

Les photos prises par les téléphones cellulaires sont-elles assez « originales » pour être protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*?

« . . . it is difficult to say what can be meant by an original photograph. »*

Par: René Pepin¹

Les photos prises par les téléphones cellulaires sont devenues omniprésentes. Cela est dû à leur facilité d'utilisation. C'est le phénomène appelé : « point and click ». Et, autre avantage, elles ne coûtent rien, tant qu'elles ne sont pas imprimées. Bon nombre de ces photos sont des « selfies ». ² Beaucoup d'amateurs rendent leurs photos disponibles sur les réseaux sociaux. A première vue, ce nouveau phénomène de société ne pose pas de problème au point de vue du droit d'auteur. Après tout, les personnes qui prennent les photos ne pensent pas du tout à la possibilité d'en tirer un profit économique. On croit aussi, tout naturellement, que ce qui est rendu accessible sur les réseaux sociaux peut être utilisé par toute personne à sa guise. N'est-ce pas là justement l'utilité ou l'intérêt de ces réseaux? D'autre part, le débat quant à la mesure de l'originalité en matière de photos semble terminé. On n'est plus au temps de l'invention de la photographie, au milieu du 19^e siècle, où les artistes peintres clamaient qu'une photo n'était que le résultat d'un travail mécanique, et ne pouvait donc être originale. Il semble y avoir consensus aujourd'hui sur le fait que virtuellement toute photo, même celle prise rapidement par un pur amateur, sans aucune prétention à quoi que ce soit, est protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*. ³

Mais cette impression première doit être nuancée. Il y a des cas où des personnes se sont objectées à ce que leurs photos publiées sur les médias sociaux soient reprises sans leur permission, et puissent servir à des fins commerciales. ⁴

* *Graves Re* (1869), L.R. 4 Q.B. 715, à la p.723, juge Blackburn.

¹ Professeur, faculté de droit, Université de Sherbrooke.

² Nous savons qu'un terme comme ego portrait ou auto photo est plus approprié en français, mais nous avons décidé de conserver le terme le plus couramment utilisé dans la population.

³ L.R.C. 1985, c. C-42, [LDA].

⁴ Par exemple, dans *Agence France Presse c. Morel*, 769 F.Supp.2d 295 (S.D. N.Y., 2011), un journaliste, qui avait placé sur son compte Twitter des photos prise lors du tremblement de terre à Haïti en 2010, s'est objecté au fait que des agences de presse reproduisent sans sa permission. Cf. J. Simpson, "Photo copyright in the age of Twitter" (2013) *Lawyers Weekly*, vol. 33, no 1. Nous ne traiterons pas davantage de cette affaire, car elle a porté seulement sur la teneur du contrat conclu entre Twitter et le détenteur d'un compte. On peut noter cependant que d'importantes questions intéressant le droit international privé se posent lorsque surgit un conflit entre un internaute et un service comme Facebook ou Twitter. Le contrat est-il conclu au Québec ou aux États-Unis? S'il y a une clause externe dans le contrat, à quelles conditions est-elle valide? Quelle est la valeur d'une clause imposant un mécanisme d'arbitrage en cas de conflit? Une poursuite

Et, surtout, quand on y regarde de plus près, il devient moins évident de déterminer si ce type de photos est protégé par la loi. Car la LDA exige toujours, pour qu'une œuvre soit protégée, qu'elle existe dans un support matériel quelconque, et qu'elle soit originale.⁵ On considérait traditionnellement que l'originalité réside dans les choix faits par le photographe au niveau de la sensibilité du film choisi, de la vitesse de l'obturateur, de la mise au foyer, de la pose du sujet photographié, etc. Mais les caméras incorporées dans les téléphones cellulaires sont si perfectionnées que la prise de photo se fait de façon presque automatique. L'appareil fait seul la mise au foyer, le flash se déclenche au besoin, la vitesse d'obturation est optimale, le cadrage se fait presque seul, etc. C'est justement le grand avantage et le grand attrait de ces appareils. L'utilisateur n'a qu'à pointer son appareil, et appuyer sur un bouton. On peut alors se poser la question de savoir si de telles photos recèlent le niveau minimal d'originalité exigé par la loi pour être protégées. Le cas qui semble le plus délicat est celui des photos dites « selfie », où le propriétaire de l'appareil prend une photo de lui-même, en tenant l'appareil à bout de bras, ou d'une tige de métal pour capter aussi une scène en arrière-plan. C'est sur cette question que nous voulons nous pencher, à savoir si les photos prises par les téléphones cellulaires possèdent ce degré minimal d'originalité pour se mériter protection en vertu de la LDA. Notre propos n'est pas d'étudier qui est le détenteur du droit d'auteur sur ces photos, dans le cas par exemple où plus d'une personne participe à sa réalisation. Ni les droits d'une personne qui serait victime de vol de ses photos, postées ensuite sur internet sans son consentement. Notre but, plus précisément, est d'étudier comment la notion d'originalité, précisée par les tribunaux, peut s'appliquer aux photos, qui présentent, on le verra, des difficultés qui leur sont spécifiques. Les tribunaux ont dû se pencher sur cette question de l'originalité dans les années '90, dans le cas de conflits concernant des compilations d'annuaires téléphoniques. Après avoir considéré la situation au Canada, nous examinerons la jurisprudence aux États-Unis et en Angleterre, pour voir si elle peut nous éclairer sur la question qui nous intéresse.

I. AU CANADA

Avant de voir le droit contemporain, il est utile de rappeler brièvement les grandes lignes du débat doctrinal qui a fait rage lors de l'apparition de la photographie. C'est important, parce qu'il en reste quelque chose aujourd'hui. Il existe encore un courant de résistance⁶ à ce qu'on considère la photographie comme une œuvre d'art méritant protection en vertu de la loi.

devant les tribunaux peut-elle être intentée au Québec? Et qu'en est-il si le droit américain prévoit que la poursuite doit être intentée aux États-Unis?

⁵ LDA, *supra* note 3, art. 5(1) : « . . . le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale. . . »

⁶ Cette façon de voir les choses et ses défenseurs est bien exposée dans : Terry S.

La photographie a été inventée vers 1839. Durant les premières années, elle a suscité l'enthousiasme du public. Elle semblait avoir quelque chose de miraculeux, de magique. La nature laissait une marque d'elle-même sur du papier ! On considérait aussi que la science bénéficierait beaucoup de cette invention, à cause du caractère de « véracité », de l'authenticité de ce qui est représenté.⁷ La photo était donc considérée comme étant à la fois un art et une science.⁸ Mais dans la deuxième moitié du siècle, un débat a commencé à se manifester. Certains y ont vu un danger pour l'art, pour l'éducation, même pour l'ordre social.⁹ En ce qui nous concerne, deux critiques ont été formulées. La première est à l'effet que tout le travail est accompli par l'appareil. Le photographe ne fait qu'appuyer sur un bouton. Son travail n'est donc pas assez créatif pour mériter protection. La seconde est à l'effet que ce qui est représenté ne peut être original. La photo montre simplement ce que tout le monde pouvait voir au moment où elle a été prise. Or le photographe ne peut pas avoir de monopole sur une réalité qui existe en-dehors de lui, sur laquelle il n'a pas de prise. On pense ici à la distinction faite entre l'idée et son expression dans un medium quelconque. On dit que les idées ne sont pas protégeables. Elles appartiennent à tous. Ce n'est que leur expression qui est visée par le droit d'auteur. Dans le cas de la photo, il n'y aurait que l'idée qui est captée, par exemple une femme tenant dans ses bras son bébé. Mais il n'y aurait pas d'expression originale.

