



ROBIC
+ DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE
DEPUIS 1892

TATOUAGE, DROIT D'AUTEUR ET MARQUE DE COMMERCE: QUELQUES REFLEXIONS

LAURENT CARRIERE*

LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L.

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

«Chase: Maybe the pain caused the orgasm. You get a tattoo, the brain releases endorphins which create pleasure.

Cameron: Most people don't get orgasm from a needle prick.»

Transcription de «House m.d.»,
Distractions, Season 2, Episod 12 (Fox, :2006-02-14).

1. Introduction
2. L'œuvre
3. L'auteur
4. La propriété des droits d'auteur sur l'œuvre
5. Et le droit moral ?
6. La violation des droits
7. La marque de commerce
8. *Tattoo advertising* et *ambush marketing*: boxe et basket
9. Considérations religieuses
10. Droit à l'image
11. Brevets
12. Conclusion

© CIPS, 2008.

* Avocat et agent de marques de commerce, Laurent Carrière est un des associés principaux de LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et de d'agents de brevets et de marques de commerce. Cette allocution a été donnée le 2008-09-16 pour souligner la rentrée de l'Association des juristes pour l'avancement de la vie artistique (AJAVA); présentée pour être dite et illustrée d'éléments visuels externes plutôt que d'être lue, un ton familier a été volontairement adopté et les notes de bas de pages écartées. Publication 383.

LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L.
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: (514) 987-6242 Fax: (514) 845-7874
www.robic.ca info@robic.ca

1. Introduction

«Quelqu'un lut à haute voix la phrase tatouée sur l'omoplate: NE POUR REVOLUTIONNER L'ENFER.»
–M.V. Montalban, *Tatouage* (1990)

Je ne vais pas vous parler du tatou, ce sympathique mammifère appartenant à la famille des dasypodidae d'Amérique tropicale et subtropicale non plus que de Hervé Villechaize (1943-1993), le Tattoo de *Fantasy Island* (une série télévisée américaine 1978-1984) et le Nick Nack, l'homme de main du méchant Francisco Scaramanga dans *The Man with the Golden Gun* (un James Bond de 1974) et encore moins des *Military Tattoos*, ces spectacles militaires nocturnes à base de tambours.

Je ne vais pas non plus vous parler de stéganographie, tatouage numérique (ou «watermarking») des oeuvres visuelles ou sonores.

Je vais plutôt vous livrer quelques réflexions sur certains aspects de la propriété intellectuelle qui se rattachent au tatouage, compris comme «marquer, orner (une partie du corps) d'inscriptions ou de dessins indélébiles en introduisant des matières colorantes sous l'épiderme au moyen de piqûres» (Le Robert 2009), le terme nous venant de l'anglais «to tattoo» et sans doute du polynésien «tatau» (merci au capitaine Cook).

Présence attestée au Paléolithique supérieur (-30000 à -12000) et surtout au Néolithique (de -9000 à -3300), honnie dans l'Antiquité occidentale (comme marque afflictive et infamante) quoique toujours populaire en Afrique, en Asie et en Océanie, regain occidental au 19^e siècle, le tatouage est bien présent dans nos mœurs et ne fait plus guère froncer.

Je ne ferai pas un sondage sur ceux qui, dans cette salle, arborent ou camouflent un tatouage mais qu'il suffise de référer, pour témoigner du phénomène social, aux nombreux artistes et sportifs qui en exhibent avec plus ou moins de bon goût ou encore aux héros qui en font leur marque distinctive. Dans les téléséries, pensons aux:

- Mickael Scofield dans *Prison Break* (2005-2009),
- Jessica Alba dans *Dark Angel* (2000-2002),
- Chakotay dans *Star Trek Voyager* (1995-2001) ou
- Captain Kara «Starbuck» Thrace dans *Battlestar Galactica* (2004-) et, bien sûr,
- les prisonniers du pénitencier Oswald dans *OZ* (1997-2003).

Au cinéma, référence pourrait être faite, parmi d'autres, à :

- Robert Mitchum dans *The Night of the Hunter* (1955) de Charles Laughton,

- Bruce Willis dans *12 Monkeys* (1995) de Terry Gilliam,
- Vin Diesel dans *Triple X* (2002) de Rob Cohen,
- Viggo Mortensen dans *Eastern Promise* (2007) de David Cronenberg,
- *Memento* (2000) du réalisateur américain Christopher Nolan
- *Tattoo* (1981) du réalisateur américain Bob Brooks,
- *Tatouage* (1966) du réalisateur japonais Yasuzo Masumura ou
- *La femme tatouée* (1982) du réalisateur japonais Yoichi Takabayashi (références plus branchées, on en conviendra, que le récent thriller surnaturel singapouro-néozélandais *The tattooist* (2007)).

On retiendra également, dans la littérature :

- *Jennifer Government* de Max Barry (2003),
- *The Bar Code Tattoo* de Suzanne Weyn (2004),
- *Tatouage* (1976) de Manuel Montalban (la première aventure de Pépé Carvalho), ou encore
- *The Rose Tattoo* (1951) de Tennessee Williams ou de
- *The Illustrated Man* (1951) de Ray Bradbury.

Et je vous fais grâce de *La femme tatouée* (1894) de Toulouse Lautrec et du conte «Tatou et les vents» dans *Passe-Partout*, la série de «votre» enfance

Nous sommes loin

- des tatoueurs de ports et
- des marins en gouquette («stewed, screwed and tattooed»), ou
- du *Tattoo Artist* de Norman Rockwell (1944).

Nous en sommes plutôt à

- la couverture du *New Yorker* (2005) ou, pourquoi pas, à
- la Barbie tatouée (1999).

Et je vous fais grâce de *Miami Ink* (2005-) et de ses dérivés *L.A. Ink* (2007-) et *London Ink* (2007-) de même que des «Tattoo Conventions» (dont celle du week-end dernier à la gare Windsor, ici à Montréal).

Présent de la préhistoire à nos jours et sous toutes les latitudes, le tatouage, et en particulier son mode opératoire, connaissent de nombreuses variantes. De l'incision primitive aux divers procédés de piquage, en passant par le drainage esquimau, on notera, comme principales techniques :

- l'incision (qui s'apparente à la scarification), chez les peuples à la peau plus foncée dont celles de Nouvelle-Zélande, Nouvelle Guinée, Japon (Aïnu), Hawaï, bref le Pacifique Sud et l'Afrique de l'Ouest (à ne pas confondre avec le «cutting») ;
- le piquage ;

- le drainage (faire circuler entre le derme et l'épiderme un fil préalablement enduit de matière colorante), chez les Inuits, Tchoukes et autres populations du Grand Nord ;
- le brûlage (ou «branding» par lequel la partie à tatouer est brûlée avant d'être recouverte de pigment) ;
- l'abrasion.

Il y a aussi les tatouages temporaires, principalement au henné ou à l'aide de timbres décoratifs, solaires, par aéroggraphie («hairbruhing» avec pochoirs) ou négatifs (kakushibori à la poudre de riz qui n'est visible qu'à certaines occasions). On peut aussi prendre une machine à tatouer sans y mettre d'encre. Et il y a aussi les implants.

Le piquage est la technique la plus fréquente chez nous. Comment ça marche? Après avoir tracé le motif désiré sur la peau, le tatoueur va insérer sous la couche haute de la peau, juste en dessous de l'épiderme, des pigments qui vont se voir par transparence.

La machine utilisée aujourd'hui procède du même principe que celle brevetée par Thomas O'Reilly en 1891: elle ressemble à la fraise d'un dentiste. Le dermatographe va «puncturer» l'épiderme de 50 à 5000 fois par minute pour y déposer par une aiguille creuse une goutte d'encre qui constituera éventuellement un motif plus ou moins heureux. Si ce n'était d'un problème de référant générationnel, je dirais que ça ressemble au travail d'une machine à coudre.

Au risque d'en décevoir certains, malgré le côté exotique du sujet, force est de constater que le tatouage obéit, somme toute, aux mêmes règles de protection que les œuvres de l'esprit au support plus classique. Le substrat, savoir la peau, peut faire tiquer mais cela n'aura d'incidence que sur certains modes d'exploitation de l'œuvre.

«Follow the White Rabbit», pour emprunter à *The Matrix* (1999) des frères Wachowski.

