

## Lady Gaga n'a pas parasité l'univers ou les œuvres revendiquées d'Orlan

**MOTS-CLÉS :** parasitisme, droit à l'image, art corporel, liberté de création

Cour d'appel de Paris

(pôle 5 – ch. 1)

15 mai 2018

Orlan c/ Lady Gaga et a.

361-14

La cour d'appel retient qu'une ressemblance d'ensemble entre l'univers de l'artiste Orlan et et le clip « *Born this way* » de Lady Gaga n'est pas établie. Elle confirme le jugement en ce qu'il a rejeté les demandes fondées sur le parasitisme. Par ailleurs, il n'est pas démontré que la chanteuse a repris, afin de s'approprier l'apparence de la requérante, les éléments caractéristiques de son identité physique.

Madame Mireille PORTE, connue sous le nom d'ORLAN, est une artiste contemporaine française. Elle indique mener depuis 1964 une réflexion sur le statut du corps dans la société et sur les pressions sociales qu'il subit. Dans cette perspective, elle ajoute avoir subi plusieurs opérations de chirurgie esthétique dont l'ajout d'implants, servant habituellement à rehausser des pommettes, posés de chaque côté du front. Elle déclare être considérée comme à l'origine d'un nouveau courant dans l'art contemporain : l'art charnel.

Mademoiselle Stefani Germanotta, connue sous le nom d'artiste de « *Lady Gaga* » est une chanteuse de pop musique d'origine américaine, jouissant d'une grande notoriété.

Le 23 mai 2011, son troisième album « *Born This Way* » est mis en vente aux États-Unis, dont le premier single éponyme est sorti le 11 février 2011.

Un clip musical a accompagné la sortie de cet album, qui raconte une histoire illustrant les paroles du single « *Born This Way* », soit la naissance d'une nouvelle race à partir d'une « *mère monstre* », à savoir Lady Gaga.

La pochette du single représente le visage de Lady Gaga et une partie de son buste, positionné de côté ; l'épaule gauche étant visible, ainsi que la partie gauche du visage, montrée de trois-quarts. Des pointes y sont visibles, une sur chaque épaule de Lady Gaga, quatre sur son visage.

La société UMG Recording Inc est le producteur des enregistrements de Lady Gaga



*Bumpload*, Orlan / Pochette du disque *Born This Way*, Lady Gaga



*Woman with head*, Orlan / Extrait du clip *Born This Way*, Lady Gaga

(via sa division Interscope Records), la société Universal Music France les exploite en France.

Estimant que Lady Gaga avait copié ses œuvres en se faisant poser des implants sur le visage, en reproduisant deux personnages d'Orlan *Bumpload* et *Woman with head* et en s'appropriant tout l'effort créatif d'Orlan comme les attributs de sa personnalité, surtout son image, madame Mireille Porte a fait assigner par acte du 19 juin 2013, Madame Stefani Germanotta, la société Universal Music France, la société UMG Recording Inc-Interscope Records et la société Interscope Records Inc en contrefaçon de ses droits d'auteur sur les œuvres, *Bumpload* et *Woman with head*.

(...)

Sur le parasitisme :

Le parasitisme consiste, pour une personne physique ou morale, à se placer dans le sillage d'autrui en profitant indûment de sa notoriété ou de ses investissements et ce sans bourse délier, indépendamment de tout risque de confusion. Cette notion est essentiellement utilisée lorsqu'une entreprise reproche à un autre opérateur économique de se placer dans son sillage et de profiter ainsi volontairement ou de façon déloyale de ses investissements, de son savoir-faire ou de son travail intellectuel produisant une valeur économique individualisée et générant un avantage concurrentiel.

En l'espèce, Madame P. (ci-dessous Orlan) se fonde sur l'analyse de plusieurs de ses œuvres, dont se serait inspirée Madame G. (Lady Gaga), pour caractériser le parasitisme dont celle-ci se serait rendue auteur. Si Orlan reproche au jugement d'avoir réalisé une comparaison point par point des éléments des œuvres respectives d'elle-même et de Lady Gaga sans rechercher si cette dernière ne se plaçait pas dans son sillage, il apparaît néanmoins nécessaire de procéder à l'analyse des différents faits dénoncés par Orlan avant de considérer si son univers a été capté ou détourné au profit de Lady Gaga.

S'agissant de la pochette de l'album « *Born this way* » de Lady Gaga et de l'œuvre « *Bumpload* » d'Orlan : « *Bumpload* », sculpture lumineuse de 1989, est une statue réalisée en résine et aluminium représentant un être féminin, mutant ; elle est de couleur marron foncé à l'exception de sa jambe gauche et de son bras droit, qui sont de couleur translucide comme sa coiffure et des excroissances se situant sur le bras et l'épaule gauche ainsi qu'au-dessus des arcades sourcilières. Ces parties et excroissances translucides sont lumineuses. Le visage d'Orlan, qu'elle