Au Canada, les photographies étaient déjà mentionnées parmi les œuvres protégées dans la loi de 1921, dans la catégorie des œuvres artistiques.¹⁰ Des modifications ont été apportées au cours des ans pour élargir cette catégorie d'œuvres. Ainsi, dans la refonte des lois de 1952, on voit que la définition du mot « photographie » vise aussi la photolithographie¹¹ et « toute œuvre exécutée par un procédé analogue à la photographie ». ¹² Une modification mineure a été apportée en 1993,¹³ de sorte qu'on lit maintenant, à la définition du mot

Kogan, « The Enigma of Photography, Depiction, and Copyright Originality » (2015) Fordham IP Media & Ent. L.J. 896 aux pp. 915 et ss [Kogan].

⁷ Voir Teresa M. Bruce, « How Copyright Law Fails to Adequately Account for Photography » (2012) 115 W. Va. L. Rev. 93, à la p. 101. Mme Bruce rapporte que les premières personnes intéressées à suivre des cours de photographie ont été des architectes, des médecins, des ingénieurs et des militaires. Ils voyaient tous la photo comme un moyen de rapporter visuellement quelque chose de façon très précise, et non une forme d'art.

⁸ Kogan, *supra* note 6 à la p. 880.

⁹ Mary Marien, *Photography: a Cultural History*, 4^e éd, New York, Pearson, 2013 à la p. XIII.

¹⁰ *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* 11-12 Geo. V, c. 24, art. 2(h).

¹¹ C'est un procédé de gravure photochimique dans lequel l'épreuve photographique est reportée sur une pierre. Du grec photon, lumière, litos, pierre, et grafein, écrire.

¹² *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1952, c. 55, art. 2(s).

¹³ *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, c. 23, art. 1(1).

« photographie », à l'article 2 : « œuvre exprimée par un procédé analogue à la photographie ». De cette façon, et compte tenu de l'article 3(1) de la loi actuelle à l'effet qu'une œuvre doit exister "sous une forme matérielle quelconque", il ne peut plus y avoir de doute que les photos numériques sont également protégées par la loi, toujours dans la mesure où elle est suffisamment originale.

La jurisprudence a établi assez tôt qu'une photo est originale lorsqu'elle est le résultat d'un effort créatif de la part du photographe. On peut imaginer le cas d'une personne qui se rend chez un photographe professionnel. Normalement, le photographe et son client vont décider ensemble du décor, de la pose à prendre par le sujet, puis le photographe va effectuer des choix de nature technique : la sensibilité du film, le choix d'utiliser le noir et blanc ou la couleur, l'utilisation d'un flash, la mise au foyer, le temps d'exposition, l'utilisation d'un filtre, la profondeur de champ, etc. Sans compter les retouches qui peuvent être faites en laboratoire après que la photo ait été prise. Il y a donc suffisamment d'éléments pour qu'on puisse conclure facilement que la photo est le résultat d'un effort intellectuel de la part du photographe.¹⁴

Ce qui a causé longtemps problème, c'est lorsque le photographe n'exerce pas de contrôle sur ce qui est photographié. Par exemple, un match sportif, ou lorsqu'une scène est croquée sur le vif, dans la nature. Imaginons une abeille se posant sur une fleur. Dans le domaine du sport, on a longtemps dit que les mises en garde faites à l'auditoire, sur sujet des droits d'auteur, au début de la retransmission d'un match de hockey ou de football, n'avaient aucune valeur juridique. Car comme personne ne contrôle le déroulement de l'action sur le terrain, personne ne pouvait prétendre que c'était là « son » œuvre. Et s'il n'y a pas d'œuvre, il ne peut y avoir de protection en vertu de la loi. C'est ce qui était en cause dans la célèbre affaire *Canadian Admiral*,¹⁵ qui a fait jurisprudence pendant des décennies.

Canadian Admiral était un fabricant d'appareils de télévision. Pour intéresser le public à acheter ses produits,¹⁶ elle a conclu une entente avec les propriétaires du club de football Les Alouettes de Montréal, dans le but de retransmettre un certain nombre de matchs. La société Radio-Canada a fourni les équipements nécessaires et les techniciens. Le signal était diffusé par une antenne située sur le Mont Royal. La compagnie Rediffusion, quant à elle, était une entreprise de télévision par câble. Elle a capté à son antenne maîtresse le signal en question, et l'a retransmis à ses abonnés. La question s'est posée de savoir si, ce faisant, elle violait les droits d'auteur de *Canadian Admiral*.¹⁷

¹⁴ Ainsi par exemple, dans *Ateliers Tango Argentin Inc. c. Festival d'Espagne d'Amérique Latine Inc.*, 1997 CarswellQue 1225, [1997] J.Q. No. 3693 (C.S. Que.) [*Atelier Tango argentin*] on a rejeté du revers de la main l'argument à l'effet que le photographe s'était contenté d'appuyer sur le bouton déclencheur.

¹⁵ *Canadian Admiral c. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382 [*Canadian Admiral*].

¹⁶ Rappelons que la télévision a fait ses débuts au Canada à l'automne 1952.

¹⁷ Radio-Canada avait transféré à *Canadian Admiral* tous les droits ou intérêts qu'elle pouvait avoir sur la retransmission des matchs.

Selon le juge Cameron, de la Cour de l'Échiquier, il n'y avait aucun droit d'auteur en jeu ici. Car il n'y avait pas d'enregistrement des matchs, en tout cas pour les parties jouées à domicile. Il n'y avait donc pas d'existence d'une œuvre dans un support permanent. Et le signal de télévision n'est pas semblable à une photo ou à un film, vu qu'il ne dure qu'une fraction de seconde à l'écran.¹⁸ Il s'est tout de même interrogé aussi à savoir si on pouvait considérer qu'il s'agissait d'une œuvre originale. En l'occurrence, il y avait quelques caméras sur le terrain, chacune envoyant un signal à un centre de contrôle géré par un dénommé Renaud. Sa tâche était de choisir les images provenant de telle ou telle autre caméra qui seraient retransmises au public. Son travail ne comportait évidemment aucun écrit.¹⁹ Et il n'avait aucun contrôle sur le déroulement de l'action sur le terrain.

Le juge a d'abord rappelé que la notion d'originalité réfère, en premier lieu, à quelque chose qui émane de soi,²⁰ qui n'est pas une pure copie. Il a qualifié de la façon suivante le travail de Renaud : « All he did in my opinion was to choose the particular play in the game — a play in which he took no part whatsoever. . . »²¹ Et d'ajouter : « Mere selection is not enough to create copyright. »²² Il faut, pour qu'une œuvre soit suffisamment originale, qu'elle soit le fruit du travail de l'auteur, de son adresse, qu'elle soit l'expression de ses idées.²³ On a donc considéré, au lendemain de cette décision, que personne ne peut avoir de droit d'auteur sur une photo ou un film d'une scène dont personne n'a le contrôle sur le déroulement. Par exemple, une personne qui participe à un safari et qui voit un lion chasser une gazelle ne pouvait avoir de droit d'auteur sur cette poursuite captée sur pellicule.

Les choses sont restées inchangées pendant une quarantaine d'années. Ce, jusqu'à la décision de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Joint Sports Claimants*.²⁴ On y a contesté une décision de la Commission du droit d'auteur sur les droits à verser pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision. Il ne devrait pas y avoir de droits d'auteur à payer, à tout le moins lorsqu'il s'agit de signaux retransmettant des événements sportifs. La Commission avait décidé qu'il pouvait y avoir un droit d'auteur « sur la réalisation de la télédiffusion d'un match ». ²⁵ Ce avec quoi le juge Linden s'est

¹⁸ *Canadian Admiral*, *supra* note 15 à la p. 396.

¹⁹ *Ibid*, à la p. 394-5.

²⁰ *Ibid*, à la p. 398 *in fine* : « For a work to be “original” it must originate from the author. . . »

²¹ *Ibid*, à la p. 399.

²² *Ibid*, à la p. 400.

