



Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une oeuvre de l'esprit

Audrey Lebois

► To cite this version:

Audrey Lebois. Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une oeuvre de l'esprit. Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, pp. 519, 2014, 978-2-7110-1858-1. hal-01395530

HAL Id: hal-01395530

<https://hal.science/hal-01395530>

Submitted on 10 Nov 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit

Audrey LEBOIS

1. La distinction centrale en droit d'auteur entre l'œuvre de l'esprit et son support donne lieu à un abondant contentieux que le dedicataire de ces lignes a eu à maintes reprises l'occasion de commenter dans la revue *Propriétés intellectuelles*¹. Cette distinction se révèle cruciale lorsque le support de l'œuvre est le corps d'une personne.

Le corps humain a toujours été une grande source d'inspiration des auteurs. La représentation artistique du corps réaliste, déformée ou fragmentée est au cœur de l'histoire de l'art. Le corps est aussi depuis longtemps utilisé comme support d'œuvre. Les tatouages, maquillages et autres peintures corporelles sont présents de la préhistoire à nos jours². A partir des années 50, l'art contemporain donne une autre dimension à l'utilisation du corps humain. Avec le Body Art ou Art corporel³, l'artiste utilise des corps de femmes comme pincesaux vivants⁴, il se sert des éléments de son corps comme matériau de création⁵, il met en scène et expose des corps de personnes vivantes⁶ ou des corps morts⁷, il fait de son propre corps le support d'une œuvre en l'utilisant comme une toile ou en le modelant comme une sculpture. Le corps devient un objet dont l'artiste se sent propriétaire. Ces créations répondent à des démarches et objectifs différents : il peut s'agir pour l'artiste d'une quête spirituelle, d'une volonté de critiquer le statut du corps dans la société, de faiblesauter les tabous sur la sexualité et la nudité, ou encore d'un goût pour la provocation ou la douleur. Malgré les réactions épidermiques négatives qu'elles peuvent susciter, ces œuvres font l'objet d'une reconnaissance institutionnelle et muséale.

2. Ces pratiques artistiques donnent lieu à peu de contentieux. Elles interrogent néanmoins le juriste et pas seulement le psychanalyste⁸ ! La dissociation du sujet et de son corps opérée par l'artiste adepte de l'art corporel heurte les principes d'ordre public de dignité de la personne humaine et d'inviolabilité du corps humain. Quant au droit d'auteur, il a été pensé pour les œuvres incorporées à des supports matériels traditionnels comme les livres, disques, toiles et affiches. Le droit d'auteur est certes compréhensif mais bon nombre des dispositions du code de la propriété intellectuelle n'ont de sens que pour des œuvres concrétisées dans des supports classiques. Le corps comme support d'une œuvre de l'esprit oblige donc à prendre en compte les spécificités de ce support et ses liens avec la personne humaine. S'il n'y a pas d'obstacles spécifiques à l'appropriation de ces œuvres d'art corporel

¹ V. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2011, *Fondation Giacometti c/ Sté Oggi BV* ; CA Paris, 7 sept. 2011, *Maud Linder c/ Société Lobster Film* ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2011, n°09-72850 et 10-10921 ; CA Paris, 28 oct. 2011, *Carillo et autres c/ Cts Hantai* : *Prop. intell. janv.* 2012, n° 42, p. 27 à 29, notes A. Lucas.

² En 1983, Keith Haring a peint sur le corps du chorégraphe Afro-Américain Bill T. Jones puis sur celui de Grace Jones, leur corps devenant en quelque sorte des toiles vivantes.

³ Mouvement artistique représenté en France par Michel Journiac, Gina Pane et Orlan.

⁴ Yves Klein a utilisé des corps féminins recouverts de peinture pour réaliser de grandes toiles : « *Anthropométries* », 1960.

⁵ Orlan, « *Dessins Au Sang* », 1997. L'artiste a réalisé avec son propre sang ces dessins représentant des visages.

⁶ V. les œuvres de Vanessa Beecroft : www.vanessabeecroft.com

⁷ On pense à l'exposition de corps plastinés « *Our body* » qui a donné lieu à un contentieux sur lequel nous reviendrons dans cette étude. On peut aussi citer « *The Morgue* », série de photographies d'Andres Serrano montrant des parties de cadavres ou encore le « *Cavalier de l'Apocalypse* » ou « *L'Homme à la mandibule* », écorchés d'Honoré Fragonard.

⁸ P. Merot, *Art corporel : le corps entre pensée sublimatoire et pensée opératoire* : *Revue française de psychanalyse* 2005, p. 1585

par le droit d'auteur, l'exploitation de ces créations se voit nécessairement limitée par la protection du corps humain et de la personne. Qu'il soit support de création (I) ou support d'exploitation (II), le corps humain n'est évidemment pas un support d'œuvre comme un autre.

I - LE CORPS HUMAIN SUPPORT DE CREATION

3. L'art corporel réifie le corps. Cette utilisation par l'artiste de son propre corps ou de celui d'autrui comme support ou matière de création pose question au regard des principes d'ordre public de dignité de la personne humaine et de respect du corps humain posés par les articles 16 et suivants du code civil. Nous verrons que la contrariété à l'ordre public peut être un obstacle à la liberté de création mais pas à l'appropriation de l'œuvre d'art corporel par le droit d'auteur (A). Il s'agira ensuite de déterminer précisément quelles œuvres d'art corporel sont susceptibles d'être protégées (B).