2. L'œuvre

«The world is but a canvas to our imagination.»
– Henry David Thoreau (1817-1862)

Le tatouage relèvera, pour employer la nomenclature de la *Loi sur le droit d'auteur*, de l'œuvre artistique, quoiqu'il puisse aussi être envisagé, en certains cas, un tatouage

- littéraire (un auteur qui, en mal d'éditeur, se ferait tatouer sa nouvelle!),
- musical (en tout cas sous sa représentation graphique) ou même

- dramatique (chorégraphie, par exemple).

Revenant à l'œuvre artistique, le tatouage pourra même être gravure ou sculpture. On le voit, le tatouage procède réellement d'un des beaux-arts.

Quelques généralités. L'œuvre sera «originale» dans la mesure où elle n'aura pas été copiée d'une autre, le «input» d'originalité étant, au Canada, faible et le caractère d'unicité ou de mérite artistique non pertinent.

Le tatouage sera donc généralement une œuvre artistique même si les sujets sont trop souvent éculés à cause du manque d'imagination ou de courage, plus souvent qu'autrement, du tatoué.

Pour bénéficier de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'est pas nécessaire d'enregistrer l'œuvre, de procéder à son dépôt ou d'utiliser un marquage particulier; le tatouage sera protégé du seul fait de sa création originale, sans formalité.

3. L'auteur

«You think it, I ink it. »
-Anonyme

Sera l'auteur du tatouage celui qui l'aura réalisé. Dans le cas, d'une œuvre artistique, l'auteur sera donc celui qui a dessiné l'œuvre. La question peut susciter controverse lorsque le tatoueur ne fait que reprendre un modèle existant : de son seul ouvrage d'artisan qui ré-exécute une œuvre, même avec brio, le tatoueur a-t-il alors des droits comme auteur ? On pourrait penser que «Non».

Par contre, lorsque le tatoueur utilise une œuvre dessinée conjointement par le tatoué et le tatoueur, il pourra y avoir œuvre de collaboration.

Au Canada, la jurisprudence pose trois conditions pour cette collaboration (ou «joint authorship»):

- i) l'apport doit relever de la composition et non des idées,
- ii) la contribution doit être significative, mais pas nécessairement identique, et
- iii) il doit y avoir une intention de collaborer.

Tout dépendra, on s'en doute, de la façon dont sera réalisé le tatouage.

- Si le futur tatoué se borne à indiquer le modèle qu'il veut dans un livre de modèles ou qu'il apporte la dernière photo d'une célébrité dans une revue «people» (*Do this on me*), son «input» d'auteur sera alors nul.
- *Idem*, si le tatoué n'est qu'idéateur (par exemple, *Man, j'veux deux cœurs avec «À toi pour toujours»*).

- Si le tatoueur réalise le tatouage du motif qu'il a lui-même créé, il sera seul auteur.
- Si par contre, le futur tatoué remet au tatoueur le croquis qu'il a fait et demande au tatoueur d'en faire le rendu exact, c'est alors le tatoué (non pas en sa qualité de tatoué mais plutôt en celle de dessinateur) qui aura qualité d'auteur.
- Généralement, on peut présumer que pour les tatouages plus innovants que les étoiles, les dauphins ou les caractères chinois (dont on ignore souvent même la signification et pour lesquels il faut faire grandement confiance au traducteur), il y aura échange:
 - le futur tatoué indiquera au tatoueur ce qu'il voudrait comme tatouage;
 - il s'ensuivra discussion sur le dessin, sa faisabilité et son coût;
 - le tatoueur présentera des esquisses
 - que corrigera ou non le futur tatoué;et à moins que le futur tatoué ne dessine lui-même les corrections (ou le modèle d'origine), c'est le tatoueur qui sera le seul auteur. (Les idées, on le sait, ne se protègent pas; ce qui est protégé, c'est l'expression de l'idée, son rendu.).
- Dans certains cas, le dessin sera fait par un tiers et le tatoueur ne fera que le tatouer : est-ce qu'il y a là un «input» créatif suffisant pour que le tatoueur plutôt que l'auteur du dessin soit qualifié d'auteur ou de co-auteur ? Est-ce que le travail d'artisan (choix des pigments de couleurs, par exemple) serait suffisant pour participer à la qualité d'auteur ? On peut en douter.

De façon générale, le tatoueur qui ne fait pas que reprendre/copier un modèle de dessin préexistant sera l'auteur du tatouage.

Dans le cas d'une œuvre littéraire, devra t-on considérer le tatoueur comme un simple scribe? Sans doute si l'on veut considérer le tatouage comme une œuvre littéraire. Discutable si on veut reconnaître le travail d'artiste (ou d'artisan) du tatoueur dans son rendu auquel cas le tatouage pourrait alors être considéré comme une œuvre artistique (telles les enluminures de lettrines mais ici veut-on/peut-on protéger par droit d'auteur ce qui pourrait, à d'aucuns, s'apparenter plutôt à des caractères typographiques?).

Le plein génère le dessin qui est censé l'exprimer et le dessin appelle le complément, le coloriage : on dirait que le lisible a l'horreur du vide.

—Roland Barthes, *S. Z.* (Paris. Seuil, 1970), p. 12.

Dessinateur et coloriste : est-ce que les seuls encrage et coloriage permettent au tatoueur de revendiquer un statut d'auteur ou de co-auteur? Le tatoueur qui colorie le croquis du tatouage qu'il a reporté sur le corps du tatoué fait-il preuve d'une démarche personnelle dans le coloriage ou son intervention s'apparente-t-elle davantage à celle de la peinture par numéro? Ce n'est pas parce que certains

considèrent la mise en couleurs comme une démarche secondaire qu'elle ne peut pas participer à la création d'une oeuvre et en être une composante parfois maîtresse. Faudrait-il prendre exemple sur les comics américains où le nom de ceux qui ont participé aux *story/script*, *pencils*, *inks*, *letters*, *colors* et *editor* est mentionné dès la première page? Pour ce qui est de la bande dessinée, de plus en plus, le nom du coloriste apparaît non plus uniquement sur la page de garde mais aussi sur la couverture, conférant à ce dernier un statut de co-auteur. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour le tatoueur qui trace, encre et colorie le tatouage dont le croquis lui a été fourni en noir et blanc.

Et l'oeuvre dérivée dans tout cela? Si le tatoueur s'inspire d'une oeuvre préexistante, il pourra se qualifier comme auteur de l'oeuvre actualisée mais ne pourra sans doute pleinement exploiter celle-ci que dans la mesure où il aura obtenu les droits du titulaire de l'oeuvre préexistante (si tant est que ceux-ci ne sont pas dans le domaine public). S'il ne fait que copier une oeuvre préexistante (que celle-ci soit dans le domaine public ou non), le tatoueur ne sera pas considéré comme auteur car l'oeuvre ne sera pas originale (il n'est pas question d'assimiler ici le travail d'artisan, la «belle ouvrage», qui permet le rendu de l'oeuvre à un travail créatif d'auteur). Ainsi, lorsque le tatoueur utilise des stencils (ou «tattoo flash sheets»), c'est celui qui a dessiné les stencils qui est l'auteur, pas le tatoueur.

Et si on ne sait pas d'où vient le motif que l'on veut se faire tatouer, faudrait-il demander une licence à la Commission du droit d'auteur en vertu des dispositions visant le titulaire introuvable? Sans doute.

4. La propriété des droits d'auteur sur l'oeuvre

«Notre sentence n'est pas sévère. On grave simplement à l'aide de la herse le paragraphe violé sur la peau du coupable. On va écrire par exemple sur le corps de ce condamné —et l'officier indiquait l'homme : «Respecte ton supérieur.»

—Franz Kafka, *La colonie pénitentiaire* (Gallimard, 1948)

En l'absence d'entente au contraire, c'est le tatoueur, à titre d'auteur du tatouage, oeuvre protégée, qui sera titulaire des droits économiques et moraux d'auteur dans celui-ci. C'est le tatoueur qui pourra, par exemple, exposer les modèles de ses tatouages et les vendre. Voir l'exposition de groupe *Blood Royale* de septembre 2008 à la galerie Jacques Laroche sur la rue St-Paul dans le Vieux-Montréal et le site Internet de cette galerie qui offre en vente les oeuvres originales de ces tatoueurs exposants.

Si le tatoueur est l'employé d'un salon de tatouage, alors c'est l'employeur qui, en l'absence de stipulation contraire, sera propriétaire des droits économiques d'auteur dans le tatouage

Dès lors, si le tatoué veut s'assurer, outre de la propriété physique du tatouage, des droits de reproduction et d'utilisation de celui-ci, il devra, prudent, obtenir

- et cession de la part du propriétaire des droits économiques d'auteur
- et renonciation de la part de l'auteur à ses droits moraux.