²³ *Ibid*, à la p. 398 *in fine*. C'est aussi ce qu'enseignaient à l'époque Copinger et Skone James dans leur traité (*On Copyright*): « . . . television of sporting events cannot, it is thought, involve any infringement. . . » Rapporté par le juge Cameron, à la page 400.

²⁴ *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, 1991 CarswellNat 157, 1991 CarswellNat 157F, [1992] 1 F.C. 487 (Fed. C.A.), leave to appeal refused 1992 CarswellNat 1624 (S.C.C.).

déclaré d'accord. On considère donc maintenant qu'il y a originalité d'une œuvre même lorsqu'on capte sur pellicule un événement sportif ou un événement qui se déroule dans la nature. Elle tient aux choix faits par le photographe : quelles scènes choisir, quel type de caméra utiliser, quel angle privilégier, etc. Ainsi, dans l'exemple donné du safari, on considère maintenant que personne ne peut avoir de droit d'auteur sur l'action se déroulant sur le terrain, mais chaque photographe ou cinéaste a un droit d'auteur sur ses propres photos ou sa pellicule.

Mais cela ne résout pas tout. Il faut précisément se demander quel est ce niveau minimal d'effort intellectuel qui doit être fait pour qu'on puisse dire qu'une œuvre originale a été créée, au sens de la loi. Les derniers prononcés de la Cour suprême à ce sujet se trouvent dans la décision *CCH*,²⁶ en 2004. Cette affaire implique le barreau ontarien, qui gère la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall, en Ontario, sise près de l'édifice du parlement provincial et des principaux tribunaux. Dans le but de mieux servir la clientèle, le barreau a offert un service de photocopie et de livraison de documents. Un avocat ou un juge, par exemple, peut demander de recevoir une copie d'une loi, ou d'un règlement, ou de décisions de tribunaux, selon ses besoins. Les documents lui sont transmis à sa convenance par la poste ou par l'électronique. Une des questions qui se sont posées était de savoir si les maisons d'édition comme *CCH* avaient des droits d'auteur sur les décisions des tribunaux publiées dans des recueils. Il fallait savoir si le travail accompli par la maison d'édition, à partir du moment où elle reçoit copie d'un jugement, est suffisant pour qu'il y ait originalité. Elle corrige des erreurs typographiques dans le texte, et ajoute typiquement des mots-clés, un résumé, une table des lois citées et des jugements cités.

M^{me} la juge McLachlin, qui a rendu la décision au nom de la cour, a fait une étude de l'état du droit sur la question, notant que « la jurisprudence est contradictoire sur le sens du terme « originale ».²⁷ Il y avait controverse à savoir si un travail long, patient et méticuleux pouvait être suffisant pour créer une œuvre originale. Elle a rejeté cette thèse. À son avis, la loi n'exige pas qu'une œuvre soit originale au sens s'être novatrice ou unique, mais elle doit être le résultat de l'exercice du talent et du jugement. Elle écrit : « J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre ».²⁸ Et « J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. »²⁹ Il doit donc nécessairement y avoir présence d'un effort intellectuel.

²⁵ *Ibid*, au para 9.

²⁶ *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 CSC 13, 2004 CarswellNat 446, 2004 CarswellNat 447 (S.C.C.).

²⁷ *Ibid*, au para 14.

²⁸ *Ibid*, au para 16.

²⁹ *Ibid*.

Qu'en est-il alors pour les photos prises par les téléphones cellulaires ? Si on applique ce que nous enseigne la Cour suprême, elles ne pourraient pas être originales, à notre avis. Le seul fait de pointer la caméra du téléphone et de cliquer ne semble tout simplement pas suffisant. Une certaine jurisprudence penche d'ailleurs en ce sens. Ainsi peut-on lire dans la décision *Atelier Tango argentin*, rendue en 1997, sous la plume du juge Crête, qu'« on peut difficilement imaginer qu'une simple photo du stade olympique de Montréal, de la maison des Coopérants ou du dernier modèle d'une mini-fourgonnette, réalisée au hasard, sans recherche et sans cadrage particulier, puisse bénéficier de la protection importante accordée par la loi. »³⁰ Mais on doit admettre qu'il y a un autre courant de pensée à l'effet que la valeur artistique d'une œuvre n'étant pas un critère retenu dans la loi, il est préférable de considérer que virtuellement toute photo est protégée par la loi.³¹ La question n'est donc pas encore définitivement tranchée au Canada.

II. AUX ÉTATS-UNIS

La question de l'originalité en matière de photographies s'est posée tôt, aux États-Unis. La Cour suprême a dû en traiter dès 1883, dans l'affaire *Burrow-Giles*.³² Napoléon Sarony, un photographe New-Yorkais bien réputé à l'époque, avait pris des photos d'Oscar Wilde, le célèbre écrivain irlandais. Le négatif numéro 18 a été reproduit en plusieurs exemplaires. La compagnie Burrow-Giles s'est procuré un exemplaire de la photo, et l'a reproduite sous forme de lithographie, à 85,000 exemplaires. Sarony a poursuivi pour atteinte à ses droits d'auteur. La défense a prétendu qu'il ne pouvait y avoir de droit d'auteur sur une photo. Ce n'était que la reproduction mécanique de l'image d'un objet ou d'une personne. Cela n'impliquait aucun effort intellectuel. Le travail du photographe n'avait rien de nouveau ni d'inventif.

La Cour suprême a tranché l'affaire sans trop de difficultés. Car on a insisté sur le travail préalable du photographe avant la prise des clichés. Sarony avait fait un travail mental en imaginant le type de photo qu'il voulait réaliser. Ce qu'il a ensuite actualisé « . . . by posing the said Oscar Wilde in front of the camera, selecting and arranging the costume, draperies, and other various accessories in said photograph, arranging the subject so as to present graceful outlines, arranging and disposing the light and shade, suggesting and evoking the desired expression. . . »³³ Le tribunal a cependant réservé son jugement quant aux

³⁰ *Atelier Tango argentin*, *supra* note 14 au para 37.

³¹ Par exemple, David Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 à la p. 42 : « Both amateur and professional photographers are protected. » Un peu dans le même sens, voir Mark J. Davison, Ann L. Monoti et Leanne Wiseman, *Australian Intellectual Property Law*, 2^e éd, Cambridge University Press, 2012 à la p. 225 : « . . .for a person to confer originality on a work, it is necessary for them to have some control or input over the form of the resulting work. »

³² *Burrow-Giles Lithographic company c. Sarony*, 4 S.Ct. 279 (1884). La décision est longuement étudiée dans Kogan, *supra* note 6 aux pp. 885-895.

photographies qui ne sont pas le fruit d'un degré aussi évident de travail. En réponse cet argument présenté par la défense, le juge Miller a écrit: « This may be true in regard to the ordinary production of a photograph. . . On the question as thus stated we decide nothing. »³⁴ La cour a donc choisi d'éluder la question plus difficile.

Elle s'est tout de même posée devant une cour d'appel un peu plus de dix ans plus tard, en 1897, dans l'affaire *Bolles*.³⁵ Une revue mensuelle de New-York avait reproduit à 40,000 copies une photo d'un yacht, prise sans prétention artistique. Le tribunal a estimé que la photo était protégée, parce que le photographe avait tout de même pris soin de choisir le moment de la journée et les conditions climatiques qu'il trouvait les meilleures. On a précisé que c'était une question de fait que de déterminer si une photo était le fruit d'un effort intellectuel suffisant, ou une pure reproduction technique d'un objet.³⁶ On voit donc qu'on envisageait la possibilité qu'une photo ne soit pas protégée, par manque d'originalité. Mais il nous est difficile de comprendre qu'on dise que c'est une question de fait qui est en cause. C'est comme si la cour disait : il n'y a pas de critère juridique applicable. Quand moi, juge, je verrai la photo, je saurai tout de suite, instinctivement, si elle est originale. Il reste à voir si cela sera modifié par a jurisprudence ultérieure.