A – Respect du corps humain, liberté de création et droit d'auteur

4. La liberté de création artistique relève de la protection de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH⁹. Cette liberté fondamentale permet au créateur artistique ou littéraire de s'affranchir de certaines règles. Un tribunal a ainsi reconnu à un romancier la possibilité de mettre en scène des personnages racistes faisant donc prévaloir la liberté de création de l'auteur sur les infractions édictées en matière de racisme ou d'antisémitisme¹⁰. La liberté de création et le droit à l'autonomie personnelle consacré par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹ autorisent les pratiques relevant de l'art corporel. L'artiste dispose de la liberté de transformer son corps selon sa propre appréciation de ce qu'est la beauté. Il peut recourir à la chirurgie esthétique, au tatouage, aux implants...

Il convient néanmoins de s'interroger sur les limites de ce droit à l'autonomie et de la liberté de création artistique. On peut penser que certaines œuvres d'art corporel portent atteinte à la dignité humaine, entendue comme l'essence de l'homme¹². Ces créations sont indignes quand elles reviennent à traiter l'homme comme une chose. A partir de là, deux lectures sont possibles. La première consiste à dire que la dignité humaine est une notion de portée collective exprimant l'humanité de la personne, qu'elle correspond à l'idée d'ordre public et de bonnes mœurs et est donc indisponible. La dignité peut alors être opposée à la personne, un individu ne pouvant s'exclure de l'humanité¹³. Autrement dit, ni le consentement de la personne dont le corps est utilisé comme un support d'œuvre¹⁴, ni

⁹ CEDH, 5 mars 2009, aff. Société de conception de presse et d'édition et Ponson C/ France, req. n° 26935/05, 634

¹⁰ TGI Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006 : Légipresse, avr. 2007, n° 240, note A. Tricoire.

¹¹ Le concept d'autonomie personnelle dérivée du droit à la vie privée prévu par l'article 8 de la CEDH apparaît dans la jurisprudence de la Cour à partir de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*, CEDH 29 avril 2002 : RTD civ. 2002, p.482, obs. Hauser. La Cour affirme dans cet arrêt que « Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant physiquement ou moralement dommageables ou dangereuse pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du *droit d'opérer des choix concernant son propre corps* » (Nous soulignons).

¹² B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un nouveau concept, in *La Dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. Pavia et alii, Economica, 1999

¹³ Pour une appréciation critique de cette conception de la dignité, E. Dreyer, La dignité opposée à la personne : D. 2008, p. 2730.

¹⁴ Comp. CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge (*affaire dite du lancé de nain*) : Recueil, p. 372, concl. Frydman ; JCP, 1996, II, 22630, note Hamon ; D. 1996, p. 177, note Lebreton.

l'autonomie personnelle de l'artiste, ni la liberté de création¹⁵ ne peuvent justifier des atteintes à la dignité humaine. Une telle approche conduit à considérer que toutes les créations d'art corporel sont illicites car elle réifie la personne support de l'œuvre. Une autre lecture est néanmoins possible. La dignité humaine est d'abord le siège d'un droit subjectif au service de la liberté individuelle pour garantir une inviolabilité de la personne contre autrui. Dans sa dimension subjective, la protection de la dignité traduit ce qui est de l'essence de l'homme, c'est-à-dire la capacité d'autodétermination et la responsabilité de l'individu¹⁶. Ce dernier est seul juge de sa propre dignité. Dès lors qu'aucun texte de loi ne les interdit, les pratiques de l'art corporel (tatouage, automutilation, performances) relèvent donc de la liberté individuelle et de la liberté de création.

S'agissant de l'utilisation d'un corps mort ou de restes humains, la liberté de création de l'artiste heurte l'exigence de traitement digne et décent du cadavre¹⁷. L'article 16-1-1 du code civil, issu de la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire¹⁸, dit que « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédés, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». La protection est ici objective puisqu'il n'y a plus de sujet de droit. La destination du cadavre est règlementée par la loi : il doit être inhumé ou être incinéré. De plus, pour garantir que les cendres soient traitées avec respect, dignité et décence, la législation funéraire a abandonné la possibilité de conserver les cendres à domicile lorsque cette conservation a été désirée par le défunt lui-même ou par la famille en l'absence de dispositions prises par le défunt. Désormais, soit les cendres dans leur totalité sont dispersées en pleine nature, soit elles sont placées dans une urne qui doit être conservée dans un site cinéraire d'un cimetière. Les restes humains sont ainsi à l'abri de toutes pratiques jugées inacceptables : il pouvait arriver qu'on retrouve des urnes à la cave, dans des décharges publiques, aux objets trouvés ou que les cendres soient transformées en bijoux ou mélangées à de la peinture pour en faire des tableaux. En rendant matériellement indisponible les restes humains, la loi conduit indirectement à limiter la liberté de création : les artistes ne peuvent plus utiliser des cendres humaines pour composer leurs œuvres. Et s'ils parvenaient à en obtenir à l'étranger où la remise des cendres est autorisée, leur utilisation serait sans doute jugée contraire au respect des restes humains. La liberté de création ne peut justifier que l'on se serve de restes humains pour les transformer en œuvres d'art. Il semble à cet égard qu'on ne puisse réserver le cas où la personne dont le corps est utilisé y aurait consenti de son vivant.

