non économique de l'auteur (LUCAS-SCHOETTLER, p. 40). Quant au droit d'exposition, nous le rangeons dans les droits moraux même s'il est considéré en Allemagne comme un droit patrimonial, car en Suisse il s'agit d'un droit moral.

⁵⁷ Bien que le droit d'exposition de l'art. 18 dUrhG soit considéré comme un droit patrimonial en Allemagne, nous le rangeons dans les droits moraux étant donné qu'il est considéré comme tel en Suisse.

⁵⁸ SCHIESSEL, p.202.

⁵⁹ SYKORA, p. 114.

⁶⁰ SYKORA, p. 114.

⁶¹ SYKORA, p. 114.

⁶² LUCAS-SCHOETTLER, p. 39 ; PÉCHER/ASTIER, p. 16.

⁶³ WEHRLI, p. 486.

Comme il existe beaucoup de droits patrimoniaux, nous nous limiterons à présenter les droits d'exploitation topiques dans le cadre de ce travail.

3.4.3.1 *Droit de reproduction*

L'auteur jouit du droit exclusif de reproduire l'œuvre (art. 10 al.2 let.a LDA ; 16 dUrhG). Pour qu'il y ait reproduction, il faut que l'œuvre soit copiée entièrement ou partiellement de telle sorte que l'on y retrouve son caractère individuel – le nombre de reproductions faites et le nombre d'étapes intermédiaires nécessaires sont ainsi sans importance⁶⁴. De plus, la reproduction doit être perceptible⁶⁵. L'on considère qu'il y a reproduction même si cette dernière est éphémère ou non fixée sur un support⁶⁶.

Observons que la jurisprudence allemande ne reconnaît pas aisément la reproduction pour une photographie. Un tribunal a considéré que le recadrage/zoom d'une photographie antérieure (ayant pour effet de rapprocher le bord du cliché du sujet pris en photo, ici des visages) constitue un repositionnement effaçant le caractère individuel original⁶⁷. Ce dernier suffit pour constater que la nouvelle photographie possède certes une similitude, mais n'est pas une reproduction⁶⁸.

3.4.3.2 *Droit de distribution*

Le droit exclusif de mettre en circulation des exemplaires de l'œuvre appartient à l'auteur (art. 10 al. 2 let. b LDA ; 17 dUrhG).

La limite légale à cela est l'épuisement du droit énoncé aux art. 12 LDA et 17 al. 2 dUrhG. Ce principe veut que le droit du propriétaire d'un exemplaire physique de l'œuvre l'emporte sur le droit de l'auteur lorsque celui-ci a aliéné ou a consenti à aliéner son œuvre sur un territoire donné. Il en résulte que le propriétaire peut mettre sur le marché son exemplaire même si l'auteur s'y oppose car ce dernier a « épuisé » son droit de mise en circulation.

3.4.3.3 *Droit de communication publique et droit de mise à disposition*

Selon les art. 10 al. 2 let. c LDA et 19 al. 4 dUrhG, la communication (telle la projection d'une photographie) est un droit exclusif de l'auteur⁶⁹. Par « communication publique », la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) entend l'accès donné en connaissance de cause par un utilisateur à une œuvre protégée⁷⁰.

Il existe également un droit exclusif de mise à disposition de l'œuvre, soit les cas où l'œuvre est rendue disponible sur demande de l'utilisateur (art. 10 al. 2 let. c LDA ; 19a dUrhG)⁷¹. Cela concerne notamment les photographies exposées, publiées, placées sur Internet permettant à un utilisateur de les consulter quand il le désire⁷².

⁶⁴ CHERPILLOD, *Précis*, N 1130, p. 196 ; HÄRTING, N 1183, p. 289 ; SCHIESSEL, p. 159 ; dUrhR-HEERMA, art. 16, N 2 ; LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 10, N 16.

⁶⁵ CHERPILLOD, *Précis*, N 1128, p. 196 ; dUrhR-HEERMA, art. 16, N 2 ; LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 10, N 16.

⁶⁶ CHERPILLOD, *Précis*, N 1129, p. 196 ; dUrhR-HEERMA, art. 16, N 2.

⁶⁷ Arrêt LG Köln, 19.08.2021 - 14 O 487/18.

⁶⁸ Arrêt LG Köln, 19.08.2021 - 14 O 487/18, consid. 78.

⁶⁹ CHERPILLOD, *Précis*, N 1143, p. 197 ; VON WELSER, N 173, p. 55.

⁷⁰ ANTOINE, p. 330.

⁷¹ CHERPILLOD, *Précis*, N 1146, p. 198 ; VON WELSER, N 177, p. 56.

⁷² RUEDIN, N 364, p. 134.

3.5 Limites

Le droit d'auteur n'étant pas absolu, il existe des restrictions impératives. Ces limites légales ont pour but d'équilibrer les intérêts personnels des titulaires de droits et les intérêts généraux de la collectivité (comme la liberté académique, la contribution culturelle et l'accès à la culture et aux informations importantes)⁷³. Les utilisations tolérées par le droit d'auteur se trouvent aux art. 11 al. 3 et 19 à 28 LDA, et aux art. 44a à 53a dUrhG.

3.5.1 Utilisation à des fins privées

Parmi les restrictions à la protection se trouvent l'usage à des fins privées et autres usages personnels (art. 19 al. 1 LDA ; 53 al. 1 dUrhG) à but non lucratif⁷⁴. D'après cette exception, chacun peut réaliser – ou faire réaliser par un tiers – des copies (de photographies notamment) pour son usage privé⁷⁵. Par usage privé, on entend par exemple l'utilisation pour un cercle de personnes étroitement liées, tels des proches ou amis⁷⁶. Cette exception ne peut être invoquée que pour l'usage d'une œuvre valablement diffusée/publiée⁷⁷.

3.5.2 Citation

Une autre forme de restriction à la protection est la citation (art. 25 LDA ; 51 dUrhG). Le terme « citation » signifie la reproduction à l'identique d'une (partie de l') œuvre dans une nouvelle œuvre⁷⁸. Ce droit prévoit la licéité des citations tirées d'œuvres divulguées (art. 25 LDA ; 51 al. 1 dUrhG)⁷⁹, telles des œuvres photographiques, pour autant qu'elles se justifient dans leur mesure par le but particulier, et que la source et l'auteur y soient mentionnés⁸⁰. S'agissant de la limitation quant à l'ampleur, on admet que seule la partie de la photographie nécessaire à atteindre l'objectif précis peut être utilisée, par exemple en réalisant une reproduction en noir et blanc, ou de basse résolution⁸¹.

3.5.3 Compte-rendu d'actualité

Mentionnons pour finir la reproduction d'une œuvre dans la presse. Selon les art. 28 al. 1 LDA et 50 dUrhG, les comptes-rendus publics sur les événements d'actualité sont admissibles dans la mesure requise par la finalité⁸². Par événement d'actualité, on entend tout événement actuel qui suscite l'intérêt du public aussi longtemps qu'il fait l'objet d'une discussion⁸³. En ce sens, il est licite de reproduire, de présenter ou de mettre en circulation des œuvres

⁷³ LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 19-28, N 1 ; WANDTKE/OSTENDORFF, chap. 5, N 1, p. 235-236.

⁷⁴ VON WELSER, N 238, p. 75 ; l'art. 19 LDA ne fait plus expressément mention de l'interdiction d'un dessein d'enrichissement mais la doctrine admet que par « usage privé », il faut effectivement que l'usage ne vise pas de fins lucratives (LDA-BARRELET/EGLOFF, art. 19, N 12).

⁷⁵ Art. 19 al. 2 LDA ; 53 al. 1 phr. 2 dUrhG.

⁷⁶ Selon l'art. 19 al. 1 let. a LDA, et FECHNER, p. 14.

⁷⁷ Art. 53 al. 1 phr. 1 dUrhG ; REHBINDER/UHLIG/HAAS, art. 19, N 11.

⁷⁸ HÄRTING, N 1288, p. 312 ; MEER, *Urheberrecht*, N 918, p. 292 ; WALTER, *Copyright Law*, p. 119 et 126.

⁷⁹ De fait, communiquer une œuvre avant sa divulgation/publication, au sens des art. 9 al. 3 LDA et 6 al. 1 dUrhG, est interdit.

⁸⁰ Selon l'art. 25 al. 2 LDA, et déduit du droit de paternité (art. 13 dUrhG) d'après l'arrêt OLG Hamburg GRUR 1974, 165, 27 septembre 1973.

⁸¹ OERTLI, p. 604 ; WERLY/BARRELET, N 2269, p. 841.

⁸² VON WELSER, N 220, p. 68 ; LDA-BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, art. 28, N 6.

⁸³ HÄRTING, N 1284, p. 310-311 ; LDA-BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, art. 28, N 10.

photographiques sans l'autorisation de leurs auteurs, à condition bien sûr que l'œuvre ait été divulguée et que la source et l'auteur y soient mentionnés.

3.6 Durée

Comme nous l'avons évoqué précédemment, le droit d'auteur naît *ipso iure* au moment de la création de l'œuvre (principe de création). C'est pourquoi dès que la création devient « œuvre » au sens des art. 2 al. 1 LDA (comme le rappelle l'art. 29 al. 1 LDA) et 2 al. 2 dUrhG⁸⁴, la durée de protection commence à courir. Elle se calcule en partant de la fin de l'année civile durant laquelle l'évènement déterminant a lieu (art. 32 LDA ; 69 dUrhG).

La protection prend fin 70 ans après la mort de l'auteur/du dernier (co-)auteur (art. 29 al. 2 let. b et 31 al. 1 LDA ; 64 et 65 dUrhG). Lorsque l'auteur est anonyme, la protection s'éteint 70 ans après la divulgation de l'œuvre (art. 31 al. 1 LDA ; 66 al. 1 dUrhG). Si la date du décès est inconnue, la LDA prévoit que la protection expire quand il y a lieu de supposer que l'auteur est mort depuis plus de 70 ans (art. 29 al. 3 LDA).

À l'instar des limites posées par le droit d'auteur, fixer la durée du droit à 70 ans se justifie par la pesée de différents intérêts. D'un côté, les œuvres se doivent d'être accessibles gratuitement au plus grand nombre afin de promouvoir l'art et la culture au sein de la société ; de l'autre, il faut protéger le lien entre l'œuvre et la personnalité de l'auteur ainsi que l'intérêt matériel de l'auteur et de ses successeurs⁸⁵.

Après l'expiration du délai, les droits moraux et patrimoniaux s'éteignent. Les œuvres entrent alors dans le domaine public⁸⁶.

3.7 Droits voisins

Les droits voisins offrent une protection légale aux personnes fournissant des prestations autres que la création même d'une œuvre. En Suisse, les titulaires de ces droits exclusifs sont les personnes qui font voir ou entendre l'œuvre, soit les artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les organismes de diffusion (art. 33 à 39 LDA)⁸⁷. En Allemagne en revanche, le champ de protection des droits voisins (art. 70 à 87k dUrhG) est plus large et se compose de six sections. Il comprend notamment les personnes publiant des œuvres posthumes (art. 71 dUrhG), les éditeurs de presse (art. 87f ss dUrhG) et surtout les créateurs de photographies sans caractère individuel (art. 72 dUrhG)⁸⁸.

Il faut effectivement souligner que la notion de droits voisins dans le contexte de ce travail entre en jeu en droit allemand uniquement : une photographie sans caractère individuel est

⁸⁴ LETTL, chap. 2, N 7, p. 36 ; SYKORA, p. 33.

⁸⁵ Consid. 6 de la Directive sur la durée de protection (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) ; REHBINDER/HAAS/UHLIG, Vorbemerkung art. 29 ss, N 1 ; THOUVENIN, N 772, p. 307 ; dUrhR-LÜFT, art. 64, N 1.

⁸⁶ MÜNCH, *Dauer* ; THOUVENIN, N 771, p. 306-307.

⁸⁷ LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 33-39, N 1-2.

⁸⁸ LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 33-39, N 5.

protégeable par les droits voisins en Allemagne (art. 72 dUrhG), alors qu'en Suisse cette protection naît *via* le droit d'auteur (art. 2 al. 3^{bis} LDA)⁸⁹.

Les droits voisins accordent au titulaire un droit exclusif, indépendant du droit d'auteur, et opposable *erga omnes*⁹⁰. La protection naît automatiquement avec l'exécution/parution de la création et dure moins longtemps que la protection offerte à l'auteur (art. 39 al. 1 LDA ; not. 72 al. 3 dUrhG).

Certains auteurs conçoivent les droits voisins comme étant principalement un moyen permettant aux ayants droit de protéger leurs intérêts économiques liés à la prestation⁹¹. D'autres considèrent que cette vision est erronée car, d'après eux, il s'agit avant tout de protéger la contribution créative d'une personne au même titre que le droit d'auteur⁹².

3.8 Sociétés de gestion

Pour finir, il convient de mentionner les sociétés de gestion des art. 40-60 LDA et de la Loi fédérale allemande sur les sociétés de gestion collective du 24 mai 2016 (la *Verwertungsgesellschaftengesetz* [dVGG]).

Ce sont des organismes autorisés, par la loi ou par l'autorité compétente, à gérer collectivement les droits d'auteur et droits voisins à titre non lucratif⁹³. La société de gestion joue alors le rôle d'intermédiaire, exerçant ces droits à titre fiduciaire⁹⁴. Il est assurément très difficile en pratique pour les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins de contrôler les utilisations faites de leurs œuvres ou prestations. Chaque type d'œuvres et de prestations est géré nationalement par une société de gestion spécifique⁹⁵.

⁸⁹ Voir parties IV. 4.2 et V. 5.3.

⁹⁰ HILTY, N 713, p. 294 ; MENDIS, p. 202.

⁹¹ HILTY, N 711, p. 293 ; MENDIS, p. 202 ; LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 33-39, N 6.

⁹² LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 33-39, N 6.

⁹³ Art. 41 LDA ; 2 al. 1 dVGG.

⁹⁴ THOUVENIN, N 524, p. 208 ; art. 2 al. 1 dVGG.

⁹⁵ En Suisse, il existe cinq sociétés de gestion et quatorze en Allemagne.

IV. RÉGIME JURIDIQUE RELATIF AUX PHOTOGRAPHIES EN DROIT SUISSE

Il existe deux catégories de photographies en droit d'auteur suisse : les œuvres photographiques (art. 2 al. 2 let. g LDA) et les photographies sans caractère individuel protégées (art. 2 al. 3^{bis} LDA). Les photographies ne satisfaisant pas aux conditions de l'une ou l'autre de ces catégories sont des reproductions photographiques non protégées⁹⁶.

L'art. 2 al. 3^{bis} LDA est une nouveauté législative entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020, qui a été critiquée à bien des égards par la doctrine⁹⁷. Auparavant, la Suisse ne connaissait aucune protection pour les photographies sans caractère individuel. Aujourd'hui, dans les faits, quasiment toutes les photographies (du paysage de Yann ARTHUS-BERTRAND au *selfie* raté) bénéficient d'une protection du droit d'auteur⁹⁸. Par l'introduction de cet alinéa dans la loi, le législateur a pour la première fois ouvert la porte à une expansion massive de la protection : une non-œuvre est ainsi protégée par le droit d'auteur.

Cette nouvelle disposition est en vérité la solution trouvée afin de répondre aux plaintes des groupes d'intérêt de photographes professionnels, notamment dans le domaine de la presse, qui déploraient, avec l'émergence d'Internet, l'absence de protection claire de leur travail et son utilisation non consentie par des tiers qui en tirent des revenus⁹⁹.

De manière purement théorique, une photographie au sens de l'art. 2 LDA est un procédé technique permettant de fixer une image de manière stable et durable grâce au rayonnement lumineux réfléchi projeté sur un support d'image photosensible¹⁰⁰.

4.1 Œuvre photographique

Pour bénéficier d'une protection étendue en droit d'auteur, il faut que la photographie soit une œuvre au sens de la LDA. Comme relevé précédemment, l'art. 2 LDA définit cette notion.

D'abord, l'art. 2 al. 1 LDA pose les conditions minimales pour qu'une création soit une œuvre. Il faut qu'il s'agisse d'une création de l'esprit, littéraire ou artistique, quelles que soient sa valeur et sa destination, dotée d'un caractère individuel. En outre, on admet que l'œuvre doit être perceptible¹⁰¹. Le législateur fournit également une liste non-exhaustive de ce qui est considéré comme création de l'esprit, à l'art. 2 al. 2 LDA. On y trouve notamment les « œuvres photographiques, cinématographiques et les autres œuvres visuelles ou audiovisuelles » (art. 2 al. 2 let. g LDA).

Passons en revue chacune de ces conditions.

⁹⁶ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 45, p. 22.

⁹⁷ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 377 ; voir partie VII. 6.2.

⁹⁸ BANDLE, p. 17 ; WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 3.

⁹⁹ BANDLE, p. 16 ; DÖRFLER, p. 156 ; WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 378 ; WEHRLI, p. 484.

¹⁰⁰ BESSON/LAGARDE/PAPAIX, p. 77 ; BANDLE, p. 28 ; WEHRLI, p. 482.

¹⁰¹ HILTY, N 227, p. 90 ; WEHRLI, p. 482.

4.1.1 Création de l'esprit

Par « création », l'on entend un résultat sur lequel l'auteur a une influence. Cela implique une activité créative sortant de la banalité¹⁰² ; elle s'oppose au travail de routine et aux simples objets trouvés¹⁰³. La loi prévoit expressément que les œuvres photographiques sont des créations de l'esprit (art. 2 al. 2 let. g LDA).

Pour qu'il s'agisse d'une création « de l'esprit », la création doit être le fait d'un être humain, soit résulter de la volonté humaine, de l'expression d'une pensée¹⁰⁴. Cet acte de création n'a ni besoin d'être accompli de manière habile ni de manière consciente¹⁰⁵. Comme nous l'avons indiqué précédemment, seule une personne physique peut être auteure d'une œuvre (art. 6 LDA). Par conséquent, il n'y a une œuvre que si la création est le fruit de la pensée humaine¹⁰⁶. N'étant pas capables d'activité intellectuelle, les personnes morales, machines et animaux ne pourront jamais être auteurs d'une œuvre¹⁰⁷. Lorsqu'une machine, comme un appareil photo, ou un animal sont utilisés par l'auteur comme des outils, il y a création de l'esprit car la personne physique reste maîtresse de la création¹⁰⁸. De la même façon, le recours par l'auteur à des événements fortuits n'empêche pas d'obtenir une création de l'esprit¹⁰⁹. Mais dès lors que l'auteur ne fournit aucun acte de création, l'objet sera dit trouvé et ne constituera jamais une œuvre, car il n'y a aucune création issue de la pensée humaine derrière cet objet¹¹⁰.

Concernant la photographie, ce critère est rempli dès lors que le déclenchement de la prise de vue dépend d'un être humain et de son intention créatrice¹¹¹. *A contrario*, des images générées de manière totalement automatique, comme avec une caméra de surveillance ou un radar, ne sont jamais protégées à ce titre¹¹².

L'exemple jurisprudentiel classique relatif à ce point est le cas de la photographie du singe Naruto¹¹³ [figure 2, p. 58] : en 2011, un singe se prend lui-même en photo avec l'appareil laissé à cette fin par un photographe, qui la publie. Wikimedia Foundation la met alors à libre disposition. Rapidement la photographie devient virale. Le photographe, prétendant détenir les droits d'auteur sur cette photo, exige son retrait, ce que Wikimedia réfute en arguant qu'il s'agit d'une image non produite par un humain et qu'elle ne saurait donc constituer une œuvre protégée par le droit d'auteur, ce que confirme le United States Copyright Office en 2014. Suite à cela, une organisation militante pour la défense des droits des animaux intente

¹⁰² Ce terme peut se définir comme « le caractère d'une chose commune, quotidienne, sans apport créatif, sans nouveau [...] » (BESSON/LAGARDE/PAPAIX, p. 49).

¹⁰³ KÜNZLER, p. 460 ; THOUVENIN, N 586, p. 232 ; TISSOT/KRAUS/SALVADE, N 17, p. 7.

¹⁰⁴ BANDLE, p. 23 ; CHERPILLOD, *Précis*, N 1053, p. 184 ; DÖRFLER, p. 7.

¹⁰⁵ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 56, p. 38 ; DÖRFLER, p. 8 ; MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 37, p. 17.

¹⁰⁶ DÖRFLER, p. 7 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 15, p. 7.

¹⁰⁷ BANDLE, p. 23 ; DÖRFLER, p. 6-7 ; THOUVENIN, N 580, p. 229.

¹⁰⁸ DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 67, p. 42 ; THOUVENIN, N 580, p. 230 ; LDA-EGLOFF, art. 6, N 2 ; cela fait d'ailleurs sens dans la mesure où le législateur a conçu la LDA comme une loi technologiquement neutre (*Message relatif à la modification de la LDA*, FF 2018 559, p. 578 ; LDA-EGLOFF, art. 10, N 11).

¹⁰⁹ DÖRFLER, p. 8 ; WEHRLI, p. 489.

¹¹⁰ THOUVENIN, N 581, p. 230.

¹¹¹ BANDLE, p. 23 ; KÜBLER, N 6 ; WALTER, *Fotografie*, p. 147.

¹¹² BANDLE, p. 23 ; CHERPILLOD, *Précis*, N 1104, p. 191 ; DÖRFLER, p. 157 ; THOUVENIN, N 547, p. 216-217.

¹¹³ Arrêt américain *Naruto v. Slater*, N 16-15469 (9th Circuit 2018).

aux États-Unis un procès au nom de Naruto contre le photographe, lui réclamant les sommes touchées grâce à cette photo. Toutefois, en 2018, une cour d'appel américaine tranche que le singe, ayant pris un *selfie* en toute autonomie, ne peut être titulaire de droits d'auteur. Dès sa conception, la photographie en question s'est trouvée dans le domaine public.

Il convient de souligner que l'effort de création nécessaire n'a pas besoin d'être élevé. En effet, comme nous le verrons, les créations de faible niveau de réflexion sont protégées comme œuvres à partir du moment où le critère de l'individualité est satisfait¹¹⁴.

4.1.2 Forme d'expression

Bien que cette deuxième condition ne soit pas expressément formulée par la loi, il est admis que l'œuvre doit aussi être perceptible par les sens de tiers¹¹⁵. Ainsi, la création doit avoir été exprimée sous une forme déterminée¹¹⁶. Le but est en réalité d'exclure clairement la protection des idées¹¹⁷. Cependant, cela ne signifie pas que l'œuvre doit être fixée sur un support physique (art. 29 al. 1 LDA), ni être perceptible de manière permanente¹¹⁸. Par exemple, une improvisation lors d'un concert de jazz est protégeable¹¹⁹.

Une œuvre photographique n'est perceptible par les sens humains qu'une fois fixée sur un support matériel. Ainsi, dès lors qu'elle est visible, la photographie analogique ou numérique est objectivement perceptible. Concernant la photographie argentique, la création prend forme dès que le film est développé puisqu'avant ce stade, la photographie n'est pas perceptible par les tiers¹²⁰.

4.1.3 Création littéraire ou artistique

Troisièmement, la loi parle de création « littéraire ou artistique ». Rappelons-le, ces notions ne décrivent que partiellement le champ de protection de la LDA et doivent ainsi être interprétées dans un sens extrêmement large car, comme il ressort de la quatrième condition (cf. *infra*), le critère esthétique n'est pas une condition de la protection¹²¹. À titre d'exemples, l'on inclurait dans la notion de création « littéraire ou artistique » un texte avec une écriture secrète, un article de journal ou encore des plans¹²².

4.1.4 Quelles que soient la valeur et la destination

Il s'agit là d'une condition négative.