Une étape importante dans la jurisprudence américaine a été franchie dans la décision *Bleistein*,³⁷ rendue par la Cour suprême en 1903. On peut dire que le tribunal y a abaissé le niveau d'exigence en matière d'originalité. Il s'agissait de trois affiches annonçant un cirque. La compagnie *Bleistein Lithographing* les avait reproduites sans permission. Le juge Holmes, qui a rendu l'opinion majoritaire, a rappelé d'abord qu'une photo mérite protection en vertu de la loi même si elle sert à des fins commerciales, et que sa valeur artistique n'est pas un critère exigé par la loi pour qu'il y ait protection.³⁸ À son avis, les affiches avaient suffisamment d'originalité parce qu'elles étaient appréciées du public, et que d'autres entreprises ont été intéressées à les reproduire.³⁹ Quant à l'argument selon lequel les affiches ne faisaient que représenter des acteurs du cirque, que tout le monde pouvait voir au moment où les clichés ont été pris, il a écrit : « Others are free to copy the original. They are not free to copy the copy. »⁴⁰ Cette position est encore celle appliquée par la jurisprudence

³³ *Ibid*, à la p. 60. Le même raisonnement a été appliqué dans *Brett Lithographing co. c. Brown*, 48 F. 678 (Cir. Ct. S.D. N.Y., 1891), où il s'agissait de la photo en studio d'une mère et son enfant.

³⁴ *Ibid*, à la p. 59.

³⁵ *Bolles c. Outing Company*, 175 U.S. 262 (1899).

³⁶ *Ibid.*, à la p. 970.

³⁷ *Bleistein c. Donaldson Lithographing Co.*, 23 S.Ct. 298 (1903).

³⁸ *Ibid*, à la p. 251.

³⁹ *Ibid*, à la p. 252.

⁴⁰ *Ibid*, à la 249.

canadienne et américaine. Car la première condition de l'originalité est que l'œuvre provienne de soi. Qu'elle soit le fruit de notre travail. Ainsi plusieurs photographes peuvent croquer la même scène. Le résultat, leurs photos, peuvent se ressembler énormément. Mais il faut absolument que chacun ait pris ses propres clichés. Chacun conserve alors ses droits d'auteur sur les photos qu'il a prises lui-même. Il reste cependant à déterminer si les photos contiennent cette dose minimale d'originalité pour être protégées. . .

L'état du droit est resté inchangé depuis la décision *Bleistein*. Ainsi, en 1916, dans la l'affaire *Pagano*⁴¹ une cour de première instance a jugé qu'une simple photo de la bibliothèque publique de la ville de New-York était suffisamment originale, parce que le photographe avait fait des choix quant à l'heure de la prise de la photo, l'arrière-plan, les personnes dont l'image serait accessoirement captée, etc. De même, en 1992, dans *Rogers c. Koons*⁴² la question s'est posée de savoir si un sculpteur pouvait s'inspirer très directement d'une photo, montrant un couple tenant dans ses bras huit chiots nouveau-nés. Il a argué que la photo n'était pas originale. Mais, encore ici, le tribunal a considéré que le photographe avait fait plusieurs choix avant de déclencher l'obturateur, que ce soit celui de l'appareil, du type de film, l'éclairage, l'angle de la photo, l'attente que le couple photographié prenne l'expression du visage qu'il recherchait, etc. Ce qui fait maintenant dire à des juges que « almost any photograph may claim the necessary originality to support a copyright. »⁴³

On doit tout de même constater que, malgré ces prononcés, il subsiste une difficulté, concernant les photos prises par téléphone cellulaire. On ne peut pas facilement admettre que dans de telles situations le photographe a fait un choix réfléchi quant au type de photo qu'il ou elle voulait réaliser. Leur avantage réside justement dans le fait qu'il n'y a pas de choix préalables à faire. Tout l'aspect technique est érudé. Il suffit de pointer et appuyer sur la détente.

Le droit américain exige pourtant encore qu'une dose minimale d'originalité soit présente dans une œuvre pour qu'elle soit protégée. La Cour suprême l'a rappelé dans l'affaire *Feist*,⁴⁴ en 1991. Feist était une compagnie publiant des annuaires téléphoniques. La défenderesse, Rural Telephone Service, était une petite compagnie de téléphone avec quelques milliers de clients, résidant dans le nord du Kansas. Feist lui a demandé la permission d'incorporer dans un répertoire plus grand l'ensemble des renseignements que Rural publiait dans les

⁴¹ *Pagano c. Chas. Beseler Co.*, 234 F. 963 (D.C. S.D. N.Y., 1916) au para. 37. On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Atelier Tango argentin* (supra, note 14) où le juge est arrivé à une conclusion contraire, en écrivant : « . . . on peut difficilement imaginer qu'une simple photo du Stade olympique de Montréal. . . puisse bénéficier de la protection importante accordée par la Loi. »

⁴² *Rogers c. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir., 1992). On doit cependant noter que cette décision a porté principalement sur la question de savoir si un artiste peut incorporer impunément une œuvre préexistante dans une de ses créations.

⁴³ *Mannion c. Coors Brewing Co.*, 377 F.Supp.2d 444 (S.D. N.Y., 2005), à la p. 450.

⁴⁴ *Feist Publications inc c. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 111 S.Ct. 1282 (1991).

pages blanches de son annuaire. Sans succès. Feist a procédé tout de même, d'où la poursuite pour violation de droits d'auteur.

La question qui s'est posée, évidemment, était de savoir s'il peut y avoir œuvre suffisamment originale dans la compilation des noms, adresses et numéros de téléphone des abonnés de Rural. M^{me} la juge O'Connor, qui rendit la décision de la cour, répondit par la négative. Elle a rappelé la distinction qu'il faut faire entre les idées, et leur expression ou incorporation dans une matière. Les idées ne sont pas protégées par la loi. Leur expression, si elle est originale de façon minimale, l'est. Dans un passage qui nous paraît crucial, elle écrit : « The *sine qua non* of copyright is originality. (. . .) Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author and that it possesses at least some minimal degree of creativity. To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. »⁴⁵ Le tribunal s'est alors trouvé à rejeter définitivement la théorie du « sweat of the brow », qui avait été acceptée dans un certain nombre de décisions. Selon cette approche, un travail long, patient, méticuleux, et souvent fastidieux aurait été suffisant pour mener à la création d'une œuvre protégée par la loi. Dans l'affaire *Feist*, ce travail consistait à compiler, sans faire d'erreur, les noms des abonnés, leur adresse exacte, leur numéro de téléphone, et présenter le tout dans l'ordre alphabétique. Cette décision est donc certes fort importante, mais elle ne nous indique pas précisément comment elle serait applicable au type de photos qui nous intéresse. Elle nous confirme seulement qu'il faut un degré minimal de créativité.

Il y a deux décisions aux États-Unis qui se rapprochent de la situation où un photographe est dans une position de « point and click ». En 1968, un tribunal de première instance a dû se pencher sur l'originalité du seul film qui a capté en direct l'assassinat du président Kennedy.⁴⁶ La séquence, qui compte environ 480 images, a été filmée par Abraham Zapruder, une personne œuvrant dans le domaine de la mode. Il s'est servi d'une ciné-camera pour amateurs. Il désirait simplement conserver des images du passage de la voiture amenant le président à Dallas. M. Zapruder a vendu son film et a cédé ses droits d'auteur au réseau de télévision CBS. Le réseau s'est servi souvent du film dans ses reportages. Quelques années plus tard, M. Bernard Geis a publié un livre sur ces événements tragiques. CBS l'a accusé d'avoir reproduit des images provenant du film de M. Zapruder. Il s'est défendu en prétendant, notamment, qu'il ne pouvait y avoir de droit d'auteur sur le film. Il n'y avait rien dans le film qui reflétait un effort de la part de M. Zapruder. Il avait uniquement capté sur pellicule une nouvelle, un fait brut, sur lequel personne ne peut avoir de droits. Mais, encore ici, le tribunal, après avoir fait une revue de la jurisprudence, a conclu que virtuellement toute photo peut être protégée par la loi. Dans le cas soumis, le cinéaste amateur avait

⁴⁵ *Ibid*, au para 10.