5. Le droit d'auteur est-il sensible à ces considérations relatives à la dignité humaine? Si le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs est une condition d'accès à la protection en droit des marques¹⁹ et en droit des brevets²⁰, le code de la propriété intellectuelle ne prévoit pas pareille condition en droit d'auteur²¹. Celui-ci naît du seul fait de la création de forme

¹⁵TGI Paris, 25 juin 2007, Association Espace Tutelles et Dolibois c/ Banier et Gallimard : LégiPresse 2007, n° 246, III, p. 235 : « la créativité du photographe et la liberté d'expression de cet artiste n'ont ainsi pour limites que le respect de la dignité de la personne représentée ou les conséquences d'une particulière gravité qu'entraînerait la publication des clichés pour le sujet »

¹⁶E. Dreyer, Dignité de la personne : J-Cl. Communication, Fasc. 3740, n° 5. Dans le même sens, D. Roman, A corps défendant : D. 2007, p. 1284

¹⁷V. G. Loiseau, Art et dignité, Respect des morts et volonté posthume, in Sens de l'art, aux confins du droit : le droit relégué par l'art : RLDI, 2012, 79

¹⁸Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire : JCP 2009, act. 34, aperçu rapide X. Labbé.

¹⁹CPI, art. L.711-3

²⁰CPI, art. L. 611-17, a)

²¹V. M. Vivant, Propriété intellectuelle et ordre public : Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, p. 307 et s.

originale, condition nécessaire et suffisante. Telle est la logique qui anime ce droit, indifférent au contenu des œuvres et au processus de création. L'article L. 112-1 CPI qui énonce l'indifférence du droit d'auteur au mérite de l'œuvre, « exclut tout jugement de valeur sur le contenu de l'œuvre. La protection légale ne peut être refusée sur la base de considérations d'ordre moral, naturellement étrangères au droit d'auteur, lequel doit subsister même en cas de censure »²². La cour de cassation l'a confirmé dans plusieurs arrêts à propos de films pornographiques semblant toutefois réserver le cas où il s'agirait d'un « étalage délibéré de violence et de perversion sexuelles dégradantes pour la personne humaine »²³. Cette réserve n'emporte pas la conviction. Aussi dégradante ou choquante soit-elle, une œuvre dès lors qu'elle est originale est couverte par le droit d'auteur²⁴. Que l'on adhère ou non à ce type d'art, une œuvre picturale réalisée avec du sang humain, le corps remodelé de l'artiste ou encore des créations qui seraient réalisées à partir d'un cadavre ou d'éléments d'un corps mort sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur.

B - Créations d'art corporel protégeables par le droit d'auteur

6. Le droit d'auteur protège les œuvres de l'esprit « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » (art. L. 112-1 CPI). Il n'y a donc aucune raison d'exclure de son champ d'application les œuvres d'art corporel. La catégorie d'œuvre de l'esprit est d'ailleurs ouverte²⁵. Ainsi, les peintures corporelles et les tatouages ne sont pas autre chose que des dessins sur la peau autrement dit des œuvres graphiques. En ce sens, un arrêt a énoncé que « les tatouages (...) sont des œuvres originales exécutées de sa main (celle du tatoueur), selon une conception et une exécution personnelle, et qui présentent une part de création artistique »²⁶. Souvent, ces œuvres sont éphémères ou évolutives mais on sait que ces caractères sont indifférents pour le droit d'auteur²⁷. Il convient en revanche de ne pas raisonner par genre. Ainsi, tous les tatouages ne sont pas des œuvres originales²⁸.

7. La titularité des droits sur ces œuvres ne pose guère de difficulté. Un tatouage peut être l'œuvre du tatoueur qui improvise ou reproduit un dessin qu'il a lui-même créé. La Cour d'appel de Paris a ainsi reconnu dans un arrêt du 3 juillet 1998 les droits d'auteur du tatoueur de Johnny Halliday qui avait tatoué sur le bras droit du chanteur une tête d'aigle au dessus d'une plume²⁹. Il peut aussi être l'œuvre du tatoué qui fournit un modèle qu'il a dessiné,

²² A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schlötter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, n°87. Dans le même sens, M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2012, n°183 : « le juge ne doit pas s'ériger en juge du beau, du bon goût ou du « politiquement correct ».

²³ Cass. crim., 6 mai 1986 : D. 1987, somm. p. 151, obs. C. Colombet. - Cass.crim, 28 sept. 1999 : D. 2000 : Comm. com. électr. 2000, comm. 4, note C. Caron.

²⁴ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2004, n° 158, p. 120

²⁵ Comme l'atteste l'adverbe notamment à l'article L. 112-2 CPI.

²⁶ CAA Paris, 7e, 26 nov. 2010, n° 09PA01836, Mlle Corinne A. Dans le même sens CAA Paris, 2e, 01-02-2012, n° 10PA02521, M. Cyril A. Il importe peu ensuite que les juridictions administratives n'assimilent pas les tatoueurs aux « sculpteurs » et n'érigent pas les tatouages au rang d' « œuvre d'art » permettant à leur auteur de bénéficier d'un taux réduit de taxe professionnelle (art. 1460 CGI) ou de TVA (art. 278 septies CGI). Il s'agit seulement pour le juge administratif de tenir compte de la règle d'application stricte des textes dérogatoires à un principe d'imposition et non d'une analyse de droit d'auteur.