indique avoir prêté pour cette sculpture, est reconnaissable aux excroissances arrondies se trouvant au-dessus des sourcils. Selon Orlan, « cette sculpture est lumineuse et interactive, il y a des capteurs, suivant l'endroit où l'on se trouve, sa lumière, ses réponses sont différentes » ; le socle est fabriqué à partir de fibres optiques, sous un « être mutant, cyber, ethno ». Son visage est rond et souriant, de couleur marron, avec ses protubérances translucides au-dessus des sourcils, Orlan indiquant qu'il s'agirait d'une « self-hybridation africaine ». La couverture contestée du titre « *Born this way* » est une photographie sur laquelle apparaissent le dos nu et le visage d'une jeune femme blanche, le visage tourné vers la gauche et vers l'objectif. Le dos est porteur de deux tatouages, ainsi que d'une excroissance pointue sur chacune des épaules, ces excroissances paraissant être sous la peau. De même, sur le visage maquillé de cette jeune femme sont présentes quatre excroissances pointues similaires, situées sur les tempes et au niveau des pommettes. La bouche et le visage sont maquillés, le visage semble être celui de Lady Gaga, ses cheveux sont longs et partant dans plusieurs directions comme sous l'effet du vent alors que ceux de la sculpture « *Bumpload* » sont courts et dressés vers le haut. Les ressemblances entre les œuvres sont limitées à la présence d'excroissances sur le corps, qui sont sensiblement différentes sur la pochette de l'album « *Born this way* » et sur la statue « *Bumpload* », celles sur la pochette n'étant pas translucides et étant d'une forme pointue alors que celles sur la statue « *Bumpload* » sont plus arrondies ; or l'insertion d'excroissances, en particulier placées sur le front ou sur la tête, relève d'une tendance présente dans l'art, insusceptible d'appropriation par Orlan. Au surplus, Lady Gaga explique s'être inspirée du défilé de mode d'Alexander Mc Queen en 2010, et les mannequins y participant présentaient des volumes posés sur les pommettes et les arcades sourcilières, soit les mêmes emplacements que ceux sur lesquels le visage de Lady Gaga sur la couverture de son album présente ces excroissances. Cette inspiration est, du reste, confortée par les propos tenus par Nicola F., styliste de Lady Gaga, lors de sa déposition le 19 février 2016, le défilé en cause s'étant déroulé avec pour fond musical une précédente chanson de Lady Gaga, laquelle avait donc précédemment collaboré avec Alexander Mac Queen, décédé en 2010 et auquel elle aurait voulu rendre hommage.

Orlan cite également, au titre du parasitisme, la reproduction du personnage « *Woman with head* » dans le clip « *Born this way* ». L'œuvre « *Woman with head* », réalisée en 1996, est une installation présentant, sur un plateau rond reposant sur quatre pieds, la tête d'une femme, qui apparaît ainsi décapitée. La tête est celle d'Orlan, et un lutrin est placé face à elle de sorte que la tête semble lire le texte qui y est posé. Cette œuvre, reproduite dans le livre « *Orlan* » édité par les éditions Flammarion en 2004, a été exposée à l'*Institute of Contemporary Art* de Londres. À plusieurs reprises et pendant quelques secondes dans le clip « *Born this way* », Lady Gaga apparaît, une plaque de matière transparente de type plexiglas placée horizontalement au niveau de la base du cou ; ainsi sa tête paraît posée sur cette plaque, différente de la table sur laquelle est posée la tête d'Orlan dans l'œuvre « *Woman with head* », puisqu'elle est transparente et semble suspendue, ne reposant pas sur quatre pieds comme celle de l'œuvre « *Woman with head* ». La tête de Lady Gaga n'est pas décapitée puisque le reste du corps est visible sous

cette plaque. La tête d'Orlan est coiffée dans l'œuvre « *Woman with head* » au carré, les cheveux blonds sur le côté et à l'arrière mais ébouriffés et de couleur sombre sur le dessus, alors que ceux de Lady Gaga dans son clip sont blonds et avec une frange courte. Aux côtés de la tête de Lady Gaga sont placées quatre autres têtes dépourvues de corps, évoquant des pièces d'une chaîne de montage d'un nouveau type de créatures, puisqu'en arrière-plan figurent également de nombreuses autres têtes. Ainsi, à l'exception de celle de Lady Gaga, ces têtes n'apparaissent pas finies et se présentent comme dans une unité de production de créatures nouvelles dont Lady Gaga serait la génitrice, de sorte qu'elles évoquent des êtres en cours de fabrication et non des têtes décapitées, et que le lutrin ou l'évocation de la lecture sont absentes. Orlan indique que l'acte fondateur de sa démarche est « *le manifeste de l'art charnel* ». Dans les premières secondes du clip « *Born this way* », une voix présentée comme celle de Lady Gaga déclame un texte commençant par « *This is the manifesto of mother monster...* » expliquant la naissance dans un territoire gouverné par des aliens d'une nouvelle race empreinte de certaines valeurs (absence de préjugés, liberté infinie). Pour autant, le seul élément commun est l'utilisation du terme « *manifeste* » ou « *manifesto* » qui est d'usage répandu. Si, comme Orlan dans sa vidéo « *Orlan et les vieillards* » de 1984 où elle apparaît dans un triangle rouge, Lady Gaga est visible dans le clip « *Born this way* » dans un triangle inversé -pointe vers le bas-, les deux montants de celui Orlan sont rouges alors que les trois de celui de Lady Gaga sont roses ; l'utilisation d'un triangle ainsi disposé est commune pour représenter le sexe de la femme, et Lady Gaga explique qu'elle a utilisé ce symbole pour appeler à la tolérance conformément aux paroles de sa chanson, le triangle rose ayant été choisi par les associations de lutte contre le sida en référence au signe (triangle rose, pointe en haut) que les nazis imposaient aux homosexuels pour les distinguer dans les camps de concentration.

Orlan cite également, au titre du parasitisme, la reprise de son « *Drapé baroque* » de 1983 dans le clip. Cependant, alors que Orlan est représentée en habit de religieuse blanc avec un halo de lumière sur le visage, découvrant un sein, Lady Gaga est représentée de loin dans des vêtements colorés sur un fond noir, les bras écartés et un drapé de robe horizontal absent du « *Drapé baroque* » d'Orlan. Il se déduit de la représentation du « *Drapé baroque* » d'Orlan dans plusieurs configurations (Lady Gaga : devant un mur de pierres et végétations, dans un champ, devant un mur de briques peint en jaune...) que l'élément important de cette création est la figure centrale d'Orlan portant des habits de religieuse blancs et montrant un sein, soit des éléments absents de l'extrait du clip « *Born this way* ».