⁴⁶ *Time Incorporated c. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (D.C. S.D. N.Y., 1968) [*Time Incorporated*].

de façon minimale, fait un choix au niveau de la caméra choisie, du type de film, et de l'emplacement d'où il a voulu capter des images.⁴⁷

Dans *Fitzgerald c. CBS Broadcasting*,⁴⁸ décidé en 2007, un photographe à la pige a pris deux clichés d'un criminel notoire à l'époque, Stephen Flemmi, alors qu'il était transféré d'une station de police vers une autre destination. Ses photos ont été reproduites par divers médias sans sa permission. Il a en conséquence poursuivi pour violation de droit d'auteur. L'affaire a été décidée principalement sur le moyen de défense appelé « fair use », mais la cour s'est penchée quelque peu sur la question de l'originalité ou de l'absence d'originalité de la photo. Il fallait décider si elle recelait un élément de créativité, ou si on devait considérer que c'était seulement l'enregistrement d'un élément purement factuel. Le tribunal a décidé que le critère d'originalité était plus exigeant lorsqu'invoqué en matière de « fair use » que ce qu'il en est en droit d'auteur. Dans le cas soumis, les deux photos ne reflétaient rien de la personnalité du photographe. Il n'y avait rien eu de créatif dans sa démarche. Il avait dû agir très rapidement. Il avait possiblement disposé de moins d'une minute pour prendre ses clichés. Selon le tribunal, les photos étaient des « factual works ».⁴⁹ Cette décision ne doit tout de même pas nous laisser conclure que les photos du type « point and click » ne sont jamais protégées par la loi. Le juge laisse plutôt entendre que le photographe a probablement fait des choix artistiques valables, en attendant juste le bon moment pour prendre la photo, choisir sa caméra, son emplacement, etc. La photo était peut-être originale, mais cela n'était pas suffisant pour repousser une défense de « fair use ».

Enfin, il y a une situation qui pose de grandes difficultés aux tribunaux, tant en Angleterre qu'en Amérique du nord.⁵⁰ C'est l'hypothèse d'une photo d'une autre photo, ou une photo de tableaux de peintres. Précisément parce qu'elle met en jeu la notion d'originalité. On a vu que ce concept exige tout d'abord que l'œuvre origine de son auteur. Mais si une personne s'est contentée de reproduire sur une photo ce qui existe déjà sur une autre, peut-on dire qu'on satisfait ce critère ? On devait conclure normalement que non, parce que la deuxième photo tire son origine de la première. C'est une copie parfaite du travail du premier photographe. C'est de cette façon que se pose la question du degré minimal d'originalité. Pour que la photo vienne « de soi », il faut qu'elle soit le fruit d'un

⁴⁷ *Ibid*, au para 112. Le juge écrit : « Among other things, Zapruder selected the kind of camera (movies, not snapshots) the kind of film (color), the kind of lens (telephoto), the area in which the pictures were to be taken, the time they were to be taken, and (after testing several sites) the spot on which the camera would be operated. »

⁴⁸ *Fitzgerald c. CBS Broadcasting*, 491 F.Supp.2d 177 (D. Mass., 2007).

⁴⁹ *Ibid*, à la p. 188.

⁵⁰ Au Canada, voir D. Gervais et E. Judge, *Intellectual Property: the Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2011, aux pp. 109-117. Ils écrivent que le statut d'une photo d'une œuvre d'art est très problématique: « One of the more contentious issues with photographs is whether a photograph of artwork is itself an original copyrightable work. » Car il y a une double difficulté: la photo prise est-elle suffisamment originale, et viole-t-elle le droit d'auteur sur l'œuvre d'art?

effort intellectuel minimal. Et que penser alors du travail du photographe qui installe ses caméras dans un musée, devant une peinture d'un grand maître de l'époque de la Renaissance, et qui utilise tout son savoir pour reproduire le plus fidèlement possible sur photo ce que la peinture montre ? Fait-il une œuvre originale, simplement parce que l'œuvre, la peinture, se trouve à exister sur un support différent ? Ou son travail est-il simplement celui d'un excellent technicien ?

La question s'est posée directement dans l'affaire *Bridgeman Art Library*⁵¹ en 1998. C'est une entreprise britannique, qui a des places d'affaires aux États-Unis. Elle vend, entre autre, sur pellicules transparentes, appelées aussi acétates, et sur disques compacts, des reproductions de tableaux des grands peintres de la Renaissance. Les photos ont été prises par des photographes professionnels qui s'étaient rendus sur place dans les musées et avaient utilisé tout leur art pour reproduire le plus fidèlement possible les toiles en question. Bridgeman a accusé une compagnie concurrente, Corel, d'avoir reproduit sans permission une partie de son stock de photos, lui causant un tort économique. Elle a allégué concurrence déloyale, et violation de ses droits d'auteur sur les photos. Corel s'est défendue, on le devine, en disant que les photos en question ne pouvaient être protégées par le droit d'auteur.

Le tribunal a rappelé, citant la jurisprudence britannique,⁵² qu'une œuvre, pour être protégée par la loi, doit être originale, ce qui signifie qu'elle ne peut être uniquement la copie d'une autre œuvre : « There must in addition be some element of material alteration or embellishment which suffices to make the totality of the work an original work. »⁵³ Bridgeman a soulevé, comme premier argument à l'effet que son produit est original, que le changement de médium suffisait. Ce qui a été rejeté tout de suite. Personne ne peut avoir un droit d'auteur sur le support dans lequel son œuvre est incorporée. De sorte que lorsque c'est la même image qui se retrouve sur la peinture et sur la photo, il manque cet élément d'altération ou d'embellie qui vient d'être mentionné.⁵⁴ Bridgeman a aussi soulevé l'argument selon lequel les photographes avaient déployé beaucoup de talent, de jugement et d'effort. Seuls des photographes de haut calibre pouvaient faire un travail d'une telle qualité. Sans succès. Le tribunal a admis que presque toute photo pouvait prétendre à l'originalité.⁵⁵ Mais lorsqu'une photo n'est qu'une copie exacte d'une autre photo ou d'un tableau, de la façon la plus parfaite que la science et la technologie le permettent, il n'y a pas d'originalité.⁵⁶ Le tribunal a appuyé ses conclusions sur le traité de Nimmer, qui

⁵¹ *The Bridgeman Art Library, Ltd., c. Corel Corporation, Inc.*, 25 F.Supp.2d 421 (D.C. S.D. N.Y., 1998). Des motifs additionnels ont été fournis l'année suivante: 36 F.Supp.2d 191 (D.C. S.D. N.Y., 1999) [*The Bridgeman Art Library*].

⁵² *Interlego A.G. v. Tyco Industries Inc.*, [1988] R.P.C. 343 (Hong Kong P.C.).

⁵³ *Time Incorporated*, supra note 51 à la p. 426.

⁵⁴ *Ibid.*, aux pp. 426-7.

⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 427 : « To be sure, much, perhaps almost all, photography is sufficiently original to be subject to copyright ».

est considéré aux États-Unis la plus haute autorité en matière de droit d'auteur,⁵⁷ et sur celui de Laddie, Prescott et Vitoria, en Angleterre. Selon ces auteurs, il y aurait trois cas où une photo est protégée par le droit d'auteur : lorsque le photographe a fait des choix artistiques suffisants avant de prendre la photo, ou lorsqu'il a composé la scène qu'il veut croquer, ou s'il se trouve « au bon moment au bon endroit », car alors il a capté une scène qui est probablement unique, qui méritait d'être captée, et qui a nécessité un effort pour la capter juste au bon moment.⁵⁸ Ce qui n'est pas le cas ici. Aucune de ces hypothèses n'était présente en l'occurrence. On a donc conclu qu'il n'y avait pas eu violation du droit d'auteur.