²⁷ La permanence et l'intangibilité de l'œuvre n'ont jamais été une condition de protection par le droit d'auteur : CA Paris, 10 avr. 1995 : RIDA oct. 1995, p. 241, obs. A. Kéréver (œuvre florale). - TGI Laval, 16 févr. 2009 : Propr. intell. 2009, p. 260, obs. J.-M. Bruguière (sculptures en chocolat). - TGI Paris, 3^e ch., 2 oct. 2001 : Propr. intell. 2002, n°5, p. 40, obs. A. Lucas (spectacle de rue).

²⁸ CA Lyon, 18 avr. 2013, n°11/05243, J.-J. Courillon c/ SARL Gladia : « n'est pas une création originale » le dessin d'un tatouage « connu dans le domaine public et largement diffusé »

²⁹ CA Paris, 3 juillet 1998, n°97/00183, Sté Polygram c/ Daures : jurisdata n° 1998-022806

l'intervention du tatoueur qui exécute la commande du client n'étant alors que purement technique. Le tatouage pourra être qualifié d'œuvre de collaboration si tatoueur et tatoué dessinent conjointement l'œuvre. Enfin, l'œuvre pourra aussi être composite si le tatoueur complète un tatouage préexistant.

8. D'autres œuvres que les tatouages ont pour support le corps humain. Ainsi en est-il de certaines créations relevant de l'« art charnel », un nouveau courant de l'art contemporain dont l'artiste française Orlan est à l'origine. Cette plasticienne s'est lancée dans une performance « absolue » où, à l'aide de la chirurgie esthétique employée à des fins artistiques, elle transforme son corps et son visage. Elle utilise sa propre chaire comme matériau et support de création. Lors de chaque opération, les chirurgiens vêtus par de grands couturiers opèrent sous l'œil de caméras qui retransmettent le « spectacle » en divers lieux du monde. Anesthésiée localement, Orlan lit des textes et commente sa démarche sous le scalpel des chirurgiens. Elle dénonce ainsi la standardisation de la beauté par la société et détourne la chirurgie esthétique jusqu'à s'enlaidir en se faisant placer de chaque côté du front deux prothèses de silicone créées initialement pour les pommettes.

Tentons de mettre de côté le sentiment d'effroi que les détails de cette performance peuvent provoquer et voyons si ces œuvres peuvent donner prise au droit d'auteur. Pour Orlan, c'est le processus de création qui importe : « J'ai fait toutes ces opérations non pour le résultat physique final, mais comme des processus de production d'œuvres d'art »³⁰. Pour le droit d'auteur, un processus, un geste ou un genre artistiques ne sont pas protégeables. Seul le résultat formel original peut être réservé : l'auteur bénéficiera du droit d'auteur sur la création intellectuelle de forme dans laquelle il met en application le style artistique d'une façon originale³¹. L'idée de modifier artistiquement son corps par la chirurgie esthétique ou d'employer des éléments du corps humain comme matériau de création ne donnent donc pas prise au droit d'auteur. En revanche, les œuvres audiovisuelles et photographiques issues des performances d'Orlan sont protégeables³². Quant aux opérations-chirurgicales-performances, on peut les rapprocher de la chorégraphie ou de la mise en scène d'un spectacle vivant. Les choix dans la mise en scène, les tenues, les positions du corps de l'artiste, les décors marquent l'originalité de la composition ainsi créée. Ces performances qui existent indépendamment des photographies et films sont donc susceptibles d'être protégées.

Et la forme donnée par Orlan à son corps et à son visage, pourrait-elle être protégée par le droit d'auteur ? Rappelons, encore une fois, que seule compte l'existence d'une création intellectuelle de forme originale. Le support étant indifférent³³, rien ne s'oppose à l'appropriation d'une œuvre d'art plastique réalisée par un artiste en modelant son propre corps. On relèvera également que cette sculpture corporelle sera l'œuvre individuelle de l'artiste qui donne les directives au chirurgien pour que son visage soit transformé. Ce dernier, simple exécutant, ne saurait revendiquer la qualité de coauteur de l'œuvre. Il ne peut d'ailleurs avoir une liberté de création suffisante sauf à porter atteinte à l'intégrité corporelle de la personne.

³⁰ « Mon corps est devenu un lieu public de débat » : Le Monde, 22 mars 2004.

³¹ Il a ainsi été admis que Christo avait un droit d'auteur sur l'emballage artistique du Pont neuf qu'il avait réalisé (CA Paris, 13 mars 1986 : D. 1987, somm. com. 150, obs. C. Colombet). En revanche, le genre artistique que constitue l'emballage de monuments en général ne donne pas prise au droit d'auteur (TGI Paris, 26 mai 1987, Christo : D. 1988, somm. com. 201 obs C. Colombet).