Quant à l'œuvre de 1964 « *Orlan accouche d'elle-même* » qui aurait été reprise dans le clip dans lequel Lady Gaga accouche d'un monstre, cette photographie en noir et blanc montre, vue du dessus, Orlan nue sur un drap blanc, avec un mannequin chauve et sans bras, représentant une personne adulte, dont le tronc semble sortir du sexe d'Orlan ; pendant plusieurs secondes le clip « *Born this way* » montre une scène dans laquelle Lady Gaga semble accoucher d'œufs, la scène étant présentée en couleurs sous une forme kaléidoscopique. Ainsi, outre le fait que l'idée d'une personne donnant naissance à elle-même ne

peut être attribuée à Orlan, dans son clip Lady Gaga donnerait naissance à des monstres, idée qui se distingue largement de celle de l'œuvre d'Orlan, et les représentations n'ont que peu d'éléments en commun. Orlan revendique avoir, lors de sa performance au *Nikolaj Church Contemporary Art Center* de Copenhague, réalisé une performance au cours de laquelle elle s'est fait peindre un crâne sous-jacent à son visage, et relève que dans son clip Lady Gaga apparaît de même avec le visage entièrement maquillé de façon à représenter un crâne. Dans plusieurs scènes de son clip Lady Gaga apparaît avec des maquillages sur le visage évoquant un squelette, mais elle explique que ses tatouages sont identiques à ceux figurant sur le corps du mannequin Rick Genest dit *Zombie Boy*, qui est visible également dans ces scènes et participe à ce clip, et les images du clip révèlent que le maquillage porté par Lady Gaga imite les tatouages présents sur le corps de ce mannequin. En outre, le fait de représenter le visage comme réduit aux os et à la dentition est, comme le jugement l'a relevé, un procédé habituel pour évoquer le monde des zombies et autres morts vivants.

Orlan dénonce également l'appropriation de son image par Lady Gaga, qui se serait approprié son apparence et sa personnalité et s'appuie, comme pour les éléments précédemment analysés, sur des articles de journaux ou des extraits de blogs soulignant que Lady Gaga s'inspirerait de ses créations. Cependant, ces images n'apparaissent pas dans le clip « *Born this way* » ni en couverture de l'album correspondant, et Orlan n'apparaît pas non plus sur les photographies représentant Lady Gaga, de sorte que l'utilisation par celle-ci de son image n'est alors pas caractérisée. Sur la première série de photographies, le seul point commun est - outre les lunettes - leur coiffure bicolore -blond d'un côté, noir de l'autre - mais une telle « *bi-coloration* » a été portée précédemment par le personnage de Cruella dans le dessin animé de Walt Disney « *Les 101 dalmatiens* », et les coiffures de chacune d'elles sont très différentes, cheveux courts et relevés pour Orlan et cheveux longs et gonflés pour Lady Gaga. Quant à leurs lunettes, si leurs verres sont de forme ronde, c'est une caractéristique très courante et ces lunettes sont très différentes, ce d'autant que celles portées par Orlan semblent être des lunettes de vue alors que Lady Gaga porte des lunettes de soleil, et qu'il s'agit d'un accessoire de mode. Sur la seconde série de photographies, si leurs deux coupes de cheveux sont au carré, celle d'Orlan est bicolore, avec des cheveux noirs sur le sommet du crâne, relevés vers le haut, et blonds sur les côtés, alors que sur la photographie de Lady Gaga ils apparaissent avec une seule couleur platine, et une frange haute. Orlan est photographiée de trois quarts, habillée d'un vêtement sombre montant jusqu'au cou, alors que Lady Gaga est de face et porte un vêtement en tulle noir transparente montrant son corps. Les implants d'Orlan au-dessus des arcades sourcilières sont visibles, alors que ce sont surtout ceux des pommettes et d'une épaule que l'on voit sur la photographie de Lady Gaga, qui sont beaucoup plus pointus. Il ressort de ses écritures que Orlan se fonde sur la proximité de quelques images extraites du clip « *Born this way* » de Lady Gaga avec certaines de ses créations pour dénoncer le parasitisme de son œuvre, mais sans définir les éléments caractéristiques de celle-ci qui se retrouveraient dans ce clip, alors qu'elle conteste l'analyse image par image auquel s'est livré le jugement. Par ailleurs, l'utilisation du corps comme support de

l'expression artistique est antérieure aux créations d'Orlan. Le travail sur des personnages mutants, ou hybrides, est un mouvement ancien dans l'art, qu'il s'agisse de sculpture, de peinture ou d'autres formes d'expression artistique, de tels personnages étant notamment répandus dans les œuvres de science-fiction. L'art corporel, qui se manifeste notamment par les piercings, les scarifications et les tatouages, utilise depuis longtemps le corps comme support d'expression de la création. Lady Gaga produit notamment un article selon lequel l'implant sous-cutané et transdermique aurait été mis au point par un autre artiste, Steeve Harworth. Ces implants ont aussi été utilisés dans la mode par le créateur Alexander Mac Queen et, si celui-ci se serait inspiré du travail d'Orlan, les implants sous-cutanés portés dans le clip « *Born this way* » par Lady Gaga sont plus proches de ceux de Monsieur Mac Queen que de ceux d'Orlan. Le clip « *Born this way* », et les différentes images qu'en extrait Orlan pour les comparer avec son œuvre, reposent sur les idées de création d'une nouvelle race, de sa genèse et de la célébration des corps, soit des idées éloignées de celles présentes dans ses propres créations, comme la lecture par une tête de femme décapitée dans l'œuvre « *Woman with head* » ou la self-hybridation.

