

Vol. 36, n° 3

Art public : analyse des limites du droit d'auteur au Canada

Melissa Raymond et Camille Avery-Benny*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	453
I. SCULPTURES ET OEUVRES ARTISTIQUES DUES À DES ARTISANS : LES OEUVRES VISÉES	457
II. PERMANENCE ET ESPACE PUBLIC : LES CIRCONSTANCES D'APPLICATION	461
III. REPRODUCTION ET PUBLICATION : LES UTILISATIONS PERMISES	462
IV. EXEMPLES ET CAS D'APPLICATION	464
V. REPENSER LA LIBERTÉ DE PANORAMA	466

© Lussier & Khouzam 2024.

* M^e Raymond est avocate et M^{me} Avery-Benny est parajuriste. Elles travaillent toutes deux au sein du cabinet Lussier & Khouzam, spécialisé en droit des arts et des communications.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

RÉSUMÉ

Le sous-alinéa 32.2(1)b(ii) de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada prévoit une exception aux principes de base de protection des œuvres artistiques lorsqu'il est question d'œuvres situées en permanence dans l'espace public. Cette exception pose toutefois de nombreux défis d'interprétation qui n'ont pas été abordés par les tribunaux à ce jour. Quelles œuvres sont concernées par l'exception ? Quelles circonstances spécifiques sont nécessaires à son application ? Quelles sont les utilisations permises par cette disposition ? Bien que les communautés juridiques et artistiques offrent certaines pistes de réponses, les tribunaux canadiens tardent à fournir une interprétation claire de cette exception, laissant autant les artistes que les membres du public dans un flou juridique.

MOTS-CLÉS

Droit d'auteur – Exception – Article 32.2(1)b de la *Loi sur le droit d'auteur* – Œuvre artistique due à des artisans – Œuvre érigée en permanence sur une place publique

ABSTRACT

Subparagraph 32.2(1)(b)(ii) of the Canadian *Copyright Act* provides an exception to the basic principles of protection for artistic works when it comes to works permanently situated in public spaces. However, this exception poses numerous interpretative challenges that have not yet been addressed by the courts. Which works are covered by the exception? What specific circumstances are necessary for its application? What uses are permitted by this provision? Although the legal and artistic communities offer potential answers, Canadian courts have been slow to provide clear interpretations of this exception, leaving artists and the members of the public in a legal grey area.

KEYWORDS

Copyright – Exception – Section 32.2(1)(b) of the *Copyright Act* – Work of artistic craftsmanship – Work permanently situated in a public place

Que ce soit au parc, à la bibliothèque ou dans la rue, l'art est de plus en plus présent dans nos espaces publics. En effet, il est presque impossible de se balader en ville sans croiser une sculpture, une murale ou une installation artistique. Beaucoup ont alors envie de l'immortaliser en la prenant en photo, par exemple. Ce geste en apparence dénué de conséquences peut sembler banal, mais il implique des principes de droit d'auteur importants concernant l'art et l'utilisation que peut en faire le public.

Bien qu'un artiste soit généralement le seul à pouvoir autoriser la reproduction de son œuvre¹, la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après « LDA ») prévoit certaines exceptions à cette règle, notamment lorsque l'œuvre en question est située de manière permanente dans l'espace public :

32.2 (1) Ne constituent pas des violations du droit d'auteur :

[...] b) la reproduction dans une peinture, un dessin, une gravure, une photographie ou une œuvre cinématographique :

(i) d'une œuvre architecturale, à la condition de ne pas avoir le caractère de dessins ou plans architecturaux,

(ii) d'une sculpture ou d'une œuvre artistique due à des artisans, ou d'un moule ou modèle de celles-ci, érigées en permanence sur une place publique ou dans un édifice public.²

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985) ch. C-42, art. 3(1)(a) et 27(1).

2. Art. 32.2(1)b LDA.

Inspirée du droit anglais³ et adoptée au Canada sous sa première forme en 1921⁴, cette disposition a évolué au fil des réformes de la LDA. Malgré les nombreuses difficultés d'interprétation qu'il pose, l'alinéa 32.2(1)b) n'a fait l'objet d'aucun examen substantiel de la part des tribunaux canadiens à ce jour, bien qu'il ait été évoqué brièvement dans deux décisions de la Cour fédérale en 2016 et en 2017⁵. Dans ces deux affaires – l'une impliquant des « sculptures de terrains de jeux » et l'autre, une œuvre architecturale –, l'alinéa 32.2(1)b) est invoqué comme argument par les parties défenderesses, mais cet argument n'est ultimement pas retenu et ne fait pas l'objet d'une analyse par