³² Ainsi en est-il de « Guérison », œuvre photographique composée de 41 dyptiques en métal retraçant l'évolution de son visage, de ses opérations jusqu'à sa guérison et de « Omniprésence » œuvre audiovisuelle retraçant la mise en scène de son opération. Comp. CA Paris, 7 nov. 2008 : JCP E 1009, 1333, note Singh : l'idée d'une chimère constituée d'un corps humain sur lequel est placée une tête d'animal est formalisée dans des photographies protégeables par le droit d'auteur.

³³ CPI, art. L. 111-3 CPI : « la propriété incorporelle (...) est indépendante de la propriété de l'objet matériel »

II – LE CORPS HUMAIN SUPPORT D'EXPLOITATION

9. L'auteur d'une œuvre d'art corporel originale bénéficie, comme tout auteur d'une œuvre de l'esprit, de droits moraux et patrimoniaux. Ces droits existent en théorie mais l'imbrication entre l'œuvre et le corps humain qui en est le support complique leur mise en œuvre. Le corps étant aussi le support d'une personne, les droits et libertés de celle-ci limitent l'exercice des droits de l'artiste. Les droits patrimoniaux sont corsetés (A) et les droits moraux réduits en peau de chagrin (B).

A – Droits patrimoniaux corsetés

10. L'artiste bénéficie de droits patrimoniaux sur l'œuvre d'art corporel mais la palette de ses droits se révèle limitée. L'auteur est titulaire du droit de reproduction : l'œuvre peut être photographiée, filmée, le tatouage reproduit sur divers supports matériels qui pourront être exploités y compris à des fins économiques. Il est également investi d'un droit de représentation qui lui permet par exemple de présenter au public son corps tatoué lors d'une exposition. En revanche, il n'est pas possible de reconnaître à l'artiste le droit de suite qui est mis en œuvre à l'occasion de la revente du support original d'une œuvre graphique ou plastique³⁴. Dira-t-on du corps de la personne qu'il devient un exemplaire matériel de l'œuvre ? Appliquera-t-on les droits de location et de prêt et la règle de l'épuisement du droit de distribution après la première vente ? On voit bien les limites de l'application du droit d'auteur à des œuvres dont le support est le corps humain. Ces droits patrimoniaux qui portent sur les exemplaires matériels de l'œuvre³⁵, n'ont de sens que pour les supports physiques traditionnels.

De plus, l'exercice de ces prérogatives serait contraire au principe de non patrimonialité du corps humain affirmé par le troisième alinéa de l'article 16-1 du Code civil³⁶. L'auteur ne peut autoriser la location ou la vente du support d'œuvre d'art corporel car ces conventions sont illicites et encourent la nullité absolue³⁷. On pourrait néanmoins relever que certains éléments et produits détachés du corps humain font l'objet d'un droit patrimonial. Tel est le cas des cheveux, ongles et même des dents³⁸. Alors pourquoi pas la peau ? Celle sur laquelle l'œuvre est tatouée pourrait-elle être vendue ? On pense ici au film *Le tatoué*³⁹ dans lequel un marchand de tableau (Louis de Funès) fait la rencontre d'un ancien légionnaire (Jean Gabin) qui possède un Modigliani tatoué dans le dos. Ce dernier est réticent à « vendre sa peau » mais le marchand, prêt à tout pour récupérer l'œuvre, lui propose de retaper sa maison de campagne en échange de cette œuvre d'art unique. Pure fiction ? Pas tant que cela. On se rappelle de cette sordide affaire de la jeune fille à la rose. Une demoiselle mineure avait été engagée 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 de ses fesses

³⁴ CPI, art. L. 122-8.

³⁵ V. A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ 2004, n°157, p. 65. – A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schlötter, *Traité préc.*, n°272 et 283.

³⁶ Art. 16-1, al. 3 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Ce principe fait partie du « socle d'ordre public » destiné à garantir la dignité de la personne (V. débats parlementaires sur les lois n°94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 et notamment M. Vauzelle : J.O. Déb. A.N., 20 nov. 1992, p. 5826 ; M. Méhaignerie : J.O. Déb. Sénat, 13 janvier 1994, p. 97.)

³⁷ Art. 16-5 cciv : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». La nullité qui frappe de tels contrats est une nullité absolue, l'intérêt général et non un intérêt particulier étant ici menacé. Seules les personnes ayant un intérêt à agir verraient toutefois leur action recevable. Or, on voit mal en pratique vendeur ou acheteur invoquer la nullité. Reste alors le ministère public dont l'action ne nous paraît pas purement théorique dès lors que l'ordre public est en jeu.

³⁸ V. CSP, art. L. 1211-8

³⁹ Denys De La Patellière, 1968.

puis le tatouage devait être enlevé quinze jours plus tard par un chirurgien esthétique et devenir la propriété du producteur lequel entendait revendre le lambeau de peau prélevé au prix d'un Picasso. Une fois majeure, la jeune femme a assigné le régisseur qui l'avait engagé et la société de production pour voir annuler le contrat et pour obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice corporel et esthétique qu'elle avait subi. Les juges ont retenu la nullité de la convention en raison du caractère hors commerce du lambeau de peau⁴⁰.