Il est utile de rappeler ici que si l'écrit est une condition de fond et non simplement de forme à la validité de la cession de droits d'auteur, une cession écrite disparue peut quand même être prouvée par les règles de preuve «applicables en l'occurrence».

Du seul fait que le tatouage est sur son corps, le tatoué ne peut permettre l'exploitation de l'œuvre, pas plus que celui qui achète un livre ou une peinture ne peut en permettre la reproduction. Le principe est celui de l'indépendance de la propriété incorporelle née du droit d'auteur par rapport à la propriété de l'objet matériel.

Le tatoué ne peut donc, sans l'autorisation du tatoueur, permettre la reproduction de l'œuvre.

- *Yé bô ton tattoo, j'peux-tu faire faire le même ?* Non.
- *Est-ce que je peux photographier ton tatouage pour l'insérer dans un livre d'art ?* Non, sous réserve sans doute de l'exception d'utilisation équitable.
- *Est-ce que je peux faire des tatouages temporaires (ou un livre à colorier) avec tes tattoos ?* Non.
- *Est-ce que je peux reprendre tes tatouages sur des t-shirts que je vendrai à ceux qui sont trop «chicken» pour se faire vraiment tatouer ?* Non.
- *Viens donc à notre convention de fans du tatouage : il y a en qui paieraient pour voir tes tatouages ?* Non, il y a un droit d'exposition (même pour le support vivant qu'est le tatoué).

Et du fait de la propriété des droits d'auteurs qui échoient au tatoueur-auteur, le tatoué qui pensait avoir un tatouage exclusif pourrait bien, en l'absence d'une convention contraire, retrouver «son» tatouage comme motif à des foulards ou en vente comme cartes postales...

Doit-on considérer que la nature du support de l'œuvre crée une licence implicite d'exploitation, limitée ou non? Pourquoi y aurait-il, en droit canadien, un traitement différent des droits de l'auteur où la loi ne le prévoit pas ?

Le tatoué ne peut reprendre pour lui-même le tatouage qui orne son corps et le commercialiser sans l'autorisation de celui qui est titulaire des droits d'auteurs. C'est ce qu'a confirmé la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 3 juillet 1998 donnant raison au «maître-tatoueur» Santiag lequel avait tatoué sur le bras droit du rocker Johnny Halliday une tête d'aigle. [La tête de loup, c'est sur le bras gauche.]

À l'origine de cette affaire, des enregistrements DVD des concerts donnés à Bercy en 1993 pour le cinquantième anniversaire de la «bête de scène» française avaient été mis en vente de même que des vêtements portant reproduction de la tête d'aigle si caractéristique.

Considérant que le dessin de Jean-Philippe DAURES [c'est le nom d'état civil de Santiag] tatoué sur le bras droit de Johnny HALLYDAY constitue certes un attribut de la personnalité du chanteur ; qu'il serait donc loisible à la société POLYGRAM d'exploiter, avec l'accord de Johnny HALLYDAY, la photographie de ce dernier sur le bras duquel, comme l'ont indiqué les premiers juges, le tatouage serait visible "nécessairement mais de façon accessoire" ;

Mais considérant que tel n'est pas le cas en l'espèce où la société POLYGRAM et la société WESTERN PASSION ont reproduit, non pas une photographie de Johnny HALLYDAY sur laquelle serait visible le tatouage de celui-ci, mais le dessin de ce tatouage dont Jean-Philippe DAURES est l'auteur et sur le quel Johnny HALLYDAY ne possède ni ne peut céder de droits. [Le soulignement est mien.]

Il en découle que les sociétés Polygram (DVD) et Western Passion (vêtements) ne peuvent utiliser ce dessin de façon distincte, sans l'autorisation de l'intimé [DAURES]; qu'à défaut d'une telle autorisation, elles ont porté atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur. [Le soulignement est mien.]

Une star dans l'histoire...

Pas juste les stars d'ailleurs. Le photographe prudent demandera non seulement la permission du tatoué pour prendre sa photo (droit à l'image oblige) mais également celle du tatoueur puisque sa photographie reproduira l'œuvre.

Évidemment, si le tatoué, bien avisé, a pris la peine de se faire céder les droits d'auteur, c'est lui qui, à titre de titulaire, de ceux-ci pourra intervenir s'il y a violation. Référence peut ici être faite aux procédures instituées en 1996 par le joueur de basket américain Dennis Rodman contre Fanatix Apparel, Inc. qui fabriquait, sans sa permission, des chandails qui reprenaient les tatouages de notre tatoué sportif. Les extraits suivants de la procédure du demandeur devant la Cour de district du New Jersey résumant bien l'affaire (qui n'avait cependant pas été abordée comme procédant du droit d'auteur) :

3. During the course of his remarkable career, plaintiff has at various times arranged with different tattoo artists to apply tattoos to his (plaintiff's) body. Each tattoo was carefully chosen by plaintiff; several were in fact designed by the plaintiff. [...]

4. Plaintiff caused each of these tattoos to be produced, in part, for the purpose of identifying and associating them with himself, solely.

7. The defendants were, until restrained by this Court, producing and distributing a long-sleeved T-shirt bearing colorable replications of ten of plaintiff's body tattoos, including the tattoo of plaintiff's daughter, Alexis; each such tattoo is placed on the shirt in the same place as the actual tattoo is found on plaintiff's body.

Faut-il s'en surprendre, dans cette affaire *Rodman*, injonction a été émise!

Selon les circonstances, si le tatouage réalisé peut se qualifier de gravure ou de portrait, les dispositions relatives à la propriété des droits d'auteurs dans une œuvre de commande pourront s'appliquer. Celui qui aura donné la commande (et pas nécessairement le tatoué) sera le propriétaire des droits économiques d'auteur, même si le tatoueur n'est pas son employé et qu'il n'y a pas de cession écrite. La condition principale demeure que le tatouage ainsi qualifié ait été confectionné contre rémunération et que cette rémunération ait été payée. Toujours sous réserve des « stipulations contraires » : donc comme pour le photographe portraitiste, lire les petites clauses, tarabiscotées et trop souvent illisibles qui se trouvent à l'endos du contrat, ce qui est tout de même mieux que sur l'avant-bras ...

Malgré tout le tatouage demeure quand même une œuvre bien particulière. Il sera sans doute possible au tatoué, sans violer les droits d'auteur du tatoueur, de transférer son tatouage temporaire sur un autre support pourvu que se faisant l'œuvre d'origine ne subsiste pas et ce, comme pour une affiche. [La question de la violation du droit moral résultant du changement du cadre de son exposition ne sera pas abordée ici...]

Qu'est-ce qui en est du mannequin qui va sur scène ? Ceux qui le photographient avec ses tatouages violent-ils les droits d'auteur du tatoueur ? Et le sportif que l'on voit en action à la télévision ou dans le *Sports Illustrated* ? Et la célébrité qui pose pour une revue à potins ?

Si l'on peut inférer, par destination, une licence implicite pour certaines reproductions non commerciales d'un tatouage (comme attribut de la personne physique du tatoué), qu'est-ce qui en est lorsque le tatoué associe son nom/corps/personne à un produit (en mettant son tatouage bien en évidence) ? Pas sûr qu'il faille créer une telle exception. Deux affaires d'intérêt.

- En 2005, Matthew Reed, tatoueur de son état, s'objectait à la mise en évidence dans des publicités de produits NIKE de tatouages qu'il avait réalisé sur le joueur de basket Rasheed Wallace (affaire réglée hors de cour, dit-on);
- En 2005, le tatoueur Louis Molloy qui avait encre [sinon ancré] divers tatouages sur le célèbre footballeur David Beckham, s'objectait à l'utilisation

publicitaire, sans son autorisation, desdits tatouages par le Real Madrid, la nouvelle équipe du tatoué. Dans une entrevue du 27 juin 2005 au quotidien britannique *Mirror* Louis Molloy exprimait le sentiment de bien des tatoueurs et, sans doute, l'état du droit:

«I was contacted recently and told they wanted to use some of them [the tattoos] in a campaign. I said we'd have to draw up a license agreement but then it got too complicated. So I said, 'I own the copyright, they are my intellectual property, I drew them, I didn't copy them from other sources. They still think they're the owners of the images but if they use them without my permission I'd sue. There's no doubt about it.»

Devrait-on gommer électroniquement les tatouages trop apparents ?