-
3. *Copyright Act 1911*, c. 46 (Royaume-Uni), art. 2(1) : « Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright: Provided that the following acts shall not constitute an infringement of copyright: [...] The making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs of a work of sculpture or artistic craftsmanship, if permanently situate in a public place or building, or the making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs (which are not in the nature of architectural drawings or plans) of any architectural work of art [...]. »
 Notre traduction : « Le droit d'auteur sur une œuvre sera réputé être enfreint par toute personne qui, sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, accomplit un acte dont le droit exclusif est conféré au titulaire du droit d'auteur par la présente Loi. Les actes suivants ne constituent pas une violation du droit d'auteur : [...] La réalisation ou la publication de peintures, dessins, gravures ou photographies d'une sculpture ou d'une œuvre artistique due à des artisans, si elle est située de manière permanente sur une place publique ou dans un édifice public, ou la réalisation ou la publication de peintures, dessins, gravures ou photographies (à la condition de ne pas avoir le caractère de dessins ou plans architecturaux) d'une œuvre architecturale [...]. »
4. *The Copyright Act*, 1921, ch. 24 (Canada), art. 16(1)iii) : « Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright. Provided that the following acts shall not constitute an infringement of copyright: [...] The making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs of a work of sculpture or artistic craftsmanship, if permanently situate in a public place or building, or the making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs (which are not in the nature of architectural drawings or plans) of any architectural work of art [...]. »
 Notre traduction : « Le droit d'auteur sur une œuvre sera réputé être enfreint par toute personne qui, sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, accomplit un acte dont le droit exclusif est conféré au titulaire du droit d'auteur par la présente Loi. Les actes suivants ne constituent pas une violation du droit d'auteur : [...] La réalisation ou la publication de peintures, dessins, gravures ou photographies d'une sculpture ou d'une œuvre artistique due à des artisans, si elle est située de manière permanente sur une place publique ou dans un édifice public, ou la réalisation ou la publication de peintures, dessins, gravures ou photographies (à la condition de ne pas avoir le caractère de dessins ou plans architecturaux) d'une œuvre architecturale [...]. »
5. *Corocord Raumnetz GMBH c. Dynamo Industries Inc.*, 2016 CF 1369 ; *Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francs*, 2017 CF 825.

la Cour, nous laissant ainsi sans réponse précise quant à son cadre d'application.

Parfois appelé « liberté de panorama », ce régime d'exception spécifique aux œuvres artistiques situées dans l'espace public existe à plusieurs degrés variables à travers le monde⁶. Au Canada, si la LDA accorde une certaine liberté de panorama, celle-ci est à première vue assez limitée, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'aux œuvres reproduites sous les conditions énumérées à l'alinéa 32.2(1)b)⁷. Les œuvres concernées par cette exception sont donc uniquement les œuvres architecturales, ainsi que les sculptures et les œuvres artistiques dues à des artisans situées de façon permanente dans l'espace public.

Cela étant dit, aux fins du présent article, nous examinerons plus spécifiquement les composantes du sous-alinéa 32.2(1)b)ii) concernant les sculptures et les œuvres artistiques dues à des artisans. Son libellé ainsi que les catégories d'œuvres qui y sont visées nous semblent soulever plus de questions d'un point de vue juridique que le sous-alinéa portant sur les œuvres architecturales. En effet, une lecture approfondie de l'exception visant les sculptures et les œuvres artistiques dues à des artisans révèle que celle-ci est truffée d'ambiguïtés qui en rendent l'application plutôt ardue.

Nous nous attarderons donc aux éléments plus obscurs de son libellé, en commençant par une analyse des œuvres visées par cette exception, les circonstances d'application de celle-ci, ainsi que les utilisations qu'elle permet. Enfin, nous passerons en revue certains cas d'application pratique, dans l'objectif d'illustrer les faiblesses de cette disposition, puis nous explorerons les pistes de solutions possibles quant à son interprétation.

I. SCULPTURES ET OEUVRES ARTISTIQUES DUES À DES ARTISANS : LES OEUVRES VISÉES

Afin d'échapper aux effets de la violation du droit d'auteur en vertu de la LDA⁸, l'œuvre reproduite doit être une « sculpture » ou « une œuvre artistique due à des artisans » (ou un moule ou modèle de

6. Mary LAFRANCE, « Public Art, Public Space, and the Panorama Right », (2020) 55:3 *Wake Forest L Rev* 597.

7. Pascale CHAPDELAINÉ, « Graffiti, Street Art, Walls, and the Public in Canadian Copyright Law », (2019) *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti* 123, 138-139.