Premièrement, la valeur/qualité ou le mérite sont des éléments sans incidence pour déterminer si protection il y a¹²³. Il faut comprendre par valeur, la valeur non seulement

¹¹⁴ Voir partie IV. 4.3 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 15, p. 7 ; WALTER, *Thèse*, p. 38.

¹¹⁵ THOUVENIN, N 527, p. 209 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 18, p. 7.

¹¹⁶ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 47, p. 32 ; THOUVENIN, N 527, p. 209.

¹¹⁷ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 48, p. 32 ; SOMMER/GORDON, p. 287.

¹¹⁸ CHERPILLOD, *Précis*, N 1079, p. 188 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 51, p. 35 ; THOUVENIN, N 528, p. 209.

¹¹⁹ THOUVENIN, N 528, p. 209.

¹²⁰ WEHRLI, p. 482.

¹²¹ THOUVENIN, N 526, p. 209 ; LDA-EGLOFF, art. 2, N 11 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 10-11.

¹²² URG-CHERPILLOD, art. 2, N 10 et 12.

¹²³ CHERPILLOD, *Précis*, N 1091, p. 190 ; DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 57, p. 40.

pécuniaire mais aussi l'aspect esthétique et moral¹²⁴. Pour illustrer cela, il serait tout à fait envisageable qu'une « croûte » ou une création contraire aux bonnes mœurs soient protégées¹²⁵.

En second lieu, la destination – c'est-à-dire l'utilité pratique ou le but final purement esthétique de l'œuvre – n'est jamais un critère déterminant la protection de la création¹²⁶.

4.1.5 Individualité

Bien que sa définition ne ressorte pas du texte légal, l'individualité est le critère clef permettant de déterminer si, dans les faits, une création est digne d'être protégée par le droit d'auteur.

Ce cinquième critère permet de différencier les créations banales, celles issues du travail de routine, ou encore un produit artisanal des œuvres originales¹²⁷. Cette condition implique que l'œuvre se distingue des autres par les choix individuels surprenants et inhabituels pris par son auteur, rendant peu probable qu'un tiers parvienne au même résultat¹²⁸. Par exemple, le créateur qui reprendrait tel quel un objet artisanal n'aurait fait aucun choix créatif : la condition d'individualité ne serait pas satisfaite, empêchant ainsi une protection par le droit d'auteur¹²⁹.

De plus, en cohérence avec la condition précédente, le caractère individuel ne s'analyse pas non plus d'après la valeur ou la destination de l'œuvre¹³⁰.

Étant donné que cette notion est absolument capitale en matière de protection de photographies, nous y consacrons la partie IV. 4.3 pour l'étudier plus en détail.

4.2 Photographie sans caractère individuel

4.2.1 En général

Les reproductions photographiques d'objets tridimensionnels sans caractère individuel et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie¹³¹ sont assimilées à des œuvres photographiques (art. 2 al. 3^{bis} LDA). À travers cette fiction juridique, chaque reproduction photographique est considérée comme une œuvre¹³². Ce très large champ de protection couvre par exemple les photographies professionnelles ou amatrices, de bonne ou de moindre qualité, allant des photographies de famille aux illustrations de produits¹³³.

¹²⁴ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 30, p. 11 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 6.

¹²⁵ URG-CHERPILLOD, art. 2, N 7 ; WERLY/BARRELET, N 2203, p. 819.

¹²⁶ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 31, p. 11-12 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 6.

¹²⁷ BUNDLE, p. 16 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 21 ; ATF 130 III 714 – Meili, consid. 2.2-2.3 ; ATF 136 III 225 – Guide orange, consid. 4.2.

¹²⁸ THOUVENIN, N 521, p. 207 ; ATF 136 III 225 – Guide orange, consid. 4.2.

¹²⁹ THOUVENIN, N 583, p. 231.

¹³⁰ BUNDLE, p. 20 ; DÖRFLER, p. 6.

¹³¹ Par « procédé analogue à la photographie », l'on entend la création d'images qui n'ont pas été réalisées par un appareil photo (OERTLI, p. 601).

¹³² WEHRLI, p. 484.

¹³³ BUNDLE, p. 21.

Pour être protégée, la photographie sans caractère individuel doit néanmoins remplir certaines conditions, dont trois identiques à celles de l'œuvre photographique : elle doit être une création de l'esprit, perceptible, littéraire ou artistique, quelles que soient sa valeur et sa destination. Ces notions étant exactement identiques à celles de l'œuvre photographique, nous n'y reviendrons pas et renvoyons aux sections IV. 4.1.1 à 4.1.4 ci-dessus.

Les deux différences absolument fondamentales entre la photographie de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA et l'œuvre photographique sont les suivantes : d'abord la première est dépourvue de caractère individuel, et ensuite elle doit avoir pour sujet un objet tridimensionnel¹³⁴. Cela couvre les clichés totalement banals ou les reproductions d'objets tridimensionnels réalisées par un procédé similaire à la photographie, à savoir toute prise de vue réalisée sans appareil photo mais fixée sur un support et ayant été produite par l'action de la lumière – par exemple une image réalisée par rayons X ou une microcopie¹³⁵.

4.2.2 Photographie d'objet tridimensionnel

Cette condition, prévue à l'art. 2 al. 3^{bis} LDA, vise à empêcher que les photographies et photocopies de textes, peintures, dessins ou plans soient protégées, car leur protection en droit d'auteur ne saurait être justifiée¹³⁶. Par « objet », l'on englobe tout ce qui est perceptible dans le monde réel par l'être humain¹³⁷. Les photographies d'objets sont en fait des images dont le but est de restituer le plus fidèlement possible le modèle¹³⁸.

Avec cette nouvelle condition de tridimensionnalité, une problématique de délimitation a émergé : quand un objet doit-il être considéré comme tridimensionnel ?¹³⁹ La frontière entre bidimensionnalité et tridimensionnalité n'est pas aussi nette qu'escomptée. Car s'il semble évident que des prises de vue d'un plan, d'une autre photographie, d'une photocopie ou encore d'un texte ne remplissent pas cette condition¹⁴⁰, le débat reste ouvert concernant une peinture ou un dessin qui sont techniquement en relief¹⁴¹. Selon une partie de la doctrine, les peintures et dessins sont des œuvres bidimensionnelles¹⁴². D'autres auteurs, au contraire, soutiennent que les peintures et les dessins pourraient selon les circonstances être assimilés à des objets tridimensionnels, donc leurs photographies pourraient être protégés par la LDA¹⁴³. La question demeure ouverte.

¹³⁴ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 24, p. 10.

¹³⁵ BANDLE, p. 28 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 25, p. 10 ; THOUVENIN, N 545 et 548, p. 216-217.

¹³⁶ CHERPILLOD, *Précis*, N 1104, p. 191 ; MOSIMANN, *revidierte Urheberrechts*, N 47, p. 23 ; THOUVENIN, N 548, p. 217.

¹³⁷ BANDLE, p. 25.

¹³⁸ BENHAMOU, N 171, p. 77 ; SENN, *Fotografie*, p. 149.

¹³⁹ THOUVENIN, N 548, p. 217 ; WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 379.

¹⁴⁰ BANDLE, p. 25.

¹⁴¹ BANDLE, p. 25 ; MOSIMANN, *revidierte Urheberrechts*, N 38, p. 18 ; THOUVENIN, N 548, p. 217.

¹⁴² THOUVENIN, N 548, p. 217 ; LDA-EGLOFF, art. 2, N 36.

¹⁴³ BANDLE, p. 25-27 ; MOSIMANN, *revidierte Urheberrechts*, N 38, p. 18.

Il convient de noter par ailleurs que si une photographie d'objet bidimensionnel est dotée d'un caractère individuel, elle pourrait alors en théorie constituer une œuvre photographique (bien sûr sous réserve que les autres conditions de l'art. 2 al. 1 LDA soient satisfaites)¹⁴⁴.

Ajoutons qu'avec l'entrée en vigueur de la modification législative en 2020, certaines personnes ont exprimé la crainte que la protection des photographies sans caractère individuel ne restreigne la liberté de photographier des œuvres du domaine public¹⁴⁵. D'après elles, protéger la photographie d'œuvre d'art extirperait cette dernière du domaine public¹⁴⁶. Cette réflexion est sans pertinence étant donné que la protection d'une photographie n'a aucune incidence sur la protection de l'œuvre visuelle elle-même¹⁴⁷. Il s'agit bel et bien de deux droits distincts et indépendants.

4.3 Notion d'individualité

4.3.1 En général

Cette notion est au centre de notre travail puisqu'elle permet d'établir si la création sera protégée en tant qu'œuvre ou en tant que photographie dénuée de caractère individuel. La loi ne propose pas de définition de ce terme¹⁴⁸. La doctrine et la jurisprudence ont au fil du temps développé cette notion.

Le caractère individuel est ce qui relie l'auteur à son œuvre. Comme il s'agit d'un élément devant être étudié au cas par cas, l'appréciation du critère d'individualité laissée au juge implique une certaine insécurité juridique¹⁴⁹. En substance, cette notion juridique indéterminée reflète la dimension unique et créative de l'œuvre (autrement dit : celle-ci se distingue-t-elle suffisamment de ce qui est habituel ?)¹⁵⁰. L'individualité d'une œuvre s'examine ainsi d'après les choix créatifs effectués par l'auteur sur base de sa liberté de conception.

Signalons d'abord que l'analyse de ce critère se fait non pas au niveau de l'originalité/l'empreinte personnelle de l'auteur, mais directement d'après l'impression d'ensemble que laisse l'œuvre concrète, car l'on considère qu'il n'y a pas de raison d'exiger que la personnalité unique de l'auteur se reflète dans son travail¹⁵¹.

Selon le critère développé par le professeur Max KUMMER (1915-1999) et en partie repris par le TF, la notion d'individualité se détermine d'après l'unicité statistique¹⁵². Conformément à

¹⁴⁴ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 38, p. 18. Il est difficile d'imaginer une telle situation en pratique ; mais, par exemple, la photographie d'une peinture à l'huile que le photographe aurait mise en valeur au moyen d'un éclairage spécial atteindrait-elle le seuil minimal d'individualité ?

¹⁴⁵ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 49, p. 24 ; SCHÜTZ, *Der Lichtbildschutz*, N 18.

¹⁴⁶ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 49, p. 24.

¹⁴⁷ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 50, p. 24 ; MOSIMANN/HOSTETTLER, p. 126.

¹⁴⁸ SOMMER/GORDON, p. 287.

¹⁴⁹ BANDLE, p. 17 ; URG-CERPILLOD, art. 2, N 22 ; voir section VI. 6.2.2.

¹⁵⁰ SENN, *Zweckänderung*, p. 212 ; THOUVENIN, N 586-587, p. 233 ; URG-CERPILLOD, art. 2, N 20-21 et 29 ; ATF 134 III 166, consid. 2.3.1.

¹⁵¹ BECK-SCHÄR, p. 52 ; PETER-SPIESS ; SENN, *Zweckänderung*, p. 212 ; URG-CERPILLOD, art. 2, N 16 et 18 ; ATF 143 III 373 – Max-Bill-Barhocker, consid. 2.1 ; ATF 148 III 305 – Feuerring, consid. 5.1.

¹⁵² CERPILLOD, *Précis*, N 1064-1065, p. 185 ; DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 58, p. 40 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 21, p. 8-9.

cette théorie, une création doit être protégée à partir du moment où elle est unique, c'est-à-dire qu'elle se démarque des œuvres comparables du même genre¹⁵³. Néanmoins, comme il est impossible de déterminer avec certitude si une œuvre est unique ou pas, il faut se contenter de la probabilité qu'elle le soit effectivement, en tenant compte non seulement des œuvres existantes mais aussi des œuvres hypothétiques¹⁵⁴. La question qu'il faut donc se poser pour déterminer si la création est individuelle d'après cette théorie est : selon toute probabilité, l'œuvre aurait-elle pu être créée de manière identique par un tiers ?¹⁵⁵

Cette doctrine a l'avantage de proposer un critère objectif ne se basant pas sur des éléments subjectifs de personnalité, d'originalité ou d'esthétisme, dont l'analyse nécessiterait de déterminer si l'auteur a laissé son empreinte personnelle dans le travail¹⁵⁶.

Toutefois, la principale critique à l'encontre de cette théorie est que la protection serait alors octroyée sans prendre en compte le lien personnel entre l'auteur et son œuvre, élément intrinsèque au critère d'individualité et ainsi, par extension, au droit d'auteur lui-même¹⁵⁷. En outre, elle reviendrait à définir l'individualité comme une notion de fait et non de droit¹⁵⁸.

Tenant compte de cela, la jurisprudence admet que la condition de l'unicité statistique n'est pas suffisante à elle seule¹⁵⁹. En effet, le caractère individuel se détermine aussi par rapport au critère (plus relatif) de la liberté créative inhérente à la création¹⁶⁰. Celle-ci repose sur la marge de manœuvre de l'auteur. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, si le créateur a une marge de manœuvre restreinte – à savoir que son outil ou la destination du travail impose beaucoup de paramètres et que les choix artistiques envisageables sont minimales – alors un faible degré d'individualité sera suffisant pour que la condition d'individualité soit remplie¹⁶¹. Inversement, si l'auteur a une grande liberté de conception, alors un plus haut degré d'individualité sera requis pour que son travail soit protégé. Mais, lorsque le créateur n'a aucune marge de manœuvre, il s'agit d'un produit artisanal ou généré totalement automatiquement qui est exclu de la protection de la LDA¹⁶².

Il paraît donc logique que le niveau d'individualité minimal requis varie selon le type d'œuvre, attendu qu'il laissera une plus ou moins large marge de manœuvre à l'auteur¹⁶³. Le TF a notamment admis qu'en architecture, un faible degré d'individualité est suffisant compte tenu des contraintes techniques¹⁶⁴. Dans sa décision *Feuerring* de 2022¹⁶⁵, le TF a développé sa jurisprudence en précisant que le degré d'individualité nécessaire pour être protégé ne

¹⁵³ BECK-SCHÄR, p. 52 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 23 et 32.

¹⁵⁴ DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 58, p. 40 ; THOUVENIN, N 584, p. 232 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 21, p. 8-9 ; WEHRLI, p. 483.

¹⁵⁵ CHERPILLOD, *Précis*, N 1065, p. 185-186 ; WEHRLI, p. 489.

¹⁵⁶ DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 163, p. 113 ; SOMMER/GORDON, p. 288.

¹⁵⁷ DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 59, p. 40 ; THOUVENIN, N 586-587, p. 233 ; WALTER, *Thèse*, p. 53.

¹⁵⁸ SENN, *Zweckänderung*, p. 214.

¹⁵⁹ WEHRLI, p. 483 ; URG-CHERPILLOD, art. 2, N 30.

¹⁶⁰ DESSEMONTET, *Intellectual property*, N 62, p. 41 ; WALTER, *Thèse*, p. 73.

¹⁶¹ THOUVENIN, N 583, p. 231 ; WALTER, *Thèse*, p. 73 ; ATF 130 III 168 – Marley, consid. 4.1 ; ATF 143 III 373 – Max-Bill-Barhocker, consid. 2.1.

¹⁶² ATF 143 III 373 – Max-Bill-Barhocker, consid. 2.1.

¹⁶³ THOUVENIN, N 590, p. 234 ; WEHRLI, p. 483-484 ; ATF 130 III 168 – Marley, consid. 4.1.

¹⁶⁴ WALTER, *Thèse*, p. 75 ; ATF 125 III 328 – Niederhauser, consid. 4. b).

¹⁶⁵ ATF 148 III 305 – Feuerring, consid. 5.3.

doit pas forcément être plus élevé pour les œuvres d'arts appliqués que pour les œuvres sans objectif fonctionnel : ce qui compte, c'est la marge de manœuvre de l'auteur¹⁶⁶.

Malgré ces précisions, la situation demeure abstraite, la principale difficulté étant de savoir où et comment situer le seuil minimal requis sur l'échelle de l'individualité¹⁶⁷. D'un côté, le TF souligne que « *sind für alle Werke, nicht nur Gebrauchsgegenstände, nicht zu geringe Anforderungen an die Individualität zu stellen* » (= il ne faut pas poser d'exigences trop faibles en matière d'individualité)¹⁶⁸. De l'autre côté, il y a un assouplissement des exigences puisque les œuvres de faible degré d'individualité, que l'on nomme aussi les œuvres de « *kleine Münze* » ou « petite monnaie », doivent être protégées¹⁶⁹.

En bref, l'individualité n'a pas de définition uniforme. Elle naît dès que la prestation intellectuelle minimale de l'auteur est atteinte. Ce niveau minimal se détermine selon la marge de manœuvre offerte à l'auteur.

En photographie, l'influence de l'auteur doit aller au-delà du processus mécanique pour être protégée. Le photographe jouit d'une multiplicité de choix lorsqu'il décide de prendre un cliché. Sa liberté de décision s'apprécie notamment à l'aide des critères suivants : le choix de l'objet représenté, l'expression du modèle, le cadrage, l'agencement de l'objet, le moment de la prise de vue, l'éclairage, l'utilisation d'un objectif particulier – par exemple à courte focale (grand angle) ou à longue focale (téléobjectif) –, de filtres ou d'un film spécial, la netteté et le flou, la sur- ou sous-exposition, la vitesse d'obturation (figeant ou non le mouvement), ainsi que le traitement du négatif¹⁷⁰. Aucun de ces critères ne suffit à lui seul pour garantir l'individualité¹⁷¹. Ces éléments ne sont que des indices faisant pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Observons cependant que l'individualité ne se détermine pas d'après la finalité esthétique, les circonstances de création et l'effort matériel¹⁷².

4.3.2 Jurisprudence

Les arrêts du TF *Marley*¹⁷³ et *Meili*¹⁷⁴ de 2004 permettent de nous guider de manière concrète sur la question de niveau suffisant d'individualité en photographie. L'arrêt *Marley* concerne un plan serré instantané de Bob Marley, ses cheveux au vent en train de se produire sur une scène à ciel ouvert en 1978 [figure 3, p. 58]. L'arrêt *Meili* a pour sujet le portrait en pied de Christoph Meili en 1997 – gardien chez UBS et lanceur d'alerte à propos de documents que cette banque voulait détruire bien que datant de l'époque de la Seconde Guerre mondiale et peut-être relatifs à des fonds en déshérence – posant avec deux de ces documents bancaires [figure 4, p. 58].

¹⁶⁶ WALTER, *Thèse*, p. 77 ; arrêt du TF 4A_78/2011 du 2 mai 2011, consid. 2.4 ; ATF 143 III 373 – Max-Bill-Barhocker, consid. 2.1.

¹⁶⁷ Le TF ne s'est toujours pas prononcé à ce sujet (voir notamment ATF 148 III 305 – Feuerring).

¹⁶⁸ ATF 148 III 305 – Feuerring.

¹⁶⁹ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 381 ; LDA-EGLOFF, art. 2, N 13.

¹⁷⁰ CHERPILLOD, *Précis*, N 1076, p. 187-188 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, N 122, p. 78 ; THOUVENIN, N 591, p. 235 ; SOMMER/GORDON, p. 288 ; ATF 130 III 168 – Marley, consid. 4.5.

¹⁷¹ ANDRIJEVIC, p. 282.

¹⁷² CHERPILLOD, *Précis*, N 1091, p. 190 ; THOUVENIN, N 583, p. 231 ; ATF 130 III 168 – Marley, consid. 4.1.

¹⁷³ ATF 130 III 168 – Marley.

¹⁷⁴ ATF 130 III 714 – Meili.

Dans ces deux décisions, le TF souligne que le caractère individuel d'une photographie réside dans la liberté de conception de l'auteur, notamment par le cadrage, le moment de la prise de vue et l'utilisation de filtres¹⁷⁵. De plus, ce qui compte est la composition de la création et non pas l'évènement ou la situation que relate la photographie.

Dans l'affaire *Marley*, la haute cour a reconnu l'individualité du portrait en argumentant que l'expression et la posture du chanteur étaient intéressantes : la forme sculpturale de ses *dreadlocks* est inattendue et le jeu d'ombre et de lumière sur son visage apporte un certain effet au cliché¹⁷⁶. Les techniques photographiques utilisées sont sans pertinence¹⁷⁷. Cette décision a, pour la première fois, clairement reconnu qu'un cliché instantané pouvait être protégé en tant qu'œuvre photographique¹⁷⁸.

Le TF a nié cependant le caractère individuel dans l'affaire *Meili* arguant que la photojournaliste n'avait pas exploité la marge de manœuvre créative dont elle disposait : les moyens techniques utilisés étaient banals et se bornaient à exposer un fait passé (ce qui est sans importance au niveau de la LDA). De plus, le fait d'être au bon moment au bon endroit n'est pas suffisant pour bénéficier d'une protection¹⁷⁹. Cette décision a été controversée, certains auteurs plaçant que la photographe avait bel et bien pris des décisions artistiques quant à la pose et la manière dont le sujet tient les fameux documents¹⁸⁰. La réelle difficulté est de déterminer si la photographe a désiré mettre en scène un contraste entre la forme – une scène banale d'un citoyen lambda devant un mur blanc – et le fond, la dénonciation du comportement des banques suisses¹⁸¹. Il est bien sûr impossible pour un juge de répondre objectivement à cette question : les caractéristiques esthétiques du travail l'influenceront fatalement¹⁸² ; d'autant plus qu'il ne peut se baser que sur l'impression générale laissée par l'image et non sur les motivations de son auteur, quand bien même les choix de l'artiste sont le fruit d'une opération mentale.

Ensuite, mentionnons l'arrêt *Hayek*¹⁸³ de 2012 rendu par le Tribunal de commerce d'Argovie qui suit celui du TF. L'affaire tourne autour de deux photographies de 1995 et 1997 : l'une montrant Nicolas Hayek faisant le signe de la victoire depuis le 28^e étage de sa chambre d'hôtel à New York [figure 5, p. 59], et l'autre où on le voit assis avec son épouse et sa fille devant une piscine en plein soleil [figure 6, p. 59].

Pour la première photographie, le tribunal a reconnu le caractère individuel de celle-ci soulignant que la disposition des éléments, le cadrage et la répartition de l'ombre et de lumière créaient l'individualité de la photographie : elle montre le sujet, Hayek, depuis l'extérieur de la fenêtre, qui fait un geste particulier et il y a un effet miroir sur la façade de l'hôtel¹⁸⁴.

¹⁷⁵ ATF 130 III 168 – Marley, consid. 4.5 ; ATF 130 III 714 – Meili, consid. 2.1.

¹⁷⁶ ATF 130 III 168 – Marley, consid. 5.2.

¹⁷⁷ MEER, *Licht und Schatten*, p. 279.

¹⁷⁸ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 378.

¹⁷⁹ BUNDLE, p. 19 ; EGLOFF, *Meili-Foto*, p. 222.

¹⁸⁰ MOSIMANN/HOSTELLIER, p. 123.

¹⁸¹ SENN, *Fotografie*, p. 153.

¹⁸² BUNDLE, p. 20.

¹⁸³ Handelsgericht Aargau HOR.2011.22, 29 août 2012 (in : sic ! 6/2013, p. 344-350).

¹⁸⁴ Handelsgericht Aargau HOR.2011.22, 29 août 2012, consid. 7.1.2.

Quant à la seconde photographie, le tribunal a nié le caractère individuel au motif qu'il s'agissait d'un simple cliché de famille et a précisé que l'agencement paraît évident et ne se démarque pas : le photographe n'a manifestement pas suffisamment exploité sa liberté créative. Puis, le tribunal ajoute que si l'on accordait la protection à cette photographie, alors toutes photographies de famille seraient protégées en tant qu'œuvres photographiques¹⁸⁵.

Ces décisions jurisprudentielles soulignent l'importance du critère d'individualité, la difficulté de l'évaluer et la large marge d'appréciation du juge, ce qui occasionne une certaine insécurité juridique.