Orlan produit au soutien de ses dires un sondage réalisé en octobre 2016 présentant plusieurs associations de deux images dans lesquelles chaque image 1 correspond à une représentation d'une œuvre d'Orlan et chaque image 2 à un extrait du clip ou à la pochette de l'album « *Born this way* » ; pour chaque paire d'images, étaient posées aux sondés les questions suivantes : « *les images 2 reprennent-elles l'univers de l'image 1 ?* », « *les images 2, postérieures aux images 1, sont-elles dans le sillage de ces dernières ?* » Les résultats sont que 75 % des sondés répondent que les images 2 reprennent l'univers des images 1, et 72 % estiment les images 2 sont dans le sillage des images 1. Cependant, les images 2 ne sont que des images isolées et non l'intégralité du clip qui n'a pas été présenté aux sondés, alors qu'il a sa propre signification. L'univers d'une image, qui n'est pas défini par cette étude, est une notion vague. Par ailleurs, il s'agit d'une présentation contrainte, la formulation de la question ne permettant pas aux sondés de prendre en compte ni de se référer à d'autres univers existants, cette étude ne présentant aucune autre alternative d'inspiration des images sélectionnées du clip que celles des œuvres d'Orlan. Ainsi, même si la plus grande notoriété de Lady Gaga n'est pas discutée et ne saurait justifier que l'artiste plus connue puisse parasiter les créations de celle qui l'est moins, le sondage réalisé par Lady Gaga montre que sur 1 000 personnes interrogées ayant vu le clip « *Born this way* » une seule attribue l'une des images de ce clip isolées par Orlan à cette artiste, ce qui révèle la fragilité des résultats du sondage réalisé par Orlan. Outre le fait que Orlan ne verse pas de pièces justifiant des investissements, condition exigée pour caractériser le parasitisme, qu'elle aurait engagés pour la réalisation de ses œuvres, elle n'établit pas l'existence de la volonté de Lady Gaga de profiter de ses créations, puisqu'il ressort d'une interview de Lady Gaga qu'elle ne connaissait pas Orlan, pas plus que Monsieur F., styliste, qui a travaillé sur la conception du clip ne connaissait son travail. Les œuvres en cause ne sont pas de même nature, celles constituant l'univers d'Orlan qui auraient été reprises et qui révéleraient le parasitisme étant notamment des sculptures, des installations, des représentations, des photographies ou des images, alors

qu'il s'agit pour Lady Gaga d'un clip musical et de la pochette d'un album. Une ressemblance d'ensemble entre l'univers d'Orlan et le clip n'est pas établie. Il n'apparaît pas du reste qu'Orlan et Lady Gaga soient en situation de concurrence.

Il résulte de ce qui précède que Orlan ne démontre pas que Lady Gaga ait repris son univers dans son clip « *Born this way* » et la couverture de son album, ni qu'elle se soit placée dans son sillage, afin de profiter ainsi d'un avantage concurrentiel. Par conséquent, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté Orlan de sa demande présentée au titre du parasitisme.

Sur l'atteinte aux droits de la personnalité :

Orlan produit deux séries de photographies à l'appui de sa demande au titre de l'atteinte aux droits de personnalité, qui ont été analysées précédemment. Il convient tout d'abord d'observer, comme s'agissant du parasitisme, que l'image d'Orlan n'est pas reproduite sur les photographies représentant Lady Gaga. Si Orlan souligne que la protection du droit à l'image et des droits de la personnalité peut être invoquée pour toute utilisation de l'apparence d'autrui, et qu'en l'occurrence Lady Gaga s'est muée en elle-même en prenant son apparence physique et en utilisant ses accessoires notoires, la cour relève que les lunettes portées par les deux artistes sur la première série de photographies sont de forme et d'aspect différents, même si leurs verres sont ronds et leurs branches jaunes ; comme indiqué précédemment, celles d'Orlan semblent des lunettes de vue alors que celles de Lady Gaga ont des verres teintés comme des lunettes de soleil ; ces lunettes ne constituent pas pour Orlan des accessoires notoires qu'elle utilise de manière permanente, puisqu'elle ne les porte pas sur sa photographie dans l'autre série de clichés, ni dans aucune autre œuvre dont elle fait état et dans lesquelles elle apparaît. Il a déjà été précisé qu'une coiffure bicolore -cheveux noirs d'un côté, blonds ou blancs de l'autre- avait été précédemment utilisée dans un dessin animé fameux par l'un de ses principaux personnages, et que les coiffures sont distinctes. De même, la coiffure d'Orlan -fût-elle bicolore- ne peut être un élément notoire de sa personnalité, en ce qu'elle n'est pas invariable, comme l'illustrent les photographies, de sorte qu'elle ne peut invoquer utilement la reprise d'une coupe de cheveux qui n'est pas constante chez elle et ne saurait constituer un élément représentatif de son image. Enfin, les implants sous-cutanés présentés par Lady Gaga sur la photographie la plus à droite sont disposés aux épaules, aux pommettes et sur les tempes (ceux-ci étant peu visibles), et ils apparaissent très pointus alors que ceux d'Orlan au-dessus de ses sourcils sont d'une taille plus imposante avec une forme oblongue et arrondie. Au vu de ce qui précède, Orlan n'établit pas que Lady Gaga a repris, afin de s'approprier son apparence, les éléments caractéristiques de son identité physique comme ses accessoires notoires. Le jugement sera confirmé en ce qu'il l'a déboutée de cette demande.

[...]

Prés. : D. Peyron, Cons. : I. Douillet, F. Thomas – av. : Me M. Guizard, P. Dutilleul-Francoeur, M. Boccon Gibod, K. Riahi, F. Teytaud, N. Boespflug

## COMMENTAIRE



**Agnès Tricoire**

Avocat au Barreau de Paris

Spécialiste en propriété intellectuelle

Le feuilleton Orlan / Lady Gaga (ne comptez pas sur moi pour révéler les vrais noms, le droit au pseudonyme est un droit moral de l'auteur...) a connu un nouvel épisode décourageant pour l'artiste française, déboutée une deuxième fois, cette fois par la cour d'appel de Paris, et sur le seul terrain du parasitisme. Orlan reprochait à Lady Gaga des emprunts dans un clip de 2011, « *Born this way* », 238 millions de vues à l'heure où ces lignes sont écrites. De quoi déclencher des envies de compensation quand un artiste se sent dépossédé. Mais ce n'est pas comme cela que le droit fonctionne, les praticiens le savent bien, et l'appréciation des griefs, surtout entre artistes, est de plus en plus restrictive, au bénéfice de la liberté de création.