8. Art. 27(1) LDA.

celles-ci). Bien qu'aucun de ces termes ne soit clairement défini dans la LDA, nous examinerons uniquement les « œuvres artistiques dues à des artisans » aux fins de cet article, celles-ci étant une catégorie d'œuvres artistiques plus insaisissables que les « sculptures ». Dans un premier temps, la LDA définit ce qu'est une « œuvre artistique » de la manière suivante :

Sont compris parmi les œuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques.⁹ (Nos soulignements)

L'inclusion des « œuvres artistiques dues à des artisans » à même la définition des « œuvres artistiques » au sens plus large pourrait suggérer une distinction entre les œuvres dues à des artisans et le reste des éléments compris dans l'énumération¹⁰. Selon cette logique, une « œuvre artistique due à un artisan » ne serait donc ni une peinture, ni un dessin, une sculpture, une œuvre architecturale, une gravure, une photographie, un graphique, une carte, un plan, ni une compilation d'œuvres artistiques.

Cependant, cela révèle peu de choses à propos de ce qui est susceptible d'être qualifié d'« œuvre artistique due à des artisans ». Contrairement aux sculptures pour lesquelles les tribunaux anglais peuvent offrir certaines pistes de réflexion quant aux facteurs à considérer afin d'évaluer si une œuvre peut être qualifiée ainsi¹¹, la législation et la jurisprudence anglaise ne parviennent pas plus que les tribunaux canadiens à établir une définition cohérente de l'expression « œuvre artistique due à des artisans »¹².

Au Canada, la jurisprudence la plus pertinente sur le sujet remonte à 1987. Dans *DRG Inc. c. Datafile Ltd.*¹³, la Cour fédérale examinait des arguments qui s'appuyaient, entre autres, sur la jurisprudence anglaise en matière d'« œuvres artistiques dues à des

9. Art. 2 « œuvre artistique » LDA.

10. P. CHAPDELAINE, *supra*, note 7.

11. John MCKEOWN (Cassels Brock & Blackwell LLP), « What is a "sculpture" for copyright purposes? », *Lexology.com* (2010) en ligne : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=95ddca37-72e9-4776-85d4-a0bcac261322>> (consulté le 30 juillet 2024) ; voir aussi *Lucasfilm Ltd. & Ors v. Ainsworth & Anor*, [2008] EWHC 1878 (Ch).

12. Shelley WRIGHT, « A Feminist Exploration of the Legal Protection of Art », (1994) 7:1 *Can J Women & L* 59, 91.

13. *DRG Inc. c. Datafile Ltd.*, [1988] 2 C.F. 243.

artisans », dans le cadre de la détermination du sens à donner au mot « artistique » à l'article 2 LDA. La Cour en vient toutefois à la conclusion suivante : « Demander aux tribunaux de décider ce qui est "artistique", qu'il ne s'agisse que d'œuvres artistiques dues à un artisan, d'œuvres architecturales et d'œuvres non énumérées ou d'œuvres comprises dans la catégorie plus large de l'"œuvre artistique" ne s'avère pas une solution souhaitable »¹⁴, mais elle s'abstient ultimement de trancher à savoir s'il est du devoir des tribunaux d'examiner le caractère « artistique » des « œuvres artistiques dues à des artisans »¹⁵.

Toutefois, en se tournant de l'autre côté de l'océan pour examiner la portée de l'homologue anglais¹⁶ de notre sous-alinéa 32.2(1) b)(ii), on constate que le flou entourant la définition juridique de l'expression « œuvre artistique due à des artisans » semble avoir le potentiel d'ouvrir la porte à une interprétation plus large. Face à l'incertitude, la doctrine concernant l'application de l'exception anglaise évoque la possibilité d'étendre l'application de ce sous-alinéa à toutes les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur¹⁷. On pourrait penser aux murales ou à l'art du graffiti, par exemple.

Un autre indice quant à la nature des œuvres auxquelles s'applique cette exception se trouve potentiellement dans la suite de son libellé, soit l'exigence que ces œuvres soient « érigées en permanence sur une place publique ou dans un édifice public ». Le mot-clé ici étant

14. *Id.*, p. 251.

15. *Id.*, p. 252.

16. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, c. 48 (Royaume-Uni), art. 62 : « (1) This section applies to (a) buildings, and (b) sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public. (2) The copyright in such a work is not infringed by (a) making a graphic work representing it, (b) making a photograph or film of it, or (c) making a broadcast of a visual image of it. (3) Nor is the copyright infringed by the issue to the public of copies, or the communication to the public, of anything whose making was, by virtue of this section, not an infringement of the copyright. »
Notre traduction : «(1) Cet article s'applique aux (a) bâtiments, et (b) sculptures, modèles de bâtiments et œuvres dues à des artisans, s'ils sont situés en permanence dans un lieu public ou dans des locaux ouverts au public. (2) Le droit d'auteur sur une telle œuvre n'est pas violé par (a) la réalisation d'une œuvre graphique la représentant, (b) la réalisation d'une photographie ou d'un film de celle-ci, ou (c) la diffusion d'une image visuelle de celle-ci. (3) Le droit d'auteur n'est pas non plus violé par la mise à disposition du public de copies et la communication au public de tout ce dont la réalisation, en vertu de cet article, ne constituait pas une violation du droit d'auteur.»

17. Pauline COMBE, « Copyright Protection of Works Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception », (2018) 23:4 *Art Antiquity & L* 313, 320.

« érigées ». Nous aborderons ensuite les difficultés d'interprétation que posent les critères de « permanence » et d'« espace public » dans la prochaine section.

Dans la version en français de la loi, l'expression « érigées » peut évoquer une certaine verticalité propre aux objets en trois dimensions, comme une construction s'élevant du sol, par exemple¹⁸. On peut aisément concevoir que ce concept soit applicable aux sculptures, celles-ci étant des objets tridimensionnels, mais qu'en est-il des « œuvres artistiques dues à des artisans » ? Celles-ci doivent-elles également répondre à un critère de tridimensionnalité ? Une première hypothèse, basée uniquement sur l'emploi du mot « érigées », semble suggérer que toute œuvre bidimensionnelle serait nécessairement exclue de l'application du sous-alinéa 32.2(1)b(ii)¹⁹.

Toutefois, dans la version en anglais du libellé du sous-alinéa 32.2(1)b(ii)²⁰, le législateur a plutôt opté pour l'expression « *situated* ». D'un point de vue historique, cette disposition de la loi canadienne découle d'une disposition similaire dans la loi anglaise qui utilise également le terme « *situated* »²¹. Contrairement au mot « érigées », le mot « *situated* » suggère que les catégories d'œuvres dont il est question dans le cadre de cette exception ont simplement à être situées dans l'espace public de manière permanente, évacuant ainsi toute exigence de tridimensionnalité comme pourrait suggérer le terme « érigées » en français. Cette seconde hypothèse, tenant compte du libellé de l'article en anglais, permettrait donc d'inclure autant des œuvres bidimensionnelles que tridimensionnelles dans la portée du sous-alinéa 32.2(1)b(ii). Par conséquent, la définition de l'expression « œuvres artistiques dues à des artisans » serait susceptible de comprendre à la fois des œuvres en deux dimensions et des œuvres en trois dimensions.

18. Selon Le Robert, le mot « ériger » signifie « placer (un monument) en station verticale ». *Le Robert*, « ériger » en ligne : <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/eriger>> (consulté le 13 novembre 2024).

19. P. CHAPDELAINÉ, *supra*, note 7, 139.

20. Art. 32.2(1)b(ii) LDA : « (1) It is not an infringement of copyright [...] (b) for any person to reproduce, in a painting, drawing, engraving, photograph or cinematographic work [...] (ii) a sculpture or work of artistic craftsmanship or a cast or model of a sculpture or work of artistic craftsmanship, that is permanently situated in a public place or building. »

21. *Copyright Act 1911*, *supra*, note 3 ; *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *supra*, note 16.

II. PERMANENCE ET ESPACE PUBLIC : LES CIRCONSTANCES D'APPLICATION

Le traitement jurisprudentiel lacunaire du sous-alinéa 32.2(1) b)ii) laisse également perdurer une certaine incertitude quant aux critères de « permanence » et d'« espace public » qui y sont édictés. En effet, ces termes demeurent sans définition juridique précise à ce jour, autant dans la loi, la doctrine que la jurisprudence, en ce qui a trait à leur application en relation avec des œuvres d'art.