4.4 Régime transitoire

Avant de se pencher sur les différences quant aux effets des photographies avec et sans caractère individuel, il convient de présenter quelques dispositions transitoires utiles.

L'art. 80 al. 1 LDA prévoit que la loi s'applique également aux photographies créées avant le 1^{er} avril 2020 qui ne sont pas encore entrées dans le domaine public. Partant, toute photographie sans caractère individuel créée sous l'ancien droit est également protégée.

Cependant, l'art. 80 al. 2 LDA rappelle le principe selon lequel le nouveau droit ne s'applique qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Par conséquent, les utilisations de photographies sans caractère individuel, ayant débuté avant le 1^{er} avril 2020 sans autorisation et dont l'exploitation se poursuit, peuvent quand même continuer comme telles¹⁸⁶. Un consentement rétroactif n'est donc pas exigé.

4.5 Effets différents

Le principe de base de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA est *a priori* le suivant : le photographe auteur d'une création sans caractère individuel dispose des mêmes droits moraux, patrimoniaux et droits à rémunération que l'auteur d'une œuvre photographique sans distinction¹⁸⁷.

Il y a cependant quelques exceptions à ce principe.

4.5.1 Œuvre dérivée

Une œuvre dérivée est une œuvre « qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel » (art. 3 al. 1 LDA). Une œuvre photographique peut donc servir de base à la création d'une telle œuvre dérivée¹⁸⁸. Pour que l'œuvre soit « dérivée », il faut que l'auteur ait modifié sur le plan qualitatif l'œuvre initiale¹⁸⁹. Notons qu'un changement mineur, comme un agrandissement de la photographie, ne suffit pas¹⁹⁰. Il s'agira dans ce cas d'une simple utilisation de l'œuvre originale au sens de l'art. 10

¹⁸⁵ BANDLE, p. 20.

¹⁸⁶ BANDLE, p. 35 ; MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 34, p. 16 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 28, p. 11.

¹⁸⁷ BANDLE, p. 30 ; OERTLI, p. 603 ; WEHRLI, p. 484.

¹⁸⁸ BANDLE, p. 32-33 ; DÖRFLER, p. 157.

¹⁸⁹ WERLY/BARRELET, N 2217, p. 823.

¹⁹⁰ WERLY/BARRELET, N 2217, p. 823.

al. 2 let. a LDA. La réalisation d'une œuvre photographique dérivée nécessite une autorisation de l'auteur d'origine¹⁹¹.

Pour les photographies sans caractère individuel, la doctrine soutient que les règles prévues à l'art. 3 LDA ne s'appliquent pas¹⁹². Faute de caractère individuel identifiable dans une photographie, cette dernière ne peut donner lieu à une œuvre dérivée¹⁹³.

Partant, le consentement à l'utilisation de la nouvelle création n'est nécessaire que si elle est fondée sur une œuvre photographique (art. 3 al. 4 LDA), et non sur une photographie sans caractère individuel¹⁹⁴.

4.5.2 Droits moraux

4.5.2.1 En général

La question de savoir si la photographie sans caractère individuel octroie aussi des droits moraux *via* la fiction juridique de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA est controversée¹⁹⁵. La doctrine tend à soutenir l'affirmative, mais avec quelques réserves vis-à-vis de l'art. 11 LDA¹⁹⁶.

4.5.2.2 Droit à l'intégrité

Rappelons-le : l'auteur peut décider si et sous quelles conditions son œuvre photographique peut être modifiée (art. 11 al. 1 let. a LDA), et si et de quelle manière elle peut être incorporée dans un recueil (art. 11 al. 1 let. b LDA).

Mais, concernant la photographie sans caractère individuel spécifiquement, il existe deux opinions doctrinales divergentes : les uns penchent pour une application entière de l'art. 11 LDA conformément à l'interprétation qu'ils font de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA ; les autres sont au contraire d'avis que l'art. 11 LDA ne s'appliquerait qu'en partie (uniquement l'al. 1 let. b), voire pas du tout¹⁹⁷.

Un traitement différencié réduisant les droits moraux serait motivé par l'absence de lien personnel et intellectuel entre l'auteur et la photographie¹⁹⁸.

Le Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LDA paraît quant à lui soutenir que l'art. 11 LDA devrait s'appliquer intégralement tant pour une œuvre photographique que pour une photographie sans individualité. D'après lui et selon une partie de la doctrine, l'unique distinction à relever entre ces deux types de photographies est la durée de protection¹⁹⁹. Il faudrait donc considérer que la protection de l'art. 11 LDA est aussi étendue pour la photographie sans caractère individuel que pour l'œuvre photographique. Une modification par un tiers sans consentement de l'ayant droit serait alors illicite.

¹⁹¹ MEER, *Urheberrecht*, N 338-339, p. 124 ; WERLY/BARRELET, N 2218, p. 823.

¹⁹² WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 14.

¹⁹³ EGLOFF, *Revue de l'avocat*, p. 276 ; WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 14.

¹⁹⁴ BANDLE, p. 33 ; LDA-EGLOFF, art. 3 al. 4, N 13.

¹⁹⁵ SCHÜTZ, *Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, p. 288 ; THOUVENIN, N 551, p. 218.

¹⁹⁶ BANDLE, p. 31-32 ; THOUVENIN, N 551, p. 218 ; WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 379.

¹⁹⁷ BANDLE, p. 32 ; THOUVENIN, N 551, p. 218.

¹⁹⁸ OERTLI, p. 604 ; WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 379.

¹⁹⁹ *Message relatif à la modification de la LDA*, FF 2018 559, p. 578 et 620 ; SCHÜTZ, *Ein Lichtbildschutz der keiner ist*, N 25.

4.5.3 Droits patrimoniaux

4.5.3.1 En général

Comme la loi veut que les photographies sans caractère individuel soient considérées comme des œuvres, il faut partir du principe que les droits patrimoniaux des œuvres et des photographies sans caractère individuel sont identiques. Toutefois, il existe une controverse quant à l'étendue de protection du droit de reproduction.

4.5.3.2 Droit de reproduction

Une partie de la doctrine défend que le champ de protection du droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) devrait être identique qu'il s'agisse d'une photographie avec ou sans caractère individuel²⁰⁰. Il y a plusieurs arguments à cela. D'abord, le législateur a choisi de protéger la photographie sans caractère individuel *via* la protection des œuvres qui interdit de manière large la reproduction à l'art. 10 LDA, et non pas par le biais du droit voisin qui aurait éventuellement pu le permettre²⁰¹. De plus, le projet de modification de la LDA prévoyait que « les imitations de [...] photographies et produits [sans caractère individuel] sont autorisées »²⁰². Le fait que cette phrase ait été ensuite supprimée au cours du processus législatif démontre la volonté d'interdire de telles imitations²⁰³. Ainsi donc, des changements même insignifiants (ex. changement de format, résolution inférieure ou floutage de certaines zones) constituent une reproduction au sens du présent article²⁰⁴. Enfin, la position du Conseil fédéral va dans ce sens : d'après lui, les photographes d'œuvres sans caractère individuel jouissent des mêmes droits patrimoniaux que les auteurs d'œuvres photographiques²⁰⁵.

L'autre partie de la doctrine soutient que le droit de reproduction de l'auteur d'une photographie sans caractère individuel n'est pas aussi large que pour l'auteur d'une œuvre. En effet, l'auteur « ne [pourrait] s'opposer qu'à la reproduction à l'identique de son cliché »²⁰⁶. D'après ces auteurs, la volonté du législateur n'a pas été d'interdire les imitations et répliques, mais exclusivement les copies pures de photographies sans caractère individuel²⁰⁷, le but étant de protéger le photographe contre des comportements manifestement abusifs²⁰⁸. Il serait, par exemple, interdit de reproduire sans autorisation la photographie en modifiant sa taille et la recadrant légèrement ; une altération de la palette de couleurs ou une utilisation d'une seule partie de la photographie serait par contre autorisée²⁰⁹. Ainsi, les imitations et copies par d'autres moyens d'expression seraient autorisées.

²⁰⁰ BANDLE, p. 34 ; MEER, *Licht und Schatten*, p. 282 ; WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 379.

²⁰¹ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 380.

²⁰² Art. 34a de la proposition LDA de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture étudiée par le Conseil national le 13.12.2018.

²⁰³ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 380.

²⁰⁴ OERTLI, p. 604.

²⁰⁵ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2018 591, p. 620 (WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 379).

²⁰⁶ BANDLE, p. 34.

²⁰⁷ BANDLE, p. 34 ; OERTLI, p. 604.

²⁰⁸ MEER, *Urheberrecht*, N 341, p. 125.

²⁰⁹ MEER, *Urheberrecht*, N 341, p. 125.

Ce second avis nous semble justifié : d'une part, car une telle interprétation est conforme au principe fondamental de la liberté d'imitation ; et d'autre part, car, de nos jours, une quantité démesurée de photographies sans caractère individuel est prise de telle sorte que l'un prendra nécessairement la même photographie qu'un autre. Accorder un droit exclusif au premier mènerait à une sorte de monopolisation photographique là où cela ne se justifierait pas. Prenons l'exemple d'une personne qui aurait pris un cliché du jet d'eau de Genève depuis les bains des Pâquis. Il serait peu raisonnable de lui octroyer un droit exclusif sur une photographie de souvenir complètement banale alors que beaucoup de gens prendront (voire sont en train de prendre) la même photographie. D'ailleurs, comment serait-il possible de déterminer qui a, le premier, pris un tel cliché ? Il est clair qu'octroyer la protection du droit de reproduction à de telles photos serait totalement excessif et injustifié.

4.5.4 Durée

La durée de protection est la différence majeure existant entre les photographies avec caractère individuel et celles sans cette qualité.

Rappelons-le, l'œuvre photographique est protégée par le droit d'auteur dès sa création jusqu'à 70 ans après le décès de son auteur (art. 29 al. 2 let. b LDA). Si l'auteur est inconnu, alors l'œuvre est protégée jusqu'à 70 ans après la divulgation de l'œuvre (art. 31 al. 1 LDA). Passé ce délai, l'œuvre tombe dans le domaine public.

En ce qui concerne la photographie sans caractère individuel, la protection prend fin 50 ans après la création de celle-ci (art. 29 al. 2 let. a^{bis} LDA). La décision de baser la durée de la protection sur la date de la prise de la photographie, et non à partir d'un événement propre à l'auteur, se justifie par le fait que, de nos jours, les photographies dépourvues d'un caractère individuel n'ont souvent pas d'auteur connu²¹⁰. Il serait donc fastidieux, voire impossible, de baser le calcul sur une donnée aussi difficile à déterminer. Par extension, les art. 30 et 31 LDA sont inapplicables aux photographies sans caractère individuel puisque l'on se base seulement sur la date de création et non sur une date liée à la vie de l'auteur²¹¹.

Par ailleurs, sur la base de l'art. 80 al. 1 LDA, la protection couvre rétroactivement toutes les photographies sans caractère individuel des 50 dernières années²¹². Ainsi, il ne fait par exemple aucun doute que depuis avril 2020 la photographie de l'affaire *Meili* est protégée par la LDA.

4.6 Conclusion intermédiaire

Terminons en mettant en exergue les éléments importants que nous avons pu analyser dans ce chapitre sur le régime juridique relatif aux photographies en droit d'auteur suisse.

Tout d'abord, il convient de rappeler que la finalité de l'introduction d'une norme protégeant la photographie sans caractère individuel est la sécurité juridique.

Ensuite, la principale différence entre l'œuvre photographique et la photographie « simple » est l'existence ou l'absence de caractère individuel. Comme nous l'avons vu, cette notion ne

²¹⁰ BANDLE, p. 30 ; MEER, *Licht und Schatten*, p. 283.

²¹¹ BANDLE, p. 30.

²¹² REHBINDER/HAAAS/UHLIG, art. 29, N 9.

peut se définir simplement. Le caractère individuel d'une photographie s'établit selon la marge de manœuvre et la liberté de conception dont le photographe dispose et a fait usage. Ces éléments devant être examinés au cas par cas, les décisions jurisprudentielles ne forment pas toujours un tout cohérent.

Enfin, l'introduction de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA a occasionné de nouveaux problèmes. En effet, si cette modification semble simplifier l'appréciation de la protection dans le domaine de la photographie, elle soulève des interrogations sur d'autres points.

En premier lieu, force est de constater que la condition – *a priori* explicite et évidente – de tridimensionnalité de l'objet photographié n'est pas aussi simple à déterminer dans les faits.

En deuxième lieu, bien que l'art. 2 al. 3^{bis} renvoie, sans prévoir d'exceptions, au régime des œuvres, la doctrine constate que le catalogue de droits y relatifs ne peut en toute logique pas s'appliquer de manière tout à fait identique aux deux situations. La question reste cependant ouverte.

En troisième lieu, malgré ces incertitudes, la différence principale est la durée de protection : elle est de 50 ans dès sa création pour la photographie sans caractère individuel, contre 70 ans dès le décès de l'auteur pour l'œuvre photographique.

Comme nous allons le constater ci-après, cette nouvelle disposition est en vérité fortement inspirée du droit allemand.

V. RÉGIME JURIDIQUE RELATIF AUX PHOTOGRAPHIES EN DROIT ALLEMAND

Il existe trois catégories de photographies en droit d'auteur allemand : les œuvres photographiques (art. 2 al. 1 ch. 5 dUrhG), les photographies simples (art. 72 dUrhG) et les reproductions photographiques purement techniques²¹³ (art. 16 dUrhG)²¹⁴. Cette dernière catégorie s'explique par le fait qu'une simple reproduction de photographie ne justifie pas une protection au sens de l'art. 72 dUrhG et que la protection des photographies doit tout de même permettre la reproduction d'images telle que prévue à l'art. 16 dUrhG, donc laisser les tiers prendre une photographie (quasi) identique de la photographie sans y apporter une quelconque créativité²¹⁵.

Comme nous allons le voir, la loi ne protège l'auteur d'une photographie que « si et dans la mesure où une performance technique est exprimée » [notre traduction]²¹⁶ ; ce seuil minimum permet de couvrir une très vaste majorité des photographies (couvrant ainsi largement celles trouvées sur Internet)²¹⁷.

D'un point de vue technique, l'on entend par photographie ou procédé créé de manière similaire aux photographies, au sens des art. 2 al. 1 ch. 5 et 72 dUrhG, tout procédé permettant de produire une image à l'aide de couches sensibles aux rayonnements modifiées chimiquement ou physiquement²¹⁸. Selon la doctrine, la photographie numérique entre dans le champ de la « photographie »²¹⁹ et non dans celui des produits similaires à une photographie²²⁰.

La distinction entre les œuvres photographiques et les photographies simples est difficile à faire car la frontière est floue en droit allemand. Comme nous le verrons, elle se détermine également au niveau de l'individualité de la création²²¹.

5.1 Place du droit d'auteur européen

Étant membre de l'Union européenne (UE), l'Allemagne est soumise au droit européen et doit interpréter sa propre législation en conformité avec ce dernier²²². En droit d'auteur, et selon le principe d'attribution²²³, la compétence reste principalement nationale bien que l'UE ait unifié et harmonisé certains aspects du droit d'auteur *via* treize directives et deux règlements – dans un but principalement économique de libre circulation des marchandises dans l'UE –

²¹³ Cela concerne principalement les photocopies, micro/macrocopies et scans.

²¹⁴ ANGER, p. 72 ; POHLHAUSER, p. 36 ; VON LEWINSKI, p. 79 ; arrêt BGH, 20 décembre 2018, I ZR 104/17 – Museumsfotos, consid. B. II. 1. b).

²¹⁵ ANGER, p. 82 ; DREIER, p. 418-419.

²¹⁶ ANGER, p. 120.

²¹⁷ PEUKERT, N 15, p. 234.

²¹⁸ LETTL, N 87, p. 58 ; POHLHAUSER, p. 455 ; SPINDLER, N 23.

²¹⁹ ROSENMEIER/SZKALEJ/WOLK, p. 40.

²²⁰ POHLHAUSER, p. 196.

²²¹ PEUKERT, N 6, p. 230 ; POHLHAUSER p. 196 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 209, p. 104.

²²² RANTOS, p. 4.

²²³ Art. 5 du Traité sur l'Union européenne du 1^{er} novembre 1993 (TUE).

en conformité avec les art. 114 et 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 1^{er} janvier 1958 (TFUE)²²⁴.

5.2 Œuvre photographique (*Lichtbildwerk*)

La définition allemande d'œuvre photographique se trouve à l'art. 2 dUrhG. Mais, même si la notion d'« œuvre » est indépendante du droit européen²²⁵, elle doit être interprétée et appliquée de manière conforme à la définition européenne uniforme²²⁶.

Ainsi, elle doit se comprendre selon la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive InfoSoc)²²⁷, et selon 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 (Directive sur la durée de protection)²²⁸. D'après l'art. 6 de la Directive sur la durée de protection, une œuvre photographique est une œuvre s'il s'agit d'une création intellectuelle. Afin de préciser ce terme²²⁹, la CJUE a développé une définition générale constante à laquelle l'Allemagne doit se conformer²³⁰. Selon la Cour, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour parler d'« œuvre » : d'abord, la création doit être originale, c'est-à-dire intellectuelle, reflétant la personnalité de l'auteur et ayant atteint un certain niveau de créativité ; ensuite, l'idée créative doit être objectivement perceptible²³¹.

En Allemagne, la législation prévoit qu'une œuvre est protégée par le droit d'auteur si les conditions de l'art. 2 dUrhG sont remplies. D'abord, l'art. 2 al. 1 dUrhG contient une liste non-exhaustive des principaux types d'œuvres littéraires, scientifiques et artistiques²³² auxquels peuvent s'appliquer le droit d'auteur, notamment à son ch. 5, les œuvres photographiques. Mais pour bénéficier du droit d'auteur, il faut que la condition de l'art. 2 al. 2 dUrhG soit également remplie, à savoir que l'œuvre soit personnelle et intellectuelle²³³. Toutefois, une création intellectuelle qui est le fruit d'un travail personnel n'implique pas encore une

²²⁴ Pour rappel, l'art. 114 TFUE pose le principe de l'adoption de mesures d'harmonisation pour le bon fonctionnement du marché intérieur et l'art. 118 TFUE dispose que des mesures de protection uniformes des droits de propriété intellectuelle doivent être établies ; EGLOFF, *Geschichten*, p. 119-120 ; dUrhR-WANDTKE, Einl., N 21 ; Fiches thématiques sur l'Union européenne : Propriété intellectuelle, industrielle et commerciale, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/36/propriete-intellectuelle-industrielle-et-commerciale#:~:text=Base%20juridique,et%20118%20du%20trait%C3%A9%20FUE> (consulté le 10 septembre 2025).

²²⁵ Depuis l'arrêt CJUE, 16 juillet 2009, C-/08 – Infopaq, l'originalité est une notion autonome du droit de l'Union européenne.

²²⁶ PEUKERT, N 2, p. 61 ; WANDTKE/OSTENDORFF, chap. 2, N 4, p. 59 ; arrêt CJUE, 12 septembre 2019, C-683/17 – Cofemel, consid. 29.

²²⁷ Voir art. 2 let. a de la Directive InfoSoc.

²²⁸ Arrêt BGH, 3 novembre 1999, I ZR 55/97 – Werbefotos.

²²⁹ Précision nécessaire car non-harmonisée par le droit de l'UE (WANDTKE/OSTENDORFF, chap. 2, N 4, p. 59) et devant être interprétée et appliquée de manière uniforme sur le territoire.

²³⁰ PEUKERT, N 2, p. 61 ; arrêt CJUE, 3 septembre 2014, C-201/13 – Deckmyn et Vrijheidsfonds, consid. 14 ; arrêt CJUE, 12 septembre 2019, C-683/17 – Cofemel, consid. 29.

²³¹ VON WELSER, N 55 et 56, p. 20 ; WANDTKE/OSTENDORFF, chap. 2, N 4, p. 59 ; arrêt CJUE, 12 septembre 2019, C-683/17 – Cofemel, consid. 29.

²³² Voir partie III. 3.2 concernant ce que l'on entend par « littéraire, scientifique ou artistique ».

²³³ dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 2 et 5.

protection du droit d'auteur²³⁴. En effet, en conformité avec le droit européen, il faut déduire de l'art. 2 al. 2 dUrhG que pour être protégeable, la création doit en outre prendre une forme concrète – être exprimée – et avoir atteint un certain degré d'individualité²³⁵.

Penchons-nous ci-après sur chacune des conditions susmentionnées.

5.2.1 Création personnelle (*persönliche Schöpfung*)

Pour être protégeable, l'objet juridique (la création) doit résulter d'une certaine créativité. Ainsi, ni un objet trouvé tel quel dans la nature ni un produit purement mécanique ne sont protégeables²³⁶. Mais dès que quelqu'un combine plusieurs de ces éléments, la condition est satisfaite vu que cette combinaison résulte d'une certaine créativité humaine²³⁷. Nous comprenons donc que la barre minimale de « créativité » est relativement basse.

Comme mentionné précédemment, l'art. 2 al. 1 dUrhG prévoit à son ch. 5 que sont considérées comme des « œuvres » pouvant bénéficier d'une protection, les « *Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden* » (= œuvres photographiques, y compris les œuvres créées de manière similaire aux œuvres photographiques). Partant, une photographie est considérée comme une création par la dUrhG²³⁸.

De plus, la création doit être « personnelle » (art. 2 al. 2 dUrhG), c'est-à-dire issue de l'activité humaine²³⁹. Cela signifie que l'auteur de la création doit être une personne physique²⁴⁰. Cela exclut les créations accidentelles²⁴¹ et celles produites par des personnes morales, des animaux²⁴² ou des machines²⁴³. Signalons que l'utilisation par l'auteur d'éléments fortuits ou de machines comme outils pour obtenir le résultat souhaité, tel un appareil photo, n'empêche pas que la condition de création « personnelle » soit réalisée, attendu que ce qui est déterminant est la volonté humaine contrôlant le processus de création²⁴⁴.

5.2.2 Contenu intellectuel (*geistiger Gehalt*)

La deuxième condition est la nécessité d'un contenu intellectuel dans la création. Bien qu'il n'existe pas de définition précise, la jurisprudence et la doctrine interprètent la notion de « contenu intellectuel » dans le sens que la création doit résulter d'une expression de la

²³⁴ SCHACK, *Ouvrage*, N 153, p. 82.

²³⁵ PEUKERT, N 2, p. 61 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 153, p. 82 ; WAITZ, p. 32 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 2.

²³⁶ SCHACK, *Ouvrage*, N 157-178, p. 84 ; WAITZ, p. 30.

²³⁷ SCHACK, *Ouvrage*, N 157-178, p. 84 ; URG-CHERPILLOD, art. 2 : SCHULZE *zum europäischen und deutschen Urheberrecht*, p. 44.

²³⁸ À titre subsidiaire, la doctrine majoritaire tend à considérer que l'objet juridique de la photographie est l'image matérielle et non le bien immatériel incarné dans l'image matérielle (ANGER, p. 82). D'autres considèrent que le droit d'auteur protège le bien immatériel et non sa concrétisation (LETTL, chap. 2, N 15, p. 39).

²³⁹ WAITZ, p. 30.

²⁴⁰ PEUKERT, N 1, p. 64 ; dUrhG-VINCK, art. 2, N 11.

²⁴¹ WEHRLI, p. 489.

²⁴² cf. arrêt américain *Naruto v. Slater*, N 16-15469 (9th Circuit 2018).

²⁴³ LETTL, chap. 2, N 11, p. 32 ; PEUKERT, N 1, p. 64 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 3, N 1, p. 85 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 15.