On se souvient qu'en première instance<sup>1</sup>, Orlan avait été déboutée de ses demandes (évaluées à plus de 30 millions de dollars) fondées sur le droit d'auteur. L'appropriation de formes (excroissances temporales et frontales notamment) avait été sans doute un peu vite rangée par le tribunal dans la catégorie des idées, argument habituel des magistrats qui ne veulent pas condamner ce qu'ils considèrent devoir appartenir à tous. Les juges du fond, devenus d'ardents défenseurs du domaine public dans les litiges entre artistes, allèrent ici jusqu'à qualifier le travail d'Orlan d'art conceptuel, ce qui est tragi-comique (elle est l'auteur d'un manifeste d'art charnel, et a souffert dans sa chair de toutes les transformations qu'elle a imposées à son corps pour le transformer en œuvre d'art), et juridiquement non pertinent. On le sait depuis que le *Paradis* – qui, comme chacun sait, transcende tout – a triomphé de l'infamante catégorie de simple idée dans laquelle voulait le ranger Bettina Rheims, au prétexte, justement qu'il était une œuvre d'art conceptuel de Jakob Gautel, mais je ne peux en dire plus, étant, et ce pour l'éternité, l'avocat du *Paradis*<sup>2</sup>.

Le tribunal se fondait plus sérieusement, et de façon plus classique, sur les différences, considérant qu'Orlan avait fait une description biaisée de ses œuvres, ne tenant pas compte de leur intégralité ni de leurs « messages », et que ses œuvres racontaient une toute autre histoire que le clip de Lady Gaga. Orlan était également déboutée de ses demandes fondées sur le parasitisme, le tribunal expliquant notamment qu'elle ne pouvait s'approprier un mouvement artistique, même si elle en était la fondatrice « éventuelle », ce qui n'est pas très gentil.

Quant à l'appropriation de l'image d'Orlan fondée sur la comparaison de trois photographies d'Orlan avec trois photographies de Lady Gaga, là encore le tribunal déboutait au motif que les cheveux bicolores noirs et blancs avaient été inventés par Disney,

1. TGI de Paris, 7 juillet 2016, RG 13/12836, *Légipresse* n°343 ; voir Agnès Tricoire, « Orlan contre Lady Gaga, l'intention artistique comme grille de lecture de l'œuvre d'art », *Quotidien de l'art* 6 septembre 2016.

2. V. Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 novembre 2018, *Légipresse* n° 258 ; CA de Paris (4<sup>e</sup> ch. A), 28 juin 2006, J. Gautel c. B. Rheims et a., n° 05/24222 ; TGI Paris, 23 novembre 2005, D. 2006 n° 15.

et que Lady Gaga ne copiait par Orlan mais sa propre image qu'elle mettait en scène comme artiste interprète. Il ajoutait qu'aucune volonté de s'approprier l'image d'Orlan n'était démontrée, « *et ce d'autant que Lady Gaga est une artiste reconnue et connue pour ses frasques vestimentaires* ». Connue, donc n'ayant pas besoin de parasiter. Et fantaisiste elle-même.

La cour d'appel de Paris vient de rendre<sup>3</sup> une décision qui va dans le même sens. Orlan demandait 3 millions d'euros pour parasitisme, l'arrêt de la diffusion du clip, de la pochette du single, etc. ..., 2 millions pour atteinte au droit à l'image, et diverses mesures de publications. Elle repart avec une deuxième condamnation à de l'article 700.

Le parasitisme, disait-elle, consistait notamment à avoir reproduit deux personnages créés par elle avec son propre corps, modifié par la chirurgie, et dont la représentation était elle-même modifiée par les technologies de l'image. Lady Gaga s'en serait inspirée de façon trop marquée, ce qui était, selon l'appelante, de nature à créer une confusion dans l'esprit du public. Or le parasitisme est répréhensible même entre non concurrents<sup>4</sup>. Les parties peuvent être, ou pas, en situation de concurrence, peu importe<sup>5</sup>. Et la cour de rappeler la définition classique du parasitisme, sanction de l'emprunt indu de la notoriété ou des investissements d'autrui sans bourse délier, indépendamment de tout risque de confusion. Les magistrats croient bon de rappeler que le parasitisme est essentiellement utilisé entre entreprises concurrentes, ce qui n'est pas faux<sup>6</sup>. Comment la transposer à deux artistes ? La même cour n'avait eu aucune difficulté à le faire quelques années auparavant dans l'affaire *Bob le chien*<sup>7</sup>, et avait été approuvée par la Cour de cassation et la doctrine<sup>8</sup>. Nous verrons ce qu'il en est ici. Et rappellerons que le parasitisme se détermine, contrairement à la concurrence déloyale, par un faisceau d'indices, d'où le caractère foisonnant de la décision.

Ensuite, les magistrats comparent les œuvres : pour évaluer les demandes, comme l'a fait le tribunal, la cour procède à une analyse élément par élément, avant de juger si l'univers d'Orlan a été capté ou détourné par Lady Gaga. Quand elle analyse les éléments communs que sont les excroissances sur le visage, la cour retient qu'elles sont de formes différentes (bien que les emplacements de ces excroissances soient identiques mais la cour y répond ensuite). Reste l'idée de l'insertion d'excroissances sur le visage, non appropriable. En outre, Lady Gaga indique s'être inspirée d'un défilé d'Alexander Mac Queen, dans lequel des mannequins portaient également des volumes sur les pom-

mettes et les arcades sourcilières. Sur chacun des points de ressemblance invoqués par Orlan, la réponse de la cour d'appel est la même que celle du tribunal. Quand Orlan revendique un geste, comme le fait de se figurer donnant naissance à soi-même, les juges répondent que ce n'est pas appropriable en soi.