Les tribunaux canadiens ont toutefois eu l'occasion de se prononcer sommairement sur la définition de « place publique » et d'« édifice public », dans lesquels les œuvres visées par le sous-alinéa 32.2(1)b)ii) doivent prendre place. Notamment, il a été précisé que la reproduction d'une photographie dans un quotidien ne peut être considérée comme une exposition permanente sur une place publique²². Il en va de même pour les sculptures exposées dans une galerie d'art ou dans une exposition publique²³, mais ces termes demeurent malgré tout sans définition juridique précise.

Le critère de « permanence » quant à lui peut d'abord sembler simple à évaluer, particulièrement lorsqu'il est question d'une sculpture qu'on pourrait imaginer boulonnée sur une place publique ou intégrée à la façade d'un bâtiment, par exemple. Toutefois, au-delà de ces considérations d'ordre plus structurel, si le caractère « permanent » doit être évalué en conjonction avec le caractère « public » dans le cadre de l'application du sous-alinéa 32.2(1)b)ii), cela soulève inévitablement de nombreuses questions additionnelles quant à la durabilité ou à la destination d'une œuvre en relation avec son environnement.

Afin de tenter de mieux cerner le critère de « permanence » en l'absence de définition juridique, considérons dans un premier temps la définition ordinaire du mot « permanent », soit : « qui dure, demeure sans discontinuer, ni changer »²⁴. Toujours en l'absence de définitions juridiques quant au caractère « public » d'une œuvre, considérons dans un deuxième temps les définitions de certaines municipalités quant à l'expression « art public » : pour des villes comme Montréal, Toronto et Vancouver, cette expression désigne communément des

22. *Dobran v. Bier*, [1959] B.R. 154, (Montgomery J.A), par. 10.

23. *Therrien v. Schola Inc.* (2 mars 1981), CF no. T-84-80, par. 18.

24. Le Robert, « permanent », en ligne : <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/permanent>> (consulté le 19 novembre 2024).

œuvres installées dans des endroits accessibles au public, qu'ils soient intérieurs ou extérieurs²⁵.

Ainsi, en tenant compte de la vocation de l'art public, de la proximité de celui-ci avec les gens, de son exposition potentielle aux éléments, aux intempéries et au vandalisme, existe-t-il réellement une œuvre capable de durer et de demeurer complètement inchangée par le passage du temps ? Une œuvre peut-elle véritablement être « permanente », dans le sens ordinaire du mot ? Considérant la multiplication du nombre d'œuvres dans l'espace public au cours des dernières années, il est probable que les ententes encadrant la création et la diffusion de ces œuvres prévoient une certaine durée d'exposition ainsi qu'un plan d'entretien afin d'assurer une certaine pérennité de l'œuvre. Ces dispositions contractuelles pourraient potentiellement fournir certaines pistes de réflexion quant à l'évaluation du critère de « permanence » de manière plus adaptée pour une œuvre située dans l'espace public dans le cadre du sous-alinéa 32.2(1)b(ii).

III. REPRODUCTION ET PUBLICATION : LES UTILISATIONS PERMISES

Bien que le sous-alinéa 32.2(1)b(ii) permette la « reproduction dans une peinture, un dessin, une gravure, une photographie ou une œuvre cinématographique », cette exception laisse toutefois planer un doute quant à ce qu'il est permis de faire avec lesdites reproductions.

Dès ses premières itérations²⁶ et jusqu'en 1997, la LDA prévoyait explicitement le droit de publier les œuvres dans lesquelles étaient reproduites des sculptures ou des « œuvres artistiques dues à des artisans ». C'est d'ailleurs toujours le cas de la loi anglaise²⁷, de laquelle s'inspire la législation canadienne en matière de droit d'auteur. Cependant, l'histoire ne nous dit pas ce qui a pu motiver le

25. VILLE DE MONTRÉAL, « Art public », *montreal.ca* (27 mai 2024), en ligne : <<https://montreal.ca/sujets/art-public>> (consulté le 19 novembre 2024) ; TORONTO CITY, « Toronto Public Art Strategy 2020/2030 », *toronto.ca* (décembre 2019), en ligne : <<https://www.toronto.ca/wp-content/uploads/2019/12/92e1-Toronto-Public-Art-Strategy-2020-2030.pdf>> (consulté le 19 novembre 2024) ; VANCOUVER CITY, « Public Art Policy and Procedures for Rezoned Developments », *vancouver.ca* (13 juillet 2014), en ligne : <<https://guidelines.vancouver.ca/policy-public-art-for-rezonings.pdf>> (consulté le 19 novembre 2024).

26. *The Copyright Act, 1921*, *supra*, note 4.

27. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *supra*, note 16.

retrait par le législateur canadien du droit de publication des œuvres visées par cette exception²⁸.

Quant à l'application concrète de cette disposition, il a été suggéré que, sachant qu'il serait impossible d'interdire à des touristes ou à des artistes amateurs de reproduire des œuvres situées dans l'espace public, cette exception existe essentiellement pour leur permettre de le faire, à des fins personnelles uniquement²⁹. Toutefois, cette interprétation plutôt restrictive ne nous semble pas être en adéquation avec la réalité actuelle, dans la mesure où il est également impossible (ou du moins, très difficile) d'interdire à des touristes ou à des amateurs d'art public de diffuser leurs clichés sur Internet et les réseaux sociaux³⁰. De plus, si l'objectif recherché par ce régime d'exception est d'abord d'encadrer les interactions entre le public et les œuvres situées dans l'espace public, notamment en raison de l'accessibilité de celles-ci, une interprétation plus généreuse de cette exception ainsi que de l'expression « œuvres artistiques dues à des artisans », comme examinée précédemment, nous semble d'autant plus appropriée.

Soulignons que du côté du droit anglais, le *UK Intellectual Property Office* (ci-après « IPO ») a adopté une interprétation plus généreuse de la disposition législative britannique en matière de liberté de panorama de laquelle s'inspire le sous-alinéa 32.2(1)b (ii). En effet, non seulement est-il permis aux membres du public de reproduire et de publier leurs reproductions d'œuvres situées dans l'espace public³¹, l'IPO reconnaît également que l'autorisation de reproduction et de publication s'applique tout autant en matière commerciale que non commerciale, bien que cette nuance ne soit en aucun cas mentionnée dans le libellé de la loi anglaise³². Il s'agit là d'une question qu'il reste également à élucider du côté de la loi canadienne, tel que nous le verrons dans les cas d'application cités dans la prochaine section.

28. Normand TAMARO, *The 2024 Annotated Copyright Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2024, p. 1112.

29. *Id.*, p. 1111.

30. P. CHAPDELAINÉ, *supra*, note 7.

31. INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (UK), « Copyright in images and photographs », en ligne : <<https://www.gov.uk/government/publications/copyright-notice-digital-images-photographs-and-the-internet/copyright-notice-digital-images-photographs-and-the-internet#:~:text=Photographs%2C%20illustrations%20and%20other%20images,sharing%20it%20on%20the%20internet>> (consulté le 19 novembre 2024).

32. P. COMBE, *supra*, note 17.

IV. EXEMPLES ET CAS D'APPLICATION

À la lumière de l'analyse juridique ci-dessus, de nombreuses questions demeurent quant à l'application concrète du sous-alinéa 32.2(1)b(ii). En effet, si quelques acteurs du milieu culturel canadien ont invoqué cette disposition de la loi par le passé, ils n'ont ultimement jamais fait appel aux tribunaux pour obtenir jugement, nous laissant ainsi sans réponse définitive quant à son interprétation.

C'est le cas notamment de la SODRAC qui s'est opposée à la vente de t-shirts représentant, entre autres, le Stade olympique et une sculpture populaire d'Alexander Calder, exposée au parc Jean-Drapeau³³. En 2018, la SODRAC a envoyé une lettre au designer des chandails lui réclamant une indemnisation au nom des artistes de ces œuvres artistiques et architecturales, pour les avoir reproduites sans autorisation. Les parties ne s'entendaient donc pas sur l'interprétation de l'alinéa 32.2(1)b) et plus particulièrement sur l'aspect de la reproduction à des fins commerciales. Alléguant d'une part que la LDA ne permet pas la reproduction d'œuvres à des fins commerciales, le porte-parole de la SODRAC avait déclaré à l'époque : « Il peut y avoir différentes interprétations de cette loi, et c'est de cette manière que nous l'avons interprétée. »³⁴ Ces propos font écho aux nombreuses questions soulevées dans le cadre de notre analyse juridique et illustrent bien la confusion entourant l'application de cette exception, alimentée par un vide juridique important. À ce jour, ce litige n'a pas été judiciairisé, et si les parties en sont arrivées à une entente, l'issue n'est pas connue du public³⁵.