²⁴⁴ SCHACK, *Ouvrage*, N 155, p. 83 ; WAITZ, p. 30 ; dUrhG-VINCK, art. 2, N 12.

pensée ou d'une émotion²⁴⁵. Elle doit être voulue et perçue comme émanant d'un individu²⁴⁶. Ainsi, il faut que l'auteur exerce des choix ayant une influence sur le travail final²⁴⁷. Même un comportement intellectuel ou émotionnel faible satisfait à cette condition. *A contrario*, un objet destiné uniquement à un usage pratique, un produit artisanal ou encore une création issue uniquement d'une activité mécanique, ou qui est le fruit du hasard, ne satisfont pas à cette condition²⁴⁸.

Dans le cas de la photographie, ce critère est rempli dès lors qu'un être humain prend une photographie en ayant assumé des choix influençant le résultat, et ce même si l'appareil photo a un programme réglant automatiquement la mise au point (netteté) de l'image, la vitesse d'obturation et/ou l'ouverture du diaphragme (profondeur de champ).

5.2.3 Forme d'expression (*Formgestaltung*)

Pour être protégée, l'idée créative doit aussi répondre à la condition de perceptibilité. La création doit avoir pris forme : elle doit avoir quitté l'esprit de son auteur et avoir revêtu une forme objectivement perceptible par un sens humain²⁴⁹. À l'instar du droit suisse, cela n'impose cependant pas une forme d'expression ou une conception immédiate ou fixée de manière permanente²⁵⁰. De fait, une émission en direct non enregistrée, un croquis inachevé ou encore une chorégraphie peuvent tout à fait constituer des œuvres²⁵¹.

Cette condition est à l'évidence remplie dans le cas d'une photographie (analogique ou numérique), attendu qu'elle est visible, donc objectivement perceptible.

5.2.4 Individualité (*Individualität*)

Bien que cette condition ne soit pas expressément mentionnée dans la loi²⁵², ce quatrième critère constitue un élément central, et subtil car il n'est pas toujours aisé de déterminer l'(in)existence de l'individualité²⁵³.

Une création personnelle, intellectuelle et perceptible n'est protégée que si elle atteint un seuil minimal d'individualité, qu'elle se distingue des œuvres antérieures²⁵⁴ et du banal. À l'instar du critère de création intellectuelle, la jurisprudence n'impose pas non plus d'exigence élevée à cet égard²⁵⁵.

Nous reviendrons plus en détail à la partie V. 5.4 *infra* sur cette notion absolument capitale du droit d'auteur allemand.

²⁴⁵ LEENEN, p. 63 ; MENDIS, p. 166.167 ; dUrhG-VINCK, art. 2, N 10.

²⁴⁶ SCHACK, *Ouvrage*, N 155, p. 83.

²⁴⁷ MENDIS, p. 173.

²⁴⁸ LEENEN, p. 72 ; WAITZ, p. 31.

²⁴⁹ LETTL, chap. 2, N 17, p. 40 ; MENDIS, p. 167 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 2, N 2, p. 56.

²⁵⁰ LEENEN, p. 64 ; LETTL, chap. 2, N 17, p. 40 ; MENDIS, p. 16.

²⁵¹ PEUKERT, N 16, p. 65 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 159, p. 83 ; WAITZ, p. 31.

²⁵² Cette condition pourrait découler de l'exigence de la création « personnelle » (LEENEN, p. 65 et 71 ; MENDIS, p. 168).

²⁵³ POHLHAUSER p. 196 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 209, p. 104 ; WAITZ, p. 32.

²⁵⁴ LETTL, chap. 2, N 21, p. 41 ; WAITZ, p. 32 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 21.

²⁵⁵ PEUKERT, N 6, p. 230.

5.3 Photographie simple (*Lichtbild*)

5.3.1 En général

En Allemagne, la protection des photographies simples existe depuis les années 60 et relève des droits voisins. En vertu de l'art. 72 al. 1 dUrhG, les dispositions de la première partie de la loi applicables aux œuvres photographiques (à savoir les art. 1 à 69g dUrhG) s'appliquent par analogie aux photographies simples, à l'exception de la durée de protection de l'art. 64 dUrhG, comme nous le verrons ci-dessous²⁵⁶. Dès lors, une photographie simple ou un produit similaire à une photographie simple jouit d'un droit connexe à celui octroyé à une œuvre photographique²⁵⁷.

La protection par un droit voisin des photographies dénuées d'individualité est une spécificité allemande, le droit de l'UE ne le prévoyant pas²⁵⁸. Ce très vaste champ de protection couvre les clichés ordinaires (telles les photographies de voyage ou d'une fleur dans un jardin), amateurs et réalisés sans compétences particulières²⁵⁹, ainsi que les photographies issues de films²⁶⁰. La protection revient au photographe (art. 72 al. 2 dUrhG).

Pour bénéficier de la protection de l'art. 72 dUrhG, le BGH a précisé que la photographie devait tout de même atteindre le seuil minimal d'un effort intellectuel personnel sans quoi il s'agirait d'une photographie de reproduction purement technique au sens de l'art. 16 dUrhG²⁶¹. En effet, il faut démontrer un lien personnel, même infime, entre le cliché et le photographe²⁶². Cela semble logique dans la mesure où sans cette exigence minimale, il serait possible de protéger une photographie simple indéfiniment en la photocopiant ou en la scannant²⁶³. En conséquence, le photographe doit non seulement être une personne physique mais aussi apporter une dimension intellectuelle. Cela exclut d'emblée les photographies créées de manière exclusivement automatique comme les photographies de webcams, radars ou satellites²⁶⁴.

5.3.2 Photographies d'objet tri- et bidimensionnel

5.3.2.1 En général

La photographie d'objet, à savoir la photographie visant à représenter un objet de la manière la plus fidèle et naturelle possible – comme par exemple une photographie d'un vase Gallé pour le catalogue d'une maison de vente aux enchères –, est protégée par l'art. 72 dUrhG²⁶⁵.

²⁵⁶ dUrhR-THUM, art. 72, N 1.

²⁵⁷ VON LEWINSKI, p. 79 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 1. D'ailleurs, l'art. 6 *in fine* de la Directive sur la durée de protection précise que « [l]es États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies ».

²⁵⁸ DREIER, p. 418 ; PEUKERT, N 7, p. 231.

²⁵⁹ MENDIS, p. 165 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 5 ; arrêt BGH, 4 novembre 1966, Ib ZR 77/65 – Skai-cubana.

²⁶⁰ LETTL, chap. 2, N 86, p. 57.

²⁶¹ MENDIS, p. 172-174 ; PEUKERT, N 8, p. 231 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 11 ; arrêt BGH, 7 décembre 2000, I ZR 146/98 – Telefonkarte ; arrêt BGH, 20 décembre 2018, I ZR 104/17 – Museumsfotos.

²⁶² SCHIESSEL, p. 43.

²⁶³ SCHACK, *Ouvrage*, N 645, p. 291.

²⁶⁴ PEUKERT, N 8-9, p. 231-232.

²⁶⁵ dUrhR-THUM, art. 72, N 5.

Mais bien que, contrairement à la LDA, la dUrhG n'impose pas de condition relative à la tridimensionnalité, il faut tout de même s'attarder sur ce point. Car si la protection d'une photographie d'objet tridimensionnel est une évidence, la question est plus délicate pour les clichés de modèles bidimensionnels.

En effet, il a longtemps été incertain de savoir si une photographie d'objet bidimensionnel, comme une peinture ou un graphique, relevait de la reproduction technique de l'art. 16 dUrhG – donc non protégée par le droit d'auteur – ou de la photographie simple de l'art. 72 dUrhG²⁶⁶. Quand bien même le photographe oriente ses décisions dans l'idée manifeste de reproduire de la manière la plus fidèle possible l'œuvre et non pas d'être créatif, certains auteurs soutiennent que ses décisions sont créatives (notamment quant à la distance, l'angle, l'emplacement et le cadrage de la photographie)²⁶⁷. Par conséquent d'après cette opinion, il ne s'agirait pas d'une simple reproduction technique. Mais, comme nous allons le voir à présent, le droit européen a traité en partie de la question et en a tiré une conclusion différente.

5.3.2.2 *Reproduction photographique d'œuvre visuelle entrée dans le domaine public*

L'art. 14 de la Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Directive DSM) dispose que lorsque la protection d'une œuvre d'art visuel s'éteint, la reproduction de celle-ci ne peut être soumise ni au droit d'auteur ni aux droits voisins, à moins que la reproduction ne soit une création intellectuelle personnelle²⁶⁸.

L'art. 68 dUrhG²⁶⁹ est la mise en œuvre de l'art. 14 de la Directive DSM²⁷⁰. Il dispose que les reproductions (par exemple photographiques) d'œuvres visuelles du domaine public ne sont pas protégées par les droits voisins (soit not. l'art. 72 dUrhG). Ainsi, une reproduction n'est protégeable que si elle est elle-même une œuvre indépendante remplissant les conditions de l'art. 2 dUrhG²⁷¹. S'agissant des photographies, cette règle a pour effet qu'une simple reproduction photographique d'une œuvre visuelle tombée dans le domaine public n'est pas protégée par l'art. 72 dUrhG.

Cette règle va à l'encontre de la jurisprudence allemande dominante jusqu'alors. En effet, une photographie de reproduction d'œuvre visuelle du domaine public était reconnue par les tribunaux comme une prestation intellectuelle et personnelle²⁷². Le BGH a confirmé en 2018 cet avis dans son arrêt *Museumsfotos*²⁷³ : la photographie d'une peinture du domaine public entrainait également dans le champ de l'art. 72 dUrhG²⁷⁴. Son raisonnement était que l'art. 72

²⁶⁶ VON LEWINSKI, p. 79-80 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 7.

²⁶⁷ SCHIESSEL, p. 92-94 ; SPINDLER, N 26 ; VON LEWINSKI, p. 79.

²⁶⁸ Selon le consid. 53 de la Directive DSM, autoriser la reproduction d'œuvres du domaine public a notamment pour but de promouvoir l'accès à la culture ; SCHIESSEL, p. 113.

²⁶⁹ Cet article a été ajouté lors de la révision dUrhG de 2021.

²⁷⁰ WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 5, N 47, p. 268.

²⁷¹ WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 5, N 47, p. 268-269 et N 56, p. 274.

²⁷² POHLHAUSER, p. 36 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 5, N 56, p. 273.

²⁷³ Arrêt BGH, 20 décembre 2018, I ZR 104/17 – Museumsfotos.

²⁷⁴ VON LEWINSKI, p. 79.

dUrhG avait pour objectif de protéger les photographies quel que soit leur objet²⁷⁵. Donc, en suivant cette logique, la photographie d'une œuvre du domaine public atteignant le seuil minimal d'effort intellectuel devrait être protégée ; cette condition était remplie dans le cas de photographies d'œuvres visuelles puisque le photographe prend des décisions sur un certain nombre de paramètres, comme la distance, l'éclairage et l'angle²⁷⁶.

Cet avis avait toutefois été remis en question par une partie de la doctrine car cela offrait à ses yeux une prolongation injustifiée des droits d'auteur sur des œuvres tombées dans le domaine public²⁷⁷. Des auteurs craignaient également qu'une œuvre tombée dans le domaine publique en soit ensuite extraite. Ces critiques nous semblent infondées car la protection de la photographie d'une œuvre visuelle n'a aucune incidence sur la protection de l'œuvre visuelle elle-même²⁷⁸ : une fois entrée dans le domaine public l'œuvre visuelle est reproductible. Dès lors, il n'est possible ni de prolonger la protection du tableau ou autre œuvre visuelle *via* la protection d'une photographie de cette œuvre²⁷⁹, ni d'extraire une œuvre du domaine public.

5.4 Notion d'individualité

5.4.1 En général

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la différence principale entre l'œuvre photographique et la photographie simple est la présence ou l'absence d'individualité dans la création.

L'on entend par individualité, la touche créative, le choix créatif libre que le photographe apporte à son œuvre, en somme la « patte » de l'auteur²⁸⁰. La prestation artistique peut sans autre être fournie de manière subconsciente ou inconsciente²⁸¹. Mais il faut que la photographie ait été prise avec discernement²⁸². Cela exclut les produits banals et courants créés de manière routinière, telles une brosse à dents ou une photographie touristique lambda d'une façade d'immeuble²⁸³. Dans son arrêt *Skai-cubana*²⁸⁴ de 1966, le BGH précise que pour la photographie, il faut une « *eigentümliche Prägung* » (= empreinte particulière), à savoir une image inhabituelle se distinguant du cliché ordinaire ayant pour but de représenter le plus fidèlement possible l'objet photographié²⁸⁵. Notons que, conformément à l'art. 6 et au

²⁷⁵ Arrêt BGH, 20 décembre 2018, I ZR 104/17 – Museumsfotos, consid. B. II. 1. a).

²⁷⁶ VON LEWINSKI, p. 79-80 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 5, N 47, p. 269 ; arrêt BGH, 20 décembre 2018, I ZR 104/17 – Museumsfotos, consid. B. II. 1. a).

²⁷⁷ BUNDLE, p. 27 ; VON LEWINSKI, p. 79-80.

²⁷⁸ BUNDLE, p. 27.

²⁷⁹ BUNDLE, p. 27.

²⁸⁰ POHLHAUSER, p. 196-197 ; WAITZ, p. 30.

²⁸¹ Haberstumpf, p. 270.

²⁸² SCHACK, *Ouvrage*, N 646, p. 292 ; VON LEWINSKI, p. 79-80.

²⁸³ SCHACK, *Ouvrage*, N 163-164, p. 86-87.

²⁸⁴ Arrêt BGH, 4 novembre 1966, Ib ZR 77/65 – Skai-cubana.

²⁸⁵ MENDIS, p. 169 ; POHLHAUSER, p. 196 ; SCHIESSEL, p. 49.

consid. 16 de la Directive sur la durée de protection, il n'est pas requis que l'œuvre photographique ait un degré particulièrement élevé d'expression créative²⁸⁶.

La règle veut que l'individualité soit donnée lorsque la touche créative atteint ce seuil minimal requis²⁸⁷. L'individualité dépend de la hauteur de conception/création, soit du niveau d'empreinte créative qu'a objectivement apporté l'auteur.²⁸⁸ L'aspect quantitatif et « objectif » de l'analyse est spécialement délicat étant donné que l'analyse se fait au cas par cas selon l'appréciation du juge, qui, comme tout être humain, est un individu profondément subjectif.

Dans l'arrêt *Geburtstagszug*²⁸⁹ de 2013, le BGH a eu l'occasion de se prononcer sur cette notion : la hauteur de conception se détermine selon « l'avis des milieux sensibles à l'art et quelque peu familiarisés aux conceptions artistiques » [notre traduction]²⁹⁰. Donc la hauteur de création s'analyse d'après le point de vue objectif d'un membre du public concerné²⁹¹. Malgré cette précision, cette notion reste abstraite et difficile à mesurer en pratique. D'autant plus que le degré minimal d'individualité dépend du moyen d'expression choisi²⁹². À ce sujet, l'arrêt *Geburtstagszug* présente un changement de pratique concernant l'appréciation de la protection des œuvres d'art appliqué. En effet, avant cette décision, la jurisprudence exigeait un seuil minimal d'individualité plus élevé pour les œuvres d'art appliqué que pour les œuvres d'art libres de toute finalité²⁹³.²⁹⁴ Depuis l'arrêt *Geburtstagszug*, cette exigence n'est plus requise²⁹⁵ : à partir du moment où le public sensible et familiarisé à l'art considère que la hauteur de création est atteinte, l'œuvre est protégée.

Cette évolution est intéressante, mais n'est en réalité pas d'une grande portée concrète puisque si l'individualité doit être évaluée selon des critères adéquats, alors en toute logique ces derniers varient aussi selon le genre de l'œuvre²⁹⁶.

De fait, le degré d'individualité est rattaché à la marge de manœuvre créative laissée à l'auteur par le moyen d'expression et l'exploitation qu'il en fait. Le seuil minimal d'individualité se détermine selon les décisions de nature créative et non d'après celles qu'implique un but utilitaire²⁹⁷. En effet, plus la marge de manœuvre de l'auteur est grande, plus les exigences d'individualité sont basses car il a une plus large liberté de conception (beaucoup d'éléments résultent de choix intentionnels de l'auteur) ; inversement plus le

²⁸⁶ PEUKERT, N 6, p. 230 ; arrêt BGH, 3 novembre 1999, I ZR 55/97 – Werbefotos, consid. 17 ; arrêt LG Köln, 19 août 2021 - 14 O 487/18, consid. 78.

²⁸⁷ LEENEN, p. 73 ; WAITZ, p. 34.

²⁸⁸ LETTL, chap. 2, N 22, p. 41 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 163-164, p. 86-87 ; STRASMANN, partie 2.

²⁸⁹ Arrêt BGH, 13 novembre 2013, I ZR 143/12 – Geburtstagszug.

²⁹⁰ Arrêt BGH, 13 novembre 2013, I ZR 143/12 – Geburtstagszug, consid. a) ; voir aussi l'arrêt BGH, 20 février 2025, I ZR 16/24 – Birkenstock, consid. B. II. 1. b) ; STRASMANN, partie 2.

²⁹¹ FOTTNER, p.59 ; LETTL, chap. 2, N 27, p. 42-43.

²⁹² WAITZ, p. 33.

²⁹³ Ou « *zweckfreien* » en allemand, à savoir toute œuvre sans fonctionnalité ni utilité concrète (comme l'art plastique).

²⁹⁴ FEHLBAUM, p. 76 ; VON LEWINSKI, p. 40 ; cela se justifiait par le fait que la protection d'œuvres d'art appliqué découlait à l'origine de la protection du droit des dessins et modèles (URG-CHERPILLOD, art. 2 : *SCHULZE zum europäischen und deutschen Urheberrecht*, p. 45). Ce fondement permettait de fixer un seuil de protection plus élevé en droit d'auteur (WAITZ, p. 34).

²⁹⁵ FEHLBAUM, p. 76.

²⁹⁶ SENN, *Fotografie*, p. 149.

²⁹⁷ FEHLBAUM, p. 78.

moyen impose des impératifs techniques ou standardisés, plus les exigences d'individualité sont élevées car la liberté de conception est restreinte, le créateur se voyant imposer un certain nombre de paramètres²⁹⁸. Par exemple, pour les œuvres littéraires (art. 2 al. 1 ch. 1 dUrhG) et les œuvres musicales (art. 2 al. 1 ch. 2 dUrhG), un niveau modeste de création peut suffire²⁹⁹. Pour rappel, les exigences pour que la hauteur de création soit atteinte, en photographie notamment, sont basses³⁰⁰.

Lorsque, l'individualité de l'œuvre ne dépasse que marginalement le niveau habituel de création, l'on parle d'une protection de « *kleine Münze* » (= petite monnaie)³⁰¹. Cela étant, peu importe qu'il s'agisse d'une œuvre de « *kleine Münze* » ou d'une œuvre de maître : une fois le seuil créatif minimal atteint, chaque œuvre bénéficie de la même protection³⁰².

En résumé, l'œuvre a un caractère individuel si le niveau minimal de conception est atteint. Ce dernier se détermine d'après la marge de manœuvre offerte par le moyen d'expression dans lequel la personnalité créative de l'auteur peut s'épanouir³⁰³.

En photographie, l'auteur conserve, malgré la limite assignée par l'appareil photo, une marge de manœuvre plutôt importante notamment quant aux facteurs suivants : le lieu de la prise de vue, la distance et l'expression du sujet, l'éclairage, le contraste, le cadrage, les couleurs, la durée d'exposition, la netteté, la profondeur de champ, la perspective, l'atmosphère créée, le choix du moment de la prise de vue, le format, les retouches ou photomontages ultérieurs³⁰⁴. Tous ces éléments sont des indices permettant d'établir si *in casu* le degré de conception minimal est atteint.

Notons qu'en revanche l'objet, le motif de la prise de vue³⁰⁵, les coûts, la finalité et la valeur (morale et esthétique) ou l'âge du créateur ne sont pas considérés comme des critères pertinents dans l'analyse³⁰⁶. Ainsi, une photographie fonctionnelle, comme une photographie de l'immeuble en vente par une agence immobilière, pourrait également satisfaire la condition d'individualité.

5.4.2 Jurisprudence

La jurisprudence allemande portant spécifiquement sur la question du caractère individuel en photographie est rare. La classification entre œuvre photographique et photographie simple est généralement superflue en pratique car, dans de nombreux cas, le litige porte sur

²⁹⁸ LEENEN, p. 72 ; LETTL, chap. 2, N 31, p. 43 ; STRASMANN, partie 2 ; WAITZ, p. 33 ; WEISS.

²⁹⁹ Respectivement, l'arrêt BGH, 27 février 1981, I ZR 29/79 – Fragensammlung et l'arrêt BGH, 24 janvier 1991, I ZR 72/89 – Brown-Girl II (WAITZ, p. 35) ; SCHIESEL, p. 49.

³⁰⁰ POHLHAUSER, p. 455 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 10.

³⁰¹ LETTL, chap. 2, N 22, p. 42 et N 88, p. 58 ; WAITZ, p. 34 ; arrêt OLG Hamburg NJOZ 2005, 124, 22 mars 2004 – Weinlaubblatt.

³⁰² LEENEN, p. 74 ; WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 30 ; dUrhR-BULLINGER, art. 2, N 24.

³⁰³ SCHACK, *Ouvrage*, N 163-164, p. 86-87.

³⁰⁴ PEUKERT, N 6, p. 230 ; POHLHAUSER p. 196 ; SCHACK, *Ouvrage*, N 209, p. 104 ; VON LEWINSKI, p. 79-80 ; arrêt LG Köln, 19.08.2021 - 14 O 487/18, consid. 73.

³⁰⁵ THUM soutient au contraire que le choix du motif est un facteur à prendre en compte (UrhR-THUM, art. 72, N 8).

³⁰⁶ POHLHAUSER p. 196 et 455 ; VON LEWINSKI, p. 79-80 ; dUrhG-BULLINGER, art. 2, N 26 et 29 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 5.

l'(in)existence d'une protection par la dUrhG (et non pas sur l'étendue et la durée de cette protection)³⁰⁷.

En 2004, le tribunal a reconnu le caractère individuel d'une photographie de 1941 représentant un sous-marin émergeant de l'eau³⁰⁸. De fait, la photographie dégage une atmosphère menaçante. Le regard est directement happé par le haut de la photographie où l'on voit le sous-marin faisant surface. L'angle de la photographie accentue le fait que le sous-marin est totalement à la merci d'une mer houleuse, ce qui donne une impression dramatique³⁰⁹. Le ciel gris et sombre donne à la photographie une impression « *geisterhaft-unwirkliches* » (= fantomatique-irréelle)³¹⁰.

Dans un arrêt de 2021 concernant des photographies publicitaires pour un salon de coiffure³¹¹, le tribunal a eu l'occasion de se pencher sur la question de l'individualité. Il a considéré que le photographe avait effectivement atteint le seuil minimal d'individualité, car il avait usé de sa liberté de conception dans le choix des positionnements des coiffures et des visages des mannequins, dans les jeux d'ombre créant un effet particulier sur les coiffures et dans le choix des couleurs contrastées des vêtements³¹².

Dans la décision au sujet d'un cliché pris lors d'un vol en montgolfière³¹³ de 2021, le caractère individuel de la photographie examinée ne faisait aucun doute pour le tribunal. En effet, le cliché avait été pris depuis une montgolfière à un moment précis du crépuscule, accentuant un contraste entre le ciel et le coucher du soleil ; ce contraste était renforcé par le nuage au centre de la photographie, d'où jaillissaient les rayons du soleil³¹⁴.