III. EN ANGLETERRE

Sur le sujet qui nous intéresse, l'état du droit ne semble guère plus précisément arrêté en Angleterre qu'au Canada et aux États-Unis. Comme l'ont écrit en doctrine les successeurs de sir Hugh Laddie et son fils, la photographie présente deux problématiques particulières au niveau du droit d'auteur.⁵⁹ Une photo est d'abord toujours une copie de quelque chose qui existe indépendamment d'elle. Et il y a toujours cet aspect mécanique qui peut faire craindre une absence d'originalité. À leur avis, les règles applicables en matière de droit d'auteur devraient s'appliquer de façon à tenir compte de ces deux éléments, mais « This has yet to be worked out comprehensively by the courts. »⁶⁰ Ce qui est certain, à tout le moins, à leurs yeux, c'est que la loi exige une certaine dose d'originalité. Ce qui présuppose l'exercice « of substantial independent skill, labour, judgment and so forth. »⁶¹

Il semble que la première décision qui ait traité de l'hypothèse qui nous intéresse soit l'affaire appelée *Grave's case*.⁶² Les faits sont fort simples. Henry Graves avait commandé à un artiste trois gravures, qu'il fit photographier par la suite. Un dénommé Walker a reproduit les photos sans permission. La loi de l'époque était très claire. Elle prévoyait que « [t]he author . . . of every original. . . photograph. . . shall have the sole and exclusive right of copying, engraving, reproducing. . . »⁶³ Et que le droit d'auteur dure toute la vie de l'auteur, et jusqu'à sept ans après son décès. L'une des questions que le juge Blackburn a dû

⁵⁶ *Ibid.* Le juge écrit : « . . . skill, labour or judgment merely in the process of copying cannot confer originality. »

⁵⁷ *The Bridgeman Art Library*, *supra* note 56 à la p.196.

⁵⁸ Laddie, Prescott et Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol 1, 4e éd, Lexis-Nexis, 2011 à la p. 254, au para 4.61 [Laddie, Prescott et Vitoria].

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 253.

⁶⁰ *Ibid.*, à la p. 254.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Graves Re* (1869), L.R. 4 Q.B. 715.

⁶³ *The Public General Acts of the Kingdom of Great Britain and Ireland, 1862-63, 25 & 26 Vict. c. 68, art. 1.*

trancher était de savoir si les photos étaient des œuvres originales. Car il s'agissait de reproductions d'une œuvre existante, ici une gravure. À son avis oui, parce que toute photo est une copie de quelque chose. Ce qui serait illégal serait de copier la photo, i.e. reproduire servilement la photo, ou le négatif. Mais toute personne peut prendre ses propres photos d'une gravure ou peinture accrochée à un mur.⁶⁴ Le juge n'a pas fourni davantage de motifs. Mais on voit déjà apparaître dans cette cause cette idée selon laquelle il est permis à tous de photographier quelque chose qui existe indépendamment du photographe, une scène qui n'a pas été composée par lui, et l'interdiction ensuite de reproduire une photo qui en a été faite.

Une question qui s'est posée plus souvent en Angleterre qu'ici est de savoir s'il y a violation du droit d'auteur dans une photo lorsqu'un artiste recrée une scène originale, qu'il prend ensuite en photo ou s'en inspire pour peindre une toile. Selon la doctrine, tout dépend du fait que la scène d'origine était ou non le résultat d'un effort intellectuel de la part du photographe.⁶⁵

C'est ce qui semble avoir été appliqué dans la décision *Bauman c. Fussel*.⁶⁶ Bauman, un photographe, avait capté sur pellicule des scènes de combats de coqs lors d'un voyage à Cuba. Des photos ont été reproduites légalement dans une revue par la suite. Fussel, un des défendeurs, s'est inspiré très directement d'une des photos pour en faire une peinture. D'où l'accusation de violation du droit d'auteur dans la photo. Selon le tribunal, la peinture était une sûrement œuvre originale, en ce sens qu'il était évident qu'elle avait nécessité du travail et du talent. Mais la première photo était-elle originale ? Le juge Somervell, pour appuyer sa décision, a donné l'exemple d'un photographe qui prendrait des clichés d'un défilé, ou une procession. Dans ce cas, un autre artiste pourrait s'inspirer directement, pour créer sa propre œuvre, d'une des photos. Son œuvre pourrait être une peinture, une gravure ou une sculpture, par exemple. Cela pourrait lui rappeler plus clairement la position des gens qui ont pris part au défilé, ce sur quoi le photographe n'a pas exercé de contrôle.⁶⁷ À l'inverse, un photographe aurait une meilleure protection de la loi lorsqu'il a composé lui-même, avec talent et jugement, la scène photographiée.

Mais restait tout de même la question de savoir si la peinture avait reproduit « une partie essentielle » de l'œuvre originale. Cette règle existe dans tous les pays de tradition de *common law*, de façon à protéger les artistes contre des fraudeurs qui voudraient contourner la loi en faisant subir une légère altération à l'œuvre originale. Le tribunal a reconnu que cette règle existe bien, mais qu'en l'occurrence la peinture était suffisamment différente de la photo. Malgré le fait que la position des oiseaux était très semblable, les têtes des coqs montraient une vigueur et une vie absente de la photo, les teintes d'ombre et de lumière

⁶⁴ Cf. *Grave's Case*, *supra* note 62 à la p. 723.

⁶⁵ Laddie, Pescott et Vitoria, *supra* note 63, à la p. 255.

⁶⁶ *Bauman v. Fussell*, [1978] R.P.C. 485 (Eng. C.A.).

⁶⁷ *Ibid*, à la p. 487.

étaient aussi différentes, de même que les couleurs des plumes des oiseaux.⁶⁸ Le peintre n'avait donc pas reproduit l'essence de la photo.

La jurisprudence subséquente à l'affaire *Bauman* ne semble cependant pas avoir été dans de même sens. Ainsi, en 1997 la High Court a été saisie de l'affaire *Creation Records*.⁶⁹ Noel Gallagher, membre du groupe pop Oasis, voulait faire composer une photo qui allait paraître sur la couverture de leur prochain album. Pour ce faire, on a vidé de son eau la piscine d'un hôtel, on y a fait placer une Rolls-Royce blanche, et un photographe professionnel a pris des photos durant tout un après-midi et une soirée de la voiture, entourée des membres du groupe, et de certains accessoires, comme une motocyclette. Un groupe de presse a eu vent de l'affaire. Il a dépêché un photographe à la pige, un dénommé Seeburg, qui s'est rendu incognito à l'hôtel, et a réussi à prendre des photos de la scène, très semblables à celles du photographe « officiel », Michael Jones.⁷⁰ Après la parution des photos dans un quotidien spécialisé dans la vie des vedettes, il y a eu poursuite pour violation de droits d'auteur.