Et qu'en est-il de l'incorporation incidente? Est-ce là quelque chose dont devraient également tenir compte les polices d'assurances «erreurs et omissions» ?

L'article 30.7 de la *Loi sur le droit d'auteur* est à l'effet que ne constituent pas des violations du droit d'auteur, s'ils sont accomplis de façon incidente et non délibérée :

- a) l'incorporation d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur dans une autre oeuvre ou un autre objet du droit d'auteur;
- b) un acte quelconque en ce qui a trait à l'oeuvre ou l'autre objet du droit d'auteur.

Est-ce que la sortie d'étuve d'Angelina Jolie dans *Wanted* (2008) se qualifierait ainsi de «incidente et non délibérée»? Pas sûr, surtout si l'on considère que pour la scène un tatouage avait été ajouté et que la vue du dos nu visait sans doute l'émoustillement du public cible (dont j'étais)...

Qu'en est-il de la vente du tatouage?

«Le jour de ma mort, je veux qu'on me découpe en morceaux, qu'on mette tous ces tatouages dans des cadres et qu'on les vende aux enchères. Ce sera pour aider les gens dans le besoin.»

—Johnny Halliday [3 avril 2008] *Le nouvelliste*, repris à (mai 2008), 268 *L'Écho des savanes*, p. 10

Dans le film *Le tatoué* (1968) du réalisateur Denys De La Patellière, un marchand de tableau (Louis de Funès) fait la rencontre d'un ancien légionnaire (Jean Gabin) qui possède un Modigliani tatoué dans le dos. Malgré le refus initial du légionnaire de «vendre sa peau», le marchand négociera tout de même le tatouage lequel sera finalement vendu en viager à un musée américain.

Farfelu? Pas tant que cela si on en croit les manchettes du début du mois sur la vente pour 250 000 dollars d'un tatouage réalisé par l'artiste conceptuel belge Wim

Delvoye, incluant le droit d'exposer l'œuvre du vivant du tatoué et le droit de disposer de la peau du tatoué (du moins la surface gravée) à la mort de ce dernier (pas avant, on le lui souhaite).

Et toutes ces histoires sur les mafieux japonais collectionneurs de tatouages kakau hawaïens ou même d'irezumi nippons? En version naturelle!

Pour se convaincre que ce n'est pas que dans les bandes dessinées qu'existent de telles collections, une petite visite au Japan Tattoo Institute pourrait s'imposer pour y consulter, sur demande, les peaux de tebori qui y sont conservées.

Sans oublier la collection morbide de la nazie Ilse Koch «la chienne (ou la sorcière) de Buchenwald» qui prélevait les tatouages les plus «intéressants» sur les prisonniers du camp de concentration du même nom.

Un arrêt du 23 février 1972 de la Cour de Cassation dans un affaire plutôt glauque, celle du documentaire *Paris-Secret* (1965) du réalisateur Édouard Logereau, confirme la primauté de l'intégrité du corps humain (et la prohibition des clauses illicites, immorales et contraires aux bonnes mœurs de même que la nullité d'un contrat avec mineure).

Est engagée Demoiselle X..., alors âgée de dix-sept ans, pour tenir le rôle de la jeune fille tatouée dans une scène du film *Paris-Secret*. Aux termes du contrat une tour Eiffel et une rose devaient être tatouées sur une des fesses de la demoiselle puis le tatouage devait être enlevé quinze jours plus tard par un chirurgien et devenir la propriété du producteur.

Le contrat, sous forme d'une lettre, se lisait comme suit :

Comme suite à la conversation que nous avons eue avec vous, nous avons le plaisir de vous confirmer ce qui suit : 1° Nous vous engageons pour tenir le rôle de la jeune fille tatouée pour une des scènes de notre film; 2° vous déclarez connaître ce rôle et l'acceptez sans réserve, étant spécifié : a) qu'un spécialiste effectuera le tatouage d'une Tour Eiffel avec une rose, sur une de vos fesses; b) qu'un chirurgien esthétique procédera, 15 jours après le tatouage, au détatouage de ce dessin; c) que pour des raisons techniques, le tatouage se faisant obligatoirement dans la position debout, vous devrez vous mettre nue pour ce travail et pour les prises de vues; toutefois, il est précisé que votre corps ne sera filmé que de dos; d) que le tatouage, une fois ôté de sur votre corps, restera notre propriété pleine et entière; e) les frais inhérents à ces différentes phases de l'opération seront exclusivement à notre charge; 3° vous recevrez, à titre de rémunération, une somme forfaitaire de 500 F, payable de la façon suivante [...]

Le contrat fut exécuté (tout cela filmé) mais – ô surprise – une importante cicatrice subsista après l'enlèvement du tatouage. Demoiselle X... (identifiée comme Perrot avec sa majorité) a assigné pour voir annuler le contrat et pour «s'entendre condamner» à des dommages-intérêts.

Notant «que le commentaire de cette séquence du film précisait aux spectateurs que le lambeau de peau prélevé ultérieurement sur le corps de la jeune fille serait vendu "au prix d'un Picasso"», la 3^e chambre du Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 3 juin 1969, n'y alla pas de main morte :

Attendu, sur le premier point, qu'est manifestement immorale la clause d'un contrat tendant à obtenir qu'une personne, et particulièrement une mineure, pose nue dans un film et s'y soumette à des agissements, en l'occurrence un tatouage sur une partie corporelle que le commentateur annonce au public comme devant être prélevée et vendue à un tiers;

Attendu, sur le second point concernant le «détatouage» que cette terminologie a constitué sous la plume de Marjac [le producteur], un euphémisme pour désigner, non pas l'effacement du tatouage selon le procédé bien connu des tatoueurs pour complaire à leurs clients d'un esprit versatile, mais une cruelle, sanglante et inesthétique exérèse afin de s'emparer du prélèvement corporel, en vue d'un profit mercantile [...]

La «mineure amenée à trafiquer de son corps pour une somme dérisoire» eut gain de cause :

Attendu que l'indemnité, pour autant qu'elle représente une perte de salaire, a un caractère alimentaire; que le lambeau de peau, sur la conservation duquel aucune précision n'est donnée, est en soi périssable; qu'il importe au surplus de soustraire sans délai à la vue du public une séquence du film susceptible de nuire aux bonnes mœurs; qu'il y a donc urgence et péril en la demeure justifiant l'exécution provisoire du présent jugement;

Et le tribunal

- d'ordonner la suppression dans le film de la séquence concernant la séance de tatouage,
- d'enjoindre sous astreinte la restitution du lambeau de peau,
- de dire «toutefois qu'aussitôt avant la restitution du lambeau de peau à la d[emoise]lle X..., et pour ramener autant que possible les choses en l'état [...], le tatouage sera effacé ou supprimé par les moyens scientifiques appropriés par les soins du docteur Le Breton, désigné à cet effet par le tribunal et
- de condamner solidairement les défendeurs à verser à la d[emoise]lle X... une indemnité de 30.000 F, avec dépens.

Ce jugement a été confirmé en appel et en cassation.

Il serait sans doute difficile, au Québec, pour un tatoué, de vendre son tatouage puisque le corps humain est hors commerce. Avec la mort du tatoué, l'œuvre disparaît également puisque là aussi, bien hors marché ou déchet biomédical, il n'est pas possible de léguer partie de celui-ci. [Non, le «Le majeur peut régler ses funérailles et le mode de disposition de son corps», de l'article 42 di *Code civil* ne couvre pas cette situation non plus que le prélèvement d'organes et de tissus sous l'article 43 du même Code, sauf dans un but médical ou scientifique, ce qui ne correspond que difficilement, *stricto sensu*, à une collection de tatouages *post mortem*.]

5. Et le droit moral ?

«Quand on ne peut pas tatouer son âme on tatoue sa
peau.»
– Philippe Tagli (Paris, Du Panama, 2008)

Au Canada, on le sait, le droit d'auteur sur une œuvre a deux composantes : le droit économique d'auteur et le droit moral de l'auteur. Si le premier se cède, on ne peut que renoncer au second, cette renonciation, vu ce sur quoi elle porte, étant de préférence expresse. Par ailleurs la cession des droits économiques n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux. Ce droit moral a, au Canada, deux facettes : le droit à la revendication de création et le droit à l'intégrité de l'œuvre.

La paternité.