La question de la reproduction à des fins commerciales était également au cœur d'un litige lorsqu'un artiste américain a entrepris une poursuite en 2019 contre un groupe d'entreprises canadiennes, alléguant que celles-ci avaient reproduit une partie de sa murale afin de faire la promotion de résidences pour étudiants³⁶. Outre le fait que la murale ait été reproduite à des fins commerciales, l'artiste invoque

33. LA PRESSE CANADIENNE, « Un designer apprend qu'il ne peut représenter le stade sur ses chandails », *Ici.radio-canada.ca* (25 septembre 2016), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/805119/stade-olympique-droit-auteur-chandail-montreal>> (consulté le 30 juillet 2024).

34. *Id.*

35. *Id.*

36. Chris HANNAY, « Ottawa Real Estate Developers Face Lawsuit from Los Angeles Street Artist », *TheGlobeAndMail.com* (19 novembre 2019), en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-ottawa-real-estate-developers-face-lawsuit-from-los-angeles-street/>> (consulté le 30 juillet 2024).

également une violation de ses droits moraux, n'ayant pas été crédité à titre d'auteur de l'œuvre et cette dernière ayant été associée à une entreprise commerciale sans son accord³⁷. Encore une fois, l'affaire s'est finalement réglée hors cour³⁸. Cependant, d'un point de vue juridique, plusieurs éléments semblaient pourtant réunis pour permettre à un tribunal de se pencher sur quelques-unes des nombreuses questions soulevées dans le cadre de cet article, notamment à savoir si cette exception pourrait viser la reproduction et la diffusion à des fins commerciales, mais également : la murale aurait-elle été visée par l'exception prévue au sous-alinéa 32.2(1)(b)(ii) ?

Dans le cas de la réclamation de la SODRAC évoquée précédemment, il apparaît évident qu'une œuvre comme la structure de Calder exposée au parc Jean-Drapeau parviendrait à se qualifier à titre de sculpture érigée en permanence dans l'espace public conformément aux critères énoncés au sous-alinéa 32.2(1)(b)(ii). Toutefois, dans le cas d'une œuvre comme un graffiti ou une murale, il est plus difficile de déterminer si l'exception s'applique ou non. S'il semble clair qu'une murale peinte sur un bâtiment extérieur se trouve dans l'espace public, les notions d'« œuvre artistique due à un artisan » et le critère de « permanence » viennent brouiller l'interprétation qu'on peut faire de l'exception qui nous intéresse quant à son application à des fins pratiques. Un graffiti ou une murale peuvent-ils être considérés comme des « œuvres artistiques dues à des artisans », et si oui, peut-on affirmer qu'ils ont un caractère permanent ? Si les tribunaux américains ont établi le « caractère généralement éphémère » (notre traduction) des graffitis³⁹, bien que reconnaissant leur valeur comme œuvres artistiques, la question demeure quant à la « permanence » de ces œuvres en droit canadien.

Devant autant de questions sans réponses, la galerie d'art ontarienne Zephyr a choisi d'annuler une exposition de photographies en 2013 puisque les photos de l'artiste devant être exposées reprenaient sans autorisation des graffitis photographiés à Barcelone. Dans cette affaire, il n'y a pas eu d'allégation de violation de droits d'auteur, mais la galerie a préféré ne pas aller de l'avant avec l'exposition des photographies, de peur de porter atteinte aux droits des artistes

37. *Id.*

38. Zena OLIJNYK, « Lawyer Paul Bain on the love of art – and art law », *Canadian-LawyerMag.com* (17 mai 2022), en ligne : <<https://www.canadianlawyermag.com/practice-areas/intellectual-property/lawyer-paul-bain-on-the-love-of-art-and-art-law/366706>> (consulté le 30 juillet 2024).

39. *Cohen v. G & M Realty L.P.*, 988 F. Supp. 2d 212, 214 (E.D.N.Y. 2013).

graffiteurs barcelonais⁴⁰. Encore une fois, cette affaire n'a pas été judiciairisée et ce raisonnement démontre la réticence des acteurs de l'industrie artistique à se prononcer sur le degré de protection des graffitis dans l'espace public.

V. REPENSER LA LIBERTÉ DE PANORAMA

Comme précédemment discuté, les tribunaux n'ont pas à ce jour défini clairement ce que sont les « œuvres artistiques dues à des artisans » ni à qui le terme « artisan » fait même référence. De plus, les différentes hypothèses et approches exposées dans le cadre de cet article mènent à des résultats contradictoires. Si d'une part les « œuvres artistiques dues à des artisans », doivent être considérées comme une catégorie d'œuvres distinctes du reste des œuvres énumérées à l'article 2 LDA, il est possible que les graffitis et les murales soient tout simplement exclus de l'application du sous-alinéa 32.2(1) b(ii).