Le juge Lloyd, qui a rendu la décision, s'est d'abord demandé, puisque l'argument a été soulevé, si la scène composée était elle-même protégée par la loi et tant qu'œuvre, soit artistique, dramatique, ou artisanale. Ce n'était pas le cas, à son avis. Car ce n'était ni une photo, ni un film, ni une pièce de théâtre, ni une chorégraphie. . . Dans le passage qui nous paraît le plus pertinent, il écrit que si ce qui est photographié n'est pas en soi une œuvre protégée par la loi, alors deux photographes peuvent prendre des clichés autant que faire se peut, sans que l'un soit accusé d'avoir copié l'autre.⁷¹ Le droit d'auteur existe sur les photos que chacun a prises. Mais le juge ajoute tout de même que si tout ce qui reste après que la scène ait été démontée, ce sont les photos prises par une personne, alors une autre personne ne pourrait s'en servir pour recréer la scène aussi fidèlement que possible et ensuite en tirer des photos.⁷²

⁶⁸ On peut mentionner que cette décision n'a pas été unanime. Pour le juge Romer, il était évident que la peinture reproduisait une partie importante de l'œuvre qui se trouve dans la photo. Il a rappelé cette règle selon laquelle on ne peut se défendre d'une accusation de violation de droit d'auteur en plaidant tout ce qu'on n'a pas reproduit de l'œuvre originale (à la p. 492). À son avis les similitudes entre la photo et la peinture étaient évidentes. Elles étaient beaucoup plus nombreuses que les différences. On voit ici qu'une des difficultés dans ce domaine tient au fait que les juges ne s'accordent pas sur les critères permettant de déterminer si on a reproduit "une partie importante" d'une œuvre.

⁶⁹ *Creation Records Ltd and others c. News Group Newspapers Ltd.*, [1997] E.M.L.R. 444 (Eng. Ch.) [*Creation Records*].

⁷⁰ L'angle des photos était légèrement différent. Elles laissaient voir que M. Seeburg s'était placé environ 20 pieds plus à gauche que M. Jones.

⁷¹ *Creation Records*, supra note 69 à la p. 450.

⁷² *Ibid.* Il écrit: « Of course copyright subsists in the official photograph and if it were the only source of the scene it would be an infringement to copy that, either by a direct copying process or the scene being recreated and a fresh photograph taken of that recreation. »

On ne sait pas clairement si on doit considérer que cette décision constitue un rejet de ce qui a été dit dans l'affaire *Bauman*, mais il faut à tout le moins admettre qu'on avait affaire ici à une scène qui avait manifestement été créée de toute pièce par Gallagher et le photographe professionnel que le groupe Oasis avait engagé. On semble rejeter clairement la position de la doctrine à l'effet que lorsqu'un photographe a créé une mise en scène, ses photos seront originales. On comprend mal aussi pourquoi, si les photos de Jones manquaient d'originalité, il serait interdit à quelqu'un d'autre de recréer la scène, et en tirer des photos, qui cette fois violeraient le droit d'auteur. . .

Cette question des photos qui en reproduisent d'autres s'est aussi posée en 2000 dans l'affaire *Antiquesportfolio*.⁷³ Cette entreprise avait décidé, à peu près un an auparavant, d'annoncer et de vendre des antiquités sur le réseau internet. Pour ce faire, elle a eu recours aux services d'une autre entreprise, Rodney Fitch. Celle-ci a eu à construire le site web, trouver un logo, faire un peu de design, imprimer des brochures, des cartes d'affaires, etc. Mais en janvier 2000 Antiquesportfolio a demandé de se faire rembourser une partie des sommes payées, au motif que Rodney Fitch avait placé, sur le site web, des photos provenant de divers volumes, dont des encyclopédies. L'une des questions qui s'est posée était de déterminer si Rodney Fitch avait violé le droit d'auteur pouvant exister sur certaines des photos reproduites.⁷⁴

Plus précisément, de dire le juge Neuberger, il fallait se demander si une photo d'un objet statique, avec comme objectif de le reproduire le plus fidèlement possible, était une œuvre protégée par la loi.⁷⁵ Car c'était bien ce en quoi consistaient les photos reproduites par Fitch. Le juge a ensuite consulté la doctrine, dont le traité de Laddie, et aussi celui de Copinger,⁷⁶ dans lequel on affirme qu'il ne devrait y avoir aucune raison de principe pour nier un droit d'auteur lorsqu'une personne pointe sa caméra vers un objectif et déclenche l'obturateur, à une condition : « Provided that the author can demonstrate that he expended some small degree of time, skill and labour in producing the photographs. »⁷⁷ En l'occurrence, il y avait un droit d'auteur protégeant les photos dans les volumes d'art. Car elles avaient été prises dans le but de mettre l'emphase sur certaines caractéristiques des antiquités, comme leur couleur, ou la glaçure, ou pour montrer un certain type d'artéfact. Le photographe avait sûrement aussi pris soin d'exercer son jugement quant à la distance idéale entre l'objectif de la caméra et l'objet photographié, l'éclairage, l'angle de la prise de photo, etc.⁷⁸

⁷³ *Antiquesportfolio.com c. Rodney Fitch Co.*, [2001] E.C.D.R. 5 (Eng. Ct.) [*Antiquesportfolio*].

⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 1378.

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 1380-1. Et d'ajouter le juge, bien humblement : « That is a point which is not entirely easy and appears to be free of direct authority. »

⁷⁶ Copinger and Skone James, dir, *On Copyright*, K.M. Garnett, J.E. Rayner James et G. Davies, eds., 14^e éd, England, Sweet & Maxwell, 1999, au para 3.104.

⁷⁷ *Ibid.*

L'autre question était de déterminer si le fait de reproduire le plus fidèlement possible les photos d'origine constituait une violation de la loi. Le tribunal a tranché rapidement cette question, car à ses yeux c'était la totalité ou une partie importante de ces photos qui était reproduite sur le site web, peu importe que les dimensions en soient réduites.⁷⁹

Enfin, l'état du droit en Angleterre s'est compliqué davantage lorsque le pays est devenu membre de l'Union européenne, et que des directives du conseil des communautés européennes se sont ajoutées au droit national. La directive 93-98, du 29 octobre 1993, est importante. Elle est « relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ».⁸⁰ Selon l'article 6, les photographies qui sont originales « en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur » sont protégées pendant la vie de l'auteur, et pendant 70 ans après sa mort. Aucun autre critère ne s'applique pour bénéficier de la protection, mais les États membres « peuvent prévoir la protection d'autres photographies ». Qu'est-ce à dire ? Que doit-on entendre par les termes « création intellectuelle » ? Se peut-il qu'une photo d'un joueur de hockey comptant un but important soit protégée lorsque prise par un journaliste, mais non lorsque réalisée par un amateur ? À l'inverse, les photos d'un professionnel, prises durant une réunion de famille, sans prétention aucune, pourraient possiblement ne pas être considérées originales parce que n'étant pas une création intellectuelle ? . . . De plus, le 17^e paragraphe du préambule laisse entendre que certaines photos ne sont pas protégées par la loi, car on traite de « celles qui, en raison de leur caractère artistique ou professionnel, ont une importance dans le cadre du marché intérieur. . . » de sorte qu'il est nécessaire de définir le niveau d'originalité requis, qui doit être « une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité ». Selon cette formulation, on pourrait alors prétendre que toutes les photos de famille devraient être protégées par la loi, vu qu'elles sont jusqu'à un certain point le reflet de la personnalité de celui ou celle qui a vu un intérêt à les prendre. Mais un amateur qui se trouve par pur hasard à capter des images d'un désastre naturel ne serait possiblement pas couvert par le texte de la directive !⁸¹ . . .

IV. CONCLUSION

Que peut-on conclure? Trois observations peuvent être faites. La première est que cette question du niveau d'originalité que doivent

⁷⁸ *Antiquesportfolio*, supra note 78, à la p. 1382.

⁷⁹ *Ibid*, à la p. 1383.

⁸⁰ Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *Directive du Conseil n°93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [1993] Base de données de l'OMPI sur les textes législatifs de propriété intellectuelle, en ligne : < www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=1427 > .