Ce travail de comparaison opéré, la cour reproche à l'appelante de ne pas avoir défini les éléments caractéristiques de ses œuvres qui se retrouveraient dans le clip. Comme l'artiste a décrit des

« Le parasitisme, disait-elle, consistait notamment à avoir reproduit deux personnages créés par elle avec son propre corps, modifié par la chirurgie, et dont la représentation était elle-même modifiée par les technologies de l'image. »

détails, on comprend que le reproche est de même nature que celui du tribunal, une description partielle et tronquée de l'œuvre d'Orlan. Or chaque œuvre raconte une histoire fort différente, elles ont un tout autre sens, un tout autre « message », ce nouveau leitmotiv que l'on retrouve depuis la décision opposant la petite fille d'Eluard à David Cronenberg<sup>9</sup>, dans lequel l'emprunteur triompha, sur le terrain du droit d'auteur, au motif que son emprunt changeait le message de l'œuvre. On avait appris à l'école du droit d'auteur que ce type

de manipulation constitue plutôt une atteinte au droit moral, mais *The times are changing*...

Ensuite, la cour explique que l'univers revendiqué par Orlan, s'il se limite à l'utilisation du corps comme support artistique, n'est pas appropriable puisque d'autres artistes l'ont fait avant elle et que les thèmes, les idées du clip et des œuvres d'Orlan sont éloignées.

Le conseil de l'appelante avait fait réaliser un sondage avec des photographies des œuvres d'Orlan et du clip de Lady Gaga. Mal lui en a pris. La cour relève qu'un clip est une œuvre audiovisuelle qui a sa propre cohérence quand il est vu en entier, « *sa propre signification* ». La cour note aussi le biais consistant à ne pas montrer d'autres « *alternatives d'inspiration d'images* », ce qui influence l'opinion des sondés. La cour qui est fort sceptique à l'endroit d'Orlan croit sur parole Lady Gaga qui a affirmé dans une interview ne pas connaître Orlan et se fie à cette déclaration, redoublée par le concepteur du clip.

Enfin, la cour considère que les artistes ne sont pas en concurrence, l'une étant plasticienne et l'autre chanteuse : les œuvres ne sont pas de même nature. Et elle explique en préambule que le parasitisme est « *essentiellement* » utilisé par les entreprises, l'une se plaçant dans le sillage de l'autre et profitant déloyalement de ses investissements, de son savoir-faire ou son travail intellectuel, lequel doit produire une valeur économique individualisée et générant un avantage concurrentiel. Donc, si la situation de concurrence n'est pas indispensable pour qualifier le parasitisme, comme la cour le rappelle également, on sent bien qu'elle ne trouve pas très naturel de l'appliquer hors champ concurrentiel. C'est une façon d'expliquer que le parasitisme n'est pas le fondement juridique adéquat pour une artiste reprochant à une autre artiste d'un autre genre la captation d'un univers, au travers de reprises d'éléments revendiqués comme personnels. Ce qui conduit à deux réflexions.

3. CA de Paris (pôle 5 – ch. 1), 15 mai 2018, *Légipresse* n° 361 p. 310 ; *Lamy droit de l'immatériel*, n° 150, 1<sup>er</sup> juillet 2018, note Pierre Noual.

4. Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, *Dalloz Action* 2018-2019 n° 2215-04.

5. Cass. Com. 15 novembre 2011, n° 10-25473.

6. La situation de concurrence est néanmoins souvent retenue, cf Cass. Civ. 1 20 mars 2014, 12-18518, et Cass. Com. 4 février 2014, 13-11044.

7. CA Paris 29 novembre 2013, n° 2012/21082, Civ 1<sup>er</sup> 9 avril 2015, n° 1328468.

8. De la notion de parasitisme et d'agissements parasitaires en matière artistique, Marc-Olivier Deblanc, *RIDA* 254 | 10-2017.

9. TGI de Paris, 3<sup>e</sup> ch. 4<sup>e</sup> section, 25 février 2016, RG 14.10308.

Le droit d'auteur est utilisé depuis sa création par les industries non culturelles pour protéger leur communication, la forme de leurs produits, et on ne demande pas à ces produits d'être des œuvres d'art. Le droit d'auteur protège sans doute plus de lingerie, de carrosserie et de casseroles que d'œuvres de peinture ou de sculpture. En revanche, si l'on suit le raisonnement de la cour, le parasitisme serait plus adapté à l'industrie et aux entreprises qu'aux artistes ? Pas juste. Comme le répète un personnage d'une série anglaise fort distrayante, « *T'int right, T'int fair, T'int proper* » !<sup>10</sup>

Le travail intellectuel, quand c'est un travail de création, doit, dit la cour sans fermer complètement la porte, produire une valeur économique individualisée ; or Orlan n'est pas capable de justifier de ses investissements. D'où une deuxième observation. C'est tenir pour rien l'investissement créatif, le temps qu'il prend et qui n'est pas directement quantifiable ou évaluable, et considérer qu'il n'a pas de valeur économique en soi.

La création en tant que telle devrait être considérée comme générant un avantage concurrentiel même si elle ne se traduit pas directement par une valeur économique individualisée, dès lors qu'elle aboutit à la création d'une œuvre individualisée et ce quel que soit le prix de vente de cette dernière. En l'espèce, rien de ce qui est revendiqué par Orlan n'est aux yeux de la cour quantifiable directement de la sorte, puisqu'il s'agit toujours de détails et non d'une œuvre entièrement reprise.

