

Ministère de la Culture et de la Communication

3 rue de Valois 75042 PARIS Cedex 01 – Téléphone 01 40 15 80 00

Le Directeur - adjoint
du Cabinet

121300-22 Décembre 1997

NOTE

à

Mesdames et messieurs les directeurs et délégués
Mesdames et messieurs les directeurs généraux
des établissements publics

O B J E T: Régime de protection juridique des oeuvres photographiques

La présente note a pour objet d'appeler votre attention sur :

- les règles de la protection juridique des auteurs de photographies en application de la première partie du code de la propriété intellectuelle, relative à la propriété littéraire et artistique;
- le régime juridique des relations entre photographes et administrations, ce terme regroupant les administrations d'Etat et leurs établissements publics administratifs.

Ce document élaboré par la direction de l'administration générale, sous-direction des affaires juridiques qui a fait l'objet d'une concertation en 1996 a été communiqué au Premier Ministre, en vue de sa diffusion interministérielle sous le timbre du Secrétariat général du Gouvernement.

1- RAPPEL DES PRINCIPES DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES OEUVRES DE L'ESPRIT ET DE LEUR APPLICATION AUX PHOTOGRAPHIES

Les oeuvres protégées par le droit d'auteur sont énumérées de manière non limitative par l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle (loi n° 92-597 du 1er juillet et 1992- J.O. du 3 juillet 1992). Cet article vise, dans son 9°, «les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ».

Cette rédaction reprend celle de l'article 1er de la loi du 3 juillet 1985 qui avait supprimé l'exigence d'un caractère artistique ou documentaire précédemment posée par l'article 3 de la loi du 11 mars 1957 (ces deux lois ont été abrogées par la loi du 1er juillet 1992 précitée qui a institué le code de la propriété intellectuelle).

En application de l'article L. 111-1 de ce code, du seul fait de sa création, l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur son oeuvre d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous, qui comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial.

1.1- LES CONDITIONS DE LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR

1.1. 1. - L'oeuvre protégée

L'oeuvre protégée est l'expression sensible sous laquelle la création se manifeste et devient accessible à autrui. Le droit d'auteur ne protège pas les idées mais leur expression, leur mise en forme.

Concernant les oeuvres photographiques, ce principe ne fait pas naître de difficultés particulières, les photographies constituant en toute circonstance une forme concrète perceptible.

1.1.2. - La condition d'originalité

Selon son article L- 112.1, les dispositions du code de la propriété intellectuelle «protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination», Il suffit que l'oeuvre soit originale.

L'originalité est communément définie comme «l'empreinte de la personnalité de l'auteur» mais il n'existe toutefois aucune définition de la notion dans la législation nationale. La conception personnaliste du droit français en la matière conduit le juge à pratiquer une analyse subjective avec la limite que toute référence au mérite ou à la valeur de l'oeuvre est exclue * ,

* Il convient d'ajouter que la directive du Conseil des communautés européennes N° 93/98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, pose une définition conforme à la conception française en disposant dans son article 6 que bénéficient de la prolongation de durée de protection de 50 à 70 ans les «photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur»
Il convient également de se reporter au considérant n° 17 de cette directive: «considérant que la protection des photographies dans les Etats membres fait l'objet de différents régimes : que, pour obtenir une harmonisation suffisante de la durée de protection des oeuvres photographiques, et notamment de celles qui, en raison de leur caractère artistique ou professionnel, ont une importance dans le cadre du marché intérieur, il est nécessaire de définir le niveau d'originalité requis dans la présente directive: qu'une oeuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète la personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte : que la protection des autres photographies doit pouvoir être régie par la législation nationale »
En raison de la conformité de la législation nationale ces dispositions n'ont pas été reprises dans la loi N° 97.283 du 27 mars 1997 qui a porté transposition de cette directive.

Ainsi l'originalité

- ne peut être constituée par la nouveauté telle qu'elle est retenue en propriété industrielle ;
- ne prend pas en considération le mérite ou la valeur de l'oeuvre: c'est ainsi en particulier que l'intérêt documentaire de l'objet photographié qui pouvait être pris en compte antérieurement à la loi du 3 juillet 1985 n'est pas un critère pertinent ;
- ne doit pas, en matière de photographie, être confondue avec le concept de phototype ou «cliché» original: en effet, la notion de photographie originale n'est pas assimilable à ce concept au sens d'un nombre limité d'exemplaires; il est clair que l'originalité s'applique à toute la chaîne de production de la photographie allant de la prise du négatif à l'ensemble des tirage ; l'originalité de l'oeuvre photographique emporte celle de toutes ses reproductions.

1.1.3. - Il résulte de ce qui précède que, sauf preuve contraire, l'on doit considérer que les documents photographiques réalisés pour le compte de l'administration, par ses collaborateurs extérieurs ou internes, doivent être a priori traités comme des oeuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur.