Concernant une photographie de la Cathédrale de Notre-Dame de Fribourg-en-Brisgau³¹⁵, le tribunal a reconnu en 2006 son caractère individuel en raison des éléments suivants : une utilisation délibérée du contre-jour, avec le pont et des silhouettes s'y promenant en arrière-plan, un ciel ensoleillé de fin de journée et une focale créant une « impression dynamique et saisissante » [notre traduction]³¹⁶.

Au niveau européen, nous pouvons mentionner l'affaire autrichienne *Painer*³¹⁷ de 2011. L'objet du litige portait sur l'individualité d'une photographie représentant une jeune fille qui, par la suite, avait été kidnappée. Des éditeurs de presse avaient repris la photographie en question pour faire un portrait-robot et illustrer les articles sans mentionner l'identité de son autrice. La CJUE a rappelé que l'analyse de l'individualité se fait d'après l'impression

³⁰⁷ SCHIESEL, p. 60-61 ; à l'origine, le législateur a voulu éviter de devoir établir une distinction entre la photographie simple et l'œuvre photographique car la détermination de l'individualité est complexe (SCHIESEL, p. 256). Ainsi, grâce au système mis en place, la question déterminante de la protection s'examine non pas au niveau de l'individualité, mais au niveau des critères de la création intellectuelle, personnelle et perceptible.

³⁰⁸ Arrêt OLG Hamburg, 3 mars 2004 – 5 U 159/03, ZUM-RD 2004, 303 – U-Boot-Foto.

³⁰⁹ Arrêt OLG Hamburg, 3 mars 2004 – 5 U 159/03, ZUM-RD 2004, 303 – U-Boot-Foto, consid. II. 1.

³¹⁰ Arrêt OLG Hamburg, 3 mars 2004 – 5 U 159/03, ZUM-RD 2004, 303 – U-Boot-Foto, consid. II. 1.

³¹¹ Arrêt LG Köln, 19 août 2021 – 14 O 487/18.

³¹² Arrêt LG Köln, 19 août 2021 – 14 O 487/18, consid. 74 et 78.

³¹³ Arrêt LG Köln, 20 mai 2021 – 14 O 167/20.

³¹⁴ Arrêt LG Köln, 20 mai 2021 – 14 O 167/20, consid. 34.

³¹⁵ LG Mannheim, 14 juillet 2006 – 7 S 2/03.

³¹⁶ LG Mannheim, 14 juillet 2006 – 7 S 2/03, consid. 26.

³¹⁷ Arrêt CJUE, 1 décembre 2011, C-145/10 – Painer c. Standard Verlags GmbH.

d'ensemble laissée par la photographie. Elle a constaté que, même s'il s'agit d'un portrait, la photographe avait une marge de manœuvre de réalisation. D'abord, lors de la phase préparatoire, elle pouvait faire des choix créatifs pour rendre son œuvre individuelle ; puis, lors du tirage, elle pouvait décider quels procédés techniques ou logiciels seraient utilisés³¹⁸. *In casu*, le portrait était une œuvre car la photographe avait fait des choix libres et créatifs : elle avait pensé l'arrière-plan, avait décidé de la position et de l'expression du visage de la jeune fille, avait manié l'appareil photo et avait développé ses clichés.

5.5 Effets différents

D'après l'art. 72 al. 1 dUrhG, il faut appliquer par analogie les articles concernant les droits moraux et patrimoniaux aux photographies simples. Mais, à l'instar de la situation suisse, les avis divergent concernant l'étendue de certains droits.

5.5.1 Adaptation

Il s'agit de l'équivalent allemand de la notion d'œuvre dérivée que nous connaissons en Suisse.

Selon l'art. 3 dUrhG, une création est protégée en tant qu'adaptation (*Bearbeitung*) si elle présente des caractéristiques de l'œuvre antérieure³¹⁹ et si elle remplit les conditions de l'art. 2 al. 2 dUrhG. Afin de déterminer dans laquelle des trois catégories – soit œuvre indépendante, adaptation ou reproduction – la nouvelle œuvre se trouve, il faut comparer cette dernière avec l'œuvre antérieure.

D'abord, si la nouvelle œuvre se distingue profondément de l'œuvre antérieure, alors il ne s'agit pas d'une adaptation ou d'une transformation au sens de l'art. 3 dUrhG (art. 23 al. 1 phr. 2 dUrhG)³²⁰. Il s'agira d'une œuvre indépendante originale tant les caractéristiques de chacune des deux œuvres sont éloignées³²¹.

Puis, si la création présente une modification substantielle par rapport à l'œuvre antérieure, celle-ci n'est alors considérée que comme source d'inspiration : il s'agit d'une adaptation (art. 3 dUrhG)³²². Une autorisation de l'auteur de l'œuvre antérieure pour exploiter et publier la nouvelle œuvre est nécessaire (art. 23 al. 1 phr. 2 dUrhG).

Enfin, si la modification est d'un trop faible degré³²³, alors il n'y a pas d'adaptation : il faut donc une autorisation de l'auteur de l'œuvre antérieure pour la création-même de la nouvelle œuvre puisqu'il est alors question de reproduction au sens de l'art. 16 dUrhG³²⁴.

La question se pose de savoir si l'autorisation d'exploitation demeure nécessaire dans l'hypothèse où la création antérieure serait une photographie dénuée de caractère individuel.

³¹⁸ Arrêt CJUE, 1 décembre 2011, C-145/10 – Painer c. Standard Verlags GmbH, consid. 91.

³¹⁹ ROUX STEINKÜHLER, *Procès*.

³²⁰ WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 2, N 24, p. 76.

³²¹ HÄRTING, N 1207, p. 294.

³²² WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 2, N 23, p. 75 et N 27, p. 79.

³²³ La modification est trop faible si l'on se retrouve à devoir jouer au jeu des sept différences pour les déceler. Dans un pareil cas, l'impression générale de l'œuvre originale reste pleinement intacte (cf. LG München I, 25 avril 2002, 7 O 16110/01, consid. 2. bb.).

³²⁴ WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 2, N 24, p. 76.

D'un côté, l'art. 72 al. 1 dUrhG prévoit que les art. 1 à 69g dUrhG s'appliquent par analogie aux photographies simples. C'est pourquoi, une autorisation du premier auteur devrait théoriquement être nécessaire. D'un autre côté, le fait que l'exploitation d'une adaptation satisfaisant à la condition d'individualité nécessite le consentement de l'auteur d'une création non-individuelle semble une exigence absurde.

5.5.2 Droits moraux

5.5.2.1 En général

En théorie, tous les droits moraux devraient s'appliquer de la même façon qu'il s'agisse d'une photographie avec ou sans caractère individuel. Mais, il y a quand même une nuance à apporter concernant le droit à l'intégrité.

5.5.2.2 Droit à l'intégrité

Bien qu'il n'existe pas une relation particulièrement étroite entre une photographie sans caractère individuel et son photographe, celui-ci a le droit de s'opposer à la déformation de celle-ci (art. 14 dUrhG). Cette protection s'explique par l'égalité juridique entre les œuvres photographiques et les photographies simples voulue par le législateur à l'art. 72 dUrhG³²⁵. En effet, le photographe doit avoir un moyen de se protéger *via* le droit d'auteur au cas où il subirait une atteinte à sa personnalité comparable à celle que l'auteur d'une œuvre pourrait subir³²⁶. Naturellement, une photographie simple bénéficie d'une protection inférieure à celle accordée à une œuvre photographique³²⁷.

Il convient de noter que cet avis est controversé, certains auteurs allant même jusqu'à dire que la protection par les droits de la personnalité suffirait à protéger le photographe dans de pareils cas³²⁸.

5.5.3 Droits patrimoniaux

5.5.3.1 En général

À nouveau, comme déjà mentionné, tous les droits patrimoniaux s'appliquent de manière égale pour les photographies simples et les œuvres photographiques. Cependant, il faut mentionner une potentielle limite au droit de reproduction.

5.5.3.2 Droit de reproduction

Le champ de protection de l'art. 16 dUrhG n'est pas aussi étendu pour les photographies simples que pour les œuvres photographiques.

En effet, le principe veut que la reproduction d'une photographie simple soit autorisée³²⁹. Selon la doctrine et la jurisprudence, ce n'est que lorsque l'image concrète elle-même est

³²⁵ dUrhR-THUM, art. 72, N 33.

³²⁶ SCHIESSEL, p. 155.

³²⁷ SCHACK, *Ouvrage*, N 647, p. 292 ; SCHIESSEL, p. 155.

³²⁸ SCHIESSEL, p. 155-156.

³²⁹ SCHIESSEL, p. 159.

copiée à l'identique qu'il y a reproduction au sens de l'art. 16 dUrhG³³⁰. Seulement dans ces cas une autorisation du photographe serait nécessaire pour éviter que l'utilisation soit illicite.

5.5.4 Durée

Comme en droit suisse, la durée de protection est plus courte pour la photographie simple que pour l'œuvre photographique.

Pour rappel, l'œuvre photographique bénéficie d'une protection dès sa création jusqu'à 70 ans après le décès du photographe (art. 64 dUrhG).

Bien que la photographie simple soit protégée depuis 1966, la durée de protection a néanmoins été modifiée au cours du temps³³¹, et est actuellement de 50 ans (art. 72 al. 3 dUrhG). D'après cette disposition, la période commence à courir à compter de la fin d'année à laquelle la photographie a été publiée (art. 6 al. 2 dUrhG), communiquée au public pour la première fois si cela advient avant la publication (art. 15 al. 2 et 3 dUrhG) ou, à défaut de publication ou de communication publique, dès qu'elle a été prise (art. 72 al. 3 phr. 1 dUrhG)³³².

5.6 Conclusion intermédiaire

Terminons en revenant sur les points essentiels abordés dans ce chapitre sur le régime juridique relatif aux photographies en droit d'auteur allemand.

Premièrement, la principale différence entre les œuvres photographiques et les photographies simples réside dans l'existence ou non d'individualité. Cette notion indéterminée n'est pas facile à établir et ses frontières sont floues. En tous les cas, la littérature considère que le caractère individuel se rattache à la marge de manœuvre (plutôt vaste) laissée par le médium de la photographie, à savoir le seuil minimal nécessaire à la protection. Afin de déterminer si ce niveau minimal est atteint, l'on analyse la liberté de conception dont l'auteur a fait preuve.

Deuxièmement, à la différence du droit suisse, la loi allemande ne pose pas de condition quant à la tridimensionnalité de l'objet photographié pour permettre la protection de l'art. 72 dUrhG. Cependant, la question relative à la protection d'un cliché d'objet bidimensionnel s'est également posée.

Troisièmement, certains effets ne sont pas les mêmes, selon qu'on se trouve dans le cas d'une photographie simple ou d'une œuvre photographique, notamment quant à l'étendue du droit à l'intégrité et du droit de reproduction. Ces différences sont admises par la doctrine et la jurisprudence, et n'occasionnent pas de controverse, contrairement à la situation suisse. L'élément le plus important est bien sûr la durée de protection de 50 ans dès la création pour les photographies non-individuelles, contre 70 ans à partir du décès de l'auteur pour les œuvres photographiques.

³³⁰ SCHACK, *Ouvrage*, N 647, p. 292 ; SCHIESSSEL, p. 159 ; dUrhR-THUM, art. 72, N 22.

³³¹ Initialement de 25 ans, la durée de protection a été uniformément prolongée jusqu'à 50 ans en 1995 (dUrhR-THUM, art. 72, N 35).

³³² Art. 69 dUrhG ; LETTL, chap. 2, N 86, p. 58 ; WANDKTE/OSTENDORFF, chap. 5, N 47, p. 269.

VI. COMPARAISON ET CRITIQUES DOCTRINALES

6.1 Comparaison

Ayant analysé les droits d'auteur suisse et allemand à l'aune de la protection des photographies, nous pouvons comparer ces deux régimes. Nous nous pencherons sur les similitudes d'abord et sur les divergences ensuite.

6.1.1 Similitudes

Comme nous avons pu le constater, il existe de nombreuses similarités entre la protection des photographies non-individuelles en Allemagne et en Suisse. Cela s'explique en grande partie par l'inspiration qu'a été le droit d'auteur allemand pour la législation suisse³³³.

6.1.1.1 Détermination du caractère non-individuel

Rappelons que les conditions de l'œuvre photographique sont les mêmes dans les deux ordres juridiques : il faut qu'une personne physique prenne une photographie atteignant le degré minimal d'individualité. La conception de l'individualité est également fortement comparable entre les deux régimes bien que les approches et termes ne soient pas tout à fait identiques.

Lors de la détermination du caractère individuel, l'on parle en Allemagne d'« empreinte particulière » – c'est-à-dire de l'élément inhabituel dans le cas concret – et de liberté créative. La législation suisse propose la théorie de l'unicité statistique – à savoir l'évaluation de l'élément inhabituel ou unique hypothétique – associée à la liberté créative. Cette dernière s'analyse en photographie selon de nombreux paramètres (pour n'en citer que quelques-uns : le cadrage, l'exposition, l'éclairage, le flou ou encore les retouches). Dans les deux pays, la liberté créative se détermine d'après l'impression générale donnée par l'œuvre. L'on se base donc sur une composante objective.

Il convient de mettre en évidence les approches doctrinales différentes intéressantes, bien qu'il n'en résulte pas de grandes divergences en pratique. Pour évaluer le niveau d'individualité minimal requis, la littérature suisse précise que plus la marge de manœuvre de l'artiste est limitée, plus le degré d'individualité minimum requis est bas. En Allemagne, la doctrine affirme que plus la marge de manœuvre est faible, plus le seuil d'individualité minimum requis est élevé. À première vue, cela paraît contradictoire. Mais en réalité, il faut comprendre ces principes comme suit : en Suisse, dès que l'auteur use de sa liberté créative alors qu'il a une marge de manœuvre limitée, l'individualité de sa création sera aisément/rapidement admise ; en Allemagne, dès que l'auteur a une marge de manœuvre limitée, il doit prendre le plus de choix créatifs avec la faible liberté de création dont il dispose pour que l'individualité soit établie. En d'autres termes, dans les deux pays, lorsque l'auteur a à sa disposition une modeste marge de décisions, il devra absolument user de sa créativité pour satisfaire au critère d'individualité.

Ajoutons que, jusqu'à présent, ces deux pays ne sont pas spécialement exigeants en ce qui concerne le degré minimal d'individualité, ce que la doctrine allemande rappelle souvent.

³³³ BANDLE, p. 31.

Chacun reconnaît la notion de « *kleine Münze* ». Les décisions jurisprudentielles le démontrent d'ailleurs. L'individualité est reconnue lorsque l'impression d'ensemble est intéressante ou inattendue. Les tribunaux parlent d'effet du cliché, d'expression et de posture non-banals, d'agencement particulier, de geste inhabituel, d'accentuation de contraste, d'utilisation délibérée de quelque effet. La réalisation de quelques-uns de ces éléments combinés suffirait à accorder une protection étendue.

6.1.1.2 *Droit de reproduction*

En Allemagne, le droit de reproduction est moins étendu pour les photographies simples que pour les œuvres photographiques. De fait, la reproduction, au sens de l'art. 16 dUrhG, d'une photographie simple ne nécessite d'autorisation de l'auteur que s'il y a copie à l'identique. L'imitation ne nécessite ainsi pas de consentement.

En Suisse, la controverse relative à la portée de l'art. 10 al. 2 let. a LDA pour les photographies sans caractère individuel subsiste. Mais, selon l'opinion que nous défendons, seule la copie à l'identique devrait nécessiter une autorisation. L'imitation sans consentement du titulaire serait ainsi autorisée. Par conséquent, similairement à la conception allemande, le droit de reproduction donnant à l'auteur le pouvoir d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre par un tiers, serait plus restreint pour la photographie sans caractère individuel que pour l'œuvre photographique.

6.1.1.3 *Durée*

La durée de protection des photographies sans caractère individuel en Suisse et en Allemagne est identique : 50 ans dès la création de la photographie (art. 29 al. 2 let. a^{bis} LDA ; 72 al. 3 dUrhG).

6.1.2 **Divergences**

6.1.2.1 *Classification dans la loi*

Comme nous l'avons mentionné, la protection des photographies simples en Allemagne ressort des droits voisins ; tandis qu'en Suisse, ce sont les règles du droit d'auteur qui s'appliquent *mutatis mutandis* à la photographie sans caractère individuel. Cette catégorisation suisse, nous le verrons, est fortement critiquée par la doctrine (cf. section VI. 6.2.1).

6.1.2.2 *Condition de tridimensionnalité*

Les critères suisses et allemands de protection au sens des art. 2 al. 3^{bis} LDA et 72 dUrhG sont similaires, à une exception près. La Suisse a posé une condition supplémentaire : l'obligation de tridimensionnalité de l'objet photographié³³⁴.

L'optique était sans doute d'améliorer le modèle allemand dont le législateur suisse s'est inspiré. Effectivement, cela fait sens d'empêcher qu'une reproduction photographique représentant uniquement un élément bidimensionnel (ex. un plan ou une photographie) soit

³³⁴ Ce critère crée évidemment une nouvelle incertitude quant à la délimitation entre tri- et bidimensionnalité. Nous allons y revenir dans la section VI. 6.2.2.

protégée, car il s'agirait d'une copie totalement identique en termes de ce qu'elle représente. Cela aurait pour effet de perpétuer la protection du sujet initial indéfiniment.

Imaginons les deux exemples suivants permettant d'illustrer nos propos.

D'abord, prenons la photographie noir blanc « *Apple Tree in Snow* » (Zurich, 1976) par Frank HORVAT (1935-2020) [figure 7, p. 59]. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une œuvre photographique encore protégée par le droit d'auteur. Supposons maintenant que quelqu'un en fasse une copie photographique avant la fin de la protection, soit en 2090, et qu'il remplisse les conditions d'une création de l'esprit perceptible. Si l'art. 2 al. 3^{bis} LDA ne posait pas la condition de tridimensionnalité, cette copie serait une photographie sans caractère individuel. Si on accordait une protection à cette seconde photographie, alors elle serait protégée 50 ans dès sa création. Puis, si une copie de cette copie (et ainsi de suite) était réalisée, alors la photographie d'HORVAT serait comme protégée – par « procuration » finalement – à l'infini, étant donné que le résultat des autres clichés, issus directement ou indirectement de la photographie d'HORVAT, serait dans son contenu identique à l'original.

Prenons pour second exemple la photographie « *Kowloon Harbour* » (Hong-Kong, 1952) de Werner BISCHOF (1916-1954) [figure 8, p. 59]. Ce dernier étant décédé il y a 71 ans, son œuvre est récemment entrée dans le domaine public. Que se passerait-il si, aujourd'hui, quelqu'un prenait un cliché de cette œuvre photographique ? À nouveau, si les autres conditions de la photographie sans caractère individuel sont remplies, alors, sans cette exigence de tridimensionnalité, cette copie-conforme serait protégée, et ce alors même que l'original ne l'est plus. Peut-être le législateur suisse a-t-il ainsi voulu éviter qu'une telle absurdité ne se produise.

Conformément à l'art. 68 dUrhG, la protection d'une reproduction photographique d'une photographie tombée dans le domaine public est interdite. Il est donc impossible en Allemagne d'arriver à une situation telle qu'énoncée dans notre second exemple. Dès lors, aucun problème ne se pose.

Mais puisque l'Allemagne n'a pas prévu la condition de tridimensionnalité, le silence de l'art. 72 dUrhG ouvre la voie à la protection telle qu'envisagée dans notre premier exemple. Cela pourrait en théorie mener à une protection démesurée des photographies. Cependant, une solution est proposée par la doctrine pour éviter que cela ne se produise. En effet, des auteurs soutiennent avec insistance que les photocopies, micro/macrocopies ou encore copies par scanner sont des reproductions techniques (art. 16 dUrhG) et non des photographies simples³³⁵. De la sorte, les craintes qu'une reproduction à l'identique de l'œuvre soit protégeable seraient sans fondement. Cette solution a l'avantage d'être logique et simple.

Par conséquent, il n'était pas forcément nécessaire d'ajouter la condition de tridimensionnalité en Suisse. On aurait pu éviter bien plus simplement le problème. De fait, à vouloir bien faire, le législateur suisse a en réalité compliqué les choses car, comme nous le constaterons, cette nouvelle condition nous confronte à des questionnements additionnels.

³³⁵ SCHIESEL, p. 78.

6.1.2.3 Droit à l'intégrité

L'étendue du champ de protection des photographies sans caractère individuel, bien que globalement analogue, n'est pas tout à fait identique.

Les auteurs allemands s'accordent sur le fait que le droit à l'intégrité (art. 14 dUrhG) ne s'applique pas aussi largement à une photographie simple qu'à une œuvre photographique. Cependant, alors que certains plaident en faveur d'un droit à l'intégrité restreint, d'autres défendent que le créateur d'une photographie simple n'aurait aucun droit à l'intégrité.

En Suisse, la controverse porte sur l'étendue du droit à l'intégrité (art. 11 al. 1 LDA), et non pas sur l'existence-même de cette protection. Il semble effectivement que les auteurs soient favorables à la protection de l'art. 11 al. 1 LDA pour les photographies sans caractère individuel. Il s'agit plutôt de déterminer si son étendue est égale à celle afférente aux œuvres photographiques – comme le défend notamment le Conseil fédéral – ou plus restreinte. La jurisprudence n'a pour l'instant pas tranché cette controverse.

6.2 Critiques doctrinales

De nombreuses remarques – positives et négatives – ont été faites par les auteurs au sujet de la protection des photographies en Allemagne et en Suisse.

Plusieurs questions ont été posées, notamment : la protection des photographies sans caractère individuel est-elle à sa place dans la loi ? ; la protection de ces photographies amoindrit-elle la sécurité juridique ? ; ce système constitue-t-il la meilleure façon de protéger les photographes professionnels ?

Pour y répondre, nous allons passer en revue quatre critiques majeures.

6.2.1 Classification dans la loi

Deux points importants de critique concernent la classification dans la loi.

Premièrement, et comme souligné à plusieurs reprises, la classification d'une photographie sans caractère individuel dans le droit d'auteur – et non dans les droits voisins – est une particularité suisse vivement, et à juste titre, critiquée par la doctrine³³⁶. La Suisse n'a pas opté pour l'introduction d'un nouveau droit voisin, mais pour l'élargissement du droit d'auteur. De nombreux experts en Suisse soutiennent que l'al. 3^{bis} n'a pas sa place dans l'art. 2 LDA. Ils parlent même de « *Fremdkörper* » (= corps étranger) vu la systématique de la loi³³⁷. Il aurait fallu, à l'image de l'Allemagne, créer un droit voisin³³⁸. Constatons que même les fervents partisans de l'introduction d'une protection pour les photographes de presse ont critiqué cette classification³³⁹. Il est en effet étonnant qu'une création ne remplissant pas la

³³⁶ THOUVENIN, N 546, p. 216.

³³⁷ WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*, p. 381.

³³⁸ BENHAMOU, N 175, p. 80 ; THOUVENIN, N 546, p. 216 ; WERHLI, p. 490.

³³⁹ D'ailleurs en 2006 déjà, SCHÜTZ envisage une protection des photographies sans caractère individuel *via* l'introduction d'un droit voisin avec effets restreints (SCHÜTZ, *Fotografie und Urheberrecht*, p. 372-373) ; RIGAMONTI, *New Copyright Protection*, p. 987 ; WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 5 ; voir aussi SCHÜTZ, *Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*.

plus importante des conditions de l'« œuvre », à savoir l'individualité, soit réglementée par l'article de base définissant cette notion.

Notons également que le droit d'auteur a pour finalité de protéger le travail artistique et intellectuel d'une personne. Or, la photographie sans caractère individuel étant dénuée de cette dimension novatrice, l'introduction de cette « fiction d'œuvre » constitue une fissure évidente portée au concept originel du droit d'auteur³⁴⁰.

Une seconde critique importante, soulevée par les auteurs suisses et allemands, porte sur l'étendue de la protection des photographies non-individuelles dans la LDA et dans la dUrhG. Ils relèvent un traitement inéquitable entre l'auteur d'une œuvre/le titulaire de droits voisins et le photographe. De fait, le créateur d'une photographie non-individuelle se voit protégé de manière quasi identique à l'auteur d'une œuvre photographique – en application des renvois prévus aux art. 2 al. 3^{bis} LDA et 72 al. 2 dUrhG. Or, dans de nombreux cas, il y a une absence (presque) totale de lien personnel entre le photographe et son travail. Ce favoritisme juridique est effectivement discutable. De plus, une telle protection avantage le photographe au détriment du titulaire de droits voisins – notamment de l'artiste-interprète (art. 33 ss LDA ; 73 ss dUrhG) – qui jouit d'un catalogue de droits réduit quand bien même il réalise une prestation avec un élément personnel créatif souvent plus élevé³⁴¹.

Cette critique est d'autant plus justifiée lorsque l'on compare les redevances en Suisse : le titulaire de droits d'auteur perçoit une redevance pouvant s'élever jusqu'à 10% de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par l'utilisation (art. 60 al. 2 LDA), sans distinction entre une œuvre ou une photographie sans caractère individuel³⁴². De son côté, le titulaire de droits voisins touche une redevance maximale de 3% de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par l'utilisation (art. 60 al. 2 LDA)³⁴³. En comparaison, l'avantage accordé à la photographie non-individuelle paraît difficile à justifier. En Allemagne, cette différence n'est pas aussi marquée, car la loi ne pose pas de pourcentage minimal ou maximal concernant les redevances. Elle ne fait référence qu'à la notion de « *angemessene Vergütung* » (= rémunération équitable).

6.2.2 Sécurité juridique

Ensuite, des critiques quant à la sécurité juridique ont été formulées.

D'un côté, l'on considère que protéger les photographies sans caractère individuel est une chose positive. De fait, cela garantit au photographe – du professionnel à l'amateur – une mainmise sur son travail. Sans cette protection juridique, quiconque souhaiterait exploiter la photographie prise par un autre, à titre gratuit ou onéreux, y serait autorisé (et l'a été en Suisse jusqu'en 2020)³⁴⁴. Une protection réduit donc l'insécurité juridique touchant le photographe. Sans elle, un photographe ne saurait pas d'emblée avec certitude si son travail est protégé³⁴⁵. Par extension, il ignorerait s'il est en mesure d'agir contre une utilisation non autorisée de sa

³⁴⁰ MEER, *Licht und Schatten*, p. 284.

³⁴¹ MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 39, p. 19 ; WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 4.

³⁴² MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*, N 40, p. 19 ; MOSIMANN/HOSTETTLER, p. 128.

³⁴³ MOSIMANN/HOSTETTLER, p. 128.

³⁴⁴ SCHÜTZ, *Ein Lichtbildschutz, der keiner ist*, N 2.

³⁴⁵ SCHIESSEL, p. 271.

photographie. Grâce à l'existence d'une telle protection, l'on met fin à cette incertitude et à cette possibilité d'exploiter sans rémunération la photographie d'un tiers³⁴⁶. À titre subsidiaire, reconnaître un niveau de protection valorise le travail du photographe professionnel et, en empêchant la libre utilisation de son travail par des tiers, sa photographie gagne en valeur sur le marché³⁴⁷. Par exemple, si une photographie dénuée d'individualité devenait soudainement populaire dans les médias, l'auteur en tirerait un avantage économique – ce qui nous semble justifié³⁴⁸.

D'un autre côté, des experts considèrent que l'introduction de la protection de photographies sans caractère individuel ajoute à l'insécurité juridique, à tout le moins en Suisse. L'ajout de la condition de tridimensionnalité ouvre une nouvelle discussion au sujet de la délimitation entre objet bidimensionnel et objet tridimensionnel³⁴⁹. Où se situe cette frontière ? Une photographie, qui à première vue présente des éléments en relief, est-elle protégée ? À partir de quel angle la photographie cesse-t-elle d'avoir pour sujet un objet bidimensionnel ?³⁵⁰ Hélas toutes ces questions laissées sans réponses engendrent une nouvelle insécurité juridique.

6.2.3 Durée

Puis, certains auteurs – en Suisse particulièrement – critiquent la durée de protection. Selon eux, une protection plus courte aurait mieux contrebalancé les intérêts concernés. Car si la fixation d'une durée limitée est justifiée, celle-ci ne devrait pas être trop longue.

En Allemagne, l'introduction d'une protection des photographies simples avait notamment pour but de reconnaître l'importance du travail du photographe³⁵¹. En Suisse, le but était clairement de protéger efficacement les photographes professionnels³⁵². Or, ce besoin de protection des photographies d'actualité ou de produits est immédiat, et ne justifie pas nécessairement une protection de 50 ans³⁵³. Une durée plus courte aurait permis d'atteindre le but recherché, sans pour autant limiter trop fortement l'intérêt du public³⁵⁴ d'avoir accès aux créations et de pouvoir les utiliser gratuitement une fois passé un certain délai³⁵⁵.

Ajoutons que des arguments similaires ont été défendus en Italie. De nombreux articles italiens sur les dangers d'une trop longue protection des photographies simples sont parus, à la suite d'un récent projet de modification législative proposant d'augmenter la durée de

³⁴⁶ DISERENS, *La photo sera mieux protégée*.

³⁴⁷ Assurément, un éditeur ne payera pas cher une photographie si tout un chacun peut la reproduire et que cela ne lui procure aucun avantage face à la concurrence (SCHIESSEL, p. 264) ; SCHIESSEL, p. 261-263 ; SCHÜTZ, *Fotografie und Urheberrecht*, p. 369.

³⁴⁸ SCHIESSEL, p. 266.

³⁴⁹ WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 4.

³⁵⁰ MOSIMANN/HOSTETTLER, p. 126.

³⁵¹ PETKILEV/POKROVSKAYA, p. 448.

³⁵² BANDLE, p. 16 ; DÖRFLER, p. 156.

³⁵³ BANDLE, p. 31.

³⁵⁴ BANDLE, p. 31.

³⁵⁵ THOUVENIN, N 772, p. 307.

protection des photographies simples de 20 ans³⁵⁶ à 70 ans³⁵⁷. Des groupes³⁵⁸ s’y sont opposés – un auteur parlant même d’« *attacco alla conoscenza* » (= attaque à la connaissance)³⁵⁹. Ils relèvent qu’une protection trop longue obstruerait l’accès au patrimoine photographique, ce qui viendrait à rendre plus difficilement accessible la connaissance et la recherche, à violer le droit à l’information et à dévaloriser le patrimoine culturel³⁶⁰. D’après eux, cela aurait un effet sur la transmission de l’histoire italienne, car des photographies non créatives jouent un rôle crucial dans la documentation historique visuelle. Ne plus pouvoir les partager, notamment sur des plateformes virtuelles (ex. Wikipédia), amoindrirait considérablement la contribution à l’éducation et, de manière plus générale, à l’information³⁶¹.

Cependant, nous pouvons aisément défendre la volonté du législateur suisse d’instaurer une durée de protection de 50 ans. En effet, étant donné que la protection des photographies sans individualité n’existe que dans quelques pays en Europe, il était raisonnable d’adopter une protection garantissant une certaine uniformité internationale. Par conséquent, bien que l’Italie n’accorde en l’état qu’une protection de 20 ans, la Suisse a opté pour une durée de 50 ans à l’image de l’Allemagne³⁶², de l’Autriche³⁶³, de la Suède³⁶⁴, de la Finlande³⁶⁵ ou encore de la Norvège³⁶⁶.

6.2.4 Mise en demeure

L’expérience démontre qu’une grande partie des gens ignore l’existence de la protection des photographies sans caractère individuel³⁶⁷. Or, comme une multitude de photographies simples sont utilisées quotidiennement et par habitude, des avocats allemands se sont spécialisés dans ce domaine. À l’aide de systèmes de recherche d’images automatisés, ils scannent Internet pour trouver des photographies susceptibles d’avoir été utilisées

³⁵⁶ Art. 92 de la Loi sur les droits d’auteur italienne (*Legge 22 aprile 1941, n° 633 a protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*).

³⁵⁷ Proposition de loi AC 224 de 2025 dont le but est de « *riaffermare il valore autoriale del fotografo* » (= réitérer la valeur du photographe en tant qu’auteur).

³⁵⁸ Notamment dans le monde académique et archivistique, des musées et des bibliothèques.

³⁵⁹ MACCHIA.

³⁶⁰ PIEVATOLO.

³⁶¹ MACCHIA.

³⁶² Selon l’art. 72 al. 3 d’UrhG.

³⁶³ Selon l’art. 72 al. 5 de la Loi fédérale sur les droits d’auteur autrichienne (*österreichisches Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte von 1936*).

³⁶⁴ Selon l’art. 49a de la loi suédoise n° 1960:729 relative au droit d’auteur sur les œuvres littéraires et artistiques (*Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk [i ändrad lydelse upp till Lag 2020:540]*).

³⁶⁵ Selon l’art 49a de la loi finlandaise n° 404/1961 sur le droit d’auteur (*Laki tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin 404/1961*).

³⁶⁶ Selon l’art. 23 de la loi norvégienne n° 40 du 15 juin 2018 relative au droit d’auteur sur la propriété intellectuelle (*Lov-2018-06-15-40 om opphavsrett til åndsverk m.v. [åndsverkloven, endret 01.09.2021]*), la photographie simple est protégée jusqu’à 15 ans suivant le décès de l’auteur, mais au moins 50 ans à partir de sa création.

³⁶⁷ *Le droit d’auteur en Allemagne : Ce que vous devez savoir sur les photos, les avertissements juridiques et les indemnités*, in : Nimrod Rechtsanwälte, <https://nimrod-rechtsanwaelte.de/le-droit-dauteur-en-allemande-ce-que-vous-devez-savoir-sur-les-photos-les-avertissements-juridiques-et-les-indemnités/> (consulté le 5 décembre 2025).

illégalement³⁶⁸ et en préservent la preuve. Leur but est de faire des titulaires lésés leurs nouveaux clients. Cette pratique s'explique par les avantages procéduraux accordés à la personne qui subit une violation de ses droits.

De fait, une mise en demeure (art. 97a dUrhG) – étape obligatoire avant d'entamer une procédure judiciaire en Allemagne³⁶⁹ – contre un utilisateur exploitant une photographie simple non autorisée ne présente absolument aucun désavantage au titulaire lésé car elle ne lui coûte rien. En procédure allemande, le courrier de mise en demeure exigeant réparation comprend les dommages et intérêts³⁷⁰ et le remboursement des frais d'avocat³⁷¹. Comme il y a une preuve de la violation, l'utilisateur mis en demeure a deux options : soit payer les frais d'avocat et les dommages-intérêts³⁷² ; soit refuser de payer, risquant ainsi qu'une procédure judiciaire soit entamée. Bien sûr, comme la violation des droits voisins du titulaire est manifeste, l'utilisateur finira systématiquement par payer les frais d'avocat ainsi que les dommages-intérêts.

En bref, lorsque le titulaire apprend que son droit est violé, il n'hésite pas à entamer les démarches nécessaires³⁷³. Le problème de cette procédure est que cela mène à des vagues tout à fait déraisonnables de mises en demeure.

En Suisse, la situation est différente. Les frais de mise en demeure ne sont imputés à l'utilisateur qu'à l'issue d'une procédure judiciaire et non lors de la mise en demeure³⁷⁴. Ce système empêche ainsi une surutilisation de ce moyen, ce qui permet d'éviter de tels abus.

6.3 Conclusion intermédiaire

En définitive, nous remarquons que le droit d'auteur allemand et le droit d'auteur suisse ont une approche similaire dans la façon de protéger le photographe. La durée de la protection, critiquée (à tort selon nous) par une partie de la doctrine, est identique ; le droit de reproduction également ; de plus et surtout le caractère individuel est conçu de manière analogue dans le droit des deux pays.

En se penchant sur les différences, trois points importants ont été soulignés. D'abord, la classification dans la loi a à juste titre fait couler pas mal d'encre en Suisse car réputée « erronée » et juridiquement absurde. Ensuite, la condition de tridimensionnalité, qui n'existe qu'en droit suisse, complique le système plus qu'elle ne le simplifie. Enfin, la dernière différence concerne l'étendue du droit à l'intégrité : la question étant quelle devrait être

³⁶⁸ BO 2018 N 2188, Matthias AEBISCHER, Conseil national, session d'hiver 2018, douzième séance, loi sur le droit d'auteur [17.069] ; OERTLI, p. 606.

³⁶⁹ ROUX STEINKÜHLER, *Procès*.

³⁷⁰ *Comprendre et éviter correctement une mise en demeure liée à l'utilisation d'images sur les réseaux sociaux*, in : MTR Legal, <https://www.mtrlegal.com/fr/comprendre-et-eviter-correctement-une-mise-en-demeure-liee-a-lutilisation-dimages-sur-les-reseaux-sociaux/> (consulté le 8 décembre 2025).

³⁷¹ SCHIESEL, p. 268-268 ; *Le droit d'auteur en Allemagne : Ce que vous devez savoir sur les photos, les avertissements juridiques et les indemnisations* : <https://nimrod-rechtsanwaelte.de/le-droit-dauteur-en-allemand-ce-que-vous-devez-savoir-sur-les-photos-les-avertissements-juridiques-et-les-indemnisations/> (consulté le 29 novembre 2025).

³⁷² OERTLI, p. 606 ; Marken Medien Meyen (<https://marken.legal/fr/avocat/droit-dauteur/>).

³⁷³ OERTLI, p. 606.

³⁷⁴ Art. 106 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272).

l'étendue du champ de protection – les avis allant de l'absence complète de ce droit pour la photographie non-individuelle à une protection égale à celle de l'œuvre photographique.

Pour finir, en plus des critiques quant à la durée, à la classification dans la loi suisse et à la condition de tridimensionnalité que nous avons évoquées à l'instant, deux observations sur la sécurité juridique et la mise en demeure ont été faites. En ce qui concerne la première, certains se félicitent de la meilleure protection des photographes professionnels apportée par la modification législative suisse de 2020 ; d'autres auteurs en revanche soulignent l'apparition d'un flou juridique dans la délimitation entre tri- et bidimensionnalité. Quant à la seconde observation, retenons que l'utilisation excessive de la mise en demeure en Allemagne pour les photographies sans caractère individuel est problématique.

On aura ainsi remarqué que la Suisse, au lieu d'améliorer la disposition dont elle s'est directement inspirée (l'art. 72 dUrhG), y a apporté deux inepties : la classification dans la loi et la condition de tridimensionnalité.

VII. RÉFLEXIONS

Lors de nos recherches, nous nous sommes fait plusieurs réflexions qui, d'après nous, méritent d'être approfondies. Elles portent sur les éventuelles incidences que pourrait occasionner la protection de photographies non-individuelles au sein de notre système de propriété intellectuelle. Ces réflexions dogmatiques ont été peu abordées par la doctrine suisse et allemande en ce qui concerne les photographies.

7.1 Déséquilibre de la structure juridique ?

En premier lieu, l'on peut se demander si la protection de la photographie non individuelle a réellement sa place en droit d'auteur.

De fait, l'objectif initial des droits de propriété intellectuelle est d'établir un juste équilibre entre les intérêts privés de l'innovateur/créateur et ceux de la société, tels que le bien-être et l'accès aux informations³⁷⁵. C'est pour cela que le principe de base est la liberté d'imitation, la propriété intellectuelle ne constituant qu'une exception à ce principe³⁷⁶. Mais quel est l'intérêt public à l'introduction d'une protection des photographies non individuelles ? Une telle disposition a pour conséquence directe de modifier le rapport entre l'œuvre et le domaine public, et de réduire l'étendue de ce dernier³⁷⁷. Un déséquilibre entre les intérêts du photographe et ceux de la société se crée.

Rappelons-le, le droit d'auteur incite à la création en accordant un catalogue de droits pour toute création satisfaisant aux conditions des art. 2 LDA et 2 dUrhG. Or, en favorisant une protection étendue pour une non-œuvre, la logique initiale du droit d'auteur, et des droits de propriété intellectuelle plus largement, est dépassée. Un adoucissement, certes marginal, de l'incitation de créer, occasionne un changement de paradigme. À plus grande échelle, cela pourrait mener à une véritable déstabilisation de la raison d'être du droit d'auteur et, dans ce prolongement, de la structure juridique de la propriété intellectuelle. De telles dispositions ouvrent la voie à des expansions futures similaires³⁷⁸.

Ce déséquilibre est marqué en Allemagne par un renvoi (quasi) complet au droit d'auteur au sens strict. En Suisse, cette inclination est encore plus prononcée puisque la protection de la photographie non individuelle découle directement de la partie dédiée au droit d'auteur.

Il aurait sans doute été plus judicieux de ne pas emprunter des éléments propres à l'œuvre pour des non-œuvres. Selon nous, le législateur aurait au moins dû créer un droit voisin dédié aux photographies sans caractère individuel indépendant du droit d'auteur *stricto sensu* (c'est-à-dire sans l'élargir ni y renvoyer)³⁷⁹. À défaut, il aurait même été envisageable de prévoir une meilleure protection *via* le droit de la concurrence³⁸⁰, si le but principal était de défendre concrètement les intérêts des photographes professionnels (et non de protéger la dimension artistique de leurs photographies). Ces alternatives auraient permis d'éviter un

³⁷⁵ DREYFUSS, p. 1.

³⁷⁶ ANDRIJEVIC, p. 288-289.

³⁷⁷ MEER, *Licht und Schatten*, p. 286 ; MOSIMANN/HOSTETTLER, p. 129.

³⁷⁸ WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 36.

³⁷⁹ MARINO, N 11, p. 112.

³⁸⁰ Voir not. l'art. 5 let. c de la Loi fédérale suisse sur la concurrence déloyale du 18 décembre 1986 (RS 241).

déséquilibre de la structure juridique, tout en protégeant l'intérêt légitime du photographe professionnel à ce que son travail soit mieux protégé et rémunéré³⁸¹.

Il est sans doute sévère de parler de « déséquilibre » de la structure juridique. La protection de la photographie sans caractère individuel telle que nous la connaissons en droit suisse et allemand est, tout au plus, un potentiel premier pas dans cette direction. De fait, poussé à l'extrême, cela reviendrait à protéger de manière analogue tout le patrimoine intellectuel (droit des marques, droit du design et droit des brevets également). Alors, plus rien ne serait libre. Nous nous retrouverions dans un « *intellektuelle Einöde* » (= désert intellectuel) en application du principe voulant que tout créateur mérite d'être protégé pour son travail³⁸². Cela serait diamétralement opposé aux intérêts publics.

À ce titre, il faut rester vigilant et ne pas s'écarter de l'objectif principal du droit d'auteur, qui est avant tout de protéger la créativité humaine.

7.2 Désincitation à la création ?

D'un point de vue économique, le droit d'auteur sert l'intérêt public en défendant les individus dans leurs intérêts privés. Il récompense la performance intellectuelle ou innovante de l'œuvre, son caractère individuel³⁸³. Le droit d'auteur incite, d'une part, en accordant une protection automatique qui ne dépend pas du jugement émis par une autorité quant à la valeur de l'œuvre, et, d'autre part, en conférant un vaste catalogue de droits limités dans le temps. Ce monopole intellectuel fait prospérer l'activité créative – il stimule le créateur et l'encourage à inventer, créer, développer – et il l'incite à partager son travail avec le monde³⁸⁴. Sans ces droits, rien n'empêcherait des tiers d'utiliser la création librement, sans rémunération ni reconnaissance³⁸⁵. En ce sens, le droit d'auteur est en réalité un outil faisant prospérer la sphère culturelle.

Toutefois, en protégeant une création sans caractère individuel, le droit d'auteur perd une partie de sa fonction incitative³⁸⁶. En effet, le photographe n'est plus poussé à se démarquer, étant donné que le champ de protection des droits des photographies non individuelles et des œuvres photographiques est (quasi) identique. En d'autres termes, fournir un effort d'innovation ne vaut plus la peine.

Dans une affaire américaine³⁸⁷ de 2003 à propos de la prolongation de 20 ans de la durée de protection du droit d'auteur (passant ainsi de 50 ans à 70 ans), la Cour suprême des États-Unis a tenté de calculer la dimension incitative qu'apporterait une telle modification. L'un des juges soutenait – suite à diverses expertises et calculs complexes – que l'augmentation de la durée de protection ne motiverait économiquement que trop marginalement les auteurs³⁸⁸.

³⁸¹ WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*, N 37

³⁸² GEORGE, p. 343 ; MEER, *Licht und Schatten*, p. 287.

³⁸³ BENHAMOU, N 175, p. 79 ; WEHRLI, p. 489.

³⁸⁴ DREYFUSS, p. 11 ; PIEVATOLO.

³⁸⁵ GEORGE, p. 345.

³⁸⁶ WEHRLI, p. 489.

³⁸⁷ Arrêt américain *Elder v. Ashcroft*, 53 U.S. 186 (2003).

³⁸⁸ Arrêt américain *Elder v. Ashcroft*, 53 U.S. 186 (2003), para. 268.

Ainsi, le tout mis en balance, une prolongation serait trop peu bénéfique du point de vue incitatif, et excessivement préjudiciable à la diffusion de la culture.

Alors, consentir à ce que des dispositions réduisent l'incitation du photographe à créer tend à affaiblir l'intérêt public. Portée à plus long terme et à plus grande échelle, une telle tendance aurait un effet désastreux sur notre patrimoine culturel.

7.3 Surprotection ?

Notons d'abord que l'absence d'un lien personnel entre la photographie sans caractère individuel et l'auteur pose problème. De fait, protéger un travail dépourvu d'un lien personnel est contraire à l'essence même du droit d'auteur, qui est de récompenser la créativité individuelle. Il n'est ainsi pas cohérent que le droit d'auteur protège en l'absence de l'élément unique/innovateur d'une création. Cela revient par ailleurs à protéger de manière excessive la photographie par rapport aux autres moyens d'expression.

Outre la dimension d'iniquité difficilement justifiable que nous avons évoquée à la section VI. 6.2.1, nous pourrions également craindre une modification législative en réponse à ces critiques. En effet, des groupes d'intérêts pourraient, à leur tour, requérir une meilleure protection³⁸⁹. Leur argument se fonderait sur l'inégalité de traitement dont ils sont victimes. Cela concernerait les créateurs non protégés pour leurs travaux, notamment dans les domaines des arts appliqués ou de l'architecture, ainsi que les titulaires de droits voisins³⁹⁰. Sur cette base, tous pourraient légitimement demander à bénéficier d'une protection plus avantageuse. Dans l'hypothèse où ces créateurs obtiendraient gain de cause, alors la protection du droit d'auteur s'étendrait à d'autres cercles encore, malgré l'absence d'élément novateur, qui est pourtant la justification du droit d'auteur. À ce stade, une surprotection (injustifiée et démesurée) apparaîtrait de manière incontestable.

De plus, nous pouvons valablement nous interroger sur l'utilité concrète d'une protection des photographies sans caractère individuel. L'utilisation sans autorisation d'une photographie est, dans les faits, chose commune et normalisée. En effet, à l'ère du numérique, force est de constater que la place de la photographie a changé. Alors qu'il était de l'ordre de l'artistique ou du souvenir, un cliché n'est plus forcément pris dans un but de création ou d'invention³⁹¹. Aujourd'hui, chacun prend et publie sur Internet une quantité incalculable de photographies pour partager son quotidien³⁹² : la photographie est véritablement devenue, qu'on le regrette ou non, un moyen de communication banal et omniprésent³⁹³.