⁸¹ Ces exemples sont inspirés directement de ceux fournis dans le texte de Laddie, Prescott et Vitoria, supra note 62 aux pp. 259-60, au para 4.66 *in fine*.

posséder les photos réalisées par les nouveaux téléphones cellulaires est peut-être insoluble. Parce que la loi emploie des concepts juridiques, de façon à viser plusieurs cas, ce qui implique qu'il y aura toujours des cas-frontières. La LDA utilise plusieurs concepts importants. Il y a, par exemple, la notion d'originalité, bien sûr, mais aussi la « reproduction » d'une œuvre, sa « partie importante », l' « autorisation », ⁸² le cas où une personne « sait ou devrait savoir » ⁸³ qu'une première violation de la loi a été commise.

On peut prendre l'exemple de la notion de partie importante pour en illustrer la difficulté d'application. On comprend que cette notion se trouve dans la loi pour éviter que des fraudeurs évitent une condamnation en alléguant qu'ils n'ont pas reproduit l'intégralité d'une œuvre. Les juges ont fait leur part de travail pour préciser la notion, en établissant que ce qui importe est la qualité plus que la quantité de l'œuvre reproduite, qu'on ne peut pas se défendre en alléguant tout ce qui n'a pas été reproduit, qu'il faut regarder si on a reproduit ce qui constitue l'essence de l'œuvre originale, etc. Ce qui est bien, mais pas suffisant pour régler tous les litiges.

Il est facile et exact d'affirmer que les idées ne sont pas protégées, que seule leur expression dans un support tangible l'est. Mais comment appliquer cela, exactement ? Où se situe précisément la frontière entre les deux ? Prenons l'exemple de la pièce de théâtre *King Lear*, de Shakespeare.⁸⁴ À un bout du spectre, on a le texte intégral de la pièce. Il est certain qu'une personne qui changerait une réplique, ou seulement le nom des filles du roi se trouverait à avoir reproduit une partie importante de la pièce, presque la totalité. De même si on enlevait quelques dialogues. À l'autre extrémité du spectre, on peut dire que l'œuvre est « une pièce de théâtre mettant en scène un père âgé et ses enfants. » On peut être plus précis en disant que le sujet en est un roi qui veut donner à ses trois filles leur part d'héritage avant son décès, pour éviter les conflits de famille. On peut être encore plus précis en ajoutant qu'il réalise ensuite qu'il a fait l'erreur de sa vie, car il constate que ses deux filles les plus âgées ne l'aiment pas, et ne l'ont jamais aimé. On dira que jusqu'ici il n'y a pas de problème, car on en est encore au niveau des idées. Mais plus on préciserait ce qui arrive dans le premier acte, le second, et ce qui se produit dans chaque scène de chaque acte, l'interaction entre les personnages, les principaux dialogues, etc., plus on se trouvera à un moment devant une situation où il devient difficile, voire impossible de déterminer si on en est encore au niveau des idées, ou si on est en train de reproduire « une partie importante » de l'œuvre. Aux États-Unis, dans des litiges de ce genre, où un cinéaste est accusé par exemple d'avoir copié un roman ou une pièce de théâtre, certains juges emploient l'expression « total look

⁸² LDA, *supra* note 3, art. 3(1) *in fine*.

⁸³ LDA, *supra* note 3, art. 27(2).

⁸⁴ On rapporte qu'à l'époque de Shakespeare, il y avait au moins cinq versions de cette « histoire », dont l'auteur a pu s'inspirer. L'une d'elles est dans l'ouvrage de Geoffroy de Monmouth, *The History of the Kings of Britain*, London, Penguin Books, 1966, aux pp. 81-86.

and feel ». Mais cela ne veut rien dire de plus précis qu'on regarde l'impression générale qui se dégage du film, lorsqu'on le compare au roman ou à la pièce de théâtre. Chaque juge est alors libre de décider si les ressemblances entre les deux œuvres sont telles qu'elles lui permettent de conclure que la loi a été enfreinte ou non. Mais on voit qu'il s'agit d'une question de perception. Il n'y a pas de critère précis qui a été appliqué. . .

Une deuxième observation est que les règles actuelles en matière de droit d'auteur, bien que logiques, peuvent mener, lorsqu'appliquées aux photos, à des contradictions. Imaginons l'exemple du peintre Tex Lecor qui invite des amis à Bais Saint-Paul une journée d'été pour peindre un paysage. Tous installent leur chevalet virtuellement au même endroit, sur une hauteur de la ville. Tous captent sur toile le même paysage : la baie de Baie Saint-Paul, le fleuve, et un voilier qui y navigue. À la fin de la journée, tous ont peint une toile qui ressemble à celles des autres. On dira qu'il n'y a pas de problème au niveau des droits d'auteur, car chaque peintre a choisi la couleur pour représenter le bleu du ciel et le blanc ou le gris des nuages, et a choisi de représenter le voilier avec plus ou moins de détails. Mais s'il s'était agi alors de photographes ? Les photos se ressembleraient beaucoup plus que les peintures. On pourrait dire que chaque photographe a fait certains choix artistiques. Mais la loi interdit de reproduire "une partie importante" d'une œuvre existante. Comment affirmer que la photo de l'un n'est pas la reproduction d'une partie importante d'une autre ? En un sens, on pourrait dire que la loi est respectée, parce que chacun a pris ses propres photos. Mais en un autre sens on pourrait affirmer que chaque photo est illégale parce qu'elle a reproduit une partie importante d'une autre ! Il nous semble aussi contradictoire de lire en jurisprudence que plusieurs personnes peuvent légalement prendre en photo une scène montée de toutes pièces par une seule personne, mais qu'on n'a pas le droit de recréer après coup la même scène pour la photographe ! La logique derrière ce raisonnement nous échappe. . .

Enfin, une dernière observation est qu'on peut tout de même dégager des lignes de force dans la jurisprudence qu'on a étudiée. À notre avis, on peut y voir fondamentalement deux courants de pensée. L'un est à l'effet que virtuellement toute photo est protégée par la loi. Cela évite d'avoir à tracer une ligne de démarcation entre ce qui est original et ce qui ne l'est pas. Cela évite aussi aux juges la critique à l'effet que, indirectement ou inconsciemment, ils porteraient un jugement sur la valeur artistique d'une œuvre.

Selon un autre courant, il faut se rappeler la raison pour laquelle la LDA a été adoptée, et l'ampleur des protections accordées aux créateurs. On sait que la toute première loi sur le droit d'auteur, le *Statute of Anne*, de 1710, a été adoptée en Angleterre pour briser le monopole des imprimeurs. On voulait que les œuvres soient davantage accessibles au public. Le contrat passé entre la société et les créateurs est à l'effet que pour encourager la création d'œuvres et leur diffusion, les auteurs bénéficieront d'une période d'exclusivité pendant laquelle ils décideront seuls du prix exigé pour la reproduction et la diffusion de leurs œuvres. Comme l'a écrit récemment aux États-Unis le juge Leval, dans l'affaire

concernant le projet « Google books », ⁸⁵ le public est censé être le premier bénéficiaire des lois sur le droit d'auteur. Il écrit : « Thus, while authors are undoubtedly important intended beneficiaries of copyright, the ultimate, primary intended beneficiary is the public, whose access to knowledge copyright seeks to advance by providing rewards for authorship. » ⁸⁶ Mais il faut, à la base, que le jeu en vaille la chandelle. Il faut qu'une œuvre soit le fruit d'un effort intellectuel. En se rappelant ces principes, et ce que nous enseigne notre Cour suprême qui emploie les mots talent et jugement, on devrait considérer, à notre humble avis, que les photos prises par les téléphones cellulaires, et encore plus les « selfies » ne devraient pas mériter protection en vertu de la loi.

⁸⁵ *Authors Guild c. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir., 2015).

⁸⁶ *Ibid*, à la p.6. Au même sens, il a écrit, dans le même paragraphe : « The ultimate goal of copyright is to expand public knowledge and understanding, which copyright seeks to achieve by giving potential creators exclusive control over copying of their works. »