Cependant, il est également possible d'envisager une interprétation plus vaste et généreuse de cette catégorie d'œuvres, afin d'inclure notamment l'art de rue, tel que les graffitis et les murales. Il peut être également intéressant de se demander comment les tribunaux canadiens qualifieraient les œuvres artistiques qui occupent l'espace public à Montréal, mais qui ne font pas nécessairement partie des catégories énumérées dans la LDA. On peut penser notamment aux installations de Moment Factory, tel que l'habillement lumineux du pont Jacques-Cartier ou bien les projections architecturales qu'on peut voir sur les bâtiments du Quartier des spectacles.

Considérant ce qui précède, la portée de l'exception prévue au sous-alinéa 32.2(1)b(ii) demeure incertaine. Par conséquent, il est difficile de tirer des conclusions claires quant à son application et de circonscrire avec certitude l'étendue de la liberté de panorama en droit d'auteur canadien. Cette disposition de la LDA n'ayant jamais fait l'objet d'une analyse détaillée de la part d'un tribunal, plusieurs

40. ORILLIA PACKET AND TIMES, « Artist weighs in on exhibit that was pulled from Zephyr Art Gallery », *Simcoe.com* (13 février 2013), en ligne : <https://www.simcoe.com/news/artist-weighs-in-on-exhibit-that-was-pulled-from-zephyr-art-gallery/article_fb4d9aef-0fd1-5f6f-9977-17e5dc5f1846.html> (consulté le 30 juillet 2024) ; et Teresa SCASSA, « Public Art, Private Rights: The Case of Graffiti », *TeresaScassa.ca* (14 février 2013), en ligne : <https://www.teresascassa.ca/index.php?option=com_k2&view=item&id=121:public-art-private-rights-the-case-of-graffiti> (consulté le 30 juillet 2024).

questions persistent : précisément quelles œuvres sont visées par cette exception, dans quelles circonstances et à quelles fins ?

De manière générale, peut-être est-il plus pertinent de se demander quel objectif vise véritablement cette disposition et si celui-ci est toujours d'actualité. Une liberté de panorama restreinte visant la reproduction à des fins personnelles d'œuvres tridimensionnelles dans les formats bidimensionnels énumérés est-elle adéquate, considérant la place grandissante qu'occupent les réseaux sociaux et les nouvelles technologies dans nos interactions avec l'art ? La multiplication d'œuvres de toutes sortes qui naissent, existent et persistent dans l'espace public n'appelle-t-elle pas plutôt à une interprétation plus large de cette exception ?

Enfin, si les composantes de ce régime d'exception bien particulier soulèvent des interrogations ici au Canada, c'est également le cas au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande⁴¹, entre autres, où la législation en matière de droit d'auteur comporte des exceptions similaires. La confusion persistante vis-à-vis de ces termes n'est donc pas le propre de la loi canadienne, mais semble découler d'un certain vide juridique entourant cette exception, même à l'international.

À défaut d'obtenir des réponses claires à ces questions, il est possible de se tourner vers d'autres exceptions prévues par la LDA pouvant s'appliquer de manière plus appropriée à certaines situations. À ce titre, les particuliers souhaitant diffuser leurs propres œuvres originales intégrant des œuvres préexistantes peuvent se tourner vers le paragraphe 29.21(1) LDA prévoyant une exception pour le « contenu non commercial généré par l'utilisateur ». Tel que l'indique le nom de l'exception, toute telle diffusion doit être faite à des fins non commerciales et doit, si possible, citer la source de l'œuvre préexistante intégrée à la nouvelle œuvre originale. Autrement, il est également possible d'avoir recours à la protection de l'alinéa 30.7a) LDA qui prévoit que « l'incorporation d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur dans une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur » n'est pas considérée comme une violation du droit d'auteur, pourvu que ce soit fait de manière incidente et non délibérée. Enfin, comme pour toute utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, les exceptions d'utilisation équitable prévues à l'article 29 LDA peuvent également s'appliquer à l'utilisation d'une œuvre protégée au sein d'une autre œuvre protégée, à condition notamment que cette utili-

41. Anna KINGSBURY, « Copyright Law, Design Law and the Protection of Public Art and Works on Public Display » (2007), 15 *Waikato Law Review* 83-87.

sation soit faite à des fins de recherche, d'étude privée, d'éducation, de parodie ou de satire et sous réserve de remplir les autres critères d'application relatifs à l'exception d'utilisation équitable.