D'un point de vue pratique, il est extrêmement difficile et fastidieux d'en interdire efficacement l'exploitation sans autorisation. De plus, l'utilisateur aura grand-peine à retrouver l'auteur afin d'obtenir son consentement. Cela demanderait des ressources considérables et ne porterait que rarement ses fruits. Pour l'auteur, plusieurs problèmes se posent. Premièrement, il ne peut que rarement être au courant d'une violation de ses droits –

³⁸⁹ RIGAMONTI, *New Copyright Protection*, p. 987.

³⁹⁰ RIGAMONTI, *New Copyright Protection*, p. 988.

³⁹¹ SENN, *Fotografie* p. 148.

³⁹² SENN, *Fotografie* p. 148.

³⁹³ SCHIESSEL, p. 269.

soit parce qu'il ignore qu'une de ses photographies a été utilisée (n'ayant pas les ressources nécessaires pour rester perpétuellement en alerte), soit car il ignore que l'utilisation elle-même constitue une violation. De plus, une éventuelle mise en place d'un système répertoriant ces violations demanderait un effort démesuré ; enfin, dans l'éventualité où l'auteur serait informé d'une violation et saurait qu'il peut agir contre l'utilisateur, l'auteur amateur, qui n'avait aucune velléité d'invention/création, sera extrêmement réticent à l'idée d'entreprendre une procédure pour « si peu » (étant donné que l'auteur n'est pas spécialement, voire pas du tout, lié personnellement à sa photographie) – hésitation d'autant plus marquée en Suisse où des frais de procédure sont à la charge du demandeur. Puis, l'utilisateur est lui aussi confronté à certaines difficultés : d'abord, dans de nombreux cas, l'auteur est inconnu et la photographie circule « égarée » sur Internet ; ensuite, l'utilisateur n'a pas nécessairement la volonté, ni les ressources suffisantes pour mener une recherche conforme au devoir de diligence afin d'identifier l'auteur (en application des art. 22b al. 1 LDA et 61a dUrhG)³⁹⁴.

L'on pourrait donc se demander s'il ne serait pas préférable de prévoir un droit voisin plus restreint, limité à certaines catégories de photographies uniquement. Il n'est sans doute pas vraiment dans l'intérêt public de protéger une photographie dont l'unique but n'est pas d'exister en tant que création d'art, mais de montrer de futiles moments. Une protection restreinte correspondrait sans doute mieux à notre réalité numérique. Par exemple, un droit voisin strictement destiné aux cercles qui requièrent une meilleure protection – comme les photographes professionnels ou les membres d'associations de photographie –, éviterait peut-être une surprotection à l'ère du numérique³⁹⁵. En effet, il est raisonnable que des situations différentes conduisent à des protections juridiques différentes. En outre, il faudrait non seulement tenir compte des photographies sans caractère individuel de professionnels qui ont besoin d'une garantie d'un revenu de base³⁹⁶, mais aussi des photographies scientifiques ou techniques qui méritent d'être protégées afin de récompenser les efforts fournis dans ces domaines³⁹⁷.

En somme, l'on pourrait défendre qu'il existe une surprotection des photographies en droit d'auteur sous trois angles. D'abord, l'existence des art. 2 al. 3^{bis} LDA et 72 dUrhG fait naître une anomalie relative à l'objectif-même de la protection en droit d'auteur. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, la loi sur le droit d'auteur a pour but d'inciter à la création et à l'innovation. Or, en tolérant la protection d'une création dénuée d'individualité, le principe de base de la loi s'estompe. Ensuite, il y a un risque que cette première extension

³⁹⁴ Lorsque l'auteur est inconnu, le régime des œuvres orphelines des art. 22b LDA et 61 ss dUrhG s'applique. En Suisse, l'utilisation d'une œuvre reconnue comme orpheline, après des recherches au prix d'un effort raisonnable, nécessite l'autorisation d'une société de gestion (art. 22b al. 2 et 49 al. 1 LDA). En Allemagne, la recherche diligente doit être documentée et contrôlée par les autorités compétentes (art. 61a al. 4 dUrhG). De telles procédures s'avèreraient sans doute trop lourdes pour un utilisateur désirent « simplement » se servir d'une photographie banale à disposition sur Internet.

³⁹⁵ SCHIESSEL, p. 300-301.

³⁹⁶ Il faut dire qu'il existe déjà une garantie de revenu pour le photographe professionnel et, dès lors, il n'est pas tout à fait fondé de considérer que son travail souffre d'une totale absence de garantie : l'expérience montre en effet que la majorité des photographies de presse sont réalisées contre rémunération (MEER, *Licht und Schatten*, p. 281).

³⁹⁷ SCHIESSEL, p. 300-301.

ouvre la porte à de mêmes exceptions pour des droits voisins ou d'autres moyens d'expression. Enfin, la réalité numérique démontre la complexité de la mise en place efficace de la protection des photographies sans caractère individuel dans le monde virtuel. Ces divers éléments tendraient à faire opter pour une suppression (si ce n'est totale, au moins partielle) de la protection des photographies non individuelles.

7.4 Juge critique d'art ?

7.4.1 Subjectivité excessive ?

Le silence législatif au sujet de la notion d'« individualité » pose la question de l'arbitraire. N'étant pas clairement définie, cette notion indéterminée donne une très large marge d'appréciation au tribunal. Le juge est censé analyser si le niveau minimal d'individualité est atteint, et ce sans tenir compte du côté artistique et qualitatif de la création³⁹⁸. Toutefois, la notion de ce qu'est l'art évoluant constamment, une création artistique (comme la photographie) est forcément évaluée de manière extrêmement subjective. Alors, l'individualité ne laisserait-elle en réalité pas au juge la liberté de tenir compte du talent ou du mérite de l'auteur ?³⁹⁹

Les impressions au sujet d'une création dépendent des modes et tendances, qui évoluent au fil du temps. Ainsi, c'est à travers le regard de la société et de sa culture que se détermine l'individualité de l'œuvre. L'on ne peut pas s'attendre à ce que le juge – produit de son époque et de son éducation – prenne une décision objective. Pour citer Ernst H. GOMBRICH (1909-2001) qui le formule parfaitement, « [l]a notion de beauté a ceci d'inquiétant que le goût et les canons du beau varient à l'infini »⁴⁰⁰. Le juge aura donc recours à son jugement de valeur et sera souvent lui-même influencé par la notoriété de l'œuvre ou de son auteur⁴⁰¹. Le fait que, de nos jours, la mode est au minimalisme – les créations sont simples et limitées à quelques éléments –, fait d'autant plus courir le risque que le juge ne comprenne pas une création et que, partant, il n'y voie aucune « œuvre »⁴⁰².

En conséquence, bien que le droit d'auteur ne doive pas s'en soucier, le juge se basera, malgré tout, sur des éléments autres que l'impression générale laissée par la création. Il tiendra compte, malgré tout, de l'esthétisme, du talent du créateur et du jugement extérieur d'autrui⁴⁰³. L'analyse du critère d'individualité se fait donc de manière subjective et est vouée à une importante insécurité juridique. Par conséquent, la distinction floue entre photographie sans caractère individuel et œuvre photographique peut facilement aboutir à des résultats différents, voire erronés, bien qu'il s'agisse de situations comparables⁴⁰⁴.

En outre, le juge n'a d'ordinaire pas le bagage artistique prescrit pour mener à bien une telle tâche. Il pourrait n'avoir ni les connaissances ni l'ouverture d'esprit nécessaires pour

³⁹⁸ CHERPILLOD, *L'objet*, N 192 ; MEER, *Urheberrecht*, N 170, p. 79 ; WALTER, *Thèse*, p. 63.

³⁹⁹ CARREAU, p. 146.

⁴⁰⁰ GOMBRICH, p. 20.

⁴⁰¹ URG-CHERPILLOD, art. 2, N 33.

⁴⁰² CHERPILLOD, *Chronique*, p. 135-136.

⁴⁰³ BESSON/LAGARDE/PAPAIX, p. 121

⁴⁰⁴ KLIMPEL/RACK, p. 255 ; SCHIESSEL, p. 271.

comprendre une œuvre bousculant les codes⁴⁰⁵ : immanquablement, la décision d'un tribunal variera également à ce niveau. L'exemple de l'*Oiseau dans l'espace* de Constantin BRANCUSI (1876-1957) [figure 9, p. 60] est la parfaite illustration de l'incompréhension de l'autorité face à une création différente/nouvelle. En 1926, des sculptures de l'artiste arrivent par bateau à New York. Les douaniers imposent un tarif douanier à cette création en tant qu'objet en métal. Ils refusent de lui reconnaître le statut d'œuvre sculpturale en bronze qui, à ce titre, serait non imposable. Cette vision contraste radicalement avec le sentiment d'aujourd'hui où « le génie de Brancusi n'est plus à démontrer »⁴⁰⁶.

Ajoutons également, de manière tout à fait pragmatique, qu'il est difficile d'apprécier l'individualité d'une œuvre datant de plusieurs décennies. Pour rappel, l'appréciation des conditions des art. 2 al. 1 LDA et 2 al. 2 d'UrhG se fait en se plaçant au moment de la création de l'œuvre. Ainsi, pour déterminer *a posteriori* si la création est une œuvre, le juge doit se mettre à la place d'un contemporain. Il sera difficile de se transporter au début du XX^e siècle pour déterminer si le *Porte-bouteilles* de 1914 (qui a d'ailleurs été répliqué dès la fin des années 50) de Marcel DUCHAMP (1887-1968) [figure 10, p. 60] est une œuvre. En tous cas, nous n'hésiterions pas à l'admettre aujourd'hui en raison de la notoriété de l'artiste. Il est également envisageable qu'une photographie ancienne que l'on qualifierait de document d'époque soit de nos jours protégée en raison de sa rareté et de son intérêt, alors qu'au moment de sa création, le cliché aurait été qualifié de banal et peu créatif⁴⁰⁷.

Quelles solutions face à la subjectivité du juge ? Renoncer au critère d'individualité est inimaginable, mais cela ne fait qu'affaiblir la compréhension de la notion d'« œuvre » et la protection du droit d'auteur⁴⁰⁸. En donner une définition exhaustive est une tâche aléatoire voire périlleuse, car l'individualité est, de par sa nature, en constante évolution. Peut-être serait-il préférable dès lors de laisser une certaine marge d'appréciation au juge tout en limitant sa subjectivité⁴⁰⁹. Évidemment, tant qu'un être humain sera juge, une certaine subjectivité persistera. Alors, il s'agirait plutôt de déterminer si la place de la subjectivité, spécialement marquée dans le domaine de l'art et de la création, pourrait être canalisée ou réduite en droit d'auteur.

Rappelons qu'en Allemagne le niveau de conception nécessaire pour qu'il y ait individualité se détermine selon l'avis des milieux sensibles et familiarisés à l'art. L'obligation d'analyser le cas du point de vue d'individus compétents dans le domaine aide peut-être à ce que le facteur subjectif ne prenne une trop grande place durant le processus décisionnel du juge. Il serait alors envisageable que des experts soient consultés par le tribunal.

Toutefois, le choix de protéger des photographies sans caractère individuel est un pas dans la bonne direction. Une telle protection permet de contrer une éventuelle décision arbitraire en lui donnant moins d'importance, car que l'individualité soit reconnue ou qu'elle ne le soit pas, une protection quasi intégrale est accordée. Ce système a un grand avantage : il y a

⁴⁰⁵ L'on dit souvent que les artistes sont en avance sur leur temps, et que le droit a toujours un temps de retard. Pris de concert, ces deux adages peuvent conduire à des situations confuses.

⁴⁰⁶ MORIO.

⁴⁰⁷ MOSIMANN/HERZOG, p. 707.

⁴⁰⁸ BISGES, p. 504.

⁴⁰⁹ BESSON/LAGARDE/PAPAIX, p. 9.

protection indépendamment de la qualité de la création, de la notoriété de l'auteur⁴¹⁰ ou du biais du juge. Ainsi, seule la valeur personnelle et intellectuelle du cliché est prise en compte. À ce titre, la protection des créations non-individuelles atténue les conséquences de la subjectivité du juge. Cela diminue fortement l'insécurité juridique.

Pour résumer, la subjectivité innée du juge se marque spécialement dans les domaines artistiques et, en conséquence, dans l'application du droit d'auteur également. La large marge d'appréciation laissée au tribunal lors de l'analyse de l'individualité permet à la subjectivité du juge de prendre une plus grande place encore. Le critère de l'individualité pourrait même être un critère discriminant à l'encontre d'artistes étant à contre-courant des mouvements artistiques. Toutefois, il faut se rendre à l'évidence et constater que retirer toute marge d'appréciation au juge en fixant les critères dans la loi serait problématique car l'expression et l'appréciation artistiques évoluent. De fait, l'art, qui est en constante évolution, progresse bien plus rapidement que la législation, qui est beaucoup plus figée.

7.4.2 Juge plus sévère ?

Il est indispensable de s'interroger sur l'élément quantitatif de l'individualité. La protection de photographies non individuelles pousserait-elle le juge à être plus sévère ou, au contraire, plus laxiste/généreux lors de l'évaluation du caractère individuel ?

D'une part, il est imaginable que l'existence d'une protection pour presque toutes les photographies ait pour effet que le juge reconnaisse plus difficilement leur caractère individuel. En effet, le juge pourrait être tenté de se dire que, si la photographie est de toute manière protégée, autant éviter le plus possible le monopole (trop) long offert par le droit d'auteur pour une création aussi quelconque. Mais il pourrait aussi faire en sorte que seul ce qu'il considère être de l'art « authentique » ou « véritable » soit protégé de manière étendue. Le fait de rendre la décision de moindre importance (car quoi qu'il arrive, le photographe est largement protégé) pourrait conduire le juge à ne pas freiner sa subjectivité. Au contraire, cela pourrait l'inciter à baser sa décision sur un jugement de valeur et de mérite⁴¹¹.

De surcroît, si le seuil de conception minimal est revu à la hausse, moins de photographies seraient protégées en tant qu'œuvres. Des créations proches du seuil minimal d'individualité, qui auraient pu être protégées de manière étendue dans le passé, ne le seraient donc plus aujourd'hui. Par extension, cela aurait un effet sur les œuvres dérivées. Car si la photographie est proche du minimum d'individualité requis, alors il est plausible qu'elle possède quand même objectivement une caractéristique qui sort de l'ordinaire. Une photographie clairement reconnaissable, soi-disant sans caractère individuel, pourra-t-elle dès lors être utilisée sans consentement pour créer une nouvelle œuvre ? Si oui, cela serait injuste et problématique. Si non, alors cela créerait un non-sens législatif et s'appliquerait à toutes les autres photographies non individuelles, ce qui serait excessif. Il n'y a pas de réponse claire à ce sujet. En tous les cas, cela nous ramène aux questions déjà évoquées

⁴¹⁰ MACCHIA.

⁴¹¹ RIGAMONTI, *New Copyright Protection*, p. 988.

dans les parties sur l'œuvre dérivée (art. 3 LDA) et l'adaptation (art. 3 dUrhG) *supra*, auxquelles nous renvoyons⁴¹².

Si cette hypothèse était poussée à l'extrême, un juge trop sévère ne protégerait que très peu de photographies en tant qu'œuvres. Cela aurait d'importantes conséquences. D'abord, la valeur – tant pécuniaire que sociale – de la photographie diminuerait. Cela aboutirait à l'exact opposé du but premier recherché. Non seulement, la valeur du travail du photographe ne serait pas aussi bien reconnue que celle du travail d'autres auteurs, mais cela remettrait aussi en question la valeur artistique de la photographie en tant que moyen d'expression en soi. De fait, elle ne serait pas souvent considérée comme « œuvre » et serait en position d'infériorité face aux autres types de créations. Sachant qu'à l'origine il n'a pas été facile de faire reconnaître la photographie comme forme d'art à part entière pouvant être objet du droit d'auteur, cela serait un retour en arrière.

Ceci dit, la tendance inverse pourrait se produire. Il est également concevable que le juge soit plus laxiste lors de l'analyse de l'individualité. En tirant vers le bas le degré minimal d'individualité, le juge minimiserait l'insécurité juridique. En effet, si toutes les photographies étaient traitées comme des œuvres photographiques, alors cela mettrait fin à l'incertitude relative à l'étendue de la protection des photographies sans caractère individuel. Mais, si le juge était excessivement généreux et considérerait toutes les photographies comme des œuvres, alors l'existence même du régime de la photographie sans caractère individuel deviendrait superflue. Naturellement, cette conséquence irait à l'encontre de la volonté du législateur.

En observant les situations suisse et allemande, on remarque que la protection des photographies non individuelles ne pousse pas à hausser le seuil minimal de l'individualité. De fait, l'Allemagne, qui connaît depuis longtemps la protection des photographies simples, a des tendances quelque peu plus généreuses que la Suisse. Les arrêts que nous avons mentionnés précédemment le démontrent : par exemple, même des clichés de monuments touristiques sont protégés en tant qu'œuvres. À l'inverse, la Suisse, qui ne connaissait pas encore la protection de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA, semblait être plus sévère. Les tribunaux ont refusé le caractère individuel de photographies à plusieurs reprises.

Cela démontre clairement qu'il n'y a pas forcément de corrélation entre sévérité et protection de photographies sans caractère individuel. Au contraire, on peut aisément imaginer que l'introduction d'une protection pour les photographies non individuelles amène plus de laxisme. Et cela est d'autant plus plausible que la tendance générale du droit d'auteur est d'être plus généreux. L'on voit que le degré d'individualité minimal diminue pour tous les types d'œuvres : il est maintenant admis que des œuvres utilitaires ou documentaires, ainsi que des logiciels, sont également protégés⁴¹³.

⁴¹² Cf. sections IV. 4.5.1 et V. 5.5.1.

⁴¹³ MARINO, p. 108-109.

7.5 Conclusion intermédiaire

Enfin, revenons rapidement sur nos quatre points. Nos interrogations sur l'équilibre de la structure juridique, l'incitation à la création, la protection accrue du photographe et le pouvoir d'appréciation du juge, mettent en évidence la vulnérabilité du droit d'auteur.

D'abord, l'équilibre trouvé entre les intérêts privés et publics est rendu plus instable par une disposition protégeant des non-œuvres. Cela a une conséquence non seulement pratique – le domaine public est restreint – mais aussi dogmatique, car la logique initiale du droit d'auteur est dépassée.

De plus, toute introduction de dispositions affaiblissant l'incitation des auteurs à la création, à l'invention et au partage est risquée car cela a *de facto* un effet sur l'intérêt public.

En outre, il faut également admettre que la protection de photographies non-individuelles est inéquitable par rapport aux autres types d'œuvres, et qu'elle crée un précédent justifiant de plus importantes modifications législatives futures.

Enfin, le droit d'auteur étant étroitement lié au monde de l'art, céder une importante marge d'appréciation au juge occasionne une large subjectivité. Pourtant, la détermination de l'individualité d'une création doit se faire d'après l'impression d'ensemble laissée par la création, c'est-à-dire selon un critère objectif. On voit ainsi le problème que cela pose. La protection de photographies sans caractère individuel a le grand avantage de réduire la portée de cette partialité. Quant à la sévérité du juge, il est difficile d'avoir un avis tranché sur la question, mais nous pourrions soutenir – en observant la situation allemande – que, depuis l'existence d'une protection pour les photographies non-individuelles, le juge est plus laxiste.

Alors, oui, il faut admettre que l'existence d'une protection pour les photographies sans caractère individuel n'est pas un véritable problème en soi car il ne s'agit, somme toute, que d'un détail dans l'univers de la propriété intellectuelle. Cependant, ce sur quoi nous désirons insister est que l'introduction d'une telle protection spéciale perturbe de par sa nature la construction conceptuelle et la structure systématique du droit d'auteur et, par conséquent, sa logique. Et introduire de telles incohérences à plus grande échelle serait préjudiciable aux principes mêmes du droit de la propriété intellectuelle.

VIII. CONCLUSION

Nous aimerions à présent conclure ce travail en synthétisant nos analyses et réflexions.

La photographie en droit d'auteur jouit d'un traitement unique au sein de la LDA et de la dUrhG. Comme nous avons eu l'occasion de l'observer, les législations sur le droit d'auteur suisse et allemand sont passablement similaires. Leurs principes généraux sont identiques, et la spécificité de ces lois est qu'elles offrent un champ de protection étendu aux photographies, que celles-ci présentent un caractère individuel ou pas. Pour déterminer quelle sera l'étendue des droits du photographe – qui n'est d'ailleurs pas clairement délimitée pour les photographies simples –, il faut analyser dans le cas concret son individualité. Cette notion a une dimension qualitative et quantitative. De fait, l'on détermine si les choix du photographe se distinguent de ce qui est habituel et l'on évalue si le seuil minimal d'apport créatif est atteint.

Force critiques – dont certaines que nous partageons – ont été faites. Nos réflexions ont également permis d'aller au-delà des art. 2 al. 3^{bis} LDA et 72 dUrhG en questionnant leur place dans la toile de la propriété intellectuelle et leurs répercussions dans la prise de décision du juge. Il est ainsi difficile de déterminer de façon catégorique si le traitement différencié des photographies sans caractère individuel est avantageux ou nuisible au droit d'auteur, car cette protection est tout à fait défendable et fondée, mais elle n'est pas sans poser problème.

En tous les cas et de manière tout à fait pragmatique, le droit d'auteur – comme le droit en général – doit évoluer, s'adapter et offrir une certaine flexibilité de façon à rester pertinent et efficace au XXI^e siècle. Augmenter les types d'objets protégeables et modifier les droits y relatifs est nécessaire. Il ne faut évidemment pas être fermé à ces modifications. Aujourd'hui, la photographie est encore bien plus devenue un moyen de communication et de partage. La portée des droits de propriété intellectuelle doit alors s'adapter à ces nouvelles technologies et évolutions sociales⁴¹⁴. Ayant réalisé cela, il est néanmoins impératif de ne pas oublier que le droit d'auteur est un moteur de création ayant pour tâche de récompenser le créateur afin d'en faire bénéficier la société. Et, en évaluant la qualité de la majorité des photographies, il semble évident que de très nombreuses photographies ne méritent pas protection.

L'exception introduite dans la loi qu'est la protection des photographies non individuelles oriente vers une plus forte protection de l'auteur. Cela ne pose pas un problème en soi. Mais, ne pas rééquilibrer la balance crée un préjudice manifeste au détriment de l'intérêt public. Il en résulte qu'un fossé entre l'objectif fondamental de la loi et son application se crée. Pour éviter que cette rupture ne s'amplifie, la vigilance est de mise. Tant le législateur que le juge se doivent respectivement de concevoir et d'appliquer la loi en gardant à l'esprit sa fonction oubliée mais fondamentale : le droit d'auteur a aussi pour but et pour effet d'enrichir les champs de la connaissance couverts par le droit à l'information, la liberté académique et la liberté culturelle.

⁴¹⁴ GEORGE, p. 253-254.

IX. ANNEXE



Figure 1 : Le Charging Bull (Arturo DI MODICA) et la Fearless Girl (Kristen VISBAL) (photographie de Brendan McDERMID pour Reuters, 2017).