L'interdiction vaudrait-elle pour un corps mort? La question n'est pas si saugrenue. Johnny Hallyday a déclaré : «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»⁴¹. Le cadavre est une chose et par conséquent, les parties ou éléments de celui-ci aussi. Mais il est une « chose sacrée »⁴² qui, rappelons-le, doit être traitée « avec respect, dignité et décence » (C.civ., art. 16-1-1, al. 2). La Cour de cassation, à l'occasion de l'affaire « Our body », a estimé que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence⁴³. La mise aux enchères des tatouages de Johnny serait donc illicite même s'il y a consenti de son vivant. On peut également douter que le chanteur puisse consentir à ce que sa peau tatouée soit donnée à un musée pour être exposée, la législation funéraire de 2008 réglementant strictement, nous l'avons vu précédemment, la destination finale des cadavres et restes humains. Pour les mêmes raisons, le visage et le corps sculptés d'Orlan ne pourraient pas non plus faire l'objet d'une plastination⁴⁴ et être exposés même si cela correspondait à sa volonté manifestée de son vivant. L'individu peut seulement décider de donner son corps à la science (et non à l'art), le « donataire » devant l'utiliser à des fins scientifiques ou thérapeutiques comme le prescrit la loi. Toute autre utilisation du cadavre serait illicite⁴⁵.

11. Le lien intrinsèque entre l'œuvre d'art corporel et le support qu'est le corps humain a également une incidence non négligeable sur l'exercice des droits de l'auteur. Les droits de la personne (droit à l'image, droit au respect de la dignité, liberté individuelle et liberté de mouvement) peuvent paralyser l'exercice des droits de reproduction et de représentation. Pour autant, cela ne remet pas en cause l'application du principe d'indépendance de la propriété incorporelle et de la propriété corporelle posée par l'article L.111-3 du code de la propriété intellectuelle. Cette règle a vocation à s'appliquer aux œuvres d'art corporel, même s'il convient à leur égard de la reformuler. On peut difficilement, en effet, parler de « propriété de l'objet matériel » à propos du corps de la personne⁴⁶. Mais la distinction entre la propriété

⁴⁰TGI Paris, 1969 : D. 1970, jurispr. p. 136, note J.-P. Rapp. Décision confirmée en appel et en cassation : Cass. civ. 1^{re}, 23 févr. 1972, n°70-12490 : Bull. civ. I n° 61, p. 54.

⁴¹L'Écho des savanes, n° 268, mai 2008, p. 10.

⁴²J.-P. BAUD, L'affaire de la main volée : un histoire juridique du corps, Le Seuil, 1993, p. 31. - X. Labbé, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, PU Lille, 1990, p. 243.

⁴³Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, Sté Encore Events c/ Assoc. Ensemble contre la peine de mort et a. : JCP G 2010, note 1239, B. Marrier ; D. 2010, p. 2750, note G. Loiseau, p. 2754, note B. Edelman ; Comm. com. électr. 2010, comm. 112, A. Lepage ; RTD civ. 2010, p. 760, obs. J. Hauser.

⁴⁴La plastination consiste à remplacer les différents liquides organiques du corps humain par de la silicone afin de préserver des tissus biologiques, ce qui permet d'exposer des cadavres comme s'ils étaient vivants

⁴⁵Ces limites à la libre disposition du corps mort au nom de la dignité humaine posent question. « Si une personne, sans porter atteinte à sa dignité, peut vendre ses charmes pourquoi, *a fortiori*, ne pourrait-elle vendre son cadavre, ou, plus modestement, vendre le droit de l'écorcher et de l'exposer ? En quoi cela serait-il moins digne que de s'offrir à un passant ? » (B. Edelman, Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré : D. 2012, p. 2754, n° 14). D'ailleurs, les corps ont fait et font parties de collections de musées (momies, têtes jivaro, écorchés d'Honoré Fragonard au musée de Maisons-Alfort).

⁴⁶Pour la doctrine majoritaire, le corps s'identifie à la personne. V. notamment J. Carbonnier, Droit civil I, les personnes, Dalloz 2000, n° 4 ("Le corps, c'est la personne et de ce qu'il est la personne elle-même, le corps tire sa place tout à fait particulière dans le droit »)

incorporelle et les droits attachés au support dans lequel se concrétise l'œuvre est inhérente au droit d'auteur⁴⁷ et reste donc pertinente. Comme nous l'avons dit précédemment, seule la création intellectuelle est l'objet du droit d'auteur et non la personne ou son corps. Dès lors, seul l'artiste qui a créé l'œuvre d'art corporel est titulaire des droits d'auteur qu'il ait utilisé son propre corps ou le corps d'autrui. Le tatoué ne peut, du seul fait que le tatouage est sur son corps, l'exploiter sans l'autorisation du tatoueur/auteur qui est seul investi des droits d'auteur. Il ne peut, sans l'autorisation de l'auteur, photographier l'œuvre qui orne son corps pour en faire des affiches ou des cartes postales et les commercialiser.