Dès lors, sur le principe, il faut prendre pour acquis qu'un tatoueur peut exiger

- que son nom (réel ou pseudonyme), comme auteur d'un tatouage, soit indiqué sur le tatouage,
- que son nom ne soit jamais supprimé ou masqué,
- que son nom comme créateur soit mentionné s'il y a une exploitation économique autorisée de l'œuvre (à moins qu'il ne préfère l'anonymat).

Revenant à l'arrêt du 3 juillet 1998 de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *S.A. Polygram c. Daurès* :

Considérant que le droit moral de l'auteur est attaché à sa personne même, qu'il emporte le droit au respect de l'œuvre quel que soit son mérite ou sa destination et celui pour le créateur d'être mentionné comme auteur; qu'en l'espèce la société POLYGRAM et la société WESTERN UNION, qui n'ont pas cité le nom de Jean Philippe DAURES [le tatoueur] sur les reproductions incriminées et qui ont

modifié, ne serait-ce que légèrement, le dessin invoqué, ont porté atteinte au droit moral de l'auteur; [Le soulignement est mien.]

Hors une entente particulière, le droit du tatoueur de voir son nom associé à l'œuvre devra cependant tenir compte des «usages raisonnables». Dans les faits, la plupart des tatouages, même «artistiques» ne sont pas signés sur la personne du tatoué. Encore une fois, s'agit-il des «usages raisonnables» qui prévalent dans le milieu artistique en général ou dans celui, plus restreint, des tatoueurs; faut-il tenir compte des circonstances de la création du tatouage, de la nature, de la grosseur ou du positionnement du tatouage?

La preuve de l'usage n'est pas toujours facile car il doit exprimer une norme de conduite publique, générale et depuis longtemps acceptée par le plus grand nombre. Si tous les tatoueurs insistent pour signer leurs oeuvres, comme le font les peintres et les portraitistes, un tel usage pourra ainsi naître, entrer dans les mœurs et être opposable.

Même si son nom n'est pas gravé sous ou dans l'œuvre, le tatoueur conservera toujours son droit à l'anonymat ou encore d'empêcher un tiers de se déclarer faussement auteur alors qu'il ne l'est pas.

Reste la question de l'intégrité.

«"Oh yes" said the Illustrated Man. "I'm so proud of my Illustrations that I'd like to burn them off.. I've tried sandpaper, acid, a knife..."

"For, you see," said the Illustrated Man, "these illustrations predict the future."»

—Ray Bradbury, *The Illustrated Man* (Doubleday, 1951)

Dans sa forme classique, il y aura, on le sait, violation du droit à l'intégrité de l'œuvre si celle-ci est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation du tatoueur, déformée, mutilée ou autrement modifiée. Dans le cas d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure de tels actes sont réputés préjudiciables. Il s'agit toutefois d'une présomption réfragable et qui ne s'applique qu'à ces sous-types d'œuvres artistiques.

Est-ce à dire que cela emporte pour le tatoué une obligation de rester dans la même forme physique tout au long de sa vie pour éviter un déplacement du tatouage? Certains changements de morphologie auront un impact sur un tatouage qui pourra se déformer.

Le tatouage vieillit avec la peau; il est à prévoir qu'il perdra sa luminosité et que la surface plane du lac tatoué comportera de plus en plus de vagues.

«Ce n'est qu'autour de la soixantaine que ces tatouages érotiques deviendront vraiment uniques. En effet, toutes ces jeunes filles ne se friperont pas de la même manière, les bourrelets détendus ne se répandront pas tous pareillement au-dessus de l'élastique du slip. Chacun aura alors vraiment son style.»

–Yves Frémion, *Le fatwa de l'ayatollah Charb – Mort aux tatoués!* [juillet 2007] 373 *Fluide glacial*, p. 11.

Est-ce que le tatoué doit prendre des précautions particulières pour préserver l'intégrité de son tatouage; par exemple, contrôler son poids pour éviter que le petit dauphin devienne un cachalot? Éviter le soleil ou les séances de bronzage intensif qui affadiront les teintes? S'oindre régulièrement de crèmes et lotions pour conserver le fini lisse du tatouage? Et si le tatoué ne prend pas de tels soins, est-ce qu'il engage sa responsabilité vis-à-vis d'un tatoueur dont il ruine l'œuvre?

Qu'en est-il de la personne qui grossit ou se flétrit: est-ce que cela équivaut à une mutilation de l'œuvre et viole le droit moral prévu par l'article 28.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*? On peut imaginer le maigrichon qui, une fois tatoué, devient adepte de «body building»: de belles distorsions de tatouages en perspective. *Idem* quant aux effets de l'attraction terrestre sur la bedaine ou les seins.

Qu'en sera-t-il dans quelques années, quand le temps aura justement fait son temps?

«Women, don't get a tattoo. That butterfly looks great on your breast when you're twenty or thirty, but when you get to seventy, it stretches into a condor.», rappelle aimablement le comédien Billy Elmer.

Est-ce à dire que le chirurgien qui doit inciser à l'endroit précis d'un tatouage mutilera l'œuvre et portera atteinte au droit moral du tatoueur en sauvant la vie du tatoué? I LOVE WOMEN qui devient, après une liposuction, I LOVE MEN; le dragon qui se fait ouvrir pour une chirurgie et qui, après cicatrisation, devient une image floue, un peu comme l'avant-dernière page du magazine *Mad*.

Et les effacements? Ici, on peut présumer que la destruction d'un tatouage, du moins en droit canadien, n'équivaut pas à sa déformation, mutilation ou autre modification. En effet, comme il ne reste rien de l'œuvre, même si cela peut parfois enrager l'artiste tatoueur, ce n'est pas là un acte qui, en soi, est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation puisque son nom n'est plus associé au tatouage disparu. On peut aussi raisonnablement conclure que la succession d'un tatoué pourra faire incinérer celui-ci sans violer les droits moraux du tatoueur.

Il en irait de même pour le détatouage, la suppression d'un tatouage du vivant du tatoué : dermabrasion, cryochirurgie, excision, laser.

Et qu'en est-il des camouflages ou «cover up»? La demande classique est sans doute celle qui vise à faire changer les initiales de l'ex.

- Si un camouflage est complet, cela équivaut à la destruction de l'œuvre.
- S'il n'est que partiel, cela dépendra pour partie du résultat et de la reconnaissance ou non de l'œuvre d'origine.

«Love lasts forever, but a tattoo lasts six months longer.» (Anonyme)

Et la restauration? Avec le temps, les couleurs peuvent pâlir (surtout si le tatoueur n'a pas utilisé des pigments de bonne qualité). Est-ce que le tatouage a été conçu pour que l'effet du temps se fasse sentir (auquel cas, on pourrait arguer que c'est là une composante d'une œuvre évolutive)? Est-ce qu'on a le droit de restaurer l'œuvre pour lui redonner ses pigments d'origine? Si la mesure de restauration est prise de bonne foi, il n'y aura pas nécessairement violation de ce droit moral. Cela rappelle le débat sur la colorisation des œuvres cinématographiques!

Pour certains tatouages «de longue haleine» (ou alène?), il peut arriver que le tatoueur tréépasse avant que le tatouage ne soit complété: est-ce que, au nom de l'intégrité de l'œuvre telle que conçue par le tatoueur défunt, l'héritier des droits moraux du tatoueur pourrait s'objecter à la reprise ou continuation du tatouage? De l'*Alph-Art*, du vrai Tintin, du vrai Moulinsart!

Et le droit d'aval, autre composante du droit à l'intégrité? Qu'en est-il du tatoué qui s'associe à un produit, une cause, un service ou une institution et, ce faisant, met de l'avant son/ses tatouage(s)? *Quid* de la célébrité qui rançonne sa renommée et, s'exposant dans une publicité, y dévoile anatomie et tatouage: est-ce que cela met en cause le droit d'aval du tatoueur? Et est-ce *ipso facto* préjudiciable à son honneur et à sa réputation? Pas toujours.

Un tatoueur connu pour ses motifs pieux ne sera peut-être pas très heureux de constater que la tatouée est devenue mannequin pour de la lingerie coquine.

Et que penser de cette situation, purement imaginaire, où, dans le cadre d'un rallye politique pour un candidat qu'il abhorre, le tatoueur reconnaît le comédien qu'il aura tatoué, comédien engagé pour marquer son soutien à un candidat, par hypothèse connu pour couper dans les budgets de la culture, et qui «flexe» ses gros biceps tatoués devant les caméras, déployant ainsi un drapeau au gré de ses mouvements musculaires.

Et, sous d'autres juridictions (par exemple en Allemagne, ou en France s'il y a abus notoire), le droit d'accès de l'auteur au support de son œuvre pourrait être exercé, ce qui pourrait être intéressant selon le positionnement stratégique ou non dudit tatouage.

Il ne faut pas envisager la violation du droit moral que du seul point de vue du tatoueur outré. Il est également possible que le tatoueur «manque son coup» et, ne respectant pas les indications accompagnant le modèle, s'expose

- et à une poursuite en dommages du tatoué insatisfait
- et à une poursuite en violation du droit moral résultant d'un rendu «botché», préjudiciable à l'honneur et à la réputation du titulaire des droits dans le modèle.

Et le tatouage que ferait le tatoueur sur une partie «cachée» ou inhabituelle de l'anatomie du tatoué ou l'incorporant à celle-ci : y a-t-il également atteinte «à l'honneur et à la réputation (évaluation à la fois objective et subjective) de l'artiste copié? Changement de destination?

PIERRE DAC : Le tatouage de monsieur est situé à un endroit que l'honnêteté et la décence m'interdisent de préciser d'avantage.

FRANCIS BLANCHE : Ah ! bon, mais qu'est-ce que vous entendez par là ?

PIERRE DAC : Oh ! par là j'entends pas grand-chose !

FRANCIS BLANCHE : Je vous prie de vous concentrer davantage, espèce de malotru ! Alors, que représente le tatouage de monsieur, s'il vous plaît ?

PIERRE DAC : Bon ! Le tatouage de monsieur représente... enfin... lorsque monsieur est en de bonnes dispositions... le tatouage représente : d'un côté la cueillette des olives en Basse-Provence, et de l'autre un épisode de la prise de la Smalah d'Abd el-Kader par les troupes du duc d'Aumale en 1843.

FRANCIS BLANCHE: Ah ! Parfait ! Et de plus ?

PIERRE DAC : Et c'est en couleurs !

—Pierre Dac et Francis Blanche,
Sar Rabindranath Duva (1957)

6. La violation des droits

«Mézeray: *Qu'est-ce qu'il a dans l'dos ?*

Dubois: *Un tatouage !*

Mézeray : *On dirait une reproduction d'un Modigliani !*

Legrain: *Est ce que j'ai une tête à avoir une reproduction ?!*»

—Pascal Jardin (dialoguiste), *Le Tatoué* (1968)

Si un tiers reproduit sans autorisation un tatouage (ou commet ou autorise un des actes exclusifs qui sont du ressort du titulaire du droit d'auteur), celui qui est

propriétaire des droits d'auteur (économiques ou moraux) dans ce tatouage peut instituer l'un ou l'autre des recours prévu par l'article 34 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Il en ira de même du tatoueur qui acquiert des modèles de tatouage et ne respecte pas les conditions d'utilisation s'y rapportant (par exemple, la multi-utilisation d'un téléchargement qui devrait être unique; la re-distribution des modèles, etc.)

Et si le tatoueur avait manqué d'imagination et copié l'œuvre protégée d'autrui? Indépendamment de l'effort déployé pour le «repiquage» de l'œuvre d'origine, si celle-ci est protégée, il pourra y avoir violation. Et le tatoueur pour avoir reproduit et le tatoué pour avoir autorisé la reproduction seraient responsables de violations directes des droits prévus par l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. La connaissance des droits du titulaire ou de la violation ne serait ici qu'un facteur de mitigation de certains dommages.

Toutefois, pour la violation dite «à une étape ultérieure (indirecte ou *secondary infringement*) de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*, il faudra prouver la connaissance qu'avaient tatoué ou tatoueur que la production du tatouage constituait violation de ce droit du titulaire. Violation indirecte dans le cas d'un tatouage? Et oui, il pourrait y avoir mise en circulation du tatouage de façon à porter préjudice aux droits économiques du titulaire des droits dans l'œuvre copiée ou l'exposition au public dans un but commercial de la copie de l'œuvre protégée que serait le tatouage contrefacteur.

Pour les dommages et la reddition de compte ça va mais qu'en serait-il du recouvrement de possession (*conversion*) et de l'ordonnance de destruction que prévoit l'article 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*? Imagine-t-on un tribunal valider une saisie avant jugement en revendication qui serait pratiquée sous le paragraphe 734(1) du *Code de procédure civile* et déclarer le titulaire du droit d'auteur contrefait propriétaire du tatouage contrefacteur ou en ordonner la destruction? Et le paragraphe 42(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui permet au tribunal d'ordonner la destruction des exemplaires contrefaits ou la remise de ceux-ci entre les mains du titulaire, indépendamment de quelque déclaration de culpabilité?

On pense ici à la livre de chair de Shylock dans *Le marchand de Venise* (1598). Un juge pourrait-il ordonner la remise du lambeau de chair qui sert de support à la contrefaçon? Pourrait-il ordonner l'abrasion de la contrefaçon? Ou encore ordonner son recouvrement/masquage comme s'il s'agissait d'un éléphant sur une tablette de chocolat...

Sans entrer encore dans des considérations de Chartes et d'inviolabilité de la personne humaine, on pourra noter que l'alinéa 38(4)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* tempère maintenant le recours en recouvrement de possession en permettant au tribunal de tenir compte «de la mesure dans laquelle cet exemplaire peut être extrait de ce support ou en constitue une partie distincte». Ouf!

7. La marque de commerce

Branding. 1 The act of marking cattle with a hot iron to identify their owner. 2. Formerly, the punishment of marking an offender with a hot iron.

–*Black's Law Dictionnary*, 8e éd. (St. Paul, West, 2004)

«Deux paysans dans un champs.

- Alors cette vache elle est tatouée?

- Bien sur qu'elle est à moué !»

–*La meilleure pire blague la plus nulle* – Palmarès 2008, sur le site www.producson.ch

La marque peut consister, entre autres, d'un mot, inventé ou non, d'une ou de plusieurs lettres, de lettres et de chiffres, d'un dessin, seul ou avec des mots, de couleurs, d'une étiquette, d'une devise ou d'un slogan, ou d'une combinaison plus ou moins heureuse de ces éléments.

La caractéristique essentielle d'une marque n'est pas qu'elle soit visuellement ou phonétiquement agréable ou qu'elle soit originale mais bien qu'elle distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou qu'elle soit adaptée à les distinguer.

Le droit d'auteur et le droit des marques de commerce peuvent avoir un objet identique, surtout lorsqu'il s'agit d'oeuvres visuelles ou de marques de commerce formées d'un dessin. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'il y ait dualité de protection : droits d'auteur pour l'œuvre artistique qu'est le tatouage et marque de commerce pour le signe : voir par exemple le coq *St-Hubert* ou le bibendum *Michelin*.

Tout comme pour le droit d'auteur, il peut y avoir protection d'une marque de commerce sans qu'il soit nécessaire d'enregistrer celle-ci. C'est l'emploi d'une marque à titre de marque de commerce qui confèrera des droits.

Pour qu'un tatouage devienne une marque de commerce, encore faudra-t-il qu'il y ait «emploi» de ce tatouage au sens de l'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce*, c'est-à-dire utilisé pour distinguer et non uniquement pour des fins décoratives, ornementales ou [in]esthétiques.

En liaison avec des marchandises, il y aura emploi lorsque la marque est apposée sur les marchandises lors du transfert de propriété ou de possession. Le corps étant hors commerce, il est difficile de concevoir l'emploi d'un tatouage (sur la personne humaine par opposition à la reproduction du motif sur un autre support) en liaison avec des marchandises. Quoique, à la réflexion, la commercialisation d'animaux

tatoués (ou, Dieu nous en garde, de clones) pourrait constituer «emploi» au sens du paragraphe 4(1) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Qu'est-ce qui en serait de la démonstratrice «de bout d'allée de supermarché» qui porterait le tatouage (temporaire, on l'espère) de la marque des produits en vrac qu'elle promet ?

Comme les produits eux-mêmes ne sont pas marqués est-ce que ce tatouage «exhibé» à proximité du produit que choisirait le consommateur serait suffisant pour constituer «emploi» au sens du paragraphe 4(1) ? Pourtant, sauf vol à l'étalage, le transfert de propriété ou de possession ne se fait-il pas à la caisse ? Devrait-on alors tatouer le caissier ? (Ou est-ce que la marque du produit sur le coupon de caisse serait suffisant ?) Dans l'une des affaires *Cinnabon*, en 1997, l'agent d'audience avait estimé qu'un pancarte à côté de brioches sous vitrine valait avis de liaison de la marque avec ces brioches mais le commerce n'en était un que de brioches et la caisse probablement à côté de la vitrine et de la pancarte

Que de belles zones grises à explorer et facturer...

