

## Discours prononcé le 9 mai 2022 à l'occasion du deuxième tour de la Conférence

Sujet : « *Est-il exclu qu'une association, qui diffuse des visuels détournant, au profit de ses propres causes, les éléments d'une campagne de sensibilisation nationale conduite par une autre, puisse être condamnée pour actes de parasitisme ?* »

Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 16 février 2022, pourvoi n° 20-13.542, publié au Bulletin

Position : demandeur

### Introduction

*« Camarades, comprenez-moi, je ne me rappelle même pas comment j'ai écrit cela, ça s'est fait très vite, deux lignes comme ça, pour blaguer ! [...] Que tu l'aies écrit [...] sur ton genou ou sur une table, tu n'as pu écrire que ce qu'il y avait en toi. [...] Tu as plusieurs visages, un pour le parti et un second pour les autres.*

*J'exposai les mêmes raisons encore plusieurs fois : qu'il s'agissait d'une plaisanterie, que ce n'était que des mots sans signification [...]. Ils ne voulurent rien entendre. »*

C'est pour avoir écrit par dérision « *vive Trotski* » sur une carte postale destinée à sa bien-aimée que l'étudiant Ludwik Jahn, héros de *La Plaisanterie* de Milan Kundera, sera jugé déviant par ses camarades et mis au ban de la société.

Le Parti ne distingue pas entre discours amoureux et discours politique ; il ne conçoit ni le second degré ni l'ironie ; il régit à l'unisson la vie et la pensée. Pour le Parti, tout discours est littéral.

M le Président, Mesdames et Messieurs les Secrétaires, Mesdames, Messieurs,

Notre temps n'est plus à l'ardeur révolutionnaire et c'est plutôt la logique du marché que nous croyons voir à l'œuvre partout – et que nous croyons partout devoir moraliser. On taxe le droit de la concurrence d'impérialisme – il régit jusqu'aux activités non lucratives – et sa morale est si chatouilleuse que par l'effet de la construction doctrinale qu'on nomme parasitisme il va jusqu'à tenir pour déloyal à l'égard d'un tiers l'usage de ce qui est pourtant dans le domaine public.

Puisque l'exigence de loyauté du concurrent relève après tout du droit commun, jusqu'où ne pas l'étendre ? N'y a-t-il pas concurrence entre les personnes physiques dans la recherche d'un emploi ou même dans une rivalité amoureuse ?

Une campagne de la SPA brocarde les abattoirs, la tauromachie et les expérimentations animales. Un hashtag accolé à un vers de Boris Vian interpelle l'Elysée. L'association La Manif pour tous réplique qu'elle tient pour prioritaire sa propre cause, la cause de la personne humaine. Elle surenchérit, détournant visuel et hashtag, et vilipende sur le même ton la PMA et la GPA. Pour la Cour de Paris, tout discours est commercial. Aussi a-t-elle jugé parasitaire la réaction de La Manif pour tous.

A la question « *Est-il exclu qu'une association, qui diffuse des visuels détournant, au profit de ses propres causes, les éléments d'une campagne de sensibilisation nationale conduite par une autre, puisse être condamnée pour actes de parasitisme ?* », c'est par l'affirmative que vous répondrez parce que la faute de parasitisme alléguée est inexistante d'une part et parce qu'elle est impossible d'autre part.

## I. Une faute inexistante en premier lieu

Tout d'abord,

### A. Le détournement comme prélude

Il est admis que sont de nature parasitaire des agissements qui, sans avoir pour effet d'appauvrir le parasite, consistent à s'immiscer dans son sillage pour jouir à bon compte du fruit de ses efforts. Les idées originales sont chères et il est juste que les investissements de la SPA ne soient pas accaparés par un tiers, qu'il y ait ou non risque de confusion ; qu'il y ait ou non situation de concurrence.

Souvenez-vous toutefois que votre formation a jugé le 3 mai 2012 que le concepteur de meubles inspirés des briques Lego n'avait pas commis de faute au préjudice du fabricant de jouets danois : il avait, je cite, « *créé un produit qui lui était propre* », résultat « *d'efforts et d'investissements particuliers* » ; la doctrine, par la voix du Pr. Malaurie-Vignal, a déduit de cet arrêt qu'il n'y a point de parasitisme sans « *une certaine passivité* » du parasite.

Les visuels de la SPA sont simples puisque leur seule conception a coûté moins de 6000 euros. Les visuels litigieux sont à l'évidence originaux puisqu'outre la reprise d'une idée simple ils consistent dans une réponse provocatrice aux premiers. S'il est question de détournement, c'est qu'il n'est pas question d'imitation.