12. L'affaire concernant le tatouage de Johnny Hallyday représentant une tête d'aigle permet d'illustrer cette articulation entre le droit d'auteur et les droits de la personne. La société Polygram et la société Western Union avaient reproduit sur des jaquettes de DVD et de CD, sur des publicités et des tee-shirts le dessin du tatouage du chanteur. Monsieur Daures, qui invoquait des droits d'auteur sur ce dessin tatoué par lui sur le bras du rockeur, avait agi en contrefaçon. Polygram soutenait que « le dessin litigieux fait partie de l'image de Johnny Hallyday et qu'il peut donc être utilisé librement, et ce même indépendamment d'une photographie du chanteur ». L'argument n'a pas convaincu la cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt du 3 juillet 1998, retient la contrefaçon des droits d'auteur⁴⁸. Si elle reconnaît au chanteur le droit d'exploiter son image, c'est à la condition que le tatouage apparaisse « de manière accessoire ». Les juges relèvent 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. Il en découle que les sociétés Polygram et Western Passion ne peuvent utiliser ce dessin de façon distincte, sans l'autorisation de l'intimé; qu'à défaut d'une telle autorisation, elles ont porté atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur ». L'arrêt doit être approuvé. La solution s'impose comme le résultat logique de l'indépendance de l'œuvre par rapport au support. Les juges font bien la part des choses entre droit à l'image et droit d'auteur. Lorsque la personne tatouée est filmée ou photographiée, l'autorisation de l'auteur n'est pas requise si l'œuvre est représentée de manière accessoire⁴⁹ mais celle du tatoué l'est au titre du droit à l'image. En revanche, si comme en l'espèce, c'est le dessin/tatouage qui est reproduit ou si le cliché ou le film est centré sur le dessin, l'autorisation de l'auteur est incontournable et celle de la personne tatouée ne le sera que si elle est identifiable.

13. Un arrêt intéressant rendu par la cour d'appel de Gand le 5 janvier 2009⁵⁰ montre également l'incidence que peut avoir le droit à l'image de la personne sur l'exploitation des droits d'auteur. Pour faire sa publicité dans un annuaire téléphonique, un tatoueur avait utilisé une photographie d'un de ses clients qui arborait une de ses œuvres. La photo avait été prise par un tiers alors que le tatoué participait à un concours. Le tatoué qui n'avait pas donné son autorisation, lui demanda de cesser cette publicité. Le tatoueur s'y est refusé, invoquant ses droits d'auteur sur l'œuvre tatouée. Saisie de l'affaire, les juges belges posent une distinction entre le tatouage en tant que dessin et la réalisation de celui-ci sur le corps du tatoué. Ils estiment que le droit d'auteur se limite à la reproduction du dessin sur une autre personne. Le

⁴⁷ J. C. Ginsburg, *Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une œuvre d'art : étude de droit comparé* : RIDA juill.-sept. 1994, p. 881.

⁴⁸ CA Paris, 3 juillet 1998, *Sté Polygram c/ Daures*, préc.

⁴⁹ Même si le code de la propriété intellectuelle ne l'évoque pas, la jurisprudence admet que la reproduction ou la représentation accessoire d'une œuvre échappe au droit exclusif. V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2011 : *Propriété intell.* 2011, p. 298, obs. A. Lucas.

⁵⁰ CA Gand, 7^e k, 5 janv. 2009 n° 2007/AR/912, inédit

tatoueur/auteur peut s'opposer à ce que son dessin soit tatoué sur le corps d'une autre personne. En revanche, il ne peut invoquer son droit d'auteur pour empêcher le tatoué de montrer son corps et ne peut pas lui interdire de se faire photographier et que ses photos soient diffusées. Autrement dit, pour les juges belges, l'œuvre ayant été exécutée sur un corps humain, le droit à l'image du tatoué prime sur le droit d'auteur du tatoueur. Le tatoueur doit donc obtenir une autorisation expresse du tatoué au titre du droit à l'image pour publier les photos de ses œuvres sur le corps de son client⁵¹. Si la solution doit être approuvée en ce qu'elle fait prévaloir le respect du droit à l'image sur l'exercice du droit d'auteur, la distinction opérée par la cour d'appel de Gand entre le dessin-tatouage (sur lequel le tatoueur a des droits d'auteur) et le tatouage réalisé sur le corps (sur lequel le tatoueur n'aurait plus de droit) n'emporte pas la conviction. Le tatouage sur la peau est une reproduction de l'œuvre réalisée de la main de l'artiste. L'œuvre, qui change simplement de support en passant du papier à la peau, reste protégeable par le droit d'auteur. Dès lors, la photographie du tatouage sur la peau est soumise à l'autorisation de l'auteur à moins, comme le disent les juges dans l'affaire précitée concernant le tatouage de Johnny Hallyday, qu'il s'agisse d'une reproduction accessoire de l'œuvre.

14. Outre le droit à l'image, la liberté individuelle (liberté d'aller et venir, liberté de ne pas faire) est également de nature à paralyser l'exercice des droits patrimoniaux sur l'œuvre d'art corporel. L'auteur qui a créé une œuvre sur le corps d'autrui ne peut obliger ou interdire cette personne de montrer l'œuvre⁵². L'exercice du droit d'exposition, qui est par définition étroitement lié à la détention du support, dépend donc entièrement de la volonté de cette personne. De même, l'auteur ne pourra en aucun cas exiger la mise à disposition du support en vue de lui permettre une exploitation de l'œuvre (art. L. 111-3, al. 2 CPI), le refus de la personne dont le corps est le support de l'œuvre ne pouvant être considéré comme abusif. Enfin, le respect de la dignité humaine, analysé comme composante de l'ordre public⁵³, pourrait aussi être invoqué pour empêcher la représentation des œuvres d'art corporel⁵⁴. On voit bien que l'auteur ne peut pas exercer ses droits patrimoniaux sur l'œuvre comme il l'entend.