Par contre, la définition d'emploi (paragraphe 4(2) de la *Loi sur les marques de commerce*) en liaison avec des services est beaucoup plus souple (ou vague) : il suffit que la marque/tatouage soit montrée dans l'exécution ou l'annonce des services qui sont rendus.

Qu'en serait-il

- du coupeur de gazon qui, plutôt que le t-shirt de son employeur aurait le logo de celui-ci tatoué (de façon permanente ou temporaire) sur le dos,
- du réparateur d'ordinateurs à qui on aurait tatoué sur le bras le logo de la quincaillerie qu'il répare ou
- de la danseuse sur laquelle l'enseigne de l'établissement où elle se produit aurait été tatoué?

Cela pourrait constituer un emploi à titre de marque de service puisque la marque serait montrée lorsque le service serait rendu. C'est là l'enseignement, en 2003-2005, d'une des affaires OMEGA. En l'espèce, l'employé d'entretien du licencié du titulaire de la marque de commerce OMEGA portait un gilet de fonction où la marque OMEGA apparaissait : cela a été jugé suffisant pour valider l'exploitation de la marque OMEGA avec des services d'entretien d'horlogerie.

Dès lors, l'exhibition des marques/tatouages couplée avec le coupage de gazon, la réparation d'ordinateur, la performance artistique ou musicale constitueront «emploi» de la marque.

On peut aussi songer, quoique cela soit sans doute plus lointain, au maquillage distinctif des membres du groupe *hard rock* KISS (par ailleurs l'objet d'enregistrements de marques de commerce) mais aussi au tatouage du nom et du

logo d'un groupe *rock* ou *heavy metal*, surtout lorsque le tatoué se fait expulser du groupe. Voir l'affaire opposant le groupe The Weasel Behinds à son-ex membre Toten Adler (maintenant de ArnoCorps) que l'on peut toutefois présumer relever du «stunt» publicitaire plus que de la jurisprudence véritable.

09.18.02 Update from the AAP -Associated ArnoCorps Press
Beginning September 23, 2002, ArnoCorps bassist Toten Adler will appear in a SF courtroom to begin proceedings in a civil law suit. Members of the legendary East Bay band *The Weasel Behinds* are suing their original bass player, Mr. Adler, for copyright infringements, claiming that Adler is no longer entitled to bear the logo of the band, as he has been discharged from the group for several years. Unfortunately, the logo (a big-eyed weasel with an enormous back side) had been permanently tattooed to Adler's shoulder blade at the band's incarnation. Prosecutors want the court to order Adler to have a plastic surgeon remove the tattoo. "I can't afford that crap," Adler commented to this reporter. "I offered to take it off with a cheese grater, but their pussy lawyers got nauseous at the idea. What the fuck do they want from me?"

Cet emploi pourra être générateur de droits pour celui au bénéfice de qui il est fait.

Par conséquent, en l'absence d'autorisation du titulaire des droits sur la marque constituée du tatouage, cet emploi pourra aussi être générateur de contrefaçon en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* (droits exclusifs à l'emploi sous l'article 19, emploi créant de la confusion sous l'article 20, dilution de la valeur de l'achalandage sous l'article 22 ou tromperie commerciale sous l'article 7). Ne pas oublier : celui qui est propriétaire des droits d'auteur dans le motif du tatouage n'est pas nécessairement propriétaire des droits dans la marque constituée de ce motif.

Est-ce que d'arborer un tatouage de la marque officielle constituée des anneaux olympiques ou de la marque de la marque de commerce constituée du chien écoutant la voix de son maître pour un vendeur d'électroménagers sans l'autorisation des titulaires est permise ? Ne riez pas car cela m'a vraiment été demandé.

Certains iront même jusqu'à utiliser marquage ^{MD} ou [®] pour indiquer que c'est bien d'une marque dont il s'agit.

Donc à quand l'avocat qui aura le sigle de SOQUIJ sur le bras ou le nom de son cabinet sur le front? Peut-être faudra t-il changer les règles de pratiques?

Reste une question : est-ce qu'un tatouage artistique complexe (celui qui va plus loin que le simple logo corporatif) peut distinguer? Dans la loi canadienne, rien ne s'y oppose, la longueur ou le graphisme d'une marque n'étant pas limitée (la marque «ROBIC, un groupe d'avocats...» fait 1265 caractères, espaces non

comprises); la situation pourrait toutefois être autre en Union européenne (dans l'affaire CHOOSE LIFE de *Via Vegan*, l'examineur a estimé qu'une longue séquence de mots/phrases ne pouvait être retenu par le consommateur et partant était dépourvu de caractère distinctif).

En ce qui a trait au délit de concurrence déloyale (et de ses facettes que sont la substitution ou tromperie commerciale, l'usurpation d'une marque non enregistrée, le détournement d'achalandage et la violation des droits de la personnalité), la procédure introductive dans l'affaire ci-haut mentionnée impliquant Dennis Rodman et Fanatix Apparel, Inc. demeure riche d'enseignements :

5. The said tattoos are extremely recognizable and identifiable as being "Dennis Rodman's tattoos." They are often referred to in published articles and television and other media segments, always being identified with the plaintiff alone. As an indication of this identifiability of the tattoos with plaintiff, McDonalds and Carl's Jr., two nationwide food chains, recently filmed television commercials featuring plaintiff's tattoos. Moreover, one of plaintiff's nicknames throughout the sports world is "Tattoo Man."

6. As a result of plaintiff's great public visibility and the public's association of plaintiff with these tattoos, the tattoos have attained and now possess a secondary and distinctive trademark meaning to the general public, particularly to sports fans.

8. The accused shirts are extremely expensive to produce, and were therefore, until restrained by this Court, being sold at premium prices throughout the country. Nevertheless, they were being sold in large numbers by major chain stores and supermarkets, particularly in the Chicagoland area.

9. The only reason why these shirts could have commanded such premium prices was their identification with plaintiff, being widely described as "Dennis Rodman Tattoo T- Shirts." In fact, the shirts would have had no commercial value but for their association with the plaintiff.

10. In advertising and promotional materials issued by or authorized by the defendants to sell their spurious shirt, the defendants have regularly and prominently used the plaintiff's name, generally referring to the shirt as their "Dennis Rodman Tattoo T-Shirt," and have otherwise represented to the public and the trade that the shirt was authorized by the plaintiff, which is clearly false.

Bref, cela ressemble à une de nos procédures pour *passing off*, l'élément distinctif non enregistré étant ici un ou des tatouages étroitement associés à la personnalité du demandeur.

Dans un autre ordre d'idées, pour fins d'enregistrement à titre de marque de commerce, les services de tatouage sont compris dans la classe internationale 44, la même qui couvre les «services médicaux; services vétérinaires; soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ou pour animaux; services d'agriculture, d'horticulture et de sylviculture».

Par ailleurs, les quelques marques figuratives ou semi-figuratives enregistrées au Canada dans ce domaine sembleraient d'ailleurs à d'aucuns, relever du cliché: tête de mort, bras tatoués et «pitoune».

Ce qui nous amène naturellement au placement publicitaire et la guérilla de marketing (stratégie publicitaire d'un annonceur non commanditaire qui profite d'un événement populaire pour lancer une opération promotionnelle et devancer ainsi son concurrent).

8. *Tattoo advertising et ambush marketing: boxe et basket*

«There is no "underground" community, no dark den of drunken sailors initiating themselves into manhood via cheap, ill-conceived exercises in bodily perforation; it's just a group of people who delight in using their bodies as billboards.»

—Joanne McCubrey, *Walking Art: Tattoos*
[1990-02-09] «Mountain Democrat Weekend»

Faute de temps, je ne pourrais pas vous livrer ici toutes mes réflexions sur le tatouage comme support publicitaire, pratique qui rappelle vaguement la courte crissette des années 70 où les coccinelles (comme les autobus d'aujourd'hui) étaient peinturées aux couleurs de l'annoncé.

Si on ne sourcille guère lorsqu'on voit un boxeur porter un tatouage temporaire annonçant un casino, on fronce davantage les sourcils lorsque c'est un étudiant qui offre de le faire pour payer le loyer. Retour à l'homme-sandwich ?

La pub aura notre peau!