L'histoire de l'art moderne nous apprend que le genre du détournement, déjà prôné par les situationnistes « *comme négation et comme prélude* », doit ses lettres de noblesse à Warhol et Lichtenstein et surtout au mouvement dit appropriationniste. Les instances en contrefaçon que ce courant n'a pas manqué de susciter en France donnent lieu à des solutions contrastées mais, qu'une atteinte au droit d'auteur soit ou non retenue, les juges spécifient invariablement que les détournements d'images commerciales de Peter Klasen ou encore de Jeff Koons sont des créations originales. L'art et le droit l'admettent d'une seule voix : le détournement est création – en cela il est le contraire de la captation passive qui définit le parasite.

Pas davantage que d'une appropriation induite du fruit de ses efforts, la SPA ne peut se prévaloir d'un trouble commercial.

A présent,

### B. Celui par qui le scandale arrive

De quelle nature est le préjudice d'un acte de parasitisme ? le Pr. Marie-Anne Frison-Roche voit entre la théorie des troubles du voisinage et celle des troubles du commerce une parenté profonde. Ce qui est sanctionnable dans les deux cas, c'est le trouble « anormal ».

Il est d'abord allégué que le message de la SPA aurait été brouillé, affaibli et parasité au sens où le serait une fréquence radio que la friture rendrait inaudible.

Il est vrai que tout agent économique, quel que soit son statut, peut être partie à l'instance en parasitisme. Il est logique que la SPA ait fait condamner de ce chef en 2018 l'association Défense de l'animal, usurpatrice du sigle SPA de France – les parties ne se disputaient-elles pas les mêmes donateurs ? On conçoit encore qu'une association de défense des droits des locataires ait récemment triomphé d'une autre association qui tentait de capter ses militants et partenaires.

Dans ces litiges entre associations ayant même objet, les juges ont pu sanctionner la déloyauté dans la concurrence – concurrence non commerciale, mais, par analogie, concurrence tout de même.

Comment admettre une pareille analogie dans le cas d'espèce ?

Quel est donc le résultat « normal » d'une campagne qui qualifie de tortionnaires les tenants de l'alimentation carnée ? la SPA entend à l'évidence choquer, marquer les esprits, susciter la controverse – et pourquoi pas le détournement ? De telles réactions, recherchées, ne sauraient constituer en elles-mêmes un trouble anormal.

Est encore allégué un préjudice du fait du détournement du hashtag vianesque « JeVousFaisUneLettre ».

Exploiter un hashtag suppose pourtant de souscrire aux codes et usages des réseaux sociaux. La viralité, comme chacun sait, est à double tranchant. En 2012, la marque McDonalds a ainsi douloureusement pâti du hashtag #McDoStories, massivement détourné par les tenants d'une alimentation saine.

Nul communicant normalement diligent n'ignore l'Évangile selon Matthieu : « *Il est nécessaire qu'il arrive des scandales, mais malheur à celui par qui le scandale arrive* ».

Le cours « normal » d'une campagne militante provocante est-il le cours « normal » d'une campagne de publicité ? Des activistes peuvent-ils s'accuser mutuellement d'un trouble anormal du fait de prises de position adverses dans le débat public ? Cette solution est absurde, car les faits de l'espèce échappent à l'entendement du droit des affaires – en cela ils exigent qu'il soit fait droit à l'exception de parodie.

En second lieu,

## **II. Une faute impossible**

Impossible, parce que la nature même du détournement nous appelle à faire droit à une exception de liberté d'expression – à distinguer, d'abord, entre le satiriste et le concurrent – et parce que la solution contraire escamoterait l'exception de parodie proprement dite, prévue en propriété intellectuelle, par une porte dérobée, enfin.

### **A. Le satiriste et le concurrent d'abord**

La faute civile s'arrête au seuil de la liberté d'expression.

Ainsi, en matière de dénigrement, il a été jugé que n'est pas abusif – sous réserve de proportionnalité – le fait de détourner le logo d'un groupe industriel dans un but d'intérêt général conforme à son propre objet social (ici la santé publique, là la défense de l'environnement).

Mais un arrêt d'assemblée plénière de 2000 relatif à l'émission Les Guignols de l'info est allé plus loin encore en créant ce que le Pr. Patrice Jourdain a appelé l'effet justificatif de l'humour : une satire grossière, sans confusion possible, ne saurait être un dénigrement fautif.

Condamner le satiriste, partie prenante du débat public, pour la même faute que le concurrent dénigrant qui aspirerait à détourner la clientèle d'autrui, ce serait agir comme Ponce Pilate, qui condamna le Nazaréen pour rébellion faute de distinguer royaume céleste et royaume terrestre. Ce serait omettre de distinguer entre royaume de la satire et royaume du commerce.

Dénigrement et parasitisme ont même fondement textuel. Aussi va-t-il de soi que la justification de l'humour existe dans les deux cas. Aucun risque de confusion entre les visuels n'étant allégué, la cour d'appel aurait dû, en l'espèce, se borner à rechercher l'intention parodique – intention qu'elle juge d'ailleurs absente par motifs présumés adoptés.

