

**THE ANDY WARHOL FOUNDATION FOR THE VISUAL ARTS, INC. V. LYNN GOLDSMITH,
2D CIRCUIT MARCH 26, 2021**

MOTS CLEFS : fair use – photographie – caractère transformatif – appropriationnisme – art contemporain – copyright

Le 26 mars 2021, la cour d'appel de New York a donné raison à la photographe Lynn Goldsmith qui poursuivait la Fondation Andy Warhol pour violation de son copyright. Était en cause une série de tableaux réalisés par l'artiste Andy Warhol représentant le chanteur Prince réalisés dans les années 1980, inspirés d'une photographie prise par Lynn Goldsmith pour un magazine.

FAITS : En 1981, une photographe avait conclu un contrat de commande avec un magazine, consistant en la réalisation d'une photographie d'une personnalité publique. Cette photo n'a finalement pas été publiée par le magazine. En 1984, Vanity Fair a acheté le portrait et demandé à l'artiste Andy Warhol d'en faire une illustration. A fait suite à cette première illustration une série de seize tableaux, tous restés inconnus de la photographe. En 2016, à l'occasion du décès du chanteur, Vanity Fair a republié la série sans prévenir ni mentionner la photographe Lynn Goldsmith, qui n'en a eu connaissance qu'à la sortie du numéro. La photographe a formé une action devant les juridictions américaines contre la Fondation Andy Warhol, gérant les droits de l'artiste depuis son décès en 1987, en violation de son droit d'auteur sur le fondement de l'article 17 du code américain, paragraphes 106 et 501.

PROCÉDURE : En 2019, les juges de première instance ont donné raison à la Fondation, en considérant que la création de Warhol avait transformé « l'image d'une personne vulnérable, mal à l'aise » en « une figure iconique, plus grande que nature ». Le caractère transformatif de l'œuvre est ainsi selon eux vérifié et justifie l'application de la théorie du « fair use ». Par conséquent la reprise de la photographie n'est pas attentatoire aux droits de son auteur même en l'absence d'autorisation de ce dernier.

PROBLÈME DE DROIT : La reprise de la photographie par l'artiste peintre aux fins de réaliser la nouvelle œuvre est-elle suffisamment « transformative », en d'autres termes peut-elle être couverte par la théorie du fair use comme le prévoit le droit du copyright américain ?

SOLUTION : Dans un arrêt en date du 26 avril 2021, la cour d'appel de New York renverse la solution précédemment admise en première instance et donne droit à la photographe. Selon le juge d'appel, la série Prince de Warhol est essentiellement semblable à la photo de Goldsmith et ne caractérise pas le caractère suffisamment transformatif de la deuxième œuvre réalisée. En conséquences la théorie du fair use ne peut s'appliquer et la violation du droit d'auteur de la photographe doit être réparée.

SOURCES :

- Jane C. GINSBURG, *The Authors' Take - Comment on Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 2021 U.S. App. LEXIS 8806 (2d Cir. March 26, 2021)
- Krystelle BIONDI, *L'art de l'appropriation ou l'art de la contrefaçon : dernier épisode en date de la saga judiciaire de Jeff Koons*, *Légipresse* 2021. 279



NOTE :

L'existence du droit d'auteur de Lynn Goldsmith sur la photographie n'était pas démentie en l'espèce, seul était discuté l'usage qui en était fait par Andy Warhol. Bien que la personnalité de Warhol se retrouve aisément dans la série de tableaux, est-ce toutefois suffisant pour le déclarer auteur d'œuvres originales ?

Une application stricte de la loi dans l'examen du critère transformatif de l'oeuvre seconde

Bien que le copyright américain prohibe en principe l'usage de l'œuvre d'autrui sans autorisation, ce principe est tempéré par la notion de "fair use" (ou usage équitable). A ce titre l'usage d'une œuvre existante est jugée licite si quatre critères sont réunis, critères vérifiés tour à tour en l'espèce.

Le premier critère donné par le titre 17 section 107 du code américain, à savoir le caractère « transformatif » de l'œuvre picturale, faisait défaut. En effet, selon le juge Gerald E. Lynch présidant le procès d'appel, l'utilisation transformative est conditionnée par « quelque chose de plus que le plaquage du style d'un artiste sur une œuvre de base ». Or le juge a estimé que la nouvelle œuvre n'était pas réellement altérée par rapport à son original, en d'autres termes que la série Prince de Warhol est essentiellement semblable à la photo de Goldsmith.