Orlan ne pouvait ici invoquer l'usurpation de sa renommée, ou le parasitage de son succès, Lady Gaga étant bien plus connue qu'elle. Quand la Cour de cassation condamne des artistes pour parasitisme<sup>11</sup>, en plus de la contrefaçon, c'est au motif qu'elles se sont placées dans le sillage d'un autre artiste, « *connu pour s'inscrire dans le Pop Art depuis 20 ans* » (ce qui ne paraît pas d'une folle originalité puisque le *Pop Art* naît dans les années soixante et que l'artiste en question est loin d'en être un représentant majeur. Mais aux yeux des juges, le *Pop Art* semble encore faire son petit effet). Cet artiste connu est plus connu que ses imitatrices qui utilisent un titre proche (*Jack le chien* au lieu de *Bob le chien*) et représentent le même chien assis, un bull-terrier. La Cour considère que ces actes caractérisent le parasitisme. Si l'on résume, la reprise du même sujet, dans le même style et sous un titre quasi identique, aux mêmes consonances anglo-saxonnes, constitue le parasitisme.

Le tandem droit à l'image et parasitisme n'est pas si fréquent et mérite qu'on s'y arrête un instant. Étrange paradoxe que d'arguer à la fois de parasitisme pour reprise de ses personnages et d'atteinte à son image. Car en l'espèce, qu'est-ce que l'image revendiquée ? Image soi, soi-même comme personne, personne intime, cachée, ou image produite par l'auteur soi-même sur soi-même, sur son propre corps, ce qui l'aurait rendu auteur en soi et de soi ? Est-ce l'image (et qui en est auteur ?) de ce quasi

autre que l'une, l'auteure, a fait advenir sous les coups de bistouri, pour produire cet autre soi, afin que l'une puisse alors dire « *je est une autre* » selon l'injonction Rimbaldienne, ou plutôt, « *je est pleins d'autres* », puisqu'Orlan n'a cessé de se métamorphoser au propre comme au figuré ?

« La création en tant que telle devrait être considérée comme générant un avantage concurrentiel même si elle ne se traduit pas directement par une valeur économique individualisée, dès lors qu'elle aboutit à la création d'une œuvre individualisée »

Quand elle évoque son image, ici, il n'est pas question de ce soi en représentation sociale, dans l'espace public, de cette interface inéluctable entre soi et l'autre, à la fois un lieu d'accueil et de rejet, et dont il n'est pas si évident que cela, en tout cas sur le plan éthique et philosophique, qu'il « *appartienne* » au sens juridique à la personne<sup>12</sup>. L'image qu'elle revendique n'est pas l'apparence de sa personnalité, elle revendique ici des coiffures, donc des mises en scènes d'elle-même, et la cour aurait pu balayer l'argument en relevant que le terrain

juridique était mal choisi. Très prosaïquement, elle considère que ces coiffures sont différentes de celles de Lady Gaga, le seul point commun, la bicolorisation, ayant été conçue par Walt Disney pour le personnage *Cruella* des « *101 dalmatiens* ».

Dans *Rapport de Police*<sup>13</sup>, l'écrivaine Marie Darrieussecq répond aux accusations de plagiat dont elle a fait l'objet de la part de Camille Laurens et Marie NDiaye. Elle y va fort : elle décrit la « *plagiomanie* » comme une maladie psychique, critique le sentiment de propriété inhérent à ce type de revendication et invoque les idées qui sont dans l'air du temps pour expliquer les similarités fortuites entre certaines œuvres. L'air du temps a bon dos, et il se trouve que les deux écrivaines qui lui ont fait des reproches n'ont pas saisi le tribunal mais la presse, ce qui se fait de plus en plus. La presse est prompte à juger, souvent dans le sens de celui qui, initialement, dénonce. Cela s'appelle non pas l'air du temps, quoique, mais le sens du vent. Darrieussecq, du haut de sa formation de psychanalyste, explique que l'œuvre qui ressemble est perçue parfois comme une menace, et peut provoquer l'effondrement de celui qui, croyant inventer une nouvelle forme, découvre qu'elle a été produite avant lui. Elle critique le critère juridique de l'originalité, laquelle, « *superposée à l'authenticité, devient un lieu commun centré sur une certaine idée du Moi : garant d'une parole sûre, tenant d'une vérité vraie, et pur, de son incomparable douleur* ». Si elle était dans le camp des victimes, et non plus dans le camp des bourreaux, sans doute aurait-elle un point de vue plus compatissant sur ce critère. Mais à force de ne pas s'intéresser au droit qu'elle dénigre, elle en arrive à dire à peu près n'importe quoi sur le sens juridique de l'originalité, le confondant avec sa définition psychanalytique. Puis elle explique que « *l'inquiétante étrangeté est définie par Freud comme un débordement du moi hors de ses frontières subjectives habituelles : il se reconnaît partout au dehors, et bascule en un vertige dans un monde « déjà vu »* ». Le plagiat est dès lors décrit comme le signe d'une pathologie que « *n'existe, en fait, que dénoncé. Le « plagié » a besoin d'un public comme de flics, de témoins et d'huissiers. Un de ses recours est de chercher l'objet*

10. Paynter dans Poldark.

11. Cass. Civ. 1 9 avril 2015, n° 13-28768.

12. Entretien croisé entre Agnès Tricoire et Marie José Mondzain, revue *Tête à tête*, n° 3, Images du pouvoir.

13. *Rapport de police, Accusations de plagiat et autres modes de surveillance de la fiction*, Paris, P.O.L., 2010. Les citations se trouvent p. 164, 181, 188.