Si vous deviez pourtant rejeter le pourvoi, vous traiteriez plus durement – par un singulier paradoxe – la parodie de ce qui est libre de droit que la parodie de ce qui est l'objet d'un droit d'auteur.

Ce serait ouvrir une boîte de Pandore ou, plus justement, une porte dérobée.

## **B. La porte dérobée enfin**

Quand bien même l'œuvre d'origine est protégée, la parodie n'est pas fautive, sous réserve toutefois d'une balance des intérêts (le « triple test » issu du droit communautaire). Ainsi en dispose le code de la propriété intellectuelle.

Une intention humoristique est alors exigée et sa recherche est soumise à votre contrôle léger.

Le juge du fond a le rire triste quand il dit humoristique un éloge funèbre d'Yves Montand inspiré de la chanson *Les Feuilles mortes*. Il a le rire facile – et ce rire est repris par la Première Chambre civile – lorsqu'il juge de même à propos d'une couverture du *Point* figurant un buste de Marianne immergé sous le titre : « la France coule ». Il est d'autant plus enclin à rire qu'un débat d'intérêt général est en cause, allant jusqu'à juger parodique le détournement d'une marque par une campagne anti-tabac tout en précisant que l'intention de fond est dénuée d'humour.

Sur votre balance indulgente, la liberté d'expression l'emporte d'ordinaire sur l'intérêt de l'auteur et une doctrine fournie, non contente d'approuver votre indulgence, plaide pour l'extension du domaine de l'exception – je cite ici Pauline Léger – à « *des formes de détournement sans intention de faire rire, mais plutôt de susciter la réflexion* ».

Serez-vous plus exigeants ce soir, alors qu'aucun droit privatif n'est cette fois en jeu ?

Si les visuels de la Manif pour tous ne prêtent pas spontanément à rire, c'est que le débat qu'ils soulèvent est sensible et dérangeant. D'autant plus exigeante est en pareil cas la garantie de la liberté d'expression pour les juges de Strasbourg. D'autant plus nécessaire est l'exception de parodie.

Hannibal, redoutant une mer dominée par la flotte romaine, fit un détour pour gagner l'Italie. Il franchit avec ses pachydermes les Pyrénées puis les Alpes et dévasta le Latium. La légion des plaideurs déboutés hier sur le fondement du droit spécial n'aurait pas tant de peine à contourner l'obstacle à votre signal pour emprunter demain les voies plus sûres du droit commun et dévaster l'exception de parodie.

Hier triomphante sur le terrain de la contrefaçon, l'association L214, qui avait parodié un clip promouvant le foie gras, pourrait dorénavant succomber sur le fondement du parasitisme, et ce pour la même faute qu'un industriel concurrent des auteurs du clip qui l'aurait imité dans un but lucratif...

En somme, c'est avec raison que le tribunal judiciaire de Rennes a jugé l'année dernière que les faits protégés par l'exception de parodie sur le terrain du droit d'auteur le sont aussi sur celui du parasitisme « *sans à vider cette exception de toute portée* ».

J'observerai enfin que s'il est vrai qu'en matière commerciale la Cour de Strasbourg est accommodante quant à la liberté d'expression, elle se rembrunit « *lorsqu'est [en réalité] en jeu* – je cite

- non le discours strictement « commercial » de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général ». Le juge européen vous invite avec moi au discernement.

### **Conclusion**

Dans *L'Art du roman*, Milan Kundera cite le proverbe yiddish « *l'homme pense, Dieu rit* », à la lumière duquel il commente le substantif « *agélaste* » qui, chez Rabelais, définit l'homme incapable de rire. « *N'ayant jamais entendu le rire de Dieu, écrit Kundera, les agélastes sont persuadés que la vérité est claire, que tous les hommes doivent penser la même chose et qu'eux-mêmes sont exactement ce qu'ils pensent être* ». Les étudiants communistes qui condamnent Ludwik Jahn pour une innocente plaisanterie sont des agélastes : parce que la vérité du Parti est la vérité du monde, il n'existe pour eux ni décalage ni dérision.

La civilisation européenne, nous dit Kundera, a su entendre le rire de Dieu ; elle s'est aperçu qu'une part de l'homme se dérobe à sa propre compréhension et elle a perçu là l'ironie du Créateur. En cherchant à dire cette ironie, elle a inventé l'art du roman.

M le Président, Mesdames et Messieurs les Secrétaires, Mesdames, Messieurs,

A l'heure de la civilisation marchande, il vous appartient d'éclairer notre droit commercial de la même vieille sagesse. Vous reconnaîtrez qu'une part de l'activité humaine – la communication militante, la satire politique, la parodie – fait exception aux sanctions du droit de la concurrence comme elle échappe à l'intelligence du commercialiste. Vous entendrez le rire de Dieu : vous casserez.