Figure 2 : Macaque Naruto, Sulawesi du Nord, Indonésie (2011)



Figure 3 : Max MESSERLI, Bob Marley, Open Air Santa Barbara (1978)

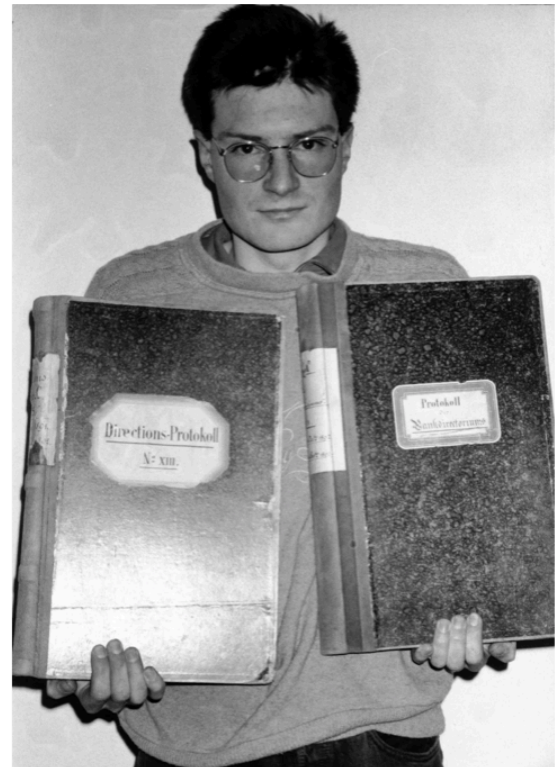


Figure 4 : Gisela BLAU, Christoph Meili, siège d'UBS Zurich (1997)



Figure 5 : ANONYME, Nicolas Hayek, New York (1995)

Figure 6 : ANONYME, Nicolas Hayek, son épouse (droite) et leur fille (gauche) (1997)



Figure 7 : Frank HORVAT, Apple Tree in Snow, canton de Zurich (1976)

Figure 8 : Werner BISCHOF, Kowloon Harbor, Hong-Kong (1952)





Figure 9 : Constantin BRANCUSI, L'oiseau dans l'espace (1927)



Figure 10 : Marcel DUCHAMP, Porte-bouteilles (1914/1959)

X. BIBLIOGRAPHIE

Commentaires

BARRELET Denis/EGLOFF Willi [édit.], *Le nouveau droit d'auteur : Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Berne 2020 (cité : LDA-BARRELET ; EGLOFF ; KÜNZI).

MÜLLER Barbara K./OERTLI Reinhard [édit.], *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2^e éd., Berne 2012 (cité : URG-CHERPILLOD).

NORDEMANN Wilhelm/VINCK Kai/HERTIN Paul W. [édit.], *Urheberrecht: Kommentar*, 8^e éd., Stuttgart/Berlin/Cologne 1994 (cité : dUrhG-VINCK).

REHBINDER Manfred/HAAS Lorenz/UHLIG Kai-Peter, *URG Kommentar*, 4e éd., Zurich 2022.

WANDKTE Artur-Axel/BULLINGER Winfried [édit.], *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, UrhR, 3^e éd., Munich 2009 (cité : dUrhR-BULLINGER ; HEERMA ; LÜFT ; MARQUARDT ; THUM ; WANDKTE).

Ouvrages

ANGER Nils Christian, *Verwandte Schutzrechte: Gemeinsame Merkmale und Vorgaben für neue gleichartige Rechte*, Tübingen 2022.

BANDLE Anne-Laure [édit.], *Le droit d'auteur révisé : adaptation de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère du numérique et autres modifications*, Bâle 2022.

BECK-SCHÄR Noémie, *Die Schutzfähigkeit von Machine Learning Modelle: Überlegungen zur Schnittstelle von Recht und Technologie*, Zurich 2025.

CHERPILLOD Ivan, *L'objet du droit d'auteur, Étude critique de la distinction entre forme et idée*, thèse de licence et de doctorat, Lausanne 1985 (cité : CHERPILLOD, *L'objet*).

CHERPILLOD Ivan, *Propriété intellectuelle : précis de droit suisse*, Bâle 2021 (cité : CHERPILLOD, *Précis*).

DESSEMONTET François, *Intellectual Property Law in Switzerland*, 4e éd., Alphen aan den Rijn 2019 (cité : DESSEMONTET, *Intellectual property*).

DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999 (cité : DESSEMONTET, *Droit d'auteur*).

DISERENS Dominique, *Le droit d'auteur des journalistes*, Zurich 2023.

DÖRFLER Cyril R., *Das Schöpferprinzip im Immaterialgüterrecht*, Berne 2024.

EGLOFF Willi, *Geschichten vom Urheberrecht*, Berne 2017 (cité : EGLOFF, *Geschichten*).

FECHNER Frank, *Die Privatkopie*, Ilmenau 2007.

GEORGE Alexandra, *Constructing Intellectual Property*, Cambridge 2012.

GOMBRICH Ernst H., *Histoire de l'art*, 7^e éd., Paris 2001.

HAENNI Charles-Simon, *Le photographe et ses droits d'auteur*, Lausanne 1987.

HÄRTING Niko, *Internetrecht*, 7^e éd., Cologne 2022.

HILTY Reto M., *Urheberrecht*, 2^e éd., Berne 2020.

JOHN Antina, *Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers in Deutschland und der Schweiz*, thèse de doctorat, Zurich 2014.

LEENEN Anne-Katrin, *Urheberrecht und Geschäftsmethoden*, thèse de licence et de doctorat, Lausanne 2005.

LEITL Tobias, *Urheberrecht*, 4^e éd., Munich 2021.

MEER Michael A. [édit.], *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 4e éd., Bâle 2025 (cité : MEER, *Urheberrecht*).

MENDIS Sunimal, *A Copyright Gambit: On the Need for Exclusive Rights in Digitised Versions of Public Domain Textual Materials in Europe*, Munich 2019.

MOSIMANN Peter, *Das revidierte Urheberrecht: Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung*, Bâle 2020 (cité : MOSIMANN, *revidierte Urheberrecht*).

PÉCHER Laure/ASTIER Pierre, *Le droit d’auteur en usage en Europe*, étude pour l’Observatoire du livre et de l’écrit en Île-de-France, 2010.

PEUKERT Alexander et al. [édit.], *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 19^e éd., Munich 2023.

POHLHAUSER Philine, *Das Originale in der Fotografie im Lichte des Urheberrechts*, Baden-Baden 2021.

RIGAMONTI Cyrill P., *Urheberpersönlichkeitsrechte*, Berne 2013 (cité : RIGAMONTI, *Urheberpersönlichkeitsrechte*).

RIZVI Salim, *Urheberrecht, Entwicklungen 2012-2014*, Berne 2015.

RUEDIN Pierre-Emmanuel, *La citation en droit d’auteur*, Bâle/Neuchâtel 2010.

ROSENMEIER Morten/SZKALEJ Kacper/WOLK Sanna, *EU Copyright Law, Subsistence, Exploitation and Protection of Rights*, Alphen aan den Rijn 2019.

SCHACK Haimo, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 3^e éd., Tübingen 2005 (cité : SCHACK, *Ouvrage*).

SCHIESSEL Ilva Joanna, *Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildsschutzes gem. §72 UrhG*, Baden-Baden 2020.

SYKORA Sandra, *Œuvreschutz durch Urheberrecht?*, Zurich/Saint-Gall 2022.

THOUVENIN Florent, *Immaterialgüterrecht*, Zurich/Saint-Gall 2025.

TISSOT Nathalie/KRAUS Daniel/SALVADÉ Vincent, *Propriété intellectuelle, Marques, brevets, droit d’auteur*, Berne 2019.

VON WELSER Marcus, *Urheberrecht im Prozess*, Berlin/Boston 2022.

VOß Thorsten, *Das Urheberrecht der Schweiz und Deutschlands als Regelungsmodell für die Internet-Ökonomie im Rechtsvergleich*, Münster 2004.

WAITZ Clemens, *Die Ausstellung als urheberrechtlich geschütztes Werk*, Baden-Baden 2009.

WALTER Giulia, *Art and Copyright Law: An Interdisciplinary Study on Interpictoriality*, London 2025 (cité : WALTER, *Copyright Law*).

WALTER Giulia, *Interpictoriality and the Law*, thèse de doctorat, Zurich 2024 (cité : WALTER, *Thèse*).

WANDKTE Artur-Axel/OSTENDORFF Saskia [édit.], *Urheberrecht*, 8^e éd., Berlin 2021.

WERLY Stéphane/BARRELET Denis, *Droit de la communication*, 3^e éd., Berne 2024.

WYLER Rémy/HEINZER Boris/WITZIG Aurélien, *Droit du travail*, 5^e éd., Berne 2024.

Articles

ANDRIJEVIC Ana, *The criterion of originality in a digital era: the case of photography*, in : DUNAND Jean-Philippe/DUPONT Anne-Sylvie/MAHON Pascal [édit.], *Droit face à la révolution 4.0.*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 279-292.

ANTOINE Lucie, *Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2023*, in : ZUM vol. 68 5/2024 (2024), p. 317 ss.

BARRACLOUGH Emma, *Le Taureau et la Fillette sans peur – droit moral en matière de droit d’auteur*, in : Magazine de l’OMPI n° 2 (2018), p. 16 ss.

BEGER Gabriele, *Urheberrecht in Deutschland – Endspurt in die Informationsgesellschaft, Droit d’auteur – sprint final à l’arrivée pour la Société de l’information*, Arbido vol. 21 n° 2 (2006), p. 19-26.

BENHAMOU Yaniv, *Originale und Kopien*, in : MOSIMANN Peter/RENOLD Marc-André/RASCHER Andrea F. G. [édit.], *Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und internationales Recht*, 2^e éd., Bâle 2020, p. 73 ss.

BESSON Violaine/LAGARDE Maëva/PAPAIX Claire, *Le dévoiement de la notion d’originalité en droit d’auteur – l’avènement d’un flou artistique*, in : Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA) n° 250 (2016), p. 3-163.

BISGES Marcel, *Neues zur persönlichen geistigen Schöpfung des Urheberrechts – von der Individualität zur Schutzwürdigkeit*, in : ZUM vol. 66 7/2022 (2022), p. 496 ss.

CARREAU Caroline, *L’œuvre de l’esprit : indifférence du genre et du mérite ?*, in : *L’œuvre de l’esprit en question(s), Un exercice de qualification*, Actes de colloque, Paris 2015, p. 105 ss.

CHERPILLOD Ivan, *Chronique de Suisse*, in : Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA) n° 254 (2017), p. 133-149 (cité : CHERPILLOD, *Chronique*).

CHERPILLOD Ivan, *Droit d’auteur et liberté de l’art, sic! 7-8/2024 (2024)*, p. 355 ss.

DELABORDE Henri, *La Photographie et la Gravure : à propos de quelques œuvres d’art photographiées en 1854 et 1855*, in : *Revue des Deux Mondes*, 2^e période, tome 2, 1856, p. 617-638, accessible sur https://fr.wikisource.org/wiki/La_Phographie_et_la_Gravure (consulté le 15 décembre 2025).

DE WERRA, *L’art et la propriété intellectuelle*, in : Les cahiers de propriété intellectuelle vol. 23 n° 3 (2011), p. 1311 ss.

DISERENS Dominique, *La photo sera mieux protégée*, in : Edito – Le magazine suisse des médias (23 décembre 2019) (cité : DISERENS, *La photo sera mieux protégée*).

DREIER Thomas, *BGH, 20. 12. 2018 - IZR 104/17. Lichtbildschutz von Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke – vertragliche Fotografierverbote in Museen*, Juristenzeitung vol. 74 n° 8 (2019), p. 412-420.

DREYFUSS Rochelle Cooper, *In Praise of an Incentive-Based Theory of Intellectual Property Protection*, in : DREYFUSS Rochelle Cooper/SIEW-KUAN NG Elizabeth [édit.], *Framing Intellectual Property Law in the 21st Century*, Cambridge 2019.

EGLOFF Willi, *Neues im neuen URG*, Revue de l'avocat 6-7/2020 (2020), p. 273 ss (cité : EGLOFF, *Revue de l'avocat*).

EGLOFF Willi, *Der Bundesrat findet: jedes Bild ist schützenswert*, Plädoyer : das Magazin für Recht und Politik 1/2019 (2019), p. 24-26.

EGLOFF Willi, *"Meili-Foto" fehlt es an Individualität: Bundesgerichtsentscheid vom 19. April 2004 (4C.111/2002; BGE-Publikation vorgesehen)*, Medialex 4/2004 (2004), p. 222-225 (cité : EGLOFF, *Meili-Foto*).

EGLOFF Willi, *"Schnappschuss" als urheberrechtlich geschütztes: Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 (4C.117/2003; BGE-Publikation vorgesehen)*, Medialex 4/2004 (2004), p. 99-103.

FEHLBAUM Pascal, *La délimitation entre le design et le droit d'auteur au regard de l'affaire du train d'anniversaire (« Geburtstagzug »)*, sic! 2/2015 (2015), p. 74 ss.

FOTTNER Alexandra, *La forme du produit ou de son contenant comme identificateur de source en droit allemand : l'interface entre les marques, les dessins et modèles et le droit d'auteur, les stratégies pour en favoriser la protection*, in : Revue Francophone de la propriété intellectuelle vol. 5 (2017), p. 53-60.

GRÜNBERGER Michael, *Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2021*, in : ZUM vol. 66 5/2022 (2024), p. 321 ss.

GUADAMUZ Andres, *L'affaire du selfie réalisé par un singe peut-elle être source d'enseignements sur le droit d'auteur*, in : Magazine de l'OMPI n° 1 (2018), p. 40 ss.

HABERSTUMPF Helmut, *Neue Fragen zum urheberrechtlichen Werkbegriff*, in : ZUM vol. 68 4/2024 (2024).

KLIMPEL Paul/RACK Fabian, *Reproduktionen und urheberrechtlicher Schutz, Vervielfältigung, Lichtbildschutz und Gemeinfreiheit – was gilt bisher, was wird gelten?*, in : RuZ n° 2 1/2020 (2020), p. 243 ss.

KONRAD Sabrina, *Revidiertes Urheberrecht: Die Neuerungen im Überblick*, Plädoyer 2/2020 (2020), p. 32-38.

KÜBLER Philip, *Erweiterte Urheberrechte für Fotografien*, Medialex 2/2021 (mars 2021).

KÜNZLER Adrian, *Schutz des geistigen Eigentums im Kontext digitaler Kunstmärkte*, ZSR/RDS n° 4/143 (2024), p. 459 ss.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Le droit moral en Allemagne*, in : Les cahiers de propriété intellectuelle vol. 21 n° 1 (2013), p. 37-57.

MACCHIA Francesco, *La legge ammazza foto che soffocherà Wikipedia e il diritto alla conoscenza*, Agenda Digitale (2 juillet 2025), accessible sur <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/la-legge-ammazza-foto-che-soffochera-wikipedia-e-il-diritto-alla-conoscenza/> (consulté le 3 décembre 2025).

MACKAAY Ejan, *L'imitation – fin du droit d'auteur ?*, in : Les cahiers de propriété intellectuelle vol. 27 n° 3 (2015), p. 1239 ss.

MARGONI Thomas, *The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard*, in : PERRY Mark [édit.], *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century*, Armidale 2024, p. 85 ss.

MARINO Laure, *L'œuvre de l'esprit : l'originalité, critère discriminant ?* in : *L'œuvre de l'esprit en question(s), Un exercice de qualification*, Actes de colloque, Paris 2015, p. 105 ss.

MEER Michael A., *Licht und Schatten – der Schutz von Fotografien nach dem revidierten Urheberrechtsgesetz*, ZBJV n° 159 5/2023 (2023), p. 277-294 (cité : MEER, *Licht und Schatten*).

MORIO Pierre, *Brancusi contre les États-Unis : l'incroyable procès qui a posé les bases juridiques de l'art moderne*, in : *Beaux-Arts Magazine* (août 2024), accessible sur : <https://www.beauxarts.com/grand-format/brancusi-contre-les-etats-unis-lincroyable-proces-qui-a-pose-les-bases-juridiques-de-lart-moderne/> (consulté le 4 décembre 2025).

MOSIMANN Peter/HERZOG Peter, *Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, "Bob Marley", sic! 9/2004* (2004), p. 705 ss.

MOSIMANN Peter/HOSTETTLER Yannick, *Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes*, *Recht. Stämpfli* vol. 36, 3/2018 (2018), p. 123 ss.

MÜNCH Sascha, *Urheberrecht: Welche Dauer ist für den Schutz festgelegt?*, in : *Urheberrecht.de* (actualisé le 25 octobre 2025), accessible sur <https://www.urheberrecht.de/dauer/> (consulté le 13 novembre 2025) (cité : MÜNCH, *Dauer*).

MÜNCH Sascha, *Urheberrechtsgesetz: Rechtliche Grundlage für den Urheberrechtsschutz*, in : *Urheberrecht.de* (actualisé le 27 novembre 2025), accessible sur <https://www.urheberrecht.de/urheberrechtsgesetz/> (consulté le 15 décembre 2025) (cité : MÜNCH, *Geschichte*).

OERTLI Reinhard, *Neues Urheberrecht für Fotografien*, *sic! 11/2020* (2020), p. 599 ss.

OHLY Ansgar, *The Case of Partial Cumulation in Germany*, in : DERCLAYE Estelle [édit.], *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, p. 128 ss.

PETER-SPIESS Marie-Hélène, *Le tabouret de bar de Max Bill est-il une œuvre protégée au sens de la LDA ?*, *LawInside* (31 août 2017), accessible sur <https://lawinside.ch/489/#:~:text=Une%20fondation%20dont%20le%20but,meubles%20de%20sinés%20par%20le%20designer> (consulté le 3 novembre 2025).

PETKILEV Petr I./POKROVSKAYA Anna V., *An Examination of the Protectability of Photographs: A Comparative Analysis of Germany, France, Italy and China*, in : *Kutafin Law Review* vol. 12 n° 2 (2025).

PIEVATOLO Maria Chiara, *DDL Amorese: non bastano 20 anni di monopolio per le “fotografie semplici”?*, Associazione italiana per la promozione della scienza aperta (30 juin 2025), accessible sur <https://aisa.sp.unipi.it/ddl-amorese-non-bastano-20-anni-di-monopolio-per-le-fotografie-semplici/> (consulté le 3 décembre 2025).

PRICE Shannon, *Charging Bull and Fearless Girl: Conflict between Artists’ Rights and First Amendment Freedoms*, (juin 2018), in : *Case Disclosed Yale Law School*, accessible sur <https://law.yale.edu/mfia/case-disclosed/charging-bull-and-fearless-girl-conflict-between-artists-rights-and-first-amendment-freedoms> (consulté le 21 novembre 2025).

RANTOS Athanasios, *L'interprétation conforme du droit national au regard du droit de l'Union : portée et limites*, in : *Revue du contentieux européen* numéro spécial (4 septembre 2024).

RIGAMONTI Cyrill P., *On the New Copyright Protection for Non-Original Photographs in Switzerland*, in : *GRUR International* 2020, p. 987-988 (cité : RIGAMONTI, *New Copyright Protection*).

ROUX STEINKÜHLER Marie-Avril, *Les Birkenstock en Allemagne : pas de protection par le droit d’auteur*, in : *Village de la justice* (9 mai 2025 [actualisé le 26 juin 2025]), accessible sur <https://www.village-justice.com/articles/les-birkenstock-allemande-pas-protection-par-droit-auteur,53308.html#nb2-4> (consulté le 6 octobre 2025).

ROUX STEINKÜHLER Marie-Avril, *Les « règles de l’art » du procès allemand en droit d’auteur*, in : *Village de la justice* (23 octobre 2023 [actualisé le 27 mai 2025]), accessible sur <https://www.village-justice.com/articles/les-regles-art-proces-allemand-droit-auteur,47618.html> (consulté le 10 décembre 2025) (cité : ROUX STEINKÜHLER, *Procès*).

SCHACK Haimo, *Das neue UrhWissG – Schranken für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen*, in : *ZUM* vol. 61 11/2017 (2015), p. 802 ss.

SCHACK Haimo, *Zu- und Abschreibungen von Kunstwerken*, in : WELLER Matthias/KEMLE Nicolai B./DREIER Thomas [édit.], *Kunst und Recht – Rückblick, Gegenwart und Zukunft*, Baden-Baden 2017, p. 9 ss.

SCHÜTZ Christoph, *Der Lichtbildschutz beseitigt die Rechtsunsicherheit im Umgang mit Fotografien*, *Medialex* 6/2018 (2018), p. 48 ss (cité : SCHÜTZ, *Der Lichtbildschutz*).

SCHÜTZ Christoph, *Fotografie und Urheberrecht*, *sic!* 5/2006 (2006), p. 369 ss (cité : SCHÜTZ, *Fotografie und Urheberrecht*).

SCHÜTZ Christoph, *Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*, *sic!* 6/2021 (2021), p. 285 ss (cité : SCHÜTZ, *Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik*).

SCHÜTZ Christoph, *Schutz von Fotografien: Ein Lichtbildschutz, der keiner ist*, *Medialex* 3/2020 (avril 2020) (cité : SCHÜTZ, *Ein Lichtbildschutz, der keiner ist*).

SCHÜTZ Christoph, *Wenn der Dieb den Wert des Diebesgutes diktiert*, *Medialex* 9/2023 (novembre 2023).

SENN Mischa, *Wie aus einer Fotografie ein Bild wird*, sic! 3/2015, p. 137 ss (cité : SENN, *Fotografie*).

SENN Mischa, *Die Zweckänderung bei einer Grundform als Individualitätskriterium?*, *Diskussionsbeitrag zum BGer vom 17. Juni 2022, 4A_482/2021* (sic! 1/2023, 44 ff., «*Feuerring*»), sic! 4/2023 (2023), p. 211 ss (cité : SENN, *Zweckänderung*).

SOMMER Brigitte I./ GORDON Clara-Ann, *Individualität im Urheberrecht : einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit?*, sic! 4/2001, p. 287 ss.

SPINDLER Gerald, *BGH: Urheberrechtsschutz bei Fotografien von gemeinfreien Werken – Museumsfotos*, *De Gruyter Online Journals* vol. 35 n° 4 (2019), p. 247-252.

STAMATOUDI Irini, *'More' Originality for Cypriot Copyright Law According to the CJEU's Case Law*, in : *The Cyprus Review*, vol. 30 n° 1 (2018), p. 207 ss.

STRASMANN Jan Frederik, *Schöpfungshöhe im Urheberrecht: Wann ist sie erreicht*, in : *Urheberrecht.de* (actualisé le 3 août 2025), accessible sur <https://www.urheberrecht.de/schoepfungshoehe/#Was-besagt-die-Schoepfungshoehe> (consulté le 15 sept. 2025).

TERRIER Émilie, *Photographie en droit d'auteur : l'acte créatif en question*, in : *Les incertitudes de la propriété intellectuelle. Quels risques ? Quelles opportunités ?*, Les actes de colloque n° 5, CEIPI, p. 71 ss.

VON LEWINSKI Silke, *Chronique d'Allemagne (deuxième partie) : évolutions jurisprudentielles en Allemagne de 2011 à début 2019*, in : *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* n° 260 (2019), p. 39-97.

WALTER Giulia, *Der neue Art. 2 Abs. 3bis URG - Die Umkehrung des Urheberrechts?*, sic! 7-8/2021 (2021), p. 377 ss (cité : WALTER, *Die Umkehrung des Urheberrechts?*).

WALTER Giulia, *Der neue Art. 2 Abs. 3bis URG zum Schutz nicht-individueller Fotografien*, *Medialex* 2/2022 (mars 2022) (cité : WALTER, *Schutz nicht-individueller Fotografien*).

WEHRLI Dominique Marc, *Der Schutz der angewandten Fotografie 20 Jahre nach Marley/Meili*, sic! 10/2024 (2024), p. 481 ss.

WEIß Franz, *Schöpfungshöhe im Urheberrecht: Wann ist ein Werk wirklich geschützt ?* (30 juin 2025), accessible sur <https://www.ratgeberrecht.eu/aktuell/schoepfungshoehe-im-urheberrecht/#:~:text=Was%20ist%20ein%20„Werk“?,Diagramme%20oder%20Karten> (consulté le 15 sept. 2025).