Il appartient à celui qui entend exploiter l'oeuvre sans le consentement du titulaire des droits d'être en mesure d'établir l'absence d'originalité de celle-ci et, par la même occasion, l'absence de contrefaçon de sa part.

Dès lors que la condition d'originalité de l'oeuvre est satisfaite, l'auteur jouit des droits reconnus par la loi du seul fait de la création, sans autre formalité et quels que soient le mérite et la destination de l'oeuvre

1.2. - LES DROITS DE L ' AUTEUR DE L'OEUVRE DE L'ESPRIT

Les droits de l'auteur d'une oeuvre de l'esprit comportent deux catégories d'attributs, moraux et patrimoniaux

1.2.1. - Les droits moraux donnent à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre Ce droit est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

L'auteur a seul, également, le droit de divulguer son oeuvre, de déterminer les procédés de cette divulgation et d'en fixer les conditions.

En matière de photographie, comme dans les autres domaines de la création, ces divers droits trouvent leur pleine application sans règles, modalités ni difficultés particulières.

1.2.2. - Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux donnent à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit un certain nombre de prérogatives regroupées sous le terme de droit d'exploitation.

Le droit d'exploitation, qui est un monopole de l'auteur, comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.

- la représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque (récitation publique, exécution publique, représentation publique, projection publique, etc.) : le champ d'application du droit de représentation s'élargit aux réseaux de diffusion numérique (autoroutes de l'information) ;

- la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public.

Toute représentation ou reproduction faite sans le consentement de l'auteur est illicite et constitue une contrefaçon

En matière de photographie, le droit de représentation ne trouvait traditionnellement que des modes d'application réduits, telle une projection publique. Son champ d'application s'élargit désormais avec la numérisation et la diffusion qu'elle permet. En revanche, le droit de reproduction trouve à s'exprimer pleinement dans divers modes d'utilisation des photographies (tirages sur papiers, reproduction par impression à différentes fins, telle que l'illustration, ainsi que par la numérisation déjà mentionnée... etc.).

Chacun de ces modes de reproduction et de représentation est soumis à autorisation de l'auteur. Les exceptions prévues par le législateur au monopole du droit d'exploitation de l'auteur, lorsque l'oeuvre a été divulguée par celui-ci, trouvent également à s'appliquer en matière de photographie. Il s'agit des représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille et des copies strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective.

Le régime de cession du droit d'exploitation, à titre gratuit ou à titre onéreux, est également prévu de manière précise par la législation : les droits cédés doivent être précisés limitativement par le contrat dans leur étendue, destination et durée. En cas de cession totale de l'un des droits, la portée de la cession est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat qui doit être écrit. La rémunération de l'auteur doit être proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation sauf lorsque l'on est en présence de l'une des hypothèses de rémunération forfaitaire prévues par l'article L 131 -4 du code

de la propriété intellectuelle.

L'ensemble des droits patrimoniaux est assuré à l'auteur sa vie durant et, après son décès, à ses ayants droit au cours des soixante-dix années civiles qui suivent l'année de ce décès.

1 - 3. - LE REGIME DE TITULARITE DES DROITS

La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée.

Cette durée, précédemment de cinquante ans, a été portée à soixante-dix années civiles après le décès de l'auteur pour compter du 1er juillet 1995 par la loi n° 97.283 du 27 mars 1997.

La loi fixe, en outre, le régime de titularité des droits des différentes catégories d'oeuvres qui impliquent plusieurs créateurs (oeuvre de collaboration, oeuvre composite et oeuvre collective). La photographie, oeuvre par définition individuelle, n'est que peu concernée par ces régimes de création collective.

Il importe donc seulement de relever en matière de photographie que la qualité d'auteur appartient à celui sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée.

1.4. - ASPECTS PENAUX

La violation des droits de l'auteur est sanctionnée par le délit de contrefaçon (articles L. 335-2, 3 et 5 à 9 du code de la propriété intellectuelle) et il est rappelé, à cette occasion, que le délit de contrefaçon est constitué du seul fait d'une copie illicite, même sans élément intentionnel.

II LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX RELATIONS ENTRE PHOTOGRAPHES ET ADMINISTRATIONS

Comme indiqué en introduction à cette circulaire, ce dernier terme désigne ici les administrations d'Etat et leurs établissements publics administratifs.

Deux hypothèses sont à considérer :

II-1 Le cas où l'administration recourt à un photographe extérieur, soit qu'il s'agisse d'obtenir la cession d'oeuvres préexistantes. soit qu'il s'agisse de la commande d'oeuvres nouvelles ;

II-2 Le cas de photographies réalisées par des agents publics, titulaires ou contractuels.