comme déjà fondé : la dénonciation s'appuie sur une dénonciation antérieure, on répète pour dénoncer des effets de répétition. Pour constituer le plagiat comme objet, on n'est jamais loin des processus de constitution d'objet dans le délire. Un délire que beaucoup partagent : être plagié, c'est comme être enlevé par un Martien – c'est arrivé à peu de gens, mais nombreux sont ceux qui ont besoin de les croire. (...) L'envie, le manque, le ressentiment, le besoin de se croire unique, sont des troubles du rapport à l'autre que ne comblent ni le succès ni la fortune ». Cet ouvrage à charge contre le plagiat et à sa propre décharge, alors que seule la presse (ce qui est heureux car pour Marie Darrieussecq, les juges ne savent pas lire), est évidemment à prendre avec la distance qui s'impose, mais il fournit aux juristes une source de réflexion non dénuée d'intérêt. Car ce que les juges tranchent dans ce type de conflit, qu'il soit qualifié de plagiat ou de parasitisme, c'est la question de l'appartenance en propre (la propriété) de formes singulières (notion de forme que Darrieussecq se garde bien d'aborder), tout en protégeant l'accès de chacun aux moyens d'expressions artistiques, qui relèvent du bien commun, sauf s'ils résultent d'investissements personnels et quantifiables et que leur dépossession paraît un enrichissement au dépend des efforts d'autrui.

Or il faut le dire clairement, les juges du fond sont très frileux en matière de parasitisme artistique. Certes, entre des positions aussi diamétralement opposées, l'équilibre est très difficile à trouver. L'affaire *Orlan* a fait couler beaucoup d'encre, peu souvent en faveur de la plaignante, critiquée pour avoir eu recours à la justice (dans le milieu de l'art, comme cela ne se fait pas, ce milieu étant encore trop souvent un milieu de règles non écrites, de claques dans le dos et d'abus de pouvoirs<sup>14</sup>) et avoir formé des demandes financières élevées. La tentation du « plagie » est souvent de s'évaluer à l'aune du « plagiaire » quand celui-ci est plus connu et gagne beaucoup d'argent. Parfois, cela fonctionne, et la justice est, de ce point de vue, très aléatoire.

Mais, à l'évidence, pour les juges, Lady Gaga n'a pas parasité l'univers ou les œuvres revendiquées d'Orlan dans leur substantifique moelle. L'idée même qu'Orlan puisse considérer que son univers est repris par Lady Gaga est rejetée. Car si univers il y a, il dit bien autre chose, œuvre par œuvre, de son rapport au monde, que ce que la chanteuse transmet dans son clip. Qu'il y ait des coïncidences est indéniable, mais il s'agit soit de coïncidences fortuites, soit de coïncidences non répréhensibles. Les juges, que les non juristes prennent un peu trop facilement pour des billes, sont fort attachés à la liberté de création. Que serait cette liberté sans la possibilité de faire des références, des allusions aux œuvres des autres ? Non pas des citations, reprises à l'identique d'extraits, de parties d'œuvre, mais des références plus subtiles, des évocations qui permettent le dialogue entre les artistes et leurs œuvres et constituent l'un des terrains fertiles de la création.

A. T.

14. Combien de fois mes clients ont entendu la petite phrase « ne va pas devant le tribunal, tu ne travailleras plus jamais », menace qui s'est évidemment avérée complètement fautive et témoigne des habitudes de ce milieu et de la pression faite sur les (soi-disant) plus faibles pour qu'ils cèdent.

## La pérennité du rôle de directeur de collection menacée par l'AGESSA

**MOTS-CLÉS :** édition, directeur de collection, artiste auteur, régime de sécurité sociale

.....  
Conseil d'État (ord. réf.)

7 novembre 2018

Syndicat national de l'édition

366-xxx

.....  
Par une requête, enregistrée le 25 septembre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le Syndicat national de l'édition (SNE) demande au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

- ..... 1°) d'ordonner la suspension de l'exécution, d'une part, de la décision, non datée, par laquelle l'Association pour la gestion de la sécurité sociale des auteurs (AGESSA) a prévu que les activités des directeurs de collection de livres ne sont pas au nombre de celles qui relèvent du régime de sécurité sociale des artistes auteurs, d'autre part, de la « lettre », en date du 19 avril 2018, adressée au directeur de l'AGESSA et de la Maison des artistes (MdA), par laquelle la ministre des solidarités et de la santé, le ministre de l'action et des comptes publics et la ministre de la Culture ont clarifié les conditions de mise en œuvre de cette décision ;
- ..... 2°) de mettre à la charge de l'AGESSA et de l'État la somme de 2 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- ..... [...]

### Sur le cadre juridique :

- ..... 1. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 382-1 du code de la sécurité sociale : « Les artistes auteurs d'œuvres littéraires et dramatiques (...), sous réserve des dispositions suivantes, sont affiliés obligatoirement au régime général de sécurité sociale pour les assurances sociales et bénéficient des prestations familiales dans les mêmes conditions que les salariés. (...) / L'affiliation est prononcée par les organismes de sécurité sociale, s'il y a lieu après consultation, à l'initiative de l'organisme compétent ou de l'intéressé, de commissions qui, instituées par branches professionnelles et composées en majorité de représentants des organisations syndicales et professionnelles des artistes, tiennent compte notamment de ses titres » ; qu'aux termes de l'article R. 382-2 du même code : « Entrent dans le champ d'application du présent chapitre les personnes dont l'activité, relevant des articles L. 112-2 ou L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle, se rattache à l'une des branches professionnelles suivantes : / 1°) Branche des écrivains : – auteurs de livres, brochures et autres écrits littéraires et scientifiques ; / – auteurs de traductions, adaptations et illustrations des œuvres précitées ; / – auteurs d'œuvres dramatiques ; / – auteurs d'œuvres de même nature enregistrées sur un support matériel autre que l'écrit ou le livre (...) » ;
- ..... 2. Considérant, d'autre part, qu'en vertu de l'article L. 382-4 du code de la sécurité sociale, le financement des charges incom-