Il y aurait aussi l'intéressante question des joueurs professionnels qui, faisant fi des commandites officielles de leur équipe ou de leur ligue, se font tatouer le logo d'un concurrent du commanditaire officiel. Beau conflit entre la liberté d'expression et les contrats individuels et collectifs de travail. Mais ça sera pour une autre fois.

9. Considérations religieuses

«Vous ne ferez pas d'incision dans votre chair pour un mort, et vous n'imprimerez pas de figures sur vous. Je suis le Seigneur.»

Lévitique, 19 :28

«Ils adoptent le tatouage "car on ne passerait pas pour homme parmi les Sauvages du Pays d'En Haut si on ne se faisait pas piquer, mais ils en recomposent la signification" : ils se plaisent à se faire piquer et il y en a beaucoup qui, au visage près, le sont presque par tout le corps. J'en ai vu plusieurs, dont un officier, homme de condition, qui, outre une image de la vierge avec l'enfant Jésus, une grande croix sur l'estomac avec les paroles miraculeuses qui apparurent à Constantin et une infinité de piqûres dans le goût des Sauvages, avec un serpent qui lui faisait le tour du corps, dont la langue pointue et prête à darder venait aboutir sur une des extrémités que vous devinez.»

–Henri de Tonti, *Relations de la Louisiane, et du fleuve Mississipi. Ou l'on voit l'état de ce grand pais & les avantages qu'il peut produire &c* (Amsterdam, Bernard, 1720)

Que penser du tatouage qui reprend des motifs religieux ou sacrés?

On peut penser aux nombreuses variantes de discrets tatouages de mains jointes ou d'extraits d'Écritures mais aussi aussi aux tatouages moins discrets qui clament haut et fort une foi qui n'est pas nécessairement la nôtre ou qui associent le tatouage religieux à des fins autres, dont politiques.

Et ce chapelet tatoué autour du cou du comédien Mark Wahlberg¹ qui en veut symbole de sa rédemption du moins tel qu'il s'en ouvrait dans une entrevue du 2007-03-23 au *The San Diego Union Tribune*:

I was given a pair of rosary beads when I was in prison by a very special woman. I was wearing them for years and they were kind of worn out and broke, and I just decided one day I was going to get a tattoo and put it around my neck.

Et ce tatouage maori que la pop star Robbie Williams porte à l'épaule? Et avons-nous la même réaction lorsqu'il s'agit de celui du boxeur Mike Tyson? Et les

tatouages faciaux des mannequins de Jean-Paul Gaultier lors de sa dernière «parade de mode»?

Et toutes ces personnes en quête de spiritualité qui portent ostensiblement leur tatouage de mandalas de sable tibétains («dul-tson-kyll-khor») alors que la tradition bouddhiste tantrique auxquels ils se rattachent veut que lorsqu'ils sont terminés le sable soit balayé. *Idem* quant aux peintures de sable navajo («iikàh») qui, pour des raisons religieuses, doivent être impérativement détruites après usage.

Est-ce que la vanité esthétique du tatoué ou les prétentions artistiques du tatoueur peuvent être contrées par le respect des croyances de groupes ou de peuples? Comment peut-on envisager la protection d'œuvres qui sont souvent d'auteurs inconnus, dont le support initial a disparu, qui sont des imitations distinguées au goût du jour de motifs traditionnels ou sacrés? [Ici, on peut, comme dans les forums internationaux, ressasser la question de la protection du savoir traditionnel et des cultures indigènes mais cela vise généralement à empêcher une exploitation commerciale hors le contrôle du groupe que l'on veut protéger.]

Liberté d'expression [artistique] et liberté de religion ne font pas nécessairement bon ménage. Et que dire de ceux pour qui la vue du tatouage des autres (membres ou non d'une congrégation comme la Church of Body Modifications) constitue un milieu malsain de travail : un beau casse-tête de politique d'entreprise et d'accommodements raisonnables!

10. Droit à l'image

Et comment l'idole (ou le personnage public ou même le simple quidam) doit-elle prendre le tatouage de sa représentation sur le corps d'un fan? Surtout lorsque la reproduction n'est pas bonne ou ne correspond plus à l'image de la vedette, ou le tatoué n'a pas/plus, la plastique voulue.

Le droit à l'image est un droit reconnu par le *Code civil* : la vedette pourrait-elle demander des dommages, obtenir une injonction pour faire enlever le tatouage (par hypothèse, permanent). Est-ce que le tatouage de «son» idole ne devient pas une forme de harcèlement de celle-ci? Là encore, est-ce que l'exercice de ce droit n'entrerait pas en conflit avec le droit à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne ? On peut penser ici aux perquisitions policières refusées pour retrouver une balle dans le corps d'un suspect.

Une anecdote apocryphe reprise un peu partout sur Internet. Après un divorce, une femme a porté plainte à l'encontre de son ex... En effet, ce dernier arborait sur tout le dos un tatouage la représentant nue dans une position érotique. On notera ici que le tatouage avait été réalisé durant leur vie commune et avec le consentement de la dame qui ne s'attendait pas à ce que son ex utilise l'image du tatouage pour une

promotion publicitaire par voie d'affiches et de tracts... Rejet de la procédure au motif que le tatoueur avait autorisé l'utilisation faite par l'ex et que la dame, sur le tatouage reproduit, n'était pas vraiment reconnaissable.

11. Brevets

«Quand la pointe de ses aiguilles pénétrait les tissus, la plupart des hommes gémissaient de douleur, incapables d'endurer plus longtemps le martyre des chairs tuméfiées, cramoisies, gorgées de sang; et plus déchirantes étaient les plaintes, plus vive était l'indicible jouissance qu'étrangement il éprouvait.»

– Junichirô Tanizaki, *Le tatouage* (1910),
in Œuvres I (Gallimard/Pléiades, 1997)

Plusieurs brevets existent sur le sujet : on songera notamment à la machine d'origine et ses modifications, aux types d'encres et de pigments, à leurs dispositifs de diffusion, aux tatouages temporaires ou factices, aux divers produits et procédés pour effacer les tatouages et tout le secteur du tatouage animal. Ça sera aussi pour une autre occasion !

Un sujet pour amorcer la réflexion... Un procédé breveté permet l'animation de tatouage, au gré du tatoué. *Quid* des droits de l'artiste interprète du tatoué qui par flexion de muscles fait bouger l'oeuvre Est-ce que l'oeuvre qui change de forme suivant les mouvements du tatoué jouit d'un statut particulier (bull-dog sur biceps: il grossit suivant les pompes; sur le dos d'un culturiste, le bateau sur flots qui bougera selon ses exercices)? Est-ce que le tatoué aurait des droits d'artiste interprète?

12. Conclusion

Tu as tout
Tatou
Une queue, des pattes,
Un nez, un' carapace
Tu as tout
Tatou
Et pourtant...
–Jacqueline Barrette, *Le Tatou*, dans Tintinna danse
de Passe-Partout (Radio-Québec, 1988).

En je ne sais en quelle occasion, je lisais une revue *people* qui reprenait le rapport d'autopsie de Anne Nicole Smith (1967-2007), énumérant tous les tatouages de cette dernière :

There is a pair of red lips in the right lower abdominal quadrant.
Two red cherries are on the right mid pelvis.
A "Playboy Bunny" is on the left anterior mid pelvis.
The words "Daniel" and "Papas" are on the mid anterior pelvis region.
A mixed tattoo on the right lower leg and ankle represents: Christ's head; Our Lady of Guadalupe; the Holy Bible; the naked torso of a woman; the smiling face of Marilyn Monroe; a cross; a heart and shooting flames.
A mermaid on a flower bed with a pair of lips underneath it laying across the lower back.

Peu charitable, mon voisin (sans doute plus au fait que moi de la vie de certaines célébrités) me fit part d'une citation de la disparue : «I got my first tattoo, a Playboy Bunny, because I was young, dumb and drunk». C'est ce qui m'a inspiré le sujet de cette présentation et non, comme le suggérait malicieusement l'invitation à cette présentation, la vue des corps dénudés par l'été.

Admettez que le tatouage c'est un sujet drôlement plus excitant que l'exécution d'une hypothèque sur la partie indivise d'un immeuble (quoique l'exploitation en indivis d'un tatouage pourrait donner lieu à de vifs débats juridiques et d'intéressantes questions pratiques).

Et à votre prochaine visite au salon de tatouage, vous aurez matière à réflexion dans le plus pur style «Think before you Ink!».

Bref «Tatou compris».

ROBIC
+ DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