II-1 LES PHOTOGRAPHIES REALISEES PAR UN PHOTOGRAPHE EXTERIEUR

Deux hypothèses sont à retenir :

- soit il s'agit d'une cession pour utilisation d'une oeuvre ou d'oeuvres préexistantes
- - soit il s'agit d'une commande d'une oeuvre.

Dans ces deux situations le photographe privé est titulaire des droits sur les photographies qu'il cède ou qu'il réalise.

II.1.1. - Principe général

Le contrat constitue le cadre juridique applicable entre les parties. S'agissant des personnes publiques, le code des marchés publics (marchés de prestations intellectuelles) s'applique en fonction des seuils financiers réglementaires. Il convient que le contrat passé avec le photographe respecte les principes ci-dessus évoqués applicables aux oeuvres de l'esprit (cf. supra I).

Le contrat doit prévoir les droits cédés par le photographe et les modes d'exploitation de l'oeuvre.

II.1.2. - Titularité des droits

En vertu du principe qui veut que l'auteur est le titulaire des droits sur son oeuvre, la personne publique commanditaire n'est jamais titulaire «ab initio» des droits d'auteur sur les oeuvres réalisées pour son compte. Elle ne peut, en effet, les utiliser qu'en la qualité de cessionnaire, qualité résultant d'un contrat prévoyant explicitement cette cession.

La remise physique par le photographe des oeuvres réalisées n'implique le transfert d'aucun droit incorporel. Seul le contrat peut opérer une telle cession du droit d'exploitation (art. L 111- 3 du code de la propriété intellectuelle)

II-1.3. - La transmission des droits

Le contrat de transmission ou de cession des droits doit être établi par écrit (art. L. 131-2 et L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle)

Il est nécessaire que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés consenti à la personne publique soit clairement délimité quant à son étendue, sa destination, son lieu et sa durée. Une éventuelle cession à des tiers ne peut se faire sans autorisation de l'auteur.

Le contrat peut - dans le cas où des raisons impérieuses le commandent - prévoir l'exclusivité de l'exploitation par la personne publique et la livraison des négatifs à cette dernière. Même dans ces cas il faut reconnaître au photographe le droit de tirer ou de conserver une ou plusieurs épreuves pour son usage personnel, c'est-à-dire pour les besoins de sa carrière artistique (expositions, éditions de l'oeuvre du photographe. etc.)

II-1.4. - Le droit moral

Le photographe conserve, même en cas de cession des droits patrimoniaux, les prérogatives liées au droit moral de l'auteur qui est inaliénable, perpétue et imprescriptible,

Il en est ainsi du droit à la paternité sur son oeuvre: son nom doit accompagner les photographies dans toutes leurs représentations et reproductions.

Il est fondé également à veiller au respect de l'intégrité de son oeuvre: toute adaptation ou utilisation de l'oeuvre susceptible de mettre en cause cette intégrité doit être prévue au contrat (ex : reproductions partielles) ; il dispose du droit de repentir et de retrait comme tout auteur (art L 121-4)

II.1.5. - La rémunération

Comme indiqué précédemment, le principe est celui de la rémunération proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation. Toutefois, le législateur a prévu un certain nombre de cas dans lesquels la rémunération peut être forfaitaire. S'agissant des personnes publiques qui ne se livrent pas à des opérations de commercialisation aisément quantifiables quant aux recettes provenant de l'exploitation, il faut admettre que l'on se trouve dans l'hypothèse prévue explicitement par l'article L. 131 -4 1° dans laquelle la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée. La rémunération du photographe peut donc être forfaitaire, pour une cession précise (cf. point II.1.3).

II.2. - LES PHOTOGRAPHIES REALISEES PAR UN AGENT PUBLIC

II.2.1. - Le régime juridique applicable

Le régime juridique applicable aux photographes employés par l'Etat, soit comme fonctionnaire, soit comme agent contractuel de droit public, et aux photographies réalisées par ceux-ci résulte, dans l'état actuel du droit, des dispositions combinées des règles du droit public et des règles du droit privé.

Hormis le cas des logiciels, pour lesquels l'article L. 113-9 du code de la propriété intellectuelle prévoit que, sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, tous les droits du créateur salarié sont dévolus à l'employeur privé ou public, la législation relative à la propriété littéraire et artistique ne prévoit aucune disposition spécifique concernant la création d'oeuvre de l'esprit par les fonctionnaires et agents publics.

L'article L 111-1 alinéa 3 du même code, qui concerne la conclusion d'un contrat de travail de droit privé, n'est pas applicable à l'administration. En effet, ce texte, qui vise «les contrats de louage d'ouvrage ou de service» ne concerne pas les fonctionnaires qui sont dans une situation légale et réglementaire, ni les agents qui sont sous statut contractuel de droit public. En effet, les dispositions du droit privé ne sont applicables aux fonctionnaires et agents publics que si un texte le prévoit de manière explicite .