B - Droits moraux en peau de chagrin

15. Les droits de la personne dont le corps est le support de l'œuvre d'art corporel sont également de nature à gêner l'exercice des droits moraux de l'auteur. La cour d'appel de Gand, dans l'arrêt précité de 2009, va jusqu'à affirmer que, une fois le dessin exécuté sur le corps, l'artiste/tatoueur ne dispose plus de droits. L'affirmation doit être nuancée. En effet, l'artiste peut exercer pleinement ses droits moraux lorsqu'il a choisi son propre corps comme support d'œuvre. Dans ce cas, l'exercice du droit moral coïncide avec celui de la liberté individuelle et l'autonomie personnelle. Ainsi, l'artiste pourra sans contrainte exercer son droit de divulgation en choisissant le moment et les modalités de la première communication

⁵¹ Selon les juges, même si les yeux du tatoué étaient masqué d'un bandeau, la photo montrait parfaitement le tatoué qui était reconnaissable surtout dans le milieu des tatoueurs. Son consentement était donc requis pour l'utilisation du portrait. Le photographe obtient également réparation, le tatoueur ayant commis une contrefaçon en utilisant le portrait sans son consentement.

⁵² En ce sens, CA Gand, 5 janv. 2009, préc.

⁵³ CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge, *affaire dite du lancé de nain* : Recueil, p. 372, concl. Frydman ; Revue française de droit administratif, 1995, p. 1204, concl. ; Actualité juridique. Droit administratif, 1995, p. 878, chron. Stahl et Chauvaux ; Revue du droit public, 1996, p. 536, notes Gros et Froment ; La Semaine juridique, édition générale, 17/18, 1996, II, 22630, note Hamon ; Recueil Dalloz, 1996, p. 177, note Lebreton ; Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1996, p. 657, concl., note Deffains

⁵⁴ Comp. affaire « Our Body » préc.

au public de son œuvre. Si celle-ci ne le satisfait plus, il pourra retoucher son corps et donc l'œuvre par de nouvelles transformations physiques. Il pourra aussi retirer l'œuvre du marché de l'art et de la sphère publique en décidant de ne plus participer à des expositions.

16. En revanche, il est vrai que lorsque le support est le corps d'autrui, le droit moral est limité. D'abord, le droit de divulgation se heurte à la liberté individuelle: l'auteur/tatoueur ne peut interdire à la personne tatouée de dévoiler son tatouage. L'exercice des droits de repentir et de retrait, est également compromis : le tatoueur ne peut exiger le retrait ou la modification de son œuvre une fois qu'elle est fixée sur le corps d'autrui (à moins que cette personne y consente). Concernant le droit à la paternité de l'œuvre, l'auteur devrait pouvoir en théorie exiger que son nom figure sur l'œuvre mais on peut penser qu'il est difficile de faire respecter cette exigence. D'ailleurs, ce n'est pas l'usage : les tatouages ne sont en principe pas signés sur la personne du tatoué (mais les usages pourraient changer !). Enfin, le droit au respect de l'œuvre d'art corporel est également limité. Le respect de l'intégrité de l'œuvre entre ici en conflit avec l'autonomie personnelle et le droit de toute personne de disposer de son corps. Le tatoueur ne peut pas empêcher le tatoué de modifier ou de supprimer son tatouage en invoquant son droit d'auteur. D'ailleurs, le tatouage est une œuvre évolutive : il vieillit et se transforme comme la peau vieillie et le corps se transforme. Le droit au respect de l'œuvre ne peut être invoqué quand l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre est la conséquence de la liberté individuelle (de faire du sport ou de grossir) et du temps qui passe. En revanche, le droit au respect peut servir à garantir l'esprit de l'œuvre d'art corporel c'est-à-dire interdire toute usage de l'œuvre qui serait en contradiction avec sa destination initiale, par exemple l'exploitation à des fins publicitaires.

17. Il convient enfin de relever que les droits moraux retrouvent toute leur force lorsqu'une reproduction de l'œuvre d'art corporel est exploitée. La contrainte liée au corps humain disparaît puisqu'il n'est alors plus le support de l'œuvre. Ainsi, dans l'affaire précitée relative au tatouage de Johnny Hallyday, la cour d'appel de Paris a retenu l'atteinte au droit à la paternité et au droit au respect de l'œuvre du tatoueur dans les termes suivants : « 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 ».

18. En définitive, on voit que les hypothèses d'interférence entre droit d'auteur et droits de la personne sont nombreuses en matière d'art corporel. Le corps humain, qu'il soit vivant ou mort, n'est pas un support totalement neutre⁵⁵. Sans remettre en cause le principe d'indépendance posé par l'article L.111-3 CPI, la promiscuité factuelle entre le corps et l'œuvre de l'esprit a incidence très forte sur l'exercice des droits de l'auteur au point que certains modes d'exploitation s'avèrent tout simplement impossibles.

⁵⁵ V. Diebold-Rossini, La neutralité du support en propriété littéraire et artistique, Thèse Strasbourg, 2008