Cette décision limite ainsi la portée de la liberté de création à partir d'une photographie et donne une définition restrictive de la condition de transformation de l'œuvre originale dans l'utilisation de la théorie du « fair use ». La simple addition d'un « style artistique » ou d'une nouvelle esthétique sur une œuvre primaire ne suffit donc plus à caractériser l'usage transformatif de l'œuvre.

Un revirement de jurisprudence impactant lourdement les artistes producteurs d'art contemporain

Cette décision vient renverser la solution antérieure. Précédemment, le seul aspect

créatif de l'œuvre picturale semblait suffire à rejeter la violation du copyright de la photographie. Les cours de district notamment semblaient consacrer le critère transformatif à la simple constatation d'un élément nouveau, puis de là en déduisait rapidement que l'usage de l'œuvre protégée était licite.

Le juge Lynch condamne cette position en affirmant que « Le juge de district ne doit pas se prendre pour un critique d'art et chercher à trouver l'intention ou la signification des œuvres », entérinant ainsi la jurisprudence de la Cour Suprême¹.

La notoriété ou le style particulièrement reconnaissable d'un auteur ne doit pas non plus influencer le juge. Le cas de Warhol rejoint les jurisprudences relatives aux œuvres de Koons, ce dernier ayant déjà été condamné alors qu'il invoquait en vain la théorie du fair use et l'exception de parodie². Plus largement, le mouvement artistique contemporain de l'« appropriationisme », consistant justement à se réapproprier l'œuvre d'autrui, risque d'être ébranlé par une telle solution. La même cour d'appel de New York avait considéré en 2013 dans un arrêt opposant les artistes Patrick Cariou et Richard Prince³ que les œuvres créées par les artistes de ce mouvement étaient couvertes par le « fair use ». En revenant sur la jurisprudence antérieure, cette solution du 26 mars 2021 est donc un tournant pour le copyright américain et le droit des artistes contemporains. On peut s'attendre à ce que ces modes d'expression soient régulièrement remis en question désormais.

Chloé Besnard

Master 2 Droit de la création artistique et numérique
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDDIC 2021

¹ La Cour Suprême avait consacré la dangerosité de cette prise de position par les juges : "[i]t would be a dangerous undertaking for persons trained only in the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits." *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903).

² *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992) notamment

³ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)



ARRÊT

The Andy Warhol Foundation for The Visual Arts, Inc. v. Lynn Goldsmith, 2d Circuit March 26, 2022

(...) The district court held that the Prince Series works are transformative because they “can reasonably be perceived to have transformed Prince from a vulnerable, uncomfortable person to an iconic, larger-than-life figure.” That was error. Though it may well have been Goldsmith’s subjective intent to portray Prince as a “vulnerable human being” and Warhol’s to strip Prince of that humanity and instead display him as a popular icon, whether a work is transformative cannot turn merely on the stated or perceived intent of the artist or the meaning or impression that a critic – or for that matter, a judge – draws from the work. (...) As we have discussed, the court must examine how the works may reasonably be perceived.

In conducting this inquiry, however, the district judge should not assume the role of art critic and seek to ascertain the intent behind or meaning of the works at issue. That is so both because judges are typically unsuited to make aesthetic judgments and because such perceptions are inherently subjective.

(...)

Instead, the judge must examine whether the secondary work’s use of its source material is in service of a “fundamentally different and new” artistic purpose and character, such that the secondary work stands apart from the “raw material” used to create it. Although we do not hold that the primary work must be “barely recognizable” within the secondary work, as was the case with the works held transformative in *Cariou*, the secondary work’s transformative purpose and character must, at a bare minimum, comprise something more than the imposition of another artist’s style on the primary work such that the secondary work

remains both recognizably deriving from, and retaining the essential elements of, its source material.

With this clarification, viewing the works side-by-side, we conclude that the Prince Series is not “transformative” within the meaning of the first factor.

(...)

Warhol created the series chiefly by removing certain elements from the Goldsmith Photograph, such as depth and contrast, and embellishing the flattened images with “loud, unnatural colors.” (Warhol, 382 F. Supp. 3d at 326). Nonetheless, although we do not conclude that the Prince Series works are necessarily derivative works as a matter of law, they are much closer to presenting the same work in a different form, that form being a high-contrast screenprint, than they are to being works that make a transformative use of the original. Crucially, the Prince Series retains the essential elements of the Goldsmith Photograph without significantly adding to or altering those elements.

(...)

Finally, we feel compelled to clarify that it is entirely irrelevant to this analysis that “each Prince Series work is immediately recognizable as a ‘Warhol.’”. Entertaining that logic would inevitably create a celebrity-plagiarist privilege; the more established the artist and the more distinct that artist’s style, the greater leeway that artist would have to pilfer the creative labors of others.