Le Conseil d'Etat, saisi d'une demande du Gouvernement, a par un avis du 21 novembre 1972 (affaire dite de l'OFRATEME) rappelé les règles applicables à la création par les collaborateurs de l'Etat et de ses établissements publics administratifs. Un arrêt du 10 juillet 1996 (Direct Mail Promotion) confirme l'analyse selon laquelle l'Etat ou ses établissements publics administratifs ont la qualité de titulaire des droits sur les oeuvres de l'esprit dont la création est l'objet même du service dû à la collectivité par les fonctionnaires et agents publics.

Ayant constaté que la réserve de l'alinéa 3 de l'article 1er de la loi de 1957 (devenu l'alinéa 3 de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle) ne s'appliquait pas aux agents des services publics administratifs et ne trouvant dans la législation relative au droit d'auteur aucune disposition particulière les concernant, le Conseil d'Etat n'a pu, dès lors, que se référer aux seules règles du droit public applicable à ces agents.

Il a constaté, d'une part, l'impossibilité juridique d'envisager un contrat entre l'Etat et un de ses fonctionnaires, placé en situation légale et réglementaire, pour lui permettre de disposer des fruits de l'action de ce fonctionnaire et, d'autre part, la nécessité de respecter le principe constitutionnel de continuité du service public. Ce principe serait, en effet, remis en cause et, par là également, la nature même du service public, si l'on devait reconnaître aux fonctionnaires et agents publics la qualité d'auteur des oeuvres de l'esprit qui sont l'objet même de leur participation au service public. Dès lors, en effet, à défaut de dispositions l'organisant, ils disposeraient des droits de l'auteur (droit moral et droit patrimonial) avec toutes les prérogatives que cela comporte, qui sont incompatibles avec les nécessités du fonctionnement du service public.

Il faut toutefois définir ce que commandent précisément les dites nécessités du service public qui n'impliquent pas qu'aucune prérogative, ou avantage, soit reconnue aux fonctionnaires ou agents publics créateurs, afin de définir une qualité d'auteur partagée entre l'Etat et son agent puisque les droits de l'Etat, en qualité de titulaire «ab initio» des droits sur l'oeuvre, sont limités aux modes de divulgation de l'oeuvre exigés par l'exécution de la mission de service public.

II.2.2. - Les Solutions à retenir

Dans l'Etat du droit, les principes qui suivent peuvent permettre de concilier les nécessités du service et les aspirations légitimes des photographes employés par l'Etat et ses établissements publics administratifs

Il faut considérer que :

1) par l'acceptation de leurs fonctions les fonctionnaires et les agents de droit public ont mis leur activité créative, avec les droits qui peuvent en découler, à la disposition du service dans toute la mesure nécessaire à l'exercice des dites fonctions: pour cet exercice, il convient que la mission de service public pour laquelle le photographe est employé soit définie avec précision ; lorsque la photographie donne lieu à une commercialisation, le photographe peut bénéficier d'un intéressement.

2) ces agents conservent les droits de propriété littéraire et artistique sur leurs oeuvres personnelles

lorsque l'exploitation de ces oeuvres n'est pas liée au service ou s'en détache; il en est ainsi lorsque l'exploitation des photographies excède l'objet de la mission de service public.

3) pour l'exploitation des oeuvres liée au service, conformément à la circulaire du 14 février 1 994 relative à la diffusion des données publiques, il est possible de reconnaître aux agents qui les ont réalisées un certain nombre d'avantages, même si c'est l'autorité administrative qui est titulaire des droits. et, notamment, en adoptant les dispositions suivantes, s'agissant des photographes :

a) la mention du nom du photographe doit figurer sur toutes reproductions de la photographie, étant entendu cependant que l'oeuvre est divulguée sous le nom de l'autorité administrative concernée ;

b) le respect de l'oeuvre créée doit être préservé dans toute la mesure compatible avec les besoins d'adaptation nécessités par le service.

c) dans la mesure où les exigences du service n'impliquent pas l'exclusivité, la possibilité d'utiliser les photographies à des fins personnelles (artistiques ou autres) est reconnue aux photographes sous réserve de l'autorisation, sous réserve de l'information du service.

Les services du ministère de la culture et de la communication sont à votre disposition pour préciser les conditions d'application des règles rappelées ou des recommandations proposées dans la présente circulaire

(Direction de l'administration générale - sous-direction des affaires juridiques - bureau de la propriété littéraire et artistique, 4 rue d'Aboukir 75002 PARIS téléphone: 01.40.15.77.78- télécopie: 01.40.15.77.99; - Délégation aux arts plastiques téléphone: 0140.1573.28 - télécopie: 01.40.15.74.14).

Frédéric SCANVIC
Directeur adjoint de Cabinet