La protection des oeuvres architecturales par le droit d'auteur au Canada

1re partie*

Stéphane Gilker

1. INTRODUCTION 243

2. HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES OEUVRES ARCHITECTURALES 248

2.1 Sous la Convention de Berne 248
2.2 En droit canadien 250

2.2.1 Avant le 1er janvier 1924 250
2.2.2 Loi canadienne de 1921 251
2.2.3 Projet de loi C-60 253

3. OBJET DE LA PROTECTION 254

3.1 Oeuvre d'art architecturale vs représentation graphique d'une oeuvre d'art architecturale 254
3.2 La portée immédiate des modifications du 8 juin 1988 256

3.2.1 Hypothèse où les faits se produisent entièrement avant la modification 257
3.2.2 Hypothèse où les faits se produisent entièrement après la modification 257
3.2.3 Hypothèse de la dispersion des faits 257

3.2.3.1 Reproduction de l'oeuvre seulement après la modification 259
3.2.3.2 Reproduction de l'oeuvre avant et après la modification 259

© Stéphane Gilker, 1991. L'auteur est avocat chez Fasken Martineau Davis.

* La deuxième partie de cet article paraîtra dans un prochain numéro des *Cahiers de propriété intellectuelle*. Elle traitera notamment des droits exclusifs conférés, de leur durée, de la contrefaçon des oeuvres architecturales, ainsi que des recours existants.

3.3 Les oeuvres graphiques 261
3.3.1 Oeuvres créées en date du 8 juin 1988 261
3.3.2 Oeuvres créées après le 8 juin 1988 262
3.4 Les oeuvres volumétriques 264
3.4.1 Oeuvres créées en date du 8 juin 1988 264
3.4.1.1 « Bâtiment » et « édifice » 264
3.4.1.1.1 Sens courant des mots 265
3.4.1.1.2 Autorités 266
3.4.1.2 Mérite artistique 269
3.4.1.2.1 Nécessité du mérite artistique 271
3.4.1.2.2 L'originalité 276
3.4.1.2.3 Conclusions 279
3.4.1.3 Portée de l'exclusion quant aux méthodes ou procédés de construction 280
3.4.2 Oeuvres créées après le 8 juin 1988 285
4. TITULARITÉ DES DROITS D'AUTEUR 287
4.1 Principe : l'auteur 287
4.2 L'auteur-employé 290
4.3 Pluralité d'auteurs 291
4.3.1 L'oeuvre créée en collaboration 291
4.3.2 Le recueil (« Collective work ») 292
4.3.3 Sociétés d'architectes 293
5. TRANSMISSION DES DROITS D'AUTEUR 294
5.1 Cessions et licences écrites 294
5.2 Les licences implicites 295

1. INTRODUCTION

Parmi les changements apportés à la *Loi sur le droit d'auteur*[1] (ci-après la « Loi » ou la « Loi canadienne ») aux termes du projet de loi C-60[2] mis en vigueur le 8 juin 1988 (ci-après le « Projet de loi »), le législateur fédéral décidait de remodeler les définitions d'« oeuvre littéraire », d'« oeuvre artistique » et d'« oeuvre d'art architecturale ». Ainsi, les « graphiques, cartes, les cartes géographiques et marines et les plans » qui, avant le 8 juin 1988, logeaient à l'enseigne des oeuvres littéraires étaient, à compter de cette date, placés sous la coupe des « oeuvres artistiques ». Plus importante, en apparence du moins, était la modification apportée à la définition d'« oeuvre d'art architecturale » qui, avant l'adoption du Projet de loi, se lisait comme suit :

> « oeuvre d'art architecturale » Tout bâtiment ou édifice d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect, ou tout modèle pour un tel bâtiment ou édifice ; mais la protection assurée par la présente loi se limite au caractère ou à l'aspect artistique et ne s'étend pas aux procédés ou méthodes de construction.

(ci-après l'« ancienne définition ») et qui se lit, depuis cette date, de la façon suivante :

> « oeuvre d'art architecturale » Tout bâtiment ou édifice ou tout modèle ou maquette de bâtiment ou d'édifice.

(ci-après la « nouvelle définition »).

On constate donc que l'ancienne définition s'est vue amputée des expressions « d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect » ainsi que de la restriction voulant que « la protection assurée par la [...] loi se limite au caractère ou à l'aspect artistique et ne s'étend pas aux procédés ou méthodes de construction ». Soulignons d'emblée que l'abrogation de cette dernière portion de l'ancienne définition n'est peut-être qu'apparente, le nouvel alinéa 64.1(1)d) de la Loi, adopté dans la foulé du Projet de loi, affirmant dorénavant que :

1. L.R.C. (1985), c. C-42.
2. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur.*

> Ne constitue pas une violation du droit d'auteur ou des droits moraux sur une oeuvre le fait : [...] d'utiliser tout principe ou toute méthode de réalisation de l'oeuvre.

Comme nous le verrons plus loin[3] il est possible que le législateur n'ait fait que généraliser une exception qui autrefois ne s'appliquait qu'aux oeuvres d'art architecturales à toutes catégories d'oeuvres protégées par droit d'auteur.

Demeure toutefois la question de savoir si le retrait des mots « d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect » visait à apporter un changement dans l'état du droit quant à la protection des oeuvres architecturales qui, selon un important courant jurisprudentiel, devaient présenter, pour atteindre à la protection de la loi, un caractère ou un aspect artistique[4]. En effet, si la définition de l'expression oeuvre d'art architecturale s'est vue privée des termes qui conduisaient les tribunaux à conclure à la nécessité qu'une oeuvre architecturale se distingue par ses qualités artistiques afin de bénéficier de la protection de la Loi, il n'en reste pas moins que cette expression laisse toujours entendre que l'oeuvre architecturale doit en être une d'« art » ou, pour reprendre les termes de C. Brunet :

> [...] dans la loi, le mot « architecturale » est au féminin et qu'il qualifie donc l'oeuvre d'art et non « l'art » entendu comme discipline ou science. Une telle lecture de la loi conduit effectivement à dire que la loi ne protège pas les oeuvres d'*architecture* mais seulement les oeuvres d'art qui, par ailleurs, sont de dimensions architecturales.[5]

Lorsqu'on s'autorise à tenter de rechercher l'intention, s'il en est, ayant présidé une telle modification dans la documentation gouvernementale publiée à l'occasion du Projet de loi, on constate, d'une part, qu'en aucun endroit dans les communiqués, documents d'information non plus que dans les discours des honorables Harvie André et Flora MacDonald, alors ministres responsables du Projet de loi, il n'est fait mention d'une telle modification ni, bien évidemment, de l'objectif visé par celle-ci. Au mieux, la lecture du procès-verbal du comité législatif sur le Projet de loi du mardi 8 décembre 1987, peut laisser soupçonner que le gouvernement entendait étendre la protection de la loi à tout bâtiment ou édifice sans égard à leur mérite artistique intrinsèque. Ainsi, une proposition d'amendement à l'expression « oeuvre d'art architecturale » fut formulée par M. Simon de Jong dans les termes suivants :

3. Voir 3.4.1.3, *infra*.
4. Voir 3.4.1.2.1, *infra*.
5. Claude BRUNET, « De la difficile protection des oeuvres d'architecture — Les affaires Du Boisé et Nouvelle Dimension », (1989) 2 *C.P.I.* 123, 125.

M. de Jong : Je propose que l'article 1, page 1, sous la rubrique définitions, soit modifié par retranchements des mots « d'art ».

Si je présente cet amendement, c'est que je considère qu'une oeuvre architecturale a une valeur distincte. En incluant les mots « d'art » dans la définition, on sous-entend qu'une oeuvre architecturale doit avoir un certain mérite artistique. Cela pose toutes sortes de problèmes de définition, car il va falloir déterminer quelles oeuvres architecturales sont des oeuvres d'art et lesquelles ne le sont pas. À mon avis, cela crée une certaine ambiguïté et en même temps, ce n'est tout simplement pas approprié.

De plus, la Conférence canadienne des arts a également recommandé que l'on retranche les mots « d'art » de la définition de ce qu'est une oeuvre architecturale. Le résultat, à mon avis, serait une loi plus efficace qui ne sèmerait pas la confusion par la suite.

[...]

M. André : Le fait qu'on dise qu'un immeuble quelconque est une oeuvre d'art architecturale ne change rien en soi. Que vous l'appeliez oeuvre architecturale ou oeuvre d'art architecturale, le monde s'en moque. Appelez-le ce que vous voulez. Blague à part, vous pouvez l'appeler « Ralph » si celà vous chante !

Si la loi précise qu'il s'agit d'une oeuvre d'art architecturale plutôt que simplement d'une oeuvre architecturale, il en rejaillit un plus grand prestige sur l'architecte qui l'a conçue.

[...]

On a appelé cela une oeuvre d'art architecturale. Si vous voulez appeler cela simplement une oeuvre architecturale et laisser les arts de côté, pas de problème.

Il faut amender le projet de loi à divers endroits ; il va falloir enlever le « d'art » chaque fois que vous le trouvez pour que l'on lise bien oeuvre architecturale et non pas oeuvre d'art architecturale.

[...]

M. de Jong : Monsieur le président, puis-je mettre fin au débat sur mon amendement ? J'ai apprécié les propos du ministre. Il semble laisser entendre que peu importe à son ministère que l'on précise oeuvre d'art ou oeuvre architecturale.

Je pense que la Conférence canadienne des arts a précisé que l'inclusion de ces mots « d'art » semble laisser entendre quelque chose qui est contredit par la suite.

> Avant qu'une oeuvre architecturale puisse jouir de la protection de cette loi, elle doit présenter des caractéristiques particulières pour mériter d'être nommée oeuvre d'art. Si on ne le précise pas, la chose est claire et il n'y aurait plus d'ambiguïté puisque toute oeuvre architecturale serait protégée par la loi, qu'on l'appelle oeuvre d'art ou pas, à tort ou à raison. Je pense que cela renforce légèrement le projet de loi puisqu'on évite ainsi une possibilité de mauvaise interprétation en dissipant une ambiguïté.
>
> [...]
>
> **M. Clinch:** En réalité, il s'agit d'une question de sémantique, et nous nous créons biens des maux de tête et des problèmes en nous faisant une montagne de rien. En fin d'analyse, je suis sûr que M. de Jong dira comme nous que c'est une question de sémantique.
>
> À voir toutes les complications que cela peut entraîner et les suites que cela doit avoir si vous faites le changement, il me semble que nous devrions tout simplement laisser tomber.
>
> **M. Edwards:** Monsieur le président, aucun architecte qui se respecte ne peut nier que tout ce qu'il crée est une oeuvre d'art.
>
> **Le président:** D'autres commentaires ? Sinon, M. de Jong propose que le texte soit modifié en retranchant les mots « d'art ».
>
> La motion est rejetée.[6]

Il est malheureusement difficile de tirer quoi que ce soit de concluant de ces discussions, sinon que le gouvernement ait semblé horrifié par l'ampleur des modifications qu'aurait engendré l'amendement proposé par M. de Jong[7].

6. Procès-verbaux et témoignages du comité législatif sur le Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, 8/12/87, 8:18-8:20. On pourra consulter avec intérêt, quant à la portée de la règle de l'exclusion des travaux préparatoires dans la détermination du sens d'une loi, les arrêts *Millar* c. *Taylor*, (1769) 4 Burr. 2303, 2332 ; *Gosselin* c. *Sélection du Readers' Digest (Canada) Ltée*, [1961] R.C.S. 775 ; *contra Re M* c. *Farland*, [1987] 39 D.L.R. (4th) 403, ainsi que les propos de Lord Denning dans *R.* c. *Local Commissioners for Administration*, [1979] 2 All E.R. 281 (Q.B.D.) 898 (à bon entendeur ...).

7. L'attitude du législateur canadien mérite à cet égard d'être mise en contraste avec celle adoptée par le législateur américain à l'occasion de l'adoption du *Berne Convention Implementation Act of 1988* (BCIA) qui visait à amender le titre 17 du Code des États-Unis d'Amérique concernant les droits d'auteur, de façon à rendre la loi américaine conforme aux exigences de la Convention de Berne. Les États-Unis d'Amérique ayant décidé de devenir partie à cette convention s'étaient donc vus dans l'obligation de procéder à une révision en profondeur de leur loi. Cependant, craignant les conséquences pouvant découler d'une réécriture trop prononcée de cette loi, il fut décidé d'adopter une approche dite « minimaliste » en n'apportant au titre 17 que les seules modifications nécessaires afin de se conformer aux exigences de Berne. À l'occasion des délibérations du comité législatif mandaté afin d'étudier les modifications devant être apportées à cette loi, le comité a conclu d'abord des témoignages rendus par les experts sur la question de la protection des oeuvres architecturales que la loi américaine se conformait probablement aux exigences de Berne. Toutefois, le Congrès américain, constatant qu'un doute existait sur la question de savoir si seules les oeuvres architecturales présentant un caractère artistique marqué devaient recevoir protection en vertu de la Convention de Berne, commandait au Bureau du droit d'auteur une étude détaillée sur cette question (« Notice of enquiry : works of architecture », 53 *Fed. Reg. R* 21, 536, 21, 538 (1988)) ayant donné lieu au remarquable « Report of the Registrar of Copyright on Works of Architecture 84-85 » (1989), étude approfondie de l'historique de la protection des oeuvres d'art architecturales sous la Convention de Berne ainsi que de la protection offerte à ces oeuvres par la plupart des pays adhérant à cette convention.

Ajoutons cependant que si le législateur entendait, en amendant la définition d'oeuvre d'art architecturale, étendre la protection de la Loi à toute oeuvre architecturale sans égard à leur mérite artistique, on peut croire, à la lecture des quelques arrêts rendus depuis cette modification, que l'ambiguïté persiste. À preuve, un arrêt récent de la Cour d'appel du Manitoba[8] rejetant l'appel formé à l'encontre d'une décision de l'honorable juge Hirschfield du 16 mars 1990[9]. La lecture des motifs du juge nous apprend que la déclaration de la demanderesse fut émise vers le mois d'août 1988, soit environ deux mois après l'entrée en vigueur du Projet de loi[10]. L'honorable juge Hirschfield fait par ailleurs expressément référence à la modification du 8 juin 1988 dans son jugement[11] en joignant, en annexe à ses motifs, les définitions d'« oeuvre d'art architecturale » et d'« oeuvre artistique » prévalant avant l'entrée en vigueur du Projet de loi. Or, le juge rejette l'action du demandeur dans les termes suivants :

> But for copyright to attach to an architectural work of art, *that work of art must have an artistic character or design.* [...] I prefer the views and opinions expressed by Mrs. Strike and Mr. Richard to those of Mr. Turner and hold that *the four Norex designs in question were not artistic, unique or distinctive or capable of being of such artistic character or design as to be capable of attracting copyright...*[12]

Les juges Huband et Lyon, quant à eux, rejetteront l'appel du demandeur en réitérant les principes émis dans l'arrêt *Blake* c. *Warren*[13], décision elle-même fondée sur la définition d'oeuvre d'art architecturale trouvée dans le *Copyright Act, 1911*[14] (ci-après la « Loi anglaise de 1911 »),

8. *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.* c. *Randall Homes Ltd.*, C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (Juges Scott, C.J.M., Huband et Lyon).
9. *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.* c. *Randall Homes Ltd.* Man. Q.B. CI 88-01-32263, 16 mars 1990 (J. Hirschfield).
10. *Id.*, p. 6.
11. *Id.*, p. 22.
12. *Op. cit.*, note 9, p. 23.
13. [1928-1935] Macg. Cop. Cas. 268.
14. 1 & 2 Geo. 5, c. 46.

dont le texte était identique à l'ancienne définition d'oeuvre d'art architecturale. Cette décision avait en effet énoncé que, pour qu'une telle oeuvre soit protégée par droit d'auteur :

> There must be something apart from the common stock of ideas. There must be something that strikes the eye as uncommon.

On verra cependant plus loin[15] que le juge de première instance ainsi que les juges de la majorité en appel ont probablement à juste titre fondé leur décision sur l'ancienne définition d'oeuvre d'art architecturale, les oeuvres présumément contrefaites ayant été créées avant l'entrée en vigueur du Projet de loi de telle sorte que, par le principe de l'application immédiate des lois, il se peut que la nouvelle définition ne puisse trouver application qu'à l'égard d'oeuvres créées après le 8 juin 1988.

Ces remarques préliminaires étant faites, nous effectuerons dans un premier temps un bref survol de l'historique de la protection des oeuvres architecturales sous l'empire de la Convention de Berne ainsi qu'en droit canadien, afin de voir si certains indices peuvent y être décelés quant à l'intention du législateur à l'égard de la protection devant être conférée aux oeuvres architecturales au Canada[16].

2. HISTORIQUE DE LA PROTECTION DES OEUVRES ARCHITECTURALES

2.1 Sous la Convention de Berne

La Convention de Berne constitue l'instrument international principal concernant le droit d'auteur. Cette convention a, depuis son adoption en 1886, fait l'objet de sept révisions, la dernière, intervenue à Paris, datant de 1971. Le Canada est quant à lui partie au texte de la Convention de Berne dans ses révisions intervenues à Berlin, le 13 novembre 1908, au protocole additionnel de Berne du 20 mars 1914[17] puis à la suite de l'adoption de la Loi de 1931[18], à la révision de Rome de 1928[19].

La Convention de Berne de 1886 se limitait à protéger les seuls « plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs [...] à l'architecture »[20]. C'est donc dire que les pays ayant initialement adhéré à la convention n'encouraient alors l'obligation de protéger que les représentations

15. Voir 3.2, *infra*.
16. Sur la présomption de conformité de la Loi avec la Convention de Berne voir notamment : *CAPAC* c. *CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 676, 682 ; *Télé-Métropole Inc.* c. *Michael Bishop*, (1990) 31 C.P.R. (3d) 394.
17. P.C. 1395, 27 juin 1923 ; article 71 de la *Loi sur le droit d'auteur*.
18. S.C. 1931, c. 8, s. 12.
19. P.C. 1930, 13 juin 1931.
20. Article 2, Convention de Berne, 19 septembre 1886.

graphiques des oeuvres du domaine de l'architecture. Soulignons, à cet égard, que la jurisprudence de la plupart de ces pays ne considérait pas, à cette époque, qu'il y avait violation des droits d'auteur sur un plan architectural du fait de la construction de l'oeuvre révélée par ce plan[21].

En 1890, le délégué belge Jules Borchgrave publiait dans *Le Droit d'Auteur* un article aux termes duquel il réclamait que la Convention de Berne étende sa protection aux oeuvres architecturales elles-mêmes et non seulement à leurs représentations graphiques :

> Now works of architecture are obviously only a particular way of manifesting the human intellect in the artistic domain. Architects should therefore be protected in the same way and to the same extent as other artists.[22]

L'auteur précisait dans cet article que les oeuvres d'un caractère « vulgaire ou banal » n'étaient pas de celles pour lesquelles une telle protection devrait être octroyée, celle-ci devant se limiter, comme pour toute autre oeuvre artistique, précisait-il, à celles d'entre elles qui étaient d'un caractère original, qui étaient imprégnées de la marque de la créativité humaine[23].

La perche fut immédiatement saisie par l'Association littéraire et artistique internationale qui adoptât des résolutions favorisant l'inclusion des oeuvres architecturales sous la catégorie des oeuvres artistiques[24]. Cette proposition fut par ailleurs reprise par le gouvernement français et le Bureau international, prédécesseur de l'O.M.P.I., à l'occasion de la conférence de Paris de 1896. Cette nouvelle revendication donna cependant lieu à une levée de boucliers de la part de certains pays adhérant à la Convention de Berne, dont l'Allemagne et l'Angleterre, qui arguèrent que la protection alors accordée aux plans s'avérait suffisante ce qui, comme nous l'avons précédemment souligné, n'était que partiellement vrai puisque la reproduction de ces derniers par la construction de l'édifice ou du bâtiment ne donnait en principe pas lieu à l'application de la convention[25].

Un compromis fut cependant atteint aux termes duquel une disposition fut ajoutée au protocole additionnel adopté lors de cette

21. Sam RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Kluwer, Queen Mary College, 1987, p. 255 ; Nathalie WARGO, « Copyright Protection for Architecture and the Berne Convention », (1990) 65 *New York University Law Review* 410, 411.
22. [1890] *D.A.* 13.
23. Sam RICKETSON, *op. cit.* note 21, p. 254 ; Nathalie WARGO, *op. cit.*, note 21.
24. Résolution F(VI) du congrès de Neuchâtel, (1891) 4 *D.A.* 111, 112 ; Résolution A (II)(b) du congrès de Milan, (1892) 5 *D.A.* 125, 126 et Résolution VI du congrès d'Anvers, (1894) 7 *D.A.* 125, 126.
25. Voir note 21.

conférence, disposition qui prévoyait que cette protection n'était étendue qu'aux seuls pays qui, à l'époque, accordaient une protection non seulement aux oeuvres architecturales sous forme graphique mais aussi sous forme volumétrique, c'est-à-dire aux édifices et bâtiments eux-mêmes, de telle sorte qu'aucune obligation n'était imposée aux autres pays membres à l'effet d'amender leur législation nationale afin de reconnaître expressément une telle protection[26].

Toutefois, en l'espace d'à peine douze ans les pays qui, à l'origine, se montraient réfractaires à une telle modification s'en firent soudainement les défenseurs. Il appert toutefois que ce changement d'attitude était fondé sur l'interprétation donnée par ces pays quant à la portée d'une telle modification, à savoir que la convention ne trouverait application qu'à l'égard d'oeuvres présentant un mérite artistique particulier. Ainsi, comme le soulignait le rapport de la commission :

> Protection will be refused to an ordinary commonplace construction which does not reveal the personality of its author ; original artistic works are all that are intended to be protected.[27]

2.2 En droit canadien

La protection accordée aux oeuvres architecturales, qu'il s'agisse de leur représentation sous forme graphique (ci-après les « oeuvres graphiques ») ou de bâtiments ou édifices (ci-après les « oeuvres volumétriques »), doit être analysée à la lumière du droit existant avant l'adoption, en 1924, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de cette même Loi dans sa version précédant l'adoption du Projet de loi puis, finalement, à la lumière des modifications mises en vigueur le 8 juin 1988.

2.2.1 Avant le 1er janvier 1924

Limitant ici notre étude à la protection accordée aux oeuvres protégées par droit d'auteur depuis le 1er juin 1867, date d'entrée en vigueur de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*[28], jusqu'au 1er janvier 1924, date d'entrée en vigueur de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1921[29], il semble que seules deux lois aient alors trouvé application au Canada, soit le *Copyright Act, 1907*[30] ainsi que l'*Imperial Copyright Act of 1842*[31].

La première de ces deux lois ne protégeait que les « book, map, chart or musical composition or any original painting, drawing, statue, sculpture or photograph or any print, chart or engraving »[32]. Quant à la protection accordée sous l'*Imperial Act of 1842* le terme « book » était défini comme incluant tout « volume, part or division of a volume, pamphlet, sheet of letter press, sheet of music, map, chart or *plans* separately published »[33].

Il y a donc tout lieu de croire que les seuls plans ou esquisses d'oeuvres relatives à l'architecture étaient susceptibles de trouver protection au Canada avant l'entrée en vigueur de la Loi canadienne. En conséquence, toute oeuvre architecturale sous forme volumétrique publiée avant le 1er janvier 1924 ne semble pas en principe recevoir de protection au Canada[34].

2.2.2 Loi canadienne de 1921

La *Loi sur le droit d'auteur* constitue en fait, pour paraphraser l'article 3 de la Loi canadienne, une « reproduction substantielle » de la Loi anglaise de 1911. Pour cette raison, il nous est généralement permis, avec la prudence qui s'impose compte tenu des variations pouvant exister dans les différentes législations nationales, d'avoir recours à la jurisprudence des tribunaux des pays ayant été, à quelque moment de leur histoire, assujettis à ce statut impérial ou à des lois qui, comme pour la loi canadienne de 1921, sont ou furent fortement inspirées par la loi britannique[35].

Les anciennes définitions d'oeuvre d'art architecturale, d'oeuvre littéraire et d'oeuvre artistique se lisaient donc comme suit avant l'adoption du Projet de loi :

« architectural work of art » means any building or structure having an artistic character or design, in respect of that character or design, or any model for the building or structure, but the protection afforded by this Act is confined to the artistic character and design, and does not extend to processes or methods of construction ;	« oeuvre d'art architecturale » Tout bâtiment ou édifice d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect, ou tout modèle pour un tel bâtiment ou édifice ; mais la protection assurée par la présente loi se limite au caractère ou à l'aspect artistique et ne s'étend pas aux procédés ou méthodes de construction.

26. Sam RICKETSON, *op. cit.*, note 21, p. 255.
27. Sam RICKETSON, *op. cit.*, note 21, p. 256.
28. 30-31 Vict., c. 3 R.V.
29. *Copyright Amendment Act*, 1923, c. 10, s. 5.
30. S.R.C. 1907, c. 70.
31. 5-6 Victoria, c. 45.
32. S.R.C. 1907, c. 70, art. 4.
33. Art. 2, 5-6 Victoria, c. 45.
34. H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 219.
35. *Id.*, p. 35 ; l'Australie a été assujettie à la Loi anglaise de 1911 jusqu'à l'adoption, le 1er mai 1969, du *Copyright Act, 1968* (no 63 de 1968). Voir aussi la Nouvelle-Zélande, *Copyright Act, 1962*, l'Irlande, *Copyright Act, 1963*, l'Inde, *Copyright Act, 1957*, etc.

« artistic work » includes works of painting, drawing, sculpture and artistic craftsmanship, and *architectural works of art* and engravings and photographs ;	« oeuvre artistique » Sont comprises parmi les oeuvres artistiques les oeuvres de peinture, de dessin, de sculpture et les oeuvres artistiques dues à des artisans, ainsi que les *oeuvres d'art architecturales*, les gravures et photographies.
« literary work » includes maps, charts, *plans*, tables and compilations ;	« oeuvre littéraire » Sont assimilés à une oeuvre littéraire les cartes géographiques et marines, les *plans*, tableaux et compilations.

Certaines autres dispositions de la Loi, demeurées essentiellement inchangées depuis leur adoption, doivent aussi être rappelées ici :

« every original literary, dramatic, musical and artistic work » includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works or compositions with or without words, *illustrations, sketches and plastic works relative to* geography, topography, *architecture* or science ;	« toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale » S'entend de toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que les livres, brochures et autres écrits, les conférences, les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les oeuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles, *les illustrations, croquis et ouvrages plastiques relatifs* à la géographie, à la topographie, *à l'architecture* ou aux sciences.
« book » includes every volume, part or division of a volume, pamphlet, sheet of letter-press, sheet of music, map, chart or plan separately published ;	« livre » Sont assimilés à un livre tout volume, toute partie ou division d'un volume, toute brochure, feuille d'impression typographique, feuille de musique, carte, tout graphique ou plan publiés séparément.

Les oeuvres architecturales sous forme volumétrique étaient donc protégées au Canada sous le vocable « d'oeuvre d'art architecturale », elle-même sous-catégorie des « oeuvres artistiques », ainsi que sous la

définition de « toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale ».

En ce qui a trait aux plans, ceux-ci étaient protégés à titre d'« oeuvre littéraire », ainsi que sous la définition de « livre » et de « toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale ».

Les peintures, dessins, esquisses, gravures et photographies, entraient par ailleurs dans la définition des « oeuvres artistiques », les « illustrations, croquis, ouvrages plastiques relatifs [...] à l'architecture » entrant dans la catégorie générale de « toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale ».

2.2.3 Projet de loi C-60

Comme nous le mentionnions plus haut[36], le Projet de loi s'est d'abord employé à faire passer les « graphiques, les cartes géographiques et marines et les plans » de la catégorie « d'oeuvre littéraire » à la catégorie « d'oeuvre artistique » de telle sorte que, désormais, toute oeuvre relative à l'architecture, qu'elle soit graphique ou volumétrique, loge à l'enseigne des « oeuvres artistiques ».

De plus, la définition « d'oeuvre d'art architecturale » a été, comme nous l'avons aussi vu, substantiellement modifiée par le retrait des mots « d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect » ainsi que par le retrait de la dernière portion de cette définition qui se lisait : « la protection assurée par la présente loi se limite au caractère ou à l'aspect artistique et ne s'étend pas aux procédés ou méthodes de construction ».

On constate donc que, sous réserve du problème de la protection des oeuvres d'art architecturales ne présentant pas un caractère ou un aspect artistique, toute représentation graphique d'une oeuvre architecturale, qu'elle soit sous forme de plan ou autre représentation picturale à caractère technique ou artistique et ce, quel que soit le procédé ou la technique utilisée, ainsi que les oeuvres d'art architecturales elles-mêmes, que la Loi désigne comme étant les « bâtiment ou édifice ou modèle ou maquette de bâtiment ou d'édifice », font en principe l'objet d'une protection par droit d'auteur en droit canadien.

Reste toutefois à déterminer l'objet de la protection accordée par la Loi canadienne tant à l'égard des oeuvres graphiques que volumétriques. Nous tenterons donc, sous le prochain titre, de circonscrire la portée réelle de cette protection en tentant de déterminer les qualités esthétiques, s'il en est, que ces oeuvres doivent revêtir afin d'accéder à cette protection et, finalement, les aspects de telles oeuvres que la Loi entend ou non protéger.

36. Voir « Introduction », *supra*.

3. OBJET DE LA PROTECTION

Nous examinerons, dans un premier temps, la distinction faite par la Loi entre les oeuvres d'art architecturales elles-mêmes et les plans, dessins, esquisses, peintures, gravures, photographies ou autre représentation graphique d'une oeuvre d'art architecturale.

Nous nous pencherons par la suite sur les genres d'oeuvres graphiques reliées au domaine de l'architecture qui sont susceptibles de recevoir protection aux termes de la Loi, puis sur la portée de la protection accordée aux réalisations tridimensionnelles du domaine de l'architecture, soit ce que la Loi nomme « édifices » ou « bâtiments ».

Par ailleurs, en raison de l'incertitude planant quant à l'application des modifications découlant du Projet de loi à l'égard des oeuvres créées avant le 8 juin 1988, nous nous attarderons à l'épineuse question de l'application « immédiate » (souvent erronément qualifiée d'application rétroactive) de ces modifications.

3.1 Oeuvre d'art architecturale vs représentation graphique d'une oeuvre d'art architecturale

Des dix-sept décisions canadiennes que nous avons pu recenser sur cette question[37], une seule semble s'être fondée uniquement sur la violation d'une oeuvre d'art architecturale elle-même, par opposition à la violation d'une oeuvre graphique relative à une oeuvre architecturale. Il s'agit de l'arrêt *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*[38]

Il est donc important de rappeler que le législateur canadien, en accordant une protection spécifique aux oeuvres d'art architecturales en 1921, entendait bien par là reconnaître un *nouvel objet de droit*, soit les *bâtiments ou édifies eux-mêmes*, par opposition des *plans ou autres représentations graphiques* afférents à une oeuvre d'art architecturale. C'est donc dire que quel que soit l'ordre chronologique dans laquelle une personne créera, par exemple, le plan d'une oeuvre architecturale puis l'oeuvre d'art architecturale elle-même, et bien que l'oeuvre

37. *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185; *Hay* c. *Saunders and Saunders*, (1958) 30 C.P.R. 81; *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, (1968) 39 Fox Pat. Cas. 69 (1969), 58 Fox Pat. Cas. 7; [1972] R.C.S. 368; *Webb & Knapp (Canada) Ltd. et al.* c. *City of Edmonton*, (1970) 3 D.L.R. (3d) 123 (1970), 63 C.P.R. 21; *Adi Ltd.* c. *J.L. Destein et al.*, (1982) 68 C.P.R. (2d) 262; *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157; *Katz* c. *Cytrynbaum et al.*, (1983) 76 C.P.R. (2d) 276; *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159; *Geremia* c. *Maric et al.*, (1987) 15 C.I.P.R. 90; *Les Habitations du Boisé d'en Haut Inc. et al.* c. *Yves Bilodeau Dessinateur Inc. et al.*, [1989] R.J.Q. 405; *Constructions Nouvelle dimension Inc.* c. *Berthiaume*, J.E. 89-413 (C.Q.); *Holiday Pacific Ltd. et al.* c. *Valhalla Custom Homes Ltd. et al.*, (1990) 29 C.P.R. (3d) 1; *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.* c. *Randall Homes Ltd.* Man. Q.B. CI 88-01-32263, 16 mars 1990 (J. Hirschfield); C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband et Lyon).

38. (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185.

architecturale réalisée à partir de ces plans ou autres représentations graphiques ne constituera somme toute qu'une représentation tridimensionnelle de ces plans ou autres représentations graphiques, deux objets de droits différents, les plans ou autre représentation graphique *et* l'oeuvre d'art architecturale elle-même, c'est-à-dire le bâtiment ou l'édifice ou, pour être plus précis, le dessin (*design*) incorporé dans ce bâtiment ou cet édifice, jouiront d'une protection *autonome* et *distincte* des plans ou autres représentations graphiques afférents à cette oeuvre d'art architecturale :

> The Act of 1911, therefore, not only preserved the right of the architect to copyright in his plans, which had existed under the old law, but created a new right by including « architectural works of art » amongst artistic works capable of enjoying copyright protection. It was unsuccessfully contended in the case of *Meike* v. *Maufe* that there could not be a separate copyright in a building, as distinct from a copyright in the plans on which the building is based, and in fact there seems no reason to doubt that the Act of 1911 created a new and distinct right.[39]

C'est donc dire qu'un bâtiment ou édifice construit sans référence à des plans antérieurs pourra être protégé de par la Loi à titre d'oeuvre d'art architecturale. Il en sera de même de ce même bâtiment ou édifice construit par le titulaire du droit d'auteur, ou avec son autorisation, mais cette fois à partir de plans, esquisses ou autres représentations graphiques. Dans ce dernier cas, tant ces représentations graphiques que ce bâtiment ou cet édifice, ou plus précisément le dessin (*design*) de ce bâtiment ou de cet édifice, recevront *tous deux* une *protection distincte et autonome* à titre d'*oeuvre artistique*, d'une part, et d'*oeuvre d'art architecturale*, d'autre part[40].

Pour la commodité du lecteur nous utiliserons donc, dans la poursuite de ce texte, les vocables d'oeuvre « graphique » afin de désigner toute oeuvre artistique représentant une oeuvre d'art architecturale, d'oeuvre « volumétrique » afin de désigner les bâtiments ou édifices eux-mêmes ainsi que les maquettes ou modèles de ces mêmes bâtiments ou édifices protégés par la Loi à titre d'oeuvre d'art architecturale[41].

39. E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *Copinger and Skone James on Copyright*, 12e éd., London, Sweet & Maxwell, 1980, §253, p. 101.

40. *Hay* c. *Saunders and Saunders*, (1958) 30 C.P.R. 81, 83; *Holiday Pacific Ltd. et al.* c. *Valhalla Custom Homes Ltd. et al.*, (1990) 29 C.P.R. (3d) 1, 4; *John Maryon International Ltd. et al.* c. *New Brunswick Telephone Co., Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193, 245; *a contrario Constructions Nouvelle dimension Inc.* c. *Berthiaume*, J.E. 89-413, 100 (C.Q.).

41. Michel HUET, « Architecture et droit d'auteur », (1976) 88 *RIDA* 3, 11.

3.2 La portée immédiate des modifications du 8 juin 1988

On doit se demander si la nouvelle définition qui vise, en apparence du moins, à élargir la protection offerte par la Loi, s'applique aux oeuvres créées avant la modification et qui, n'eut été de cet élargissement, n'auraient pas été couvertes par la Loi.

Avant d'aborder la question de l'application de cette règle de droit dans le temps, on doit d'abord déterminer en quoi consiste celle-ci. Selon J. Héron[42], toute règle de droit peut se concevoir comme composée de deux éléments: (a) le présupposé, c'est-à-dire le fait ou le groupe de faits envisagés abstraitement par la règle, et (b) l'effet juridique, c'est-à-dire l'ensemble des conséquences rattachées par la Loi à la réalisation du présupposé. Entre ces deux éléments, la règle de droit établit un rapport d'imputation (*i.e.* (a) entraîne (b)) ou d'indépendance ((a) n'entraîne pas (b)). La méthode proposée par J. Héron, et reprise par P.A. Côté[43], consiste à situer dans le temps les faits correspondant au présupposé de la règle qu'il s'agit d'appliquer.

Par la suite, on doit distinguer, d'une part, le cas où les faits correspondant au présupposé se produisent entièrement avant ou entièrement après l'entrée en vigueur de la loi et, d'autre part, le cas où les faits qu'envisage le présupposé se répartissent dans le temps avant et après le moment d'entrée en vigueur de la loi. La première hypothèse, celle du regroupement des faits soit avant, soit après l'entrée en vigueur, correspond aux cas d'application rétroactive ou purement prospective de la loi. La seconde hypothèse, celle de la dispersion des faits, oblige quant à elle à choisir entre l'application dite «générale» ou «restreinte» de la loi.

Appliquons maintenant ces principes au cas qui nous intéresse. À notre avis, la règle en cause se résume comme suit:

(a) Présupposé:

F1: Lorsqu'une «oeuvre d'art architecturale» est créée par une personne, et

F2: qu'une autre personne viole les droits d'auteur sur cette oeuvre; alors

(b) Effet juridique:

L'auteur peut exercer les recours ouverts par la loi contre le contrevenant.

42. J. HÉRON, «Étude structurale de l'application de la loi dans le temps», (1985) 84 *Rev. trim. dr. civ.* 277, 344.
43. P.A. CÔTÉ, «La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps», (1988) 22 *R.J.T.* 207.

On remarque donc que le présupposé ne se réalise non pas dans un seul fait, mais plutôt dans deux faits successifs (F1 et F2).

3.2.1 Hypothèse où les faits se produisent entièrement avant la modification

Appliquer la règle à une oeuvre créée puis «contrefaite» par un tiers avant l'entrée en vigueur de la modification correspondrait à une application rétroactive de la loi. Or, la loi rétroactive est exceptionnelle, le principe général étant celui de la non-rétroactivité de la loi. Ce principe a souvent été affirmé par la Cour suprême:

> Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la loi ne le décrète expressément ou n'exige explicitement une telle interprétation.[44]

Or, en aucun endroit dans le Projet de loi ne trouve-t-on d'indication expresse ou implicite à l'effet que l'on doive appliquer rétroactivement cette règle. Au contraire, lorsque le législateur a voulu qu'une disposition ait un effet rétroactif, il l'a indiqué expressément[45].

3.2.2 Hypothèse où les faits se produisent entièrement après la modification

Cette hypothèse de la création et de la violation après l'entrée en vigueur de la modification correspond au cas d'application purement prospective de la règle, ce qui ne pose en soi aucune difficulté.

3.2.3 Hypothèse de la dispersion des faits

C'est la situation de l'oeuvre créée avant l'entrée en vigueur de la modification mais où l'acte de contrefaçon se produit après celle-ci.

C'est lorsqu'il y a répartition des faits de part et d'autre au moment de la promulgation de la nouvelle règle que les doutes naissent quant à l'application de la loi nouvelle. On doit alors déterminer si cette nouvelle règle aura une *application générale* à l'égard de toutes oeuvres, y compris celles créées avant la modification, ou une *application restreinte*, c'est-à-dire aux seules oeuvres créées après la modification.

Peut-on à prime abord conclure que la nouvelle règle n'aura qu'une application restreinte par un raisonnement *a contrario*? En effet, lorsque l'on examine les dispositions du Projet de loi, on constate que l'article 22 précise expressément que la nouvelle définition de «programme

44. *Gustavson Drilling (1965) Ltd.* c. *MRN*, [1977] 1 R.C.S. 271, 279; voir aussi; *Board of Trustee of the Acma Village School District* c. *Steele-Smith*, [1983] R.C.S. 47, 50-51.
45. Voir, par exemple, les articles 22 *in fine* et 24 du projet de loi C-60.

d'ordinateur » aura une application générale en ce qu'elle s'applique « à tout programme d'ordinateur élaboré antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions ». Puisque le législateur prend la peine de préciser dans le cas de la définition de « programme d'ordinateur » qu'elle aura une application générale, on pourrait argumenter *a contrario* que le défaut d'édicter une règle analogue à l'égard des « oeuvres d'art architecturales » implique la volonté de s'en tenir à une application restreinte.

Conclure qu'une loi a une application restreinte revient à dire qu'elle ne s'applique pas aux personnes pouvant justifier d'un *droit acquis*. Le principe général est à l'effet qu'il ne faut pas interpréter une disposition législative de façon à porter atteinte aux droits acquis ou à une situation constituée. Cela présuppose que le Parlement, quand il entend porter atteinte à de tels droits ou à une telle situation, exprime son intention en termes exprès, à moins que celle-ci ne soit manifestée clairement par la voie d'une implication inévitable. Ce principe d'interprétation a été énoncé fort souvent par les tribunaux[46] et dans la Loi d'interprétation fédérale[47].

Nous devons dans un premier temps distinguer les *droits acquis* des *simples expectatives*. Pour ce faire, il faut d'abord que la situation du justiciable soit *individualisée et concrète*, par opposition à une situation *générale et abstraite*[48]. Ensuite, il faut s'assurer que la situation juridique du justiciable soit *suffisamment constituée*, c'est-à-dire que cette situation ait atteint un certain degré de concrétisation et qu'elle soit, de l'avis du tribunal, suffisamment individualisée et parfaite pour justifier une protection[49].

Compte tenu de ce qui précède, est-il plausible que l'ancienne définition donnée aux oeuvres d'art architecturales ait conféré des droits acquis à certaines personnes leur permettant de reproduire des oeuvres alors non couvertes par la définition sans violer la Loi. Nous croyons que l'on doit distinguer deux états pour répondre à cette question, soit le cas où la reproduction de l'oeuvre se produit seulement après la modification, et soit le cas où la reproduction de l'oeuvre débute avant

46. Pour ne citer que des arrêts de la Cour suprême : *Upper Canada College* c. *Smith*, (1921) 61 R.C.S. 413 ; *Abell* c. *County of York*, (1921) 61 R.C.S. 345 ; *Board of Trustees of the Acme Village School District* c. *Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47 ; *Jones et Maheux* c. *Gamache*, [1933] R.C.S. 119 ; *R.* c. *Walker*, [1970] R.C.S. 649 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd.* c. *Ministère du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.
47. *Loi concernant l'interprétation des lois et des règlements*, S.R.C., c. I-23, par. 43(c).
48. *Canadian Petrofina Ltd.* c. *Martin and City of St-Lambert*, [1959] R.C.S. 453, 458 ; *Santili* c. *Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 334 ; *Abbott* c. *Minister for Lands*, [1895] A.C. 425 ; *Minister of National Revenue* c. *Molson*, [1938] R.C.S. 213 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd.* c. *Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, 283 ; *Storez* c. *Graham*, [1899] 1 Q.B.D. 406.
49. *Free Lanka Insurance Co.* c. *Ranasinghe*, [1964] A.C. 541, 552.

la modification et se poursuit au-delà de celle-ci. Afin d'illustrer ces situations, nous utiliserons l'exemple d'un auteur créant une oeuvre d'art architecturale n'ayant pas le caractère ou l'aspect artistique présumément requis pour être couverte par l'ancienne définition d'oeuvre d'art architecturale.

3.2.3.1 Reproduction de l'oeuvre seulement après la modification

C'est le cas d'une personne qui estime qu'en raison du fait que la Loi ne protégeait pas l'oeuvre architecturale concernée, celle-ci ne satisfaisant pas aux critères esthétiques présumément voulus par la Loi, elle jouit donc d'un droit acquis l'autorisant à reproduire cette oeuvre, même après la modification.

Selon nous, il est clair qu'il n'y aura alors aucun droit acquis, la personne ne bénéficiant pas, avant la modification, d'une situation juridique individualisée, concrète et suffisamment constituée :

> Elles [leurs seigneuries] estiment que le simple droit (en supposant qu'on puisse proprement parler d'un droit) pour les membres de la collectivité ou pour une catégorie d'entre eux de se prévaloir d'un texte législatif ne peut proprement constituer un « droit acquis » au sens de la disposition, aussi longtemps qu'on n'a accompli aucun acte pour s'en prévaloir.[50]

3.2.3.2 Reproduction de l'oeuvre avant et après la modification

Par exemple, un promoteur immobilier qui entreprendrait la construction d'une résidence non susceptible de protection par droit d'auteur jusqu'au 8 juin 1988 et qui prétendrait pouvoir continuer cette construction après la modification de la Loi sur la base de « droits acquis ».

Ce scénario nous semble déjà beaucoup plus complexe. Ainsi, mis à part le fait qu'une injonction ne puisse être émise pour prévenir l'achèvement d'un bâtiment ou d'un édifice[51], est-ce que le fait d'avoir entrepris l'érection de l'immeuble avant la modification peut conférer au promoteur un droit acquis à compléter la construction susceptible de faire rejeter toute condamnation pour dommages-intérêts ? Bref, peut-il invoquer une situation juridique individualisée, concrète et suffisamment constituée ?

Dans l'arrêt *Storez* c. *Graham*[52], il fut décidé que l'exercice de la simple faculté de se livrer à une activité professionnelle non interdite ne constituait pas un droit acquis à l'exercice de la profession. Le « droit »

50. *Abbott c. Minister for lands*, [1895] A.C. 425, 431. Cet arrêt a été appliqué par la Cour suprême du Canada dans *MNR* c. *Molson*, [1938] R.C.S. 213 et *Gustavson Driling (1964) Ltd.* c. *MNR*, [1973] 1 R.C.S. 271, 283.
51. Paragraphe 40(1) de la Loi.
52. [1899] 1 Q.B.D. 406.

d'ordinateur » aura une application générale en ce qu'elle s'applique « à tout programme d'ordinateur élaboré antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions ». Puisque le législateur prend la peine de préciser dans le cas de la définition de « programme d'ordinateur » qu'elle aura une application générale, on pourrait argumenter *a contrario* que le défaut d'édicter une règle analogue à l'égard des « oeuvres d'art architecturales » implique la volonté de s'en tenir à une application restreinte.

Conclure qu'une loi a une application restreinte revient à dire qu'elle ne s'applique pas aux personnes pouvant justifier d'un *droit acquis*. Le principe général est à l'effet qu'il ne faut pas interpréter une disposition législative de façon à porter atteinte aux droits acquis ou à une situation constituée. Cela présuppose que le Parlement, quand il entend porter atteinte à de tels droits ou à une telle situation, exprime son intention en termes exprès, à moins que celle-ci ne soit manifestée clairement par la voie d'une implication inévitable. Ce principe d'interprétation a été énoncé fort souvent par les tribunaux[46] et dans la Loi d'interprétation fédérale[47].

Nous devons dans un premier temps distinguer les *droits acquis* des *simples expectatives*. Pour ce faire, il faut d'abord que la situation du justiciable soit *individualisée et concrète*, par opposition à une situation *générale et abstraite*[48]. Ensuite, il faut s'assurer que la situation juridique du justiciable soit *suffisamment constituée*, c'est-à-dire que cette situation ait atteint un certain degré de concrétisation et qu'elle soit, de l'avis du tribunal, suffisamment individualisée et parfaite pour justifier une protection[49].

Compte tenu de ce qui précède, est-il plausible que l'ancienne définition donnée aux oeuvres d'art architecturales ait conféré des droits acquis à certaines personnes leur permettant de reproduire des oeuvres alors non couvertes par la définition sans violer la Loi. Nous croyons que l'on doit distinguer deux états pour répondre à cette question, soit le cas où la reproduction de l'oeuvre se produit seulement après la modification, et soit le cas où la reproduction de l'oeuvre débute avant

46. Pour ne citer que des arrêts de la Cour suprême : *Upper Canada College* c. *Smith*, (1921) 61 R.C.S. 413 ; *Abell* c. *County of York*, (1921) 61 R.C.S. 345 ; *Board of Trustees of the Acme Village School District* c. *Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47 ; *Jones et Maheux* c. *Gamache*, [1933] R.C.S. 119 ; *R.* c. *Walker*, [1970] R.C.S. 649 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd.* c. *Ministère du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.
47. *Loi concernant l'interprétation des lois et des règlements*, S.R.C., c. I-23, par. 43(c).
48. *Canadian Petrofina Ltd.* c. *Martin and City of St-Lambert*, [1959] R.C.S. 453, 458 ; *Santili* c. *Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 334 ; *Abbott* c. *Minister for Lands*, [1895] A.C. 425 ; *Minister of National Revenue* c. *Molson*, [1938] R.C.S. 213 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd.* c. *Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, 283 ; *Storez* c. *Graham*, [1899] 1 Q.B.D. 406.
49. *Free Lanka Insurance Co.* c. *Ranasinghe*, [1964] A.C. 541, 552.

la modification et se poursuit au-delà de celle-ci. Afin d'illustrer ces situations, nous utiliserons l'exemple d'un auteur créant une oeuvre d'art architecturale n'ayant pas le caractère ou l'aspect artistique présumément requis pour être couverte par l'ancienne définition d'oeuvre d'art architecturale.

3.2.3.1 Reproduction de l'oeuvre seulement après la modification

C'est le cas d'une personne qui estime qu'en raison du fait que la Loi ne protégeait pas l'oeuvre architecturale concernée, celle-ci ne satisfaisant pas aux critères esthétiques présumément voulus par la Loi, elle jouit donc d'un droit acquis l'autorisant à reproduire cette oeuvre, même après la modification.

Selon nous, il est clair qu'il n'y aura alors aucun droit acquis, la personne ne bénéficiant pas, avant la modification, d'une situation juridique individualisée, concrète et suffisamment constituée :

> Elles [leurs seigneuries] estiment que le simple droit (en supposant qu'on puisse proprement parler d'un droit) pour les membres de la collectivité ou pour une catégorie d'entre eux de se prévaloir d'un texte législatif ne peut proprement constituer un « droit acquis » au sens de la disposition, aussi longtemps qu'on n'a accompli aucun acte pour s'en prévaloir.[50]

3.2.3.2 Reproduction de l'oeuvre avant et après la modification

Par exemple, un promoteur immobilier qui entreprendrait la construction d'une résidence non susceptible de protection par droit d'auteur jusqu'au 8 juin 1988 et qui prétendrait pouvoir continuer cette construction après la modification de la Loi sur la base de « droits acquis ».

Ce scénario nous semble déjà beaucoup plus complexe. Ainsi, mis à part le fait qu'une injonction ne puisse être émise pour prévenir l'achèvement d'un bâtiment ou d'un édifice[51], est-ce que le fait d'avoir entrepris l'érection de l'immeuble avant la modification peut conférer au promoteur un droit acquis à compléter la construction susceptible de faire rejeter toute condamnation pour dommages-intérêts ? Bref, peut-il invoquer une situation juridique individualisée, concrète et suffisamment constituée ?

Dans l'arrêt *Storez* c. *Graham*[52], il fut décidé que l'exercice de la simple faculté de se livrer à une activité professionnelle non interdite ne constituait pas un droit acquis à l'exercice de la profession. Le « droit »

50. *Abbott* c. *Minister for lands*, [1895] A.C. 425, 431. Cet arrêt a été appliqué par la Cour suprême du Canada dans *MNR* c. *Molson*, [1938] R.C.S. 213 et *Gustavson Drilling (1964) Ltd.* c. *MNR*, [1973] 1 R.C.S. 271, 283.
51. Paragraphe 40(1) de la Loi.
52. [1899] 1 Q.B.D. 406.

de se livrer à une activité non défendue appartenant à tout le monde, le juge estima que l'état de celui qui s'y livre en pratique n'était pas suffisamment individualisé.

Dans le même sens, dans l'affaire *Commander Nickel Copper Mines Ltd.* c. *Zulapa Mining Corp.*[53], le juge Rinfret précisa que « le droit doit être acquis à une personne en particulier et non pas à l'universalité des personnes »[54]. On peut donc se demander si, par analogie, le titulaire du droit d'auteur pourrait faire repousser une telle défense en arguant que le droit « général et abstrait »[55] de toute personne à reproduire une oeuvre d'art architecturale ne revêtant pas de mérite artistique, avant le 8 juin 1988, ne peut servir d'assise à l'émergence d'un droit acquis, pour un individu, à en poursuivre la reproduction au-delà de cette date. Selon P.A. Côté, le juge dans une circonstance semblable pourrait procéder comme suit[56] :

> On peut croire que le juge qui décide de reconnaître ou de ne pas reconnaître des droits acquis procède, le plus souvent sans le dire, à une appréciation comparative des coûts individuels et sociaux de sa décision. Plus grands sont les coûts individuels et plus grave le préjudice causé à l'individu par l'application immédiate de la loi, plus grandes sont les chances que des droits acquis soient reconnus. Par contre, si le coût individuel est jugé réduit (par exemple, lorsque la loi nouvelle ne prescrit qu'une « procédure »), il est plus probable que la loi nouvelle soit appliquée immédiatement. D'autre part, si les inconvénients sociaux d'une application différée de la loi nouvelle sont perçus comme étant très lourds (par exemple, si cela met en cause la santé ou la sécurité publiques), il est probable que le juge hésitera à admettre des droits acquis. Au contraire, si la survie du droit ancien ne paraît pas menacer indûment l'intérêt social, il sera plus facile au juge d'admettre les droits acquis.

La question est d'autant plus ambiguë que même si un juge en vient à la conclusion qu'il y a droit acquis, il pourrait, puisque le principe du respect de ces droits n'est qu'une présomption qui peut être repoussée[57], décider que le texte exclut expressément ou tacitement ces droits :

> Les tribunaux ne se montrent pas particulièrement exigeants quant à la formulation de l'intention d'atteindre les droits acquis. À de nombreuses reprises, ils se sont contentés de constater que la formule de la loi paraissait viser indistinctement toutes les situations juridiques, qu'elles aient été constituées avant ou après l'entrée en vigueur de la loi. La méthode d'interprétation littérale conduit en effet à attribuer au législateur l'intention de porter atteinte aux droits acquis dès lors que la loi elle-même ne distingue pas entre les situations juridiques selon qu'elles ont été constituées avant ou après la loi nouvelle : le législateur n'ayant pas fait de distinction, le juge ne s'estime pas autorisé à en faire.[58]

Il serait douteux, dans l'hypothèse que nous soulevions plus haut, qu'un tribunal fasse prévaloir les droits du promoteur sur celui du titulaire des droits en décidant que la situation du premier à l'égard de cet immeuble (et, a fortiori, d'autres immeubles d'un même projet immobilier) n'est ni individualisée, ni concrète et ni suffisamment constituée.

Pour les raisons invoquées plus haut et compte tenu de l'incertitude régnant quant à la portée des modifications apportées aux termes du Projet de loi à l'égard des oeuvres d'art architecturales créées avant l'entrée en vigueur du Projet de loi, nous nous pencherons sur la portée de ces modifications quant à la protection des oeuvres graphiques et volumétriques du domaine de l'architecture.

3.3 Les oeuvres graphiques

3.3.1 Oeuvres créées en date du 8 juin 1988

Il semble clair que toute représentation graphique d'un bâtiment ou d'un édifice, objet de la protection des oeuvres d'art architecturales, peut se voir attribuer la protection du droit d'auteur, et ce indépendamment de son mérite artistique. C'est donc dire que les plans d'un édifice ou d'un bâtiment, tels que les plans d'un étage (*floor plans*)[59], de la façade ou des vues latérales d'un immeuble[60], utilisés par le constructeur pour réaliser le bâtiment ou l'édifice sont protégés par droit d'auteur. De même, les représentations picturales de l'apparence d'un bâtiment ou d'un édifice, qu'elles soient externes ou internes[61], sont protégées, et ce quel que soit le médium ou la technique utilisé (dessins, esquisses, peintures, gravures, photographies, etc.).

53. [1975] C.A. 390.
54. *Id.*, p. 392.
55. Voir note 48, *supra*.
56. P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 1982, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, p. 124-125.
57. *Board of Trustees of the Acme Village School District* c. *Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, 51.
58. P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 56, p. 136.
59. *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185 ; *Lend Lease Homes Pty. Ltd.* c. *Warrigal Homes Pty. Ltd.*, [1970] 3 N.S.W.R. 265 ; *Ancher, Mortlock, Murray et al.* c. *Hooker Homes Pty. Ltd.*, [1971] 2 N.S.W.L.R. 278 ; *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157.
60. *Chabot* c. *Davies*, [1936] 3 All E.R. 221 ; *Stovin-Bradford* c. *Volpoint Properties Ltd. et al.*, [1971] 3 All E.R. 570.
61. *Meikle et al.* c. *Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144 ; Trib. grd. inst., Dragvignan, (1973) 76 RIDA 177 ; *Hunter* c. *Fitzroy Robinson and Partners et al.*, [1978] F.S.R. 167.

Cette dernière conclusion est par ailleurs supportée par la Loi elle-même lorsqu'elle s'attarde à créer, à l'alinéa 27(2)c), une exception spécifique aux droits du titulaire des droits d'auteur sur une oeuvre d'art architecturale en précisant que ne constitue aucune violation du droit d'auteur « l'exécution ou la publication de tableaux (*paintings*), dessins, gravures ou photographies n'ayant pas le caractère de dessins ou plans architecturaux, d'une oeuvre d'art architecturale »[62].

Ainsi que nous l'avons constaté plus haut, si les peintures, sculptures, dessins, gravures et photographies étaient, jusqu'au 8 juin 1988, englobés dans la définition des oeuvres artistiques, les plans, quant à eux, se retrouvaient dans la catégorie des oeuvres littéraires[63]. Nous examinerons, au titre suivant, l'impact pouvant découler d'un tel déplacement.

3.3.2 Oeuvres créées après le 8 juin 1988

Comme nous venons de le voir, les plans constituent, depuis le 8 juin 1988, des « oeuvres artistiques », de telle sorte que désormais, toute oeuvre graphique reliée à l'architecture, quel que soit la technique ou le medium auquel elle fait appel, fait partie de la famille des oeuvres artistiques.

Or, la jurisprudence ayant été appelée à se prononcer sur l'exigence d'un présumé mérite artistique intrinsèque à l'égard d'oeuvres du domaine littéraire a, depuis longtemps, conclu que le terme « littéraire » ne devait pas être entendu dans son acceptation étroite et noble d'oeuvres du domaine de la littérature, c'est-à-dire d'oeuvres présentant un mérite littéraire quelconque, mais s'attachait, à toutes fins utiles, à tout ce qui est « écrit », peu importent les qualités d'un tel écrit[64].

62. Voir, au même effet, « Oeuvres d'architecture : Document préparatoire pour le comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité », (1986), 99 *D.A.* 363, 371, Principe WA.7.

63. Les plans étaient, et sont toujours, par ailleurs inclus sous les définitions de « livre » et de « toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale ». Toutefois, cette triple catégorisation ne nous semble avoir aucune incidence quant aux conditions de leur protection non plus qu'aux conséquences découlant d'une telle catégorisation.

64. *University of London Press Ltd.* c. *University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601 ; *Apple Computer, Inc.* c. *Mackintosh Computers Ltd.*, (1988) 14 C.I.P.R. 315 ; (1988) 16 C.I.P.R.15 ; *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185 ; H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 99 ; Sam RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Kluwer, Queen Mary College, 1987, §6.4, p. 231 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *The Modern Law of Copyright*, London, Butterworths, 1980, §2.11, p. 1 ; E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *Copinger and Skone James on Copyright*, 12e éd., London, Sweet & Maxwell, 1980, §152, p. 59.

S'agissant dorénavant d'oeuvres artistiques on peut se demander si cette attitude libérale vaut toujours. En effet, un certain courant jurisprudentiel semble laisser entendre que le terme « artistique », lorsqu'il est utilisé dans l'expression « oeuvre artistique », doit conduire à la recherche d'un certain mérite artistique. Ainsi, le juge Noël, dans l'arrêt *Cuisenaire* c. *South West Imports Ltd.*[65], refusait de conclure que des bâtonnets de couleur destinés à l'enseignement des mathématiques étaient susceptibles de protection par droit d'auteur pour les raisons suivantes :

> An artistic work, in my view, must to some degree at least, be *a work that is intended to have an appeal to the aesthetic senses not just an incidental appeal*, such as here, but as an important or one of the important objects for which the work is brought into being. The plaintiff's rods may have a certain attraction to children, but this, in my view, is a very secondary purpose which, I am afraid, is not sufficient basis for a finding that the rods are artistic.
>
> I must, therefore, conclude that plaintiff's rods are not and cannot be held to be artistic works under the Act.[66]

Une telle approche semble toutefois ne pas être retenue par la jurisprudence dominante. Ainsi, comme le mentionnait le juge Reed dans l'arrêt *DRG* c. *Datafile Ltée*.[67]

> À mon avis, l'expression « oeuvre artistique » n'est employée qu'à titre de description générale des oeuvres qui suivent [dans cette définition]. Il s'agit d'une description générale des oeuvres qui acquièrent un sens par un moyen visuel par opposition aux oeuvres littéraires, musicales, ou d'expression dramatique. [...]
>
> Pour les motifs qui précèdent, *j'estime que, dans les deux cas, il n'est pas nécessaire d'évaluer le caractère* « artistique » selon les recherches entreprises par la Chambre des Lords dans la décision *Hensher* [...], ni même de l'évaluer par renvoi à un critère plus restreint en déterminant, comme le propose l'avocat, si l'intention de l'auteur au moment de la création était de créer une oeuvre d'art. [...] L'oeuvre de l'intimé est un dessin graphique reproduit

65. (1968) 54 C.P.R. 1, 22 ; confirmé par la Cour suprême du Canada à [1969] R.C.S. 208). Cette confirmation semble toutefois fondée non pas sur la question du mérite artistique des bâtonnets du demandeur mais sur le principe de la fusion entre l'idée et l'oeuvre (p. 79-78) ; *contra* Hugues G. RICHARD, *Reverse Engineering of Functional Objects : Protection of Schematic Drawings*, texte soumis à l'occasion de la conférence Insight, « Copyright : Business and Legal Issues », Toronto, 1989, p. G-6).

66. *Cuisenaire* c. *South West Imports Ltd.*, (1968) 54 C.P.R. 1, 22 ; Hugues G. RICHARD, *op. cit.*, note 65 ; E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §176, p. 68.

67. [1988] 2 C.F. 240.

par un procédé d'imprimerie. À ce titre, il s'agit d'une oeuvre artistique pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur et aucune qualité d'originalité supérieure à celle des oeuvres littéraires bénéficiant d'un droit d'auteur n'est requis [...].

Les remaniements opérés à l'égard des « plans » aux termes du Projet de loi seront donc sans incidence sur les critères applicables à leur protection, et ce, qu'ils aient été créés avant ou après la date d'entrée en vigueur du Projet de loi.

3.4 Les oeuvres volumétriques

Nous analyserons la portée donnée par les tribunaux à la définition d'oeuvre d'art architecturale sous l'égide de l'ancienne définition puis, dans un second temps, les conséquences qui pourront découler du remodelage de cette définition.

3.4.1 Oeuvres créées en date du 8 juin 1988

Rappelons le texte des versions française et anglaise de l'ancienne définition donnée à l'expression « oeuvre d'art architecturale » :

« oeuvre d'art architecturale » Tout *bâtiment* ou *édifice* d'un *caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect*, ou tout modèle pour un tel bâtiment ou édifice ; mais la protection assurée par la présente loi se limite au caractère ou à l'aspect artistique et ne s'étend pas aux *procédés ou méthodes de construction*.	architectural work of art » means any *building* or *structure* having an *artistic character or design, in respect of that character or design*, or any model for the building or structure, but the protection afforded by this Act is confined to the artistic character and design, and *does not extend to processes or methods of construction*.

Nous examinerons donc, tour à tour, la portée donnée par les autorités aux termes « bâtiment » (*building*) et « édifice » (*structure*). Nous nous pencherons, dans un second temps, sur la portée des limitations, s'il en est, ressortant de l'expression « d'un caractère ou d'un aspect artistique, par rapport à ce caractère ou aspect » et, finalement, sur la portée de la limitation afférente aux « procédés ou méthodes de construction ».

3.4.1.1 « Bâtiment » et « édifice »

La Loi ne définissant pas les termes « bâtiment » et « édifice », il nous est donc permis de recourir aux définitions proposées par les dictionnaires d'usage courant afin de circonscrire la portée de ces termes[68].

68. P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 56, p. 215.

3.4.1.1.1 Sens courant des mots

D'une manière générale, le terme « bâtiment » est défini comme référant à « toute construction servant à loger soit des hommes, soit bêtes, soit choses »[69], à « Toute construction destinée à servir d'abri et à isoler »[70].

Le terme anglais « building » est défini comme « that which is built ; a structure ; edifice »[71], « the thing built, as a house, a church, etc. ; edifice »[72].

Quant au terme « édifice », il est généralement défini comme référant à un « ouvrage d'architecture, [à une] construction de proportions importantes »[73].

Finalement, le terme « structure », pendant anglais du terme « édifice », reçoit les définitions suivantes : « the mutual relation of the constituent parts or elements of a whole as determining its peculiar nature or character ; make, frame » ou encore « a building or edifice of any kind especially a pile of building of some considerable size and imposing appearance »[74], « That which is built or constructed ; a building or edifice of any kind, especially one of considerable size and imposing appearance ; more widely : a fabric or framework of material parts put together ; an organized body or combination of mutually connected and dependent parts or elements »[75] ; et, finalement, « a building of any kind, but chiefly a building of some size or magnificence ; an edifice ; manner of building ; make ; construction ; the arrangement of the parts in a whole »[76].

La consultation des ouvrages généraux nous enseigne par ailleurs que l'art architectural, loin de se limiter aux constructions domestiques, religieuses ou publiques, s'étend par ailleurs à la conception et à la réalisation d'ouvrages ou structures vouës aux activités récréatives, à

69. Dictionnaire Bélisle de la langue française au Canada, Montréal, Société des éditions LE Land Ltée.
70. Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, Tome 2, Paris, Librairie Larousse, 1982 ; Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la Langue Française, Paris, Le Robert, 1984.
71. The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd Edition, Oxford, Clarendon Press, 1965.
72. The New Webster Encyclopedic Dictionary of The English Language, Chicago, Consolidated Book Publishers, 1970.
73. Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse et Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la Langue Française, *op. cit.*, note 70.
74. The Oxford English Dictionary, 2nd Edition, Oxford, Clarendon Press, 1989.
75. The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, *op. cit.*, note 71.
76. The New Webster Encyclopedic Dictionary of The English Language, *op. cit.*, note 72.

la santé, à l'éducation et même aux planifications environnementales de petite, moyenne ou grande envergure[77].

Ces termes semblent donc pouvoir englober bien davantage que les oeuvres destinées à abriter les êtres animés ou les choses inanimées, mais pouvoir aussi englober toute structure rattachée à un fond dont la cohésion relève de la science architecturale et même à l'organisation spatiale de l'environnement, qu'elle soit urbaine, tel un plan d'aménagement[78], ou de moindre envergure[79].

3.4.1.1.2 Autorités

Le professeur Ricketson donne, quant à lui, la portée suivante à l'expression « work of architecture » que l'on retrouve à l'article (4) de la Convention de Berne :

> In its ordinary meaning, it is not confined to buildings, but extends to other kinds of structure which are fixed to the ground, for example, monuments, arches, fountains, steps and so on. Many of these structures also embody or incorporate other works of art which are added by way of ornamentation or decoration. It seems that these can either be regarded as integral parts of the architectural work or as separate works of sculpture (as in the case of three-dimensional figures or works done in relief). In the absence of any Convention guidance on how these matters are to be treated, they remain for each member country to determine for itself. In this regard, it is of interest to know that in several common law jurisdictions the protection given to architectural works has now been extended even further, so as to cover structures of all kinds regardless of their architectural quality.[80]

Procédant à l'analyse de l'expression « any structure » que l'on retrouve dans la Loi anglaise de 1956[81], les auteurs Laddie, Prescott et Victoria suggèrent que :

77. Encyclopaedia Britannica, vol. 2, Chicago, William Burton Publisher, 1970, p. 312, et s. ; Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, *op. cit.*, note 70, p. 636 et s.
78. *Underwriter's Survey Bureau Ltd. et al. c. American Home Fire Insurance Co. et al.*, [1939] Ex.C.R. 296 ; *Webb & Knapp (Canada) Ltd. et al. c. City of Edmonton*, (1970) 63 C.P.R. 21.
79. *Vincent c. Universal Housing Co., Ltd.*, [1928-1935] Macg. Cop. Cas. 275 ; *Half Court Tennis Pty. Ltd. c. Jeffrey A. Seymour*, (1980) 53 F.L.R. 240 ; *Long Eaton Recreation Grounds Co. Ltd. c. Midland Railway Co.*, [1902] 2 K.B. 574.
80. Sam RICKETSON, *op. cit.*, note 64, §6.32, p. 256.
81. *Copyright Act 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, c. 74 :
s. 3(1) In this Act "artistic work" means a work of any of the following descriptions, that is to say, [...] (b) works of architecture, being either buildings or model for buildings.
[...]
s. 48(1) In this Act, except in so far as the context otherwise requires, the following expressions have the meaning hereby assigned to them respectively, that is to say : [...] "building" includes any structure ; [...].

> The scope of the phrase « any structure » is rather indefinite, but it would appear that such things as structural steel work are amongst the things contemplated. A garden with a pond, steps and wallwork was held to be a structure.[82]

Harold G. Fox énonce ce qui suit quant au sens devant être donné à l'expression « building or structure » :

> What is a « building or structure » is somewhat difficult of definition. In *Moir* v. *William*, it was said that prima facie a « building » means « a block of brick or stone covered in by a roof ». But the protection of the Act is not confined to buildings or structures in the common acceptance of those terms. In *Vincent* v. *Universal Housing Co. Ltd.* the lay-out of a garden was held to be an architectural work of art, as was, in another case, a design for the front elevation of a row of semi-detached residences. A plan of a shop front of a building has been held to be an architectural work and not a design capable of being registered under the Industrial Design Act and used or intended to be used as a model or pattern to be multiplied by an industrial process within s. 46 of the Act. Neither size nor value affects the right to copyright in the artistic quality of architectural designs.

Finalement, les auteurs Skone James, Mummery, Rayner James et Latman expriment l'opinion suivante :

> The design to be protected must be a building, or structure, or a model for the same. No general definition of the word « building » can be given, although it has been said that, prima facie, a « building » means « a block of brick or stone work covered in by a roof. » But the words must be construed reasonably, having regard to the object of the statue. Upon this principle, it is thought, that the building or structure must be of such a character as is usually erected upon, or constructed under, the ground from plans with elevations, but that, if it be of such a character, it will be entitled to protection, not only as a whole, but in individual architectural features. For instance, a chimney-piece might, it is thought, be entitled to copyright. It has been held that a garden, consisting of a layout including steps, walls, ponds and other structures in stone, was capable of protection as « a structure » as also have internal features of design.[83]

La doctrine semble donc, elle aussi, accorder à ces termes un sens s'étendant au-delà du simple immeuble résidentiel ou commercial, pour

82. H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, p. 113. Quant à la protection des structures métalliques, voir *John Maryon International Ltd. et al. c. New Brunswick Telephone Co. Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193.
83. E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §263, p. 106.

reconnaître une protection à tout aménagement foncier ou toute élévation rattachée au sol.

Avant d'étudier la jurisprudence pertinente à cette question, nous croyons utile de faire remarquer que, prenant la proie pour l'ombre, nombre de décisions rendues par les tribunaux qualifient erronément, à notre avis, d'« oeuvre d'art architecturale » des plans ou autres représentations graphiques qui sont destinés à l'érection d'édifices ou de bâtiments ou qui représentent ou illustrent des édifices ou bâtiments déjà érigés. Cette distinction n'est pas que sémantique. En effet, comme nous constaterons, un corpus jurisprudentiel non négligeable édicte que, contrairement aux oeuvres graphiques, les oeuvres d'art architecturales ne jouissaient de la protection de la Loi, du moins jusqu'au 8 juin 1988, que dans la mesure où celles-ci revêtaient des caractéristiques esthétiques. Or, nous avons vu qu'une telle exigence n'est pas retenue par les tribunaux à l'égard des oeuvres graphiques elles-mêmes. Cette distinction, lorsqu'elle est examinée sous l'éclairage de la contrefaçon indirecte ou encore de la reproduction d'un plan par l'érection de l'édifice ou du bâtiment décrit par ce plan, conduit en effet à des situations contradictoires.

Les tribunaux ont donc qualifié d'oeuvre architecturale les maisons d'habitation, qu'elles soient uniques[84] ou dites « maisons en rangée » (*tract house*), c'est-à-dire qui sont destinées à une reproduction en nombre[85]. De la même façon, des immeubles commerciaux d'importance se sont vu reconnaître la protection de la Loi[86]. Furent aussi considérés comme constituant des oeuvres d'art architecturales le plan de la façade d'une boutique[87], un quai d'embarquement de chemin de fer[88], un demi-court de tennis décrit comme consistant en un pavé de béton marqué de lignes de jeu et sur lequel était érigés des poteaux destinés à tendre un filet[89],

84. *Chabot c. Davies et al.*, [1936] 3 All E.R. 221 ; *Meikle et al. c. Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144.
85. *Blake c. Warren*, [1931] Macg. Cop. Cas. 268 ; *Randal Homes Ltd. c. Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159 ; *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Ltd. c. Randal Homes*, Man. Q.B. CI 88-01-32263, 16 mars 1990, (J. Hirschfield), C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband et Lyon) ; *Hay and Hay Construction Co. Ltd. c. Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185 ; *Hay c. Saunders and Saunders*, (1958) 30 C.P.R. 81 ; *Kaffka c. Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157 ; *Les Habitations du Boisé d'en Haut Inc. et al. c. Yves Bilodeau Dessinateur Inc. et al.*, [1989] R.J.Q. 405 ; *Blake c. Warren*, [1928-1935] Macg. Cop. Cas. 268 ; *Ancher, Mortlock, Murray et al. c. Hooker Homes Pty. Ltd.*, [1971] 2 N.S.W.L.R. 278.
86. *Hunter c. Fitzroy Robinson and Partners et al.*, [1978] F.S.R. 167 ; *Meikle et al. c. Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144 ; *Blair c. Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468 ; *Adi Ltd. c. J.L. Destein et al.*, (1982) 68 C.P.R. (2d) 262.
87. *Chabot c. Davies et al.*, [1936] 3 All E.R. 221.
88. *Long Eaton Recreation Grounds Co. Ltd. c. Midland Railway Co.*, [1902] K.B. 574.
89. *Half-Court Tennis Pty Ltd. c. Jeffrey H. Seymour*, (1980) F.L.R. 240.

d'un aménagement paysager constitué d'un étang, d'une jetée, d'escalier et d'une promenade[90] ainsi qu'un centre de squasch[91]. Il en fut de même pour une tour de télécommunication[92] et, vraisemblablement, pour un square flanqué d'une fontaine[93].

Les tribunaux ont aussi reconnu une telle protection au *design* intérieur d'une oeuvre architecturale[94].

Soulignons que dans l'arrêt *Webb & Knapp*[95] le plan d'aménagement d'une zone de la ville d'Edmonton se vit accorder la protection de la Loi. Les travaux confiés aux demandeurs dans cette affaire visaient notamment à l'élaboration de « proposals for a balanced development of the civic centre that blends municipal, community and commercial elements along lines consistent with general approach approved by City Council [...] » et devant comprendre « sketch designs for each building structure or other feature included in the civic centre plan », et qui devaient finalement « put forward a realistic solution to the area problem of vehicular and pedestrian circulation and the associated parking problems ».

Rappelons en terminant que la Loi reconnaît expressément que les modèles ou maquettes de bâtiments ou d'édifices reçoivent eux aussi protection à titre d'oeuvre d'art architecturale. Puisqu'ils sont compris sous cette rubrique, ces derniers ne sont donc à notre avis susceptibles de protection que dans la mesure où ils rencontreront les critères propres à la sous-catégorie des « oeuvres d'art architecturales » tels que, possiblement, celui du mérite artistique.

Nous avons jusqu'à maintenant soigneusement évité d'aborder la délicate question du mérite artistique que, pour certains, les oeuvres d'art architecturales assujetties à l'ancienne définition devaient nécessairement revêtir afin d'être admises au cénacle du droit d'auteur. Deux thèses opposées se sont en effet constamment affrontées sur cette question.

3.4.1.2 Mérite artistique

Force nous est de constater, du moins en droit canadien, que les tribunaux ont dans la plupart des cas lu dans l'ancienne définition

90. *Vincent c. Universal Housing Co. Ltd.*, (1928-1935) Macg. Cop. Cas. 275.
91. Pays-Bas, District Court, Haarlem (décision non rapportée du 22 mai 1987).
92. *John Maryon International Ltd. et al. c. New Brunswick Telephone Co. Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193.
93. *Barnett c. Cape Town Foreshore Board*, [1978] F.S.R. 176.
94. *Meikle et al. c. Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144 ; *Hunter c. Fitzroy Robinson and Partners et al.*, [1978] F.S.R. 167, 170.
95. *Webb & Knapp (Canada) Ltd. et al. c. City of Edmonton*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 123 ; *Webb & Knapp (Canada) Ltd. et al. c. City of Edmonton*, (1970) 63 C.P.R. 21. Voir aussi *Massie & Renwick, Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1936] R.C.S. 265.

Rappelons en effet que la Loi anglaise de 1911, qui a fortement inspirée la Loi canadienne, fut adoptée de façon à donner effet à la révision de 1908 de la Convention de Berne, révision visant notamment à étendre la protection de la convention aux oeuvres d'art architecturales. On se rappellera de plus que, d'abord opposé à l'inclusion des oeuvres d'art architecturales à l'article 4 de la Convention de Berne, l'Angleterre donna finalement son aval à une telle modification, et ce vraisemblablement à la suite des assurances données par divers intervenants lors de la conférence de 1908 :

> Apart from reservations on the part of the Swedish delegation, the amendment was accepted without opposition, event though a number of countries still did not protect such works under their domestic law. An example of such a country was the UK, whose delegation in its report to the British Foreign Secretary stated that they had been 'convinced by the arguments put by M de Bochgrave, one of the Belgian Delegates, that the protection of works of architecture, as apart from the plans, etc, from which such works are constructed, is perfectly feasible'. The main reason for this 'conversion' on the part of the British delegation was evidence that, in other jurisdictions, *only those architectural works which possessed an original character were accorded protection*. This point was underlined by the commission in its report which stated :
>
> > '*Protection will be refused to an ordinary commonplace construction which does not reveal the personality of its author ; original artistic works are all that are intended to be protected.*'
>
> Protection of architectural works in the above sense was soon adopted by those Union countries whose domestic laws required amendment in order to give effect to their obligations under the Berlin Act. (See, for example, *Copyright Act 1911* (UK), ss 1(1) and 35(1) « ... »).[99]

À ce titre, le professeur James Lahore soutient que l'ancienne définition de la Loi anglaise de 1911, que l'on retrouvait mot pour mot dans la Loi canadienne, avait pour effet de n'accorder de droit d'auteur qu'à l'égard des oeuvres possédant un aspect ou un caractère artistique, au sens subjectif de ce terme :

> The 1968 Act [*Australie*] adopts a different approach from that of the United Kingdom *Copyright Act 1956*, and the *British Copyright Act of 1911*. Section 35(1) of the *1911 Act* included architectural works of art in the definition of «artistic work». An «architectural work of art» was defined in the same section as «any building or structure having an artistic character or design, in respect of such character or design, or any model for such building or structure, provided that the protection afforded by the Act shall be confined to the artistic character and design, and shall not extend to processes or methods of construction». *It was thus essential under the 1911 Act that an architectural work possessed* «artistic character and design».
>
> The Copyright Law Review Committee 1959 (the Spicer Committee), made the following comments on this provision of the *1911 Act* when discussing artistic works (para 73) : «Under present Australian law, for a work of architecture to be protected it must be an 'architectural work of art' as defined in s. 35(1) of the *1911 Act. It seems to us, however, that Article 2(1) of the Berne Convention requires all works of architecture to be protected. In any case, we think it undesirable that the existence of copyright in this case should require a finding that the work has an artistic character*».[100]

Analysant la portée de la modification effectuée à la Loi anglaise de 1911, en 1956, les auteurs Laddie, Prescott et Victoria soulignent que :

> Secondly, the change in statutory definition is marked. What was protected under the *1911 Act* was, not 'works of architecture', but 'architectural works of art', [...] There therefore seems to have been a positive intention *to abandon the concept of 'artistic character'* in the *1956 Act*.[101]

Au soutien de cette thèse, on peut d'abord invoquer les propos tenus par l'honorable juge Esson dans l'arrêt *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.* :

> Even more significant is the fact that the defendant found it necessary to adapt the plaintiff's design in order to get the approval of the design panel. The panel is, according to the evidence, concerned with aesthetic matters and mainly exterior appearance. Of the three designers who attacked the problem, only the plaintiff produced a plan acceptable to the panel. *The ability to do that bespeaks originality and the existence of that artistic character or design necessary to constitute an «architectural work of art»*.[102]

L'honorable juge Ferg, dans l'arrêt *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, reconnût quant à lui l'existence d'un droit d'auteur dans une maison destinée à une reproduction en nombre en assoyant une

99. Sam RICKETSON, *op. cit.*, note 64, 1987, 6.32, p. 255-256.

100. J. LAHORE, *Copyright Law*, Sydney, Butterworths, 1988, §2.3.115, p. 2185.
101. H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, §3.20, p. 113 ; *contra* : E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §261, p. 105.
102. *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157, 161.

telle conclusion sur la démonstration que ces maisons revêtaient des qualités esthétiques propres à leur attirer la protection de la Loi :

> All of the evidence in the case, some admissions by the defendant's president on discovery, including the absence of any evidence to the contrary, point to the character and design of this home as being *unique* and *original*. There are only 23 homes of this particular design in Winnipeg, all erected from Harzan's particular creative design, or if you will, artistic work. It was argued a house is a house, that there can be no originality in a house, *but here there was definitely originality*. Evidence indicated this house was *different*, was *designed with flair, many distinctive features were used* and its elevations, its three dimensions, produced a *particularly pleasing cub appeal*, that is *«the look». Distinctive, if not unique*, angles in roofing and overall structural form for a split-level home, are evident in Plan 1605. So much so, in fact, that *the distinctiveness and originality of the design could be recognized* (and was by the basement contractor) as soon as the basement of the copied home was poured. [...] *It has been said that where a designer produces good design, good proportion, and good use of material, that this is the true artistry of architecture. That this dwelling design carried with it in fact an originality, I cannot question. And that, I think, with respect, is the test.*[103]

Dans une autre affaire, l'action du demandeur fut rejetée puisque, selon le tribunal, l'oeuvre n'était pas « unique » :

> C'est un agencement attrayant, certes, *mais ce n'est pas une oeuvre unique*, puisque l'on retrouve le modèle en Floride et dans les catalogues ou les revues. Cette maison aurait une excellente caractéristique commerciale, serait un bon vendeur sur le marché immobilier domiciliaire, mais ce n'est certainement pas l'*oeuvre d'art* prétendue ou espérée.[104]

Le juge Sarto maintenait, dans une autre affaire, une action en dommages et intérêts instituée par le titulaire des droits d'auteur sur une oeuvre d'art architecturale en fondant notamment sa décision sur la conclusion suivante :

> CONSIDÉRANT que les plans conçus et préparés par Jean-Paul Beaulieu en 1980 constituaient une « Oeuvre d'art architecturale » par leur *souci d'originalité*, leur *versatilité* et leur *attrait* ;...[105]

Tout récemment la majorité de la Cour d'appel du Manitoba, dans le cadre d'une action instituée après l'entrée en vigueur de Projet de loi mais fondée sur des actes de contrefaçons commis avant cette date à l'égard d'oeuvres elles aussi créées avant cette date, appliquait la thèse du mérite artistique à l'égard de la reproduction non autorisée d'une maison résidentielle destinée à une reproduction en nombre. L'honorable juge Huband, aux motifs duquel concourait son collègue Lyon, rejeta l'appel du demandeur dans les termes suivants :

> To enjoy copyright it must be found that the house designs were "original artistic works". Artistic work is defined to include "architectural works of art" and hence the question becomes whether the designs represent original architectural works of art. [...]
>
> In *Blake* c. *Warren* (1931, *Mcg. Cop. Cas.* 268), Sir William Hansell, Official Referee, Court of King's Bench, England, considered a claim for breach of copyright with respect to semi-detached subsidized houses. He said that before copyright arises ...
>
> > *There must be something apart from the common stock of ideas. There must be something that strikes the eye as uncommon.*
>
> There is nothing in either the photos of the plaintiffs' houses or the photos of the defendant's houses that sets them apart from the *common stock of ideas* or that *strikes the eye as uncommon*. On the contrary, the designs are of a kind that one sees in great numbers in various cities and towns.[106]

Peuvent aussi être invoqués à l'appui de cette thèse nombre d'arrêts rendus dans des juridictions gouvernées par des lois d'inspiration britannique. En outre de l'arrêt *Blake* c. *Warren*[107], cité avec approbation par la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.*[108], l'honorable juge Uthwatt, dans *Meikle* c. *Maufe*[109], sans s'attarder outre mesure sur cette question, n'en prit pas moins la peine de mentionner qu'à son avis :

> the result in this case was that, in accordance with their plans, *a novel building of an artistic character* was put up in Tottenham Court Road.[110]

On notera toutefois que les défendeurs, dans cette cause, avaient admis d'emblée que, tant la façade que le *design* intérieur de l'immeuble en cause étaient susceptibles de protection aux termes de la Loi anglaise de 1911[111].

103. *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159, 165-166.
104. *Les Habitations du Boisé d'en Haut Inc. et al.* c. *Yves Bilodeau Dessinateur Inc. et al.*, [1989] R.J.Q. 405, 409.
105. *Constructions Nouvelle dimension Inc.* c. *Berthiaume*, J.E. 89-413 (C.Q.) 5.

106. *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.* c. *Randall Homes Ltd.*, C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband et Lyon).
107. [1928-1935] Macg. Cop. Cas. 268.
108. C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband et Lyon).
109. [1941] 3 All E.R. 144.
110. *Id.*, p. 146.
111. *Id.*, p. 147.

Ces décisions, on le voit, placent bien au-delà du critère classique de l'« originalité », compris comme signifiant que l'oeuvre doit simplement *émaner de son auteur*, la barre que doivent franchir les oeuvres d'art architecturales afin de bénéficier de la protection de la Loi. On ne peut à cet égard s'empêcher de ressentir un certain malaise devant certains dicta qui tendent à importer dans la Loi des critères qui lui sont naturellement étrangers, tels que l'unicité ou, encore, l'originalité mais prise, cette fois, comme signifiant la nouveauté ou l'altérité et, pis encore, le caractère attrayant ou même la beauté !

Les dangers inhérents à l'emploi de tels critères ont été maintes fois rappelés par la jurisprudence[112] de telle sorte que l'on serait enclin à chercher s'il est possible de donner à la définition du mérite artistique un sens qui permettrait d'obvier à ces pièges.

3.4.1.2.2 L'originalité

Bien que le poids des autorités semble favoriser la thèse selon laquelle l'oeuvre d'art architecturale doit revêtir un caractère artistique, au sens subjectif de cette expression, afin d'être protégée aux termes de la Loi, certaines opinions nous semblent cependant devoir mériter attention.

D'abord, Fox, dans un commentaire formulé à l'égard de l'arrêt *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.* proposait que :

> The words of section 2(a) of the *Copyright Act* defining an architectural work of art as meaning "any building or structure or design", are difficult of interpretation *but it would seem that Parliament, in using these words, was attempting to draw a distinction between the physical structure and the design itself.* This view is supported by the provisions of section 23 denying an injunction in cases of architectural works where the effect of such injunction would be to interfere in construction already commenced or to result in demolition. *Further, the limitation "in respect of such character or design" was doubtless intended to artistic (not necessarily good or aesthetic) works as against any utilitarian feature that might be embodied in them and might be the subject of patent.* In other words, it is the *appearance* that is the subject of copyright *and not any principle or method of construction.*[113]

Le caractère utilitaire intrinsèque de nombre d'oeuvres architecturales pouvait en effet, dans un premier temps, nécessiter une telle

112. *University of London Press Ltd.* c. *University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601 ; *George Hensher Ltd.* c. *Restawhile Upholstery (Lancs) Ltd.*, [1975] R.P.C. 31 ; *DRG Inc.* c. *Datafile Ltd.*, (1988) 17 C.I.P.R. 136 ; *Hay* c. *Saunders and Saunders*, (1958) 30 C.P.R. 81.

113. *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185, 186.

précision. Par ailleurs, pour reprendre l'argumentation proposée par le juge Stewart dans l'arrêt *Hay and Hay* et sans toutefois vouloir nous risquer à épiloguer trop avant sur le mérite des diverses théories formulées de par les âges à l'égard de l'art architectural, il semble que, sur le plan théorique du moins, la réalisation d'une oeuvre architecturale passe nécessairement par le respect des trois grandes règles formulées par Vitruve, auteur du classique « De Architectura », soit le *fermitas*, l'*utilitas* et le *venusta* correspondant, globalement, aux concepts de *stabilité structurale*, d'*usage approprié de l'espace* et, finalement, de l'*aspect visuel que l'architecte a choisi de donner à son oeuvre*. La distinction apportée par le législateur aurait donc eu pour objectif de préciser que la Loi n'entendait protéger que ce dernier aspect, à l'exclusion du *fermitas* et de l'*utilitas*.

Il est possible que la limitation apportée à la protection des oeuvres d'art architecturales ne vise non pas à créer deux classes d'oeuvres, les unes protégeables, les autres non, mais à délimiter clairement l'*objet* même de la protection conférée par la *Loi sur le droit d'auteur* sans pour autant refuser la protection de la Loi au *venusta* de *toute oeuvre architecturale originale*, c'est-à-dire qui ne constitue pas une copie exacte ou substantielle d'une oeuvre préexistante. Ce serait franchir un pas de trop que de lire dans l'ancienne définition de la Loi quelque exigence subjective quant à un tel *venusta*[114].

Certaines décisions canadiennes peuvent peut-être nous aider à soutenir cette hypothèse. Ainsi, dans l'arrêt *Hay* c. *Saunders*[115], bien que le juge ait rejeté l'action du demandeur fondée sur la violation de ses droits d'auteur relatifs à des plans ainsi qu'à l'édifice lui-même, un tel rejet fut motivé parce que, selon la preuve présentée devant la cour, la ressemblance plus que frappante existant entre les plans et les maisons des demandeurs et des défendeurs découlait du fait que tant le demandeur que le défendeur s'étaient « fortement inspirés » du *design* de certaines oeuvres architecturales préexistantes créées par des tiers. Le tribunal a ainsi reconnu au demandeur un droit d'auteur sur ses plans ainsi que sur la maison construite à partir de ces plans même si ces derniers présentaient de fortes ressemblances avec des oeuvres antérieures. Il n'a donc pu, conséquemment, retenir le caractère d'unicité ou de nouveauté auquel nous référions plus haut, mais simplement conclure que les oeuvres, tant du demandeur que du défendeur, étaient suffisamment originales, au sens classique de ce terme ; et, comme le souligne le juge, les nécessités fonctionnelles et économiques peuvent parfois ne laisser que peu de marge de manoeuvre aux créateurs d'oeuvres

114. Victor NABHAN, « Coup d'oeil sur les modifications à la loi sur le droit d'auteur au Canada », (1989) 142 *RIDA* 175, 183.

115. (1958) 30 C.P.R. 81.

architecturales de telle sorte que des distinctions même mineures suffiront à conduire à un verdict de non-contrefaçon[116].

De même, l'honorable juge Ferg, dans l'arrêt *Randall Homes Ltd.*[117], bien qu'il ne se privât pas de faire l'apologie des mérites de l'oeuvre du demandeur, n'en terminât pas moins son envolée sur cette note plus rassurante :

> That this dwelling desing carried with it in fact an *originality*, I cannot question. *And that, I think, with respect, is the test.*

On peut néanmoins s'interroger sur le sens qu'il entendait donner au terme « original », compte tenu des conclusions précédant cette remarque.

La question sous étude a fait l'objet de réflexions approfondies par le comité *ad hoc* chargé par le Bureau du droit d'auteur américain de fournir une étude sur la protection conférée aux oeuvres architecturales dans les juridictions signataires de la Convention de Berne. Les conclusions de ce rapport ont ainsi été résumées par N. Wargo :

> Because architecture involves both art and technical processes, the question of which features of a building or plan embody copyrightable expression is especially difficult. [...] The statutes of most Berne countries are silent on the criteria for copyrightability of architectural works, but insofar as they make no additional demands on the level or originality required, *they seem to follow a simple originality standard.* [...]
>
> The case law of Berne member countries is, of course, more useful in discovering the import of the bare statutory language. Early cases suggested that copyright protection hinged on the architectural work's artistic qualities and revealed the prejudices of the time by excluding works with a utilitarian purpose. *While these principles have not lost all force in recent cases, they largely have been supplanted by the more general concept of "originality".*
>
> *Some Berne members statutorily limit protection to "original" works, and their courts, either by applying the statutory language or by arriving at the principle independently, help to define this concept. For instance, one French court found that for a structure to be protected by copyright, it must present "either in the choice of materials, their use and their designation, or in the general design, or in the details and groups of details," a work both personal and not similar to others.*

116. Voir sur cette question : *Holiday Pacific Ltd. et al. c. Valhalla Custom Homes Ltd. et al.*, (1990) 29 C.P.R. (3d) 1, 4 ; *Beck et al. c. Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298, 301 ; *Ancher, Mortlock, Murray et al. c. Hooker Homes Pty. Ltd.*, [1971] 2 N.S.W.L.R. 278, 284.
117. (1987) 13 C.I.P.R. 159.

> *Another found originality in a city plan, based on its volumes, colors, and irregular masses, which provoked surprise, curiosity, and attention. An English court emphasized that "original does not mean completely new and inventive, but only that the work is original with its author, not servilely copied from another." Genius, effort, and merit generally are not part of the originality calculus, but something more than a rote application of technical rules and laws is required. Even a spare, modern structure can be protected, although its protection may be more limited in that the architect might have to prove very exact and detailed copying.*
>
> The statutes and case law of Berne member countries indicate that architectural structures are widely, but not universally, accepted as copyrightable subject matter. *Additionally, these sources suggest that structures, like other works of art, are protectable if original.*[118]

3.4.1.2.3 Conclusions

Le principe même de l'évaluation du mérite artistique d'une oeuvre nous paraît hautement discutable, comme le soulignait par ailleurs avec éloquence le juge Stewart dans l'arrêt *Hay and Hay Construction*[119]. L'art est en effet une notion purement subjective variant selon les personnes, les lieux et les époques. À la limite, il nous semble périlleux de tendre un lien d'adéquation nécessaire entre le terme « artistique » et une quelconque notion de « beauté ». L'art n'est en effet pas qu'« ordre et beauté », pour paraphraser l'auteur des *Fleurs du mal*, mais peut même tendre volontairement à représenter le déséquilibre, le désordre et même la laideur[120].

En fin d'analyse, le poids des autorités semble pointer incontestablement vers la recherche à tout le moins d'une *intention*, chez le créateur, de revêtir son oeuvre d'aspects artistiques afin de reconnaître à celle-ci le statut d'oeuvre protégée par droit d'auteur. Nous ne pouvons toutefois nous empêcher de constater que, si elle est mal engagée, une telle recherche est généralement vouée à des résultats peu satisfaisants sinon à l'échec[121].

Afin d'éviter de tels résultats, les tribunaux, s'ils entendaient s'affairer à cette besogne, ne devraient pas à notre avis évaluer, ni même tenter de le faire, le caractère méritoire du *résultat* obtenu par l'auteur d'une oeuvre d'art architecturale, mais uniquement se contenter de déterminer si ce dernier *entendait* concevoir une oeuvre dont l'apparence

118. Nathalie WARGO, *op. cit.*, note 21, p. 419-423.
119. (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185.
120. Voir, sur l'appréciation subjective du *venusta* en théorie architecturale, *Encyclopaedia Britannica*, *op. cit.*, note 77, p. 326A.
121. *George Hensher Ltd. c. Restawhile Upholstery (Lancs) Ltd.*, [1975] R.P.C. 31.

ultime ne serait non pas nécessairement «belle», mais simplement «satisfaisante» aux yeux de cet auteur (ce que Vetruve nommait «venusta», que le juge Stewart traduisait par «delight» et que nous serions enclin à traduire par le terme «satisfaction», terme dépourvu de toute connotation esthétique) puis, finalement, à s'assurer qu'un tel résultat a été obtenu[122].

Au demeurant, cette quête d'esthétisme nous paraît être fondée sur des craintes injustifiées, le critère classique d'originalité, prérequis à la protection de toute oeuvre, nous semblant constituer un rempart suffisant pour éviter que le développement de l'art architectural ne soit paralysé par le droit d'auteur.

Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'au moins deux éléments doivent nécessairement être démontrés avant qu'il n'y ait déclaration de contrefaçon d'une oeuvre: premièrement, qu'il y ait «copie» d'une oeuvre protégée par droit d'auteur, que cette copie non autorisée soit faite directement ou indirectement et, deuxièmement, que cette copie soit identique ou substantiellement identique à l'oeuvre ainsi copiée[123], de telle sorte que deux oeuvres, mêmes identiques, pourront toujours être réalisées concurremment dans la seule mesure où elles n'auront pas été «copiées» l'une de l'autre.

3.4.1.3 Portée de l'exclusion quant aux méthodes ou procédés de construction

Il semble que les tribunaux canadiens n'aient eu à se prononcer qu'à deux reprises sur la portée de cette exclusion. La plus importante de ces décisions est sans nul doute celle rendue dans la cause intentée par l'ingénieur Boris Netupsky contre la Dominion Bridge[124].

Pour rappeler brièvement les faits de cette cause, Netupsky avait intenté une action fondée sur la violation de ses droits d'auteur sur des plans structuraux ayant servi à assurer l'érection d'un complexe sportif pour la ville d'Ottawa. Ses prétentions portaient uniquement sur la contrefaçon de ses plans et non sur la contrefaçon d'une oeuvre architecturale[125]. Les actes de contrefaçon allégués consistaient en des modifications apportées aux solutions techniques utilisées afin de réaliser la structure de soutènement du centre sportif. Ainsi, la preuve semble avoir conduit les tribunaux à conclure que, pour un profane, l'apparence ultime ressortant de l'oeuvre initiale et de l'oeuvre ainsi

122. *Hay and Hay Construction Co. Ltd.* c. *Sloan et al.*, (1957) 16 Fox Pat. Cas. 185, 189-190; *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159, 166; *Les Habitations du Boisé d'en Haut Inc. et al.* c. *Yves Bilodeau Dessinateur Inc. et al.*, [1989] R.J.Q. 405, 408; *Lifestyle Homes Ltd. and Norex Homes Inc.* c. *Randall Homes Ltd.*, C.A. Man. 133/90, 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband et Lyon) p. 8-9 (opinion minoritaire).
123. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 326 et s.; E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, p. 175-176.
124. *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, (1968) 39 Fox Pat. Cas. 69.
125. *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, (1969) 58 Fox Pat. Cas. 7, 27.

modifiée était indécelable[126]. En première instance, l'honorable juge Dohm rejeta la demande de Netupsky en se fondant notamment sur le fait que la théorie des licences implicites autorisait la défenderesse à poser tout acte nécessaire afin de réaliser l'oeuvre décrite dans les plans sous forme tridimensionnelle, y compris en modifiant ces plans.

Traitant d'abord de façon plutôt vague du droit moral de l'auteur d'une oeuvre architecturale à l'égard des modifications pouvant être apportées à son oeuvre, le juge conclut que, de toute façon, l'oeuvre résultante ne pouvait porter préjudice au demandeur puisqu'elle révélait les mêmes configurations physiques que celles révélées dans les plans initiaux:

> I find that the physical changes complained of *resulted from a change in the method of construction used to bring about the same shape*. In my opinion, *these would not be a violation of any rights under the Copyright Act* (Sec. 2(a)):
>
> > 2(a) 'An architectural work of art' means any building or structure having an artistic character or design, in respect of such character or design ... but the protection afforded by this Act is confined to the artistic character and design *and does not extend to processes or methods of construction*. (Italics are our).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, devant qui la décision du juge Dohm fut portée, renversa cette dernière décision sans toutefois véritablement discuter de cette question. La Cour d'appel semble avoir plutôt conclu que ni la preuve, ni la théorie des licences implicites n'autorisaient Dominion Bridge à modifier les plans sans l'autorisation préalable de l'architecte, autorisation qui, de l'avis du tribunal, fut clairement refusée par le demandeur. Il faut donc déduire que la cour n'a pas considéré que des modifications n'ayant trait qu'aux procédés ou méthodes de construction et n'apportant aucune modification à l'apparence physique résultant de telles modifications échappaient *per se* à la protection du droit d'auteur. Cette décision fut portée devant la Cour suprême du Canada.

L'honorable juge Judson, s'exprimant pour la cour, décide que la preuve démontrait qu'une autorisation avait été conférée à la Dominion Bridge lui permettant de procéder à toute modification structurelle ou autre des plans du demandeur, et que celui-ci ne pouvait donc se plaindre de telles modifications. À nouveau, on n'a pas expressément discuté de la portée de l'exception ressortant du dernier membre de la définition d'oeuvre d'art architecturale. Bien que la cour ait émis l'opinion que

126. *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, 39 Fox Pat. Cas. 69, 72, [1972] R.C.S. 368, 375.

les modifications apportées aux dessins structuraux n'affectaient en rien l'apparence de l'oeuvre réalisée, il n'est pas clair qu'elle ait ainsi voulu approuver les conclusions du juge Dohm quant à la portée de l'exception sous étude.

L'arrêt *John Maryon International Ltd. et al. c. New Brunswick Telephone Co. Ltd.* soulevait lui aussi la question d'une violation du droit d'auteur résultant de modifications apportées à des plans structuraux sans différer l'apparence physique ultime de l'oeuvre réalisée, en l'occurrence une tour de télécommunication[127]. Dans cette affaire, au moins deux personnes avaient apporté leur concours à la construction de cette structure de télécommunication, soit M. Maryon, employé et représentant de la demanderesse, ainsi qu'un certain M. Chatwin dont les services avaient été retenus par la défenderesse afin de proposer des solutions esthétiques pour la réalisation de cette structure. À l'instar de l'affaire *Netupsky*, la cour en vint à la conclusion que la réalisation tridimensionnelle respectait la solution esthétique proposée par M. Chatwin, et que seule la solution technique proposée dans les plans du demandeur pour l'érection de la tour avait été modifiée. La cour conclut :

> It will be evident from this that the trial judge was clearly of the view that it was Mr. Chatwin who was responsible for devising any characteristics that made the tower artistically distinctive, and that may have been interfered with by the remedial work. Of course, Mr. Maryon made suggestions, sometimes for aesthetic but more often for structural reasons, but as noted above, the author is the person who finds expression for these suggestions in the product. Mr. Chatwin clearly stated that Mr. Maryon's contribution in this regard was no more than is usual for a structural engineer. One need only look at Mr. Chatwin's final design to see that the structure as built was obviously that designed by Mr. Chatwin. [...]
>
> It is also true, of course, that Mr. Maryon or at least Maryon International had to devise a detailed structural design to construct the tower (*and to that design, of course, he or it has the copyright*), but it is the tower as conceived by Mr. Chatwin that was built. [...]
>
> I, therefore, conclude that the trial judge was right in finding that Mr. Chatwin, and not Mr. Maryon, was the author of the design of the tower. I am fortified in this conclusion by the final words of the definition of an "architectural work of art" as it appears in the *Copyright Act*. It reads as follows :

127. *John Maryon International Ltd. et al. c. New Brunswick Telephone Co. Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193.

> 2. In this Act
>
> "Architectural work of art" means any building or structure having an artistic character or design, in respect of such character or design, or any model for such building or structure, *but the protection afforded by this Act is confined to the artistic character and design, and does not extend to processes or methods of construction* ;
>
> (Emphasis added.)
>
> *This is sufficient to dispose of the appeal.*[128]

À l'instar de la décision *Netupsky*, le tribunal poursuit son analyse en concluant qu'il n'y avait eu ni violation du droit moral de l'auteur, ni reproduction « non autorisée » de l'oeuvre en se fondant, d'une part, sur la jurisprudence française voulant que le propriétaire d'une oeuvre architecturale, qu'il soit ou non titulaire des droits d'auteur sur celle-ci, est autorisé à apporter à cette dernière toute modification qu'il juge nécessaire sans, par là, violer le droit moral de l'auteur. Il conclut par ailleurs que, dans les circonstances, la cour était autorisée à reconnaître une autorisation implicite permettant toute altération ou réparation nécessaire de sorte que l'oeuvre architecturale puisse servir aux fins pour lesquelles elle est destinée.

Bien que ni l'une ni l'autre de ces décisions ne puisse conduire à la conclusion nécessaire que les termes « caractère ou aspect artistique », retrouvés dans la définition d'oeuvre architecturale, visent à faire en sorte que l'oeuvre architecturale, dans la mesure où elle est originale, soit protégée par droit d'auteur, et ce sans égard à ses qualités esthétiques, on peut néanmoins se demander qu'elles auraient été les décisions rendues si les tribunaux en étaient venus à la conclusion que les titulaires de droits d'auteur n'avaient *pas* autorisé les modifications effectuées à leurs plans.

En effet, le tribunal de première instance, dans l'affaire *Netupsky*, paraît avoir conclu que le travail du demandeur se confinait essentiellement à des aspects non protégeables par droit d'auteur en raison de l'exception finale contenue à la définition d'« oeuvre d'art architecturale ». Quant à la Cour d'appel, dans l'arrêt *Maryon*, elle semble indiquer, tout à la fois, que le demandeur possédait en fait un droit d'auteur sur son plan technique mais que l'exception finale contenue à la définition d'oeuvre d'art architecturale, et qui viserait à exclure de la protection du droit d'auteur de tels plans, suffisait à disposer de l'appel !

On peut toutefois se risquer à soumettre qu'il se peut qu'un droit d'auteur ait pu subsister, à tout le moins jusqu'au 8 juin 1988, sur

128. *Id.*, p. 245-246.

des plans techniques afférents aux procédés ou méthodes de construction d'une oeuvre architecturale, mais que la Loi n'entendait toutefois pas sanctionner l'*application* de ces procédés ou méthodes lors de la *réalisation d'une oeuvre volumétrique*, mais simplement limiter sa protection à la seule *reproduction* de ces plans ou dessins sous une *autre forme graphique*[129].

Ainsi, l'expression « caractère ou aspect artistique », incluse dans le premier membre de l'ancienne définition d'« oeuvre d'art architecturale », pourrait être interprétée et définie en se référant à la dichotomie posée dans le second membre de cette définition entre l'« aspect ou le caractère artistique » d'une telle oeuvre (*i.e.* le *venusta*), d'une part, et les « procédés ou méthodes de construction » employés pour la réalisation d'une telle oeuvre (*i.e.* le *fermitas*), d'autre part. La Loi protègerait donc toute oeuvre d'art architecturale (*i.e.* l'oeuvre volumétrique), sans égard à sa nouveauté ou à son unicité, dans la seule mesure où cette dernière sera « originale » au sens classique de ce terme ou, à la rigueur, dans la mesure où son auteur aura atteint l'effet visuel recherché dans la réalisation de cette oeuvre.

La Loi préviendra ainsi toute reproduction directe[130] d'une oeuvre graphique relative à l'architecture sous une autre forme graphique, et ce quand bien même l'oeuvre graphique initiale représentera en tout ou en partie des « procédés ou méthodes de construction ». Elle préviendra ensuite toute reproduction d'une oeuvre d'art architecturale (*i.e.* volumétrique) originale, sans égard à sa nouveauté ou à son unicité, que cette reproduction soit graphique ou volumétrique, étant toutefois entendu que, dans ce dernier cas, les tribunaux ne sanctionneront pas l'acte qui consistera uniquement à appliquer à la réalisation de cette oeuvre d'art architecturale les procédés ou méthodes de construction dépeints dans l'oeuvre graphique initiale ou englobés dans l'oeuvre volumétrique initiale.

Une telle interprétation aurait, croyons-nous, le mérite d'éviter les résultats fâcheux découlant de l'importation, dans la Loi, de critères seyant davantage aux brevets, marques de commerce ou dessins industriels qu'aux droits d'auteur. Cette interprétation éviterait de plus qu'un contrefacteur puisse échapper aux rigueurs de la Loi, selon que l'oeuvre volumétrique copiée, par ailleurs dépourvue de mérite artistique, aura été ou non réalisée à partir d'une oeuvre graphique et, surtout, mettrait un terme à la discrimination, difficilement justifiable au demeurant, dont font l'objet les auteurs d'oeuvres architecturales lorsqu'on leur impose, pour se mériter protection, de faire davantage

129. Voir, sur cette question, Dan HITCHCOCK, « Clear Sailing for Copiers after Doral Boats Inc. v. Bayliner Marine Corp. ? », (1987) *I.P.J.* 305, p. 310-313.
130. Quant aux reproductions indirectes, voir l'alinéa 64.1(1)b) de la Loi ainsi que l'article 24 du Projet de loi.

que ce qu'un photographe du dimanche obtiendra en appliquant tout bonnement une légère pression sur le déclencheur de son appareil photo !

3.4.2 Oeuvres créées après le 8 juin 1988

Compte tenu des conclusions auxquelles nous en sommes venu quant à la protection conférée aux oeuvres d'art architecturales sous l'ancienne définition, nous constatons que les références ayant servi d'assise à la jurisprudence exigeant la démonstration d'un caractère ou d'un aspect artistique, au sens subjectif de ce terme, afin d'accorder la protection du droit d'auteur à une oeuvre d'art architecturale, ont été élaguées de la nouvelle définition. Présumant que les modifications ressortant du Projet de loi ne pouvaient trouver application dans l'affaire *Lifestyle Homes Ltd.*[131], du fait que tant la création de l'oeuvre que la contrefaçon présumée étaient survenues avant l'entrée en vigueur de la nouvelle définition, nous ne pouvons dès lors que spéculer sur les effets qu'auront de telles modifications.

Ces spéculations peuvent toutefois s'inspirer des solutions dégagées dans les législations d'obédience britannique qui auront, elles aussi, jugé bon d'élaguer de telles restrictions[132]. Les opinions émises par les auteurs à cet égard semblent conclure que de telles modifications ont eu pour effet d'enterrer définitivement une telle distinction à l'égard des oeuvres architecturales[133].

L'occasion nous semble donc belle pour les tribunaux canadiens qui voudraient opérer un revirement jurisprudentiel sur cette question. En effet, le législateur, lorsqu'il modifie un texte, est présumé avoir voulu introduire un changement dans l'état du droit[134]. Dans un second temps, le poids moral des obligations canadiennes envers la communauté internationale ressortant de l'adhésion du Canada à la Convention de Berne pourrait peut-être inciter les tribunaux à franchir cette étape.

À cet effet, la lecture du document préparatoire pour le comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco[135] (ci-après le « Rapport

131. Man. Q.B. CI 88-01-32263, 16 mars 1990 (J. Hirschfield), C.A. Man. 133/ 21 novembre 1990 (J. Scott, C.J.M., Huband and Lyon); *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159.
132. Voir, notamment : *Copyright Act, 1956* (Angleterre), *Copyright Act of 1968* (Australie).
133. J. LAHORE, *op. cit.*, note 99, §2.3.115, p. 2185 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, §3.22, p. 113. *Contra* E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §261, p. 262.
134. P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 56, p. 368 et s. Il ne nous semble pas déraisonnable de supposer qu'une telle modification visait à conduire les tribunaux à conclure qu'à compter du 8 juin 1988, le critère du mérite artistique ne devrait plus être maintenu.
135. « Oeuvres d'architecture : document préparatoire pour le comité d'experts gouvernementaux OMPI/Unesco et rapport de ce comité », (1986) 99 *D.A.* 363 (*supra*, note 62).

OMPI/Unesco») portant sur la protection devant être conférée aux oeuvres d'art architecturales aux termes de la Convention de Berne, suggérait que les pays membres de la Convention adhèrent à un certain nombre de principes quant à la protection à être accordée à de telles oeuvres. On notera ainsi, dans ce rapport, l'un des commentaires formulés par le comité d'experts à l'égard du rapport numéro 24 qui discutait de l'inclusion, dans le principe WA.1, de la nécessité pour une «oeuvre d'architecture» de dévoiler des éléments artistiques :

> Une délégation a estimé qu'il conviendrait de faire référence dans le principe WA.1 non seulement à l'élément d'*originalité*, comme il est proposé, mais aussi à l'*élément artistique. Il a toutefois été estimé que cette solution ferait peut- être intervenir un élément trop subjectif pour servir de critère à cet égard.*

Rappelons que bien que le Canada ne soit partie qu'aux révisions de 1896, 1908 et 1928 de la Convention de Berne, les conclusions de ce rapport peuvent néanmoins servir d'inspiration au législateur et aux tribunaux canadiens, aucune modification n'ayant été apportée à la Convention de Berne à l'égard de la protection des oeuvres architecturales depuis la révision de Berlin de 1908, révision à laquelle le Canada a adhéré.

Rappelons aussi que la lecture des procès-verbaux du comité législatif sur le Projet de loi, bien que peu concluante, semble cependant laisser entendre que le gouvernement, en maintenant le terme «d'art» dans la définition d'oeuvre d'art architecturale, visait simplement «à faire rejaillir un plus grand prestige sur l'architecte», et qu'il lui importait, somme toute, peu que ce terme soit ou non maintenu dans cette définition[136].

Il appartiendra donc aux tribunaux de trancher définitivement cette question à l'occasion de litiges qui porteront sur des oeuvres architecturales assujetties à cette nouvelle définition.

En ce qui a trait finalement à l'abrogation de l'exclusion finale contenue dans l'ancienne définition, soulignons que celle-ci n'est qu'apparente, le législateur l'ayant simplement et immédiatement réintroduite par l'adoption du nouveau paragraphe 64.1(1)d) qui stipule que :

> Ne constitue pas une violation du droit d'auteur ou des droits moraux sur une oeuvre le fait : [...] d'utiliser tout principe ou toute méthode de réalisation de l'oeuvre.[137]

136. Voir note 6, *supra*.
137. W.L. HAYHURST, «Intellectual Property Protection in Canada for Designs of Useful Articles : Sections 46 and 46.1 of the Copyright Act», (1989) 4 *I.P.J.* 381, 393.

Cette exception ne sera donc nouvelle qu'à l'égard des oeuvres *autres* que les oeuvres d'art architecturales et n'aurait été édictée que dans le but d'éviter que la protection accordée par la Loi ne vienne conférer des monopoles excessifs à l'égard d'oeuvres qui, bien que couvertes par la Loi, englobent des principes ou méthodes de réalisation de l'oeuvre. Ces matières ne devraient logiquement faire l'objet de protection que sous la *Loi sur les brevets*, et ce aux conditions relativement plus sévères édictées par cette dernière loi[138].

4. TITULARITÉ DES DROITS D'AUTEUR

Étonnamment, ce n'est que par le biais d'exceptions que la Loi aborde la question de la titularité des droits d'auteur sur une oeuvre. Toutefois, les tribunaux ont rapidement conclu que la personne responsable de la matérialisation d'une oeuvre devrait être considérée comme l'auteur de cette dernière, et ce à moins de dispositions expresses ou contraires dans la loi[139].

4.1 Principe : l'auteur

Ce principe, en apparence simple, peut s'avérer cependant parfois difficile d'application, voire même conduire à des injustices. Ainsi, les tribunaux ont eu à se prononcer sur la détermination du titre d'auteur d'une oeuvre lorsqu'une personne suggérait ou décrivait verbalement à un tiers, mais avec un certain degré de précision, le contenu ou la facture d'une oeuvre et que le tiers concrétisait ces suggestions ou descriptions sous forme matérielle.

Dans la mesure où un sténographe, pour ne donner qu'une illustration, reprend au mot à mot les propos tenus par une autre personne, il semble qu'il faille faire porter la titularité du droit d'auteur non pas sur le sténographe mais bien sur la personne ayant dicté ce texte, le sténographe n'ayant ici joué qu'un rôle que les cours qualifient d'*amenuensis*.[140]. Il en sera autrement dans le cas où, par exemple, un journaliste ferait un compte-rendu du discours prononcé par un orateur sans toutefois reprendre le mot à mot de ce discours[141]. L'exercice ne sera plus ici purement mécanique, le journaliste couchant en ses propres mots le contenu, par opposition à l'expression actuelle, du discours.

138. *Ibid.*
139. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 238 ; E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §322. p. 121 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, §6.6, p. 243.
140. *Walter c. Lane*, [1900] A.C. 539, 554 ; *Cummins c. Bond*, [1927] 1 Ch. 167 ; *Lady Helen Robertson c. Lewis*, [1976] R.P.C. 69 ; *Plix Products Ltd. c. Frank M. Winstone (Merchant)*, [1986] F.S.R. 63.
141. *Ibid.* Voir aussi : *Donoghue c. Allied Newspaper Ltd.*, [1938] Ch. 106.

À l'autre bout du spectre, l'hypothèse d'une personne proposant à un tiers l'idée générale d'une oeuvre, oeuvre que ce tiers exprimera sous une forme matérielle, et ce même en reprenant dans sa formulation concrète l'ensemble des idées suggérées par ce tiers. Dans ces circonstances, les tribunaux ont généralement décrété que la titularité du droit d'auteur sur l'expression matérialisée appartenait au tiers et non à la personne ayant suggéré la matière ayant présidé à la création de ce texte[142].

Le premier et le dernier exemples décrits font voir que tout est question de degré.

La détermination de l'auteur d'une oeuvre d'art architecturale pose par ailleurs certains problèmes propres à cette catégorie d'oeuvres. D'une part, la jurisprudence semble fixée quant à la détermination de l'auteur d'une oeuvre *graphique* relative au domaine d'architecture. Il s'agira en l'occurrence de la *personne responsable de la matérialisation de cette oeuvre*. Compte tenu de la jurisprudence relatée plus haut, nous devons toutefois relativiser cette assertion en ajoutant que, dans la mesure où celui qui aura matérialisé l'oeuvre graphique n'aura fait que suivre les directives précises et détaillées d'un tiers, on pourra conclure que cet auteur n'est qu'un simple *amenuensis* et que la titularité du droit d'auteur repose entre les mains de la personne ayant dicté ses instructions[143].

D'autre part, c'est plus complexe en ce qui a trait aux *oeuvres d'art architecturales* elles-mêmes. Sous l'ancienne définition, il a été établi que l'auteur de l'oeuvre architecturale construite à partir d'une oeuvre graphique préexistante était l'*auteur de l'oeuvre graphique préexistante* et non la personne qui avait construite ce bâtiment ou cet édifice[144]. C'est du moins la solution retenue par la presque totalité de la doctrine et de la jurisprudence :

> Another matter on which the Convention provides no direct guidance is as to who is to be considered the author of a work of architecture. Is this the person who conceives the design and embodies it in a plan or drawing, directing craftsmen in the execution of the final work? Or is it the person or persons who actually undertake the work of construction? This, again, seems a matter for national legislation, but it is submitted that the general definition of literary and artistic work in article 2(1) suggests that *this should be the person who provides the intellectual element of the creation and directs its execution, that is, the architect*. This is also consistent with the views expressed in the preparatory work

142. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 238-242 ; *Kenrick & Co. c. Laurence & Co.*, (1890) 25 Q.B.D. 99 ; *Cummins c. Bond*, [1927] 1 Ch. 67.
143. J. LAHORE, *op. cit.*, note 99, §3.8.15, p. 5155.
144. *Meikle et al. c. Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144, 147.

> which led to the protection of architectural works in the Berlin Revision.[145]

C'est cette position qui, de l'avis du docteur Fox, devait être retenue au Canada :

> Copyright in an architectural work is the property of *the person who was the author of the design*. It is therefore the *architect* and not the builder or owner of the building who is the author of the architectural work. These points came up for discussion in *Meikle* v. *Maufe*. There, Uthwatt J. said : "as regards theses contentions, an architectural plan finds its meaning and purpose in the use to which it is put. *The point of the architect's activities is not the making of plans as such, but the embodiment in the building of artistic and other ideas which he has in mind and which are contained in his plan. The plan is a means to an end, and not an end in itself.* To deny originality to the artistic design embodied in a building by attributing originality only to the plans which led to the building would be to give reality to the shadow and refuse it to the substance. [...] to attribute for the purpose of the *Copyright Act, 1991*, 'authorship' of the building to the builder who has worked in accordance with an architect's plans, and under the architect's supervision, does *not* seem to me to be required by the terms of the Act. The architectural work of art in respect of which copyright is given as defined as : '(...) a building or structure having an artistic character or design in respect of such character or design.' *By definition the protection is limited to the artistic character or design embodied in the building and in the making of that character or design the builder plays no part. He, like his plans, is only part of the machinery employed in the production of the structure which embodies the design and the ideas of the architect. For copyright purposes, the author of the architectural work of art is the author of the plans.*"[146]

Cette réponse rejoint par ailleurs les conclusions du rapport OMPI/Unesco qui dispose que :

> Il va sans dire que la protection des oeuvres d'architecture devra bénéficier à *son créateur*, à savoir l'architecte. La raison de la mention en elle-même est de principe fondamental et que, généralement, les architectes sont aidés par des experts évoluant dans d'autres domaines variés (des géologues, des séismologues,

145. Sam RICKETSON, *op. cit.*, note 21, p. 256-257.
146. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 197-198. Voir, au même effet, H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, §6.13, p. 246 ; E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §264, p. 106.

des psychologues, des économistes, des médecins et même des juristes). Les contributions de ces experts pourraient faire croire de manière erronée qu'ils peuvent être considérés comme des co-auteurs. Ce n'est généralement pas le cas. Tout ce qu'ils font c'est de fournir des informations techniques (juridiques) pouvant influencer les décisions de l'architecte. Mais la fourniture de telles informations ne signifie pas qu'ils deviennent des co-auteurs.

Il est toutefois intéressant de mentionner que le professeur Lahore a pu conclure que ce principe, en apparence clair, pourrait être remis en question en Australie en raison de la formulation retenue dans la législation de 1968 sur le droit d'auteur qui dispose, au paragraphe 10(1), que :

> "Artistic work" means [...] b) a building or a model of a building, *whether the building or model is of artistic quality or not.*

Ce que constatant, l'auteur suggère que :

> The Australian law now differs from the English law in this respect. *It is thus arguable that the builder is the "author" of the building as he is responsible for the material form of the work in which copyright subsists.* It is submitted, however, that the where the builder merely follows detailed plans and specifications prepared by an architect, the builder in a sense, only "transcribes" the work of the architect on the analogy of the amanuensis [...] the question is one of degree.

Dans la mesure où la modification apportée à la définition d'oeuvre d'art architecturale aux termes du Projet de loi pourrait être considérée comme une indication selon laquelle la recherche du mérite artistique doit être dorénavant abandonnée dans la détermination de l'existence du droit d'auteur sur une telle oeuvre, nous soumettons que cette proposition pourrait être pertinente quant à la détermination de la titularité du droit d'auteur sur un bâtiment ou un édifice qui aura été réalisé à partir de plans ou autres oeuvres graphiques qui n'auraient pas le caractère décrit dans cet extrait.

4.2 L'auteur-employé

Le paragraphe 13(3) de la Loi dispose que :

> Lorsque l'auteur est *employé* par une autre personne en vertu d'un *contrat de louage de service ou d'apprentissage*, et que l'oeuvre est *exécutée dans l'exercice de cet emploi*, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur ; [...]

Cet article fait donc initialement reposer le droit d'auteur sur l'oeuvre créée dans les circonstances qui y sont prévues, sur la tête de l'employeur et non de l'auteur-employé. Son application ne pose

cependant pas de problèmes spécifiques dans le domaine de l'architecture, et les principes généraux élaborés à l'égard de cette disposition trouveront application dans ce domaine comme dans tout autre[147].

Soulignons au passage que l'architecte-stagiaire sera vraisemblablement visé par cet article en raison de l'emploi de l'expression « contrat [...] d'apprentissage »[148].

4.3 Pluralité d'auteurs

La Loi traite expressément de la titularité du droit d'auteur dans les cas où il y aura pluralité d'auteurs selon que l'apport de ces derniers sera distinct ou non de l'apport des autres coauteurs.

4.3.1 L'oeuvre créée en collaboration

La Loi définit, à son article 2, l'oeuvre créée en collaboration comme étant :

> [une] oeuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un *n'est pas distincte* de celle créée par l'autre ou les autres.

On peut penser immédiatement au cas des cabinets d'architectes où une pluralité d'individus peuvent être affectés à la création d'une oeuvre architecturale sans qu'il soit possible de départager l'apport créatif spécifique à chacun de ces collaborateurs. Ces derniers détiendront donc, en principe, un droit indivis sur le droit d'auteur protégeant l'oeuvre à laquelle ils auront ainsi collaboré sous réserve, évidemment, d'entente écrite et signée à l'effet contraire ou, encore, de l'application du paragraphe 13(3) concernant l'oeuvre créée par un employé en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage et exécutée dans l'exercice de cet emploi[149].

L'oeuvre de collaboration sera par ailleurs susceptible de soulever des problèmes particuliers lorsqu'il y aura cession ou licence du droit d'auteur sur l'oeuvre, puisqu'il semble qu'il faille l'intervention de tous les cotitulaires du droit d'auteur sur une oeuvre afin de pouvoir validement transiger sur les droits d'auteur portant sur cette oeuvre[150]. Cela entraînera d'intéressantes questions dans le domaine des licences

147. Voir, à titre d'exemple, l'affaire *Constructions Nouvelle dimension Inc.* c. *Berthiaume*, J.E. 89-413 (C.Q.), 5.
148. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 254. Voir, pour une étude approfondie de cette disposition en droit québécois, Christian VINCKE, Pierre A. CÔTÉ et Victor NABHAN, *Problèmes de droit d'auteur en éducation*, Collection Études juridiques, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 91-104.
149. Voir §4.2, *supra*.
150. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 297 et 340.

implicites, si l'un ou plusieurs des cotitulaires du droit d'auteur aura ignoré l'usage qu'on entendait faire de son oeuvre ou, encore, qu'il n'aura pas été consulté quant à l'utilisation de l'oeuvre[151].

Corrélativement, un seul ou quelques-uns des cotitulaires du droit d'auteur sur une telle oeuvre seront en droit d'intenter une poursuite fondée sur la violation du droit d'auteur sur cette oeuvre[152].

4.3.2 Le recueil (« Collective work »)

Le recueil est défini dans la loi comme consistant notamment en « toute oeuvre composée, en *parties distinctes*, par différents auteurs ou dans laquelle son incorporées des oeuvres ou parties d'oeuvres d'auteurs différents ».

On remarque, à la lecture de la version anglaise de cette définition, que le mot « composée » est traduit ou, plus exactement, constitue une traduction du terme « written ».

Le sens naturel du mot « written » semble davantage convenir aux oeuvres littéraires, au sens premier de ce terme, et paraît difficilement applicable au cas d'une oeuvre graphique ne consistant pas en un texte. Rappelons que les plans réalisés jusqu'en date du 8 juin 1988 étaient englobés sous la définition des oeuvres littéraires[153].

À tout événement, qu'une oeuvre graphique relative à l'architecture ou qu'une oeuvre architecturale elle-même constitue ou non un « recueil », nous croyons que les solutions générales retenues par le droit d'auteur seront de toute façon les mêmes, du moins lorsqu'il s'agira de l'octroi de droit sur une telle oeuvre par licence ou cession ou, encore, de la contrefaçon d'une telle oeuvre.

En ce qui a trait aux cessions ou licences, celles-ci ne pourront à notre avis porter que sur les aspects identifiables qui auront été créés par les parties à une telle cession ou licence dans la mesure, toutefois, où ces aspects ne constitueront pas par ailleurs, et en eux-mêmes, une « partie substantielle » de l'oeuvre à laquelle ces aspects identifiables sont incorporés. Par ailleurs, au cas de contrefaçon des seuls aspects identifiables et distincts d'une oeuvre et qui seront spécifiquement attribuables à l'un ou l'autre des collaborateurs, on peut supposer que seuls ces derniers seront en mesure de faire valoir leurs droits devant un tribunal, sous réserve, à nouveau, que ces aspects ne constitueront pas par ailleurs une « partie substantielle » de l'oeuvre à laquelle ils sont incorporés.

151. Voir 5.2, *infra*.
152. H.G. FOX, *op. cit.*, note 34, p. 443.
153. Voir de plus l'actuelle définition du terme « livre » à l'article 2 de la Loi.

À titre d'illustration, rappelons que dans l'affaire *John Maryon*[154], la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a paru considérer que les actes dont se plaignait le demandeur ne touchaient qu'aux aspects de l'oeuvre architecturale émanant du demandeur, soit les caractéristiques techniques d'une tour de télécommunication. Le tribunal a en effet estimé que la solution artistique de l'oeuvre architecturale elle-même émanait d'un tiers. Il semble donc qu'on puisse considérer l'apport d'un architecte responsable des seuls plans techniques, ayant notamment trait aux méthodes ou procédés de construction d'une oeuvre architecturale, comme distinct de celui d'un autre architecte responsable de la solution esthétique de cette même oeuvre architecturale, et ce hors même toute qualification d'une telle oeuvre à titre de « recueil » selon la Loi.

4.3.3 Sociétés d'architectes

Les sociétés d'architectes soulèvent des problèmes particuliers lorsqu'il s'agit de déterminer la titularité du droit d'auteur sur les oeuvres créées par les membres d'une telle société. Soulignons d'entrée de jeu que la Loi n'apporte pas de réponse à cette question. Nous référant uniquement à la Loi, nous croyons que chaque associé demeure titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre créée par lui dans le contexte de la société.

Constatant toutefois le silence de la Loi en la matière, nous pensons pouvoir chercher la solution dans les règles applicables aux sociétés d'après les articles 1830 et suivants du Code civil[155]. Il est vraisemblable que, dans la mesure où l'apport de l'un ou de plusieurs des associés consistera en son « habilité ou son industrie », selon la formulation utilisée à l'article 1830 du Code civil, *la société, et non l'architecte*, sera contractuellement titulaire du droit d'auteur sur les oeuvres créées dans le cadre du contrat de société[156]. On peut cependant se demander si, en raison de l'exigence de l'écrit signé par le titulaire du droit d'auteur ressortant du paragraphe 13(4) de la Loi, un tel apport social, puisqu'il vise à transmettre un droit d'auteur, pourra être valide en l'absence d'un contrat écrit et signé par l'auteur[157].

Contrairement à la situation prévalant à l'égard de l'auteur-employé, la titularité du droit d'auteur ne sera conféré que contractuellement à la société, d'où la question de la validité d'un apport d'oeuvres *in futuro*. La jurisprudence élaborée en juridiction de la common law édicte

154. (1983) 141 D.L.R. (3d) 193.
155. S. GILKER, « Le *locus standi* du titulaire d'une licence de droit d'auteur : Une question ... d'intérêt », (1989) 2 *C.P.I.* §5.2.1, p. 7 ; *I.G.U. (Ingraph) Inc. c. L.B.G.P. Consultants Inc. et al.*, J.E. 90-1224.
156. *Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210 ; *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68 ; *Jargour c. Carro*, (1940) 34 R.P. 320 ; *Caisse Populaire Tonmain c. Couture* [1983] C.P. 149.
157. *Bradale Distribution Enterprises Inc. c. Safety First Inc.*, (1989) 18 C.I.P.R. 71 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT et M. VICTORIA, *op. cit.*, note 64, §6.51, p. 263.

en effet que la cession d'une oeuvre à être créée n'est pas susceptible d'exécution judiciaire du moins, sous la common law. Ce n'est qu'en ayant recours à leur pouvoir d'*equity* que les tribunaux peuvent sanctionner des contrats portant cession d'oeuvres futures. Or, au Québec il est fort douteux que les tribunaux soient investis d'un pouvoir d'*equity*, du moins en matière de droits civils[158].

Dans un arrêt récent[159], l'honorable juge Pinard décidait qu'un droit d'auteur constituait une «chose» au sens du Code civil, de telle sorte qu'il serait désormais possible de conclure à l'application de l'article 1061 du Code civil, qui précise que «les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation». Ainsi :

> Si l'objet de la vente doit avoir une existence réelle, doit-on refuser la possibilité d'une vente portant sur une chose future? Autrement dit, l'existence de la chose peut-elle être soit actuelle, soit future? *Il n'est pas nécessaire que l'existence soit actuelle, pourvu que la chose puisse exister dans l'avenir*, car «les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation» (article 1061, alinéa 1). Elles peuvent donc faire l'objet d'un contrat de vente: constitue des ventes de choses futures [...] la vente d'un appartement sur présentation des plans, la vente d'une chose préfabriquée (construction de bateau).[160]

Comme la cession de droit d'auteur semble devoir être interprétée, en droit civil québécois, comme équivalent à une vente[161], nous pourrions donc affirmer que l'apport à une société d'oeuvres à être réalisées ultérieurement puisse être valable et exécutoire en droit québécois[162].

5. TRANSMISSION DES DROITS D'AUTEUR

5.1 Cessions et licences écrites

La Loi dispose qu'il ne peut y avoir transmission des droits d'auteur par cession ou par licence que si cette cession ou licence est constatée par un *écrit signé par le titulaire du droit d'auteur ou par son représentant dûment autorisé*[163]. Cette condition a par ailleurs été généralement

158. Voir l'analyse fort intéressante de cette question dans C. NADEAU, «L'«Estoppel» dans le contexte du droit civil québécois», (1986) 46 *R. du B.* 599-611.
159. *Willen George Polman* c. *Eiffel Production S.A. et al.*, T-196-91 (jugement non publié de la Cour fédérale, (1re inst.), J. Pinard, 1er mars 1991).
160. Michel POURCELET, *La Vente*, 5e éd., Éditions Thémis, 1987, p. 52; au même effet, Thérèse Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage*, Bibliothèque juridique, Presses de l'Université Laval, Québec, 1986, p. 63.
161. *The Electric Fireproofing Company of Canada* c. *The Electric Fireproofing Company*, (1909) 43 R.C.S. 182; *I.G.U. (Ingraph) Inc.*, c. *L.B.G.P. Consultants Inc. et al.*, J.E. 90-1224.
162. S. GILKER, *op. cit.*, note 155, p. 11, note 117. Voir aussi *Meikle et al.* c. *Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144, 146.
163. Paragraphe 13(4) de la Loi.

considérée comme une condition essentielle, et non comme une simple question de preuve[164], quoiqu'il soit possible de «confirmer», par un écrit ultérieur, une telle cession ou licence[165].

Les tribunaux ont depuis longtemps établi que, sous réserve du paragraphe 13(3) de la Loi[166], le fait de retenir les services d'une personne pour la préparation des plans ou dessins destinés à la construction de bâtiments ou d'édifices n'avait ni l'effet de transférer la propriété matérielle de ces plans ou dessins dans le patrimoine de la personne pour lesquels ces derniers avaient été préparés[167] ni, non plus, de constituer une cession de droit d'auteur sur ces mêmes plans et dessins[168].

Les cours ont néanmoins reconnu la possibilité d'octroyer au bénéficiaire des services de l'auteur de plans ou dessins architecturaux, des licences ou autorisations dites «implicites» permettant à ce bénéficiaire de réaliser certains actes qui, n'était-ce d'une telle licence, seraient prohibés par la Loi.

5.2 Les licences implicites

Les tribunaux se sont généralement basés sur les termes employés au paragraphe 27(1) de la Loi qui stipule qu'est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une oeuvre «quiconque, *sans le consentement du titulaire de ce droit*, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'exécuter» afin d'asseoir la théorie dite des «licences implicites».

On soulignera, au passage, que le nouveau paragraphe 28.1 de la Loi, portant sur la violation des droits moraux, édicte que constitue une violation des droits moraux de l'auteur sur son oeuvre «tout fait, acte ou omission *non autorisé* et contraire à ceux-ci», de telle sorte qu'il serait vraisemblablement possible à un tribunal de reconnaître des licences implicites autorisant la violation des droits moraux d'un auteur en s'appuyant sur cette disposition. Au demeurant, et contrairement à la situation prévalant à l'égard des droits d'auteur eux-mêmes, le paragraphe 14.1(2) de la Loi n'exige pas que les renonciations aux droits moraux soient constatées par un écrit de l'auteur ou de son représentant dûment autorisé.

164. *Bradale Distribution Enterprises Inc.* c. *Safety First Inc.*, (1989) 18 C.I.P.R. 71; *contra*: *Randall Homes Ltd.* c. *Hardwood Homes Ltd.*, (1987) 13 C.I.P.R. 159, 164-165 (Cette décision autorisa la preuve testimoniale d'une cession de droit d'auteur. Cette décision nous semble toutefois contraire à la jurisprudence majoritaire sur cette question).
165. *Bradale Distribution Enterprises Inc.* c. *Safety First Inc.*, (1989) 18 C.I.P.R. 71.
166. Voir 4.2, *supra*.
167. *Gibbon* c. *Pease*, [1905] 1 K.B. 810.
168. E.P. SKONE JAMES, J.F. MUMMERY et J.E. RAYNER JAMES, A. LATMAN, *op. cit.*, note 64, §264, p. 265-266; *Chabot* c. *Davies et al.*, [1936] 3 All E.R. 221, 224; *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468, 470.

La notion de licence implicite fut d'abord développée lors de litiges fondés sur la violation de droits d'auteur relatifs à des pièces mécaniques nécessaires au fonctionnement d'outillages ou de machinerie protégés par brevet et initialement produites à partir de plans d'atelier[169]. Cette jurisprudence fut par la suite assimilée par les tribunaux dans des litiges en violation de droits d'auteur sur des plans architecturaux.

Dans l'ensemble de ces décisions, les juges étaient généralement confrontés à une situation où un architecte, dont les services avaient été retenus par une personne pour la confection de plans ou dessins architecturaux, avait été laissé en « plan » par son client lors de la poursuite des travaux d'érection des édifices ou bâtiments dépeints dans ces plans ou dessins. L'architecte, s'appuyant sur la Loi, prétendait que de telles utilisations de ses plans ou dessins ne pouvaient être faites sans son accord préalable.

Dans la première décision ayant porté sur cette question, l'arrêt *Meikle et al.* c. *Maufe et al.*[170], le titulaire du droit d'auteur sur les plans ayant servi à la construction d'un édifice commercial se plaignait parce que les défendeurs avaient réutilisé ses plans pour la prolongation frontale d'un immeuble. Le juge Uthwatt, bien qu'il ait conclu que les parties, lors de l'engagement, aient pu avoir à l'esprit la possibilité d'une prolongation éventuelle de cet immeuble et qu'une telle prolongation requerrait nécessairement la reproduction des éléments esthétiques de la façade de l'immeuble original, conclut qu'il lui était impossible d'admettre *en l'espèce* l'existence d'une telle licence implicite :

> The question whether or not a particular term is to be implied in a contract depends on the *presumed intentions of the parties* and on *general reasonableness*. The point of implying a term is not to impose on the parties a more reasonable or a wider bargain in lieu of that into which they have chosen to enter, but *to work out the bargain they have in fact made*. To indulge in the dangerous language of metaphor, the parties choose for themselves the pattern and ambit of their contract. The pattern is sometimes incomplete and threads may be woven into the pattern to complete it, and holes in the background to which the pattern is applied may be filled up, but a new pattern is not to be evolved, nor is the subject-matter to which the pattern is applied by the parties to be widened.[171]

169. *Merchant Adventurers Ltd.* c. *M Grew & Co. Ltd.*, [1971] 2 All E.R. 657 ; *British Northrop Ltd.* c. *Texteam Blackburn Ltd.*, [1964] R.P.C. 57 ; *Solar Thomson Engineering Co. Ltd.* c. *Barton*, [1977] R.P.C. 537 ; *British Leyland Motor Corp Ltd. et al.* c. *Armstrong Patents Co Ltd. et al.*, [1986] 1 All E.R. 850.
170. [1941] 3 All E.R. 144.
171. *Meikle et al.* c. *Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144, 152.

Une telle défense fut néanmoins à nouveau soumise à un tribunal quelque vingt années plus tard[172]. Dans cette affaire, un « développeur » avait retenu les services du demandeur afin de préparer des esquisses d'oeuvres d'art architecturales afin de soumettre ces dernières pour approbation devant le conseil de la municipalité où l'immeuble devait être érigé. Une fois l'approbation obtenue, le « développeur » mit le lot sur lequel l'édifice devait être érigé en vente en précisant dans l'offre que « des plans approuvés par les autorités locales étaient disponibles dans le cadre de cette vente ». Les défenderesses acquirent donc le terrain ainsi que des copies des plans préparés par le demandeur. Bien que le demandeur ait été approché pour la poursuite des travaux architecturaux, les services d'un tiers furent ultimement retenus par les défenderesses. Ayant constaté que les immeubles érigés sur le terrain constituaient une reproduction des plans originairement préparés par lui, l'architecte intenta contre les défenderesses une action fondée sur la violation de ses droits d'auteur par la reproduction de ses plans et esquisses sous forme graphique ainsi que par l'érection du bâtiment dévoilé dans ces plans et esquisses.

L'honorable juge Jacobs estima, dans un premier temps, qu'il y avait eu violation des droits d'auteur sur ces plans et esquisses, puis se prononça sur la défense offerte à l'effet que le demandeur avait implicitement autorisé le défendeur, d'une part, à transférer ces plans et esquisses à un éventuel acquéreur du fond sur lequel l'oeuvre d'art architecturale décrite dans les plans était destinée à être érigée et, d'autre part, à reproduire et à développer ces plans et esquisses eux-mêmes sous forme graphique et par la réalisation de l'immeuble, et ce dans toute la mesure nécessaire afin de procéder à la construction de l'oeuvre d'art architecturale. Le juge conclut sur cet argument :

> It is in my view that in the circumstances of this case the second-named defendant was entitled to the benefit of an implied licence, permission or consent to make such use of the plans. This aspect must be looked at in two steps. Firstly, did the person or persons who engaged the architects for reward to prepare these plans thereby obtain the right to use them in the manner in which they were ultimately used and secondly, if that be so, did the transferee of the land in the circumstances where it was held out to him that plans were available and approved obtain the like right? I think that both these questions must be answered in the affirmative and I deal firstly with the second of them.
>
> In assuming the right of the owner of land to make use of sketch plans for the purpose of erecting a building substantially in accordance with that sketch I think that when he sells the land

172. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298.

and holds out to the purchaser that plans are available and approved from all authorities and shows those plans to the purchaser then on the sale of the land there should be implied an agreement collateral to the sale of the land whereby the vendor grants to the purchaser such right as he has to the use of the plans. This assumes that the right, that is to say, the licence, permission or consent, however it is described, is assignable and that depends on the implied terms of grant of the original licence, permission or consent. It therefore seems to me that subject to the first matter then the second question may be answered in the affirmative.

I therefore turn to the first question whether the original owner had any permission, consent or licence and if so what were its terms. Now, the permission or consent or licence must arise by implication. I do not think that it is one of the kind which is referred to in s. 5(2) of the *Copyright Act* but that rather it is a question of consent which prevents an infringement within the terms of s. 2(1) of the Act; that is to say, once the consent of the owner of the copyright is given, then there will not be an infringement by acting within that consent. For this distinction see Copinger and Skone James, *Law of Copyright*, 8th ed. (1948), pp. 114 to 116.

So far as I am aware and so far as counsel are aware there is no authority directly on this question. It is clear that any consent or permission or licence must be an implied one because there is nothing in the architect's conditions or in the express contract in this contract which would result in any such permission.[173]

Le juge poursuit en précisant que l'architecte aurait évidemment pu éviter que le tribunal en vienne à cette conclusion en précisant que son engagement ne pouvait permettre au défendeur de reproduire les plans ou de réaliser l'immeuble décrit dans ces plans :

I wish to make it clear that these implications would not follow if the architect could be regarded as reserving a right to himself in the contract to continue with the subsequent stages but it seems to me, as I have already stated, and I do not wish to repeat it, that far from reserving any right he expressly disclaims any implication of a reservation which might otherwise be made.[174]

Quant à la possibilité pour les défenderesses de transférer cette licence implicite à un tiers, le juge écrit ce qui suit :

173. *Beck et al. c. Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298, 303-304.
174. *Id.*, p. 305.

There then remains the question whether there should be any implied right to transfer it and here I think that it must inevitably be implied that the owner, having commissioned the sketch plan and having obtained the right to use it for the purpose of erecting on that site a building in substantial accordance with it, should have the right to transfer that right to a new owner of the land.[175]

Cette décision était notamment basée sur les termes du contrat intervenu entre les parties et qui contenait notamment une disposition à l'effet que les engagements pris par les parties pouvaient être résiliés en tout temps par l'une ou l'autre des parties sur avis raisonnable et qui prévoyait de plus un taux de rémunération variable selon que les services de l'architecte étaient ou non retenus pour la totalité des travaux nécessaires au parachèvement du projet[176].

Plus inquiétante, toutefois, est la proposition soutenue par le juge, que l'on ose croire devoir être qualifiée d'*obiter dictum*[177], selon laquelle les tribunaux devraient déduire des licences implicites à chaque fois qu'une personne, dont les services sont retenus contre rémunération, crée des oeuvres susceptibles de protection par droit d'auteur, l'autorisation implicite devant dès lors s'étendre à l'utilisation de l'oeuvre de toutes les façons et pour toutes les fins envisagées par les parties au moment de leur engagement :

The question raised is quite a broad one because it applies not only to architects but would apply for instance to artists who are engaged to prepare a particular work which would of its nature be reproduced, for instance a cartoon for a tapestry or a mosaic; it would apply to persons who prepared written material with the intention that it should be used in a particular manner. It seems to me that the principle involved is that the engagement for reward of a person to produce material of a nature which is capable of being the subject of copyright implies a permission or consent or licence in the person making the engagement to use the material in the manner and for the purpose in which and for which it was contemplated between the parties that it would be used at the time of engagement. It seems to me that this must be regarded as a principle of general application.[178]

Cette position, pour étonnante qu'elle puisse sembler, compte tenu notamment de l'exigence apparemment claire contenue au paragraphe

175. *Ibid.*
176. *Id.*, p. 299.
177. Voir, à cet effet, les propos de l'honorable juge Salmon dans *Stovin-Bradford c. Volpoint Properties Ltd. et al.*, [1971] 3 All E.R. 570, 578, qui, bien qu'admettant le principe des licences implicites proposées dans l'arrêt *Beck*, précise : « I must not, however, be taken as necessarily accepting all the dicta in the judgement ».
178. *Beck et al. c. Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, *supra*, note 173, 304.

13(4) et des exceptions limitatives des paragraphes 13(2) et (3) de la Loi, a été reprise avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Netupsky*[179]. Dans cette dernière affaire, l'honorable juge Judson prit cependant la peine de préciser que l'étendue des modifications couvertes par la licence implicite, que le tribunal avait pu déceler dans les divers engagements pris par les parties, ne pouvait être illimitée :

> La Cour peut inférer des conditions restreignant ce droit, où le contrat peut, explicitement ou implicitement, interdire tout changement.[180]

La Cour d'appel, dans cette même cause, avait, quant à elle, déclaré l'inexistence d'une telle licence implicite. Sans rejeter *a priori* la possibilité que l'article 27(1) de la Loi puisse permettre aux tribunaux de conclure à la possibilité de licences implicites, la cour en vint cependant à la conclusion que, dans les circonstances, l'appelant avait expressément dénié l'autorisation aux défendeurs de procéder à la modification de ces plans architecturaux :

> There is no doubt that consent was implicit to use plans SK-1 and SK-2 and S1 to S5 as they were, but I can find nothing to support the existence of any implied permission by the appellants to the respondent to the effect that "you are permitted to use these plans as they are or you can make such variations therein as you see fit or as you are required to do by the owner and to use them as you may have so varied them". I would require *cogent evidence* to permit me to so conclude, and this I cannot find.[181]

Le degré de preuve suggéré par la Cour d'appel dans cette affaire a heureusement été à nouveau retenu par la Cour suprême du Canada dans une décision récente où le défendeur prétendait qu'il avait été autorisé à reproduire sur bande vidéoscopique une oeuvre musicale dont le demandeur détenait le droit de reproduction mécanique[182].

Il est donc possible de dégager de l'ensemble de la jurisprudence sur cette question les principes suivants en ce qui a trait à la portée et aux limites de telles licences implicites dans le domaine de l'architecture :

1) La licence ne peut dans tous les cas provenir que d'une autorisation du titulaire du droit lui-même[183].

179. *Boris Netupsky et Netupsky Engineering Company Limited* c. *Dominion Bridge Company Limited*, [1972] R.C.S. 368, 377-378.
180. *Id.*, p. 378.
181. *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, 58 Fox Pat. Cas. 7, 38.
182. *Télé-Métropole Inc.* c. *Michael Bishop*, (1990) 31 C.P.R. (3d) 394, 409.
183. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298, 303 ; *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468, 470 ; *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157, 161. Voir nos commentaires à 4.3.1, *supra*.

2) Ces licences n'étant qu'implicites, elles peuvent conséquemment être réfutées par le titulaire du droit d'auteur de façon expresse ou implicite[184].

3) La portée de ces licences ne peut, dans tous les cas, excéder les besoins exprimés par la partie invoquant une telle licence au moment où les parties ont contracté[185].

4) Les tribunaux pourront considérer, à cet égard, les montants ou autres avantages accordés à l'auteur en contrepartie, compte tenu des pratiques habituelles, de manière à déterminer l'ensemble des actes qui pouvaient être posés par la partie se prévalant d'une telle licence. Ainsi, le fait de ne payer qu'une somme nominale substantiellement inférieure au montant normalement payable en contrepartie des services fournis pourra amener les tribunaux à conclure que les plans préparés ne pouvaient être utilisés que pour les fins immédiates pour lesquelles ils avaient été commandés[186].

5) Sous les réserves mentionnées plus haut, le bénéficiaire de la licence implicite pourra se prévaloir de cette dernière afin de reproduire des plans originaux[187], de faire parachever ces plans sous des formes plus élaborées[188] ; il pourra ériger l'immeuble[189] et apporter des modifications tant aux plans qu'à l'immeuble décrit dans ces plans[190].

184. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298, 305 ; *Boris Netupsky et Netupsky Engineering Company Limited* c. *Dominion Bridge Company Limited*, [1972] R.C.S. 368, 378 ; *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157, 161 ; *Katz* c. *Cytrynbaum et al.*, (1983) 76 C.P.R. (2d) 276.
185. *Meikle et al.* c. *Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144, 152 ; *Boris Netupsky et Netupsky Engineering Company Limited* c. *Dominion Bridge Company Limited*, [1972] R.C.S. 368, 378 ; *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468, 470, 472 ; *John Maryon International Ltd. et al.* c. *New Brunswick Telephone Co., Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193, 247.
186. *Stavin-Bradford* c. *Volpoint Properties Ltd. et al.*, [1971] 3 All E.R. 570.
187. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, (1963) 5 F.L.R. 298, 305 ; *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468, 470, 472.
188. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, et *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, *supra*, note 187.
189. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, et *Blair* c. *Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, *supra*, note 187 ; *John Maryon International Ltd. et al.* c. *New Brunswick Telephone Co., Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193, 247.
190. *Beck et al.* c. *Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, *supra*, note 187 ; *Boris Netupsky et Netupsky Engineering Company Limited* c. *Dominion Bridge Company Limited*, [1972] R.C.S. 368, 377, 379 ; *Netupsky et al.* c. *Dominion Bridge Co. Ltd.*, (1969) 58 Fox Pat. Cas. 7, 36.

6) Le bénéficiaire pourra de plus procéder à toute réparation ou reconstruction de l'immeuble par suite de dommages subis par celui-ci[191].

7) Finalement, le bénéficiaire de la licence pourra transférer cette licence à un tiers qui sera autorisé à poser l'un ou l'autre des actes mentionnés plus haut, et ce dans toute la portée de la licence implicite conférée au bénéficiaire original[192].

On ne peut s'empêcher de souligner, avant de terminer sur cette question, que la notion de licence implicite nous paraît mal cadrer avec la protection que le législateur a voulu conférer au titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre en exigeant, par exemple, que toute cession ou licence ne puisse exister sans un écrit signé par ce titulaire. Il semble par ailleurs difficile de supposer que le législateur, par l'emploi du terme « autorisation » au paragraphe 27(1) de la Loi, ait eu l'intention de remettre ce principe en cause. Il faut en effet rappeler que les termes « licence » et « authorization » recouvrent, dans la common law, une seule et même réalité[193].

En fait, la seule exception au principe de l'écrit exigé par le paragraphe 13(4) semble viser les *licences qui ne conféreraient pas un intérêt sur le droit d'auteur à leurs bénéficiaires*[194]. Il ne nous appartient pas d'entrer, dans le cadre de cet article, sur la distinction existant entre ces catégories de licence. Qu'il suffise de faire remarquer qu'il est possible d'harmoniser le terme « autorisation », inscrit au paragraphe 27(1), avec le principe ressortant du paragraphe 13(4) de la Loi en suggérant que la licence implicite, si elle est non écrite, devra dans tous les cas ne pas être porteuse d'un intérêt dans le droit d'auteur. Si elle devait l'être, cette autorisation ou licence devra être écrite et porter la signature du titulaire du droit d'auteur de façon à se conformer au paragraphe 13(4) de la Loi. Cela n'empêchera évidemment pas les tribunaux d'interpréter, au moyen des règles ordinaires d'interprétation des contrats, la portée de l'autorisation découlant d'une telle licence écrite.

Une telle interprétation aurait, à notre avis, le mérite de préserver la volonté apparemment claire du législateur, telle qu'elle ressort du

191. *Adi Ltd. c. J.L. Destein et al.*, (1982) 68 C.P.R. (2d) 262, 266; *John Maryon International Ltd. et al. c. New Brunswick Telephone Co., Ltd.*, (1983) 141 D.L.R. (3d) 193, 247; *contra Meikle et al. c. Maufe et al.*, [1941] 3 All E.R. 144, 152.
192. *Beck et al. c. Montana Constructions Pty. Ltd. et al.*, [1963] 5 F.L.R. 298, 303; *Boris Netupsky et Netupsky Engineering Company Limited c. Dominion Bridge Company Limited*, [1972] R.C.S. 368, 377; *Adi Ltd. c. J.L. Destein et al.*, (1982) 68 C.P.R. (2d) 262, 266; *Blair c. Alan S Tomkins and Frank Osborne (trading as Osborne and Tomkins (a firm))*, [1971] 1 All E.R. 468, 470, 472.
193. S. GILKER, *op. cit.*, note 155, p. 289.
194. *Ibid.*

paragraphe 13(4) de la Loi, en forçant les parties, dans leurs écrits, à circonscrire de façon prudente et éclairée la portée des autorisations qu'elles entendent voir émerger de leur entente.

Notons en terminant que selon les principes de la common law, il semble que la licence verbale, dans la mesure où elle n'aura pas été obtenue contre rémunération, puisse faire l'objet d'une révocation en tout temps, sur avis raisonnable d'une partie à l'autre[195]. La question demeure toutefois ouverte quant à savoir si ce principe pourrait trouver application, en droit québécois, étranger à la notion de licence[196].

195. *Katz c. Cytrynbaum et al.*, 76 C.P.R. (2d) 276, 280-281.
196. *I.G.U. (Ingraph) Inc. c. L.B.G.P. Consultants Inc. et al.*, J.E. 90-1224.

Le droit d'exposition des oeuvres artistiques

Victor Nabhan[1]

HISTORIQUE

Les dernières modifications à la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* comportent diverses mesures spécialement destinées à améliorer le sort des artistes. Ainsi les peintres, sculpteurs et graveurs jouissent dorénavant d'un droit moral à l'intégrité renforcé. Ils n'auront plus besoin, pour faire valoir leurs revendications, de prouver que l'atteinte ou la déformation à leurs oeuvres a eu pour effet d'être préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation.

Mais l'amélioration la plus spectaculaire est sans doute la création en leur faveur d'un nouveau droit qui leur permet de contrôler et de tirer profit de la présentation au public de leurs oeuvres lors d'une exposition.

Bien que cette disposition soit une innovation dans le paysage législatif du droit d'auteur au Canada, elle trouve cependant appui dans des pratiques largement répandues et bien antérieures à la promulgation de la *Loi de 1988*.

Ainsi, et depuis plusieurs années déjà, la CARFAC (Canadian Artists' Representation — Front des artistes canadiens) avait réussi à obtenir que certains musées et salles d'exposition consentent à rétribuer ses membres artistes-exposants selon un certain tarif. Le système mis en place était toutefois limité, à toutes fins utiles, aux expositions itinérantes, composées d'oeuvres prêtées par les artistes. Aucun émolument ne leur était versé pour des expositions d'oeuvres provenant de collections privées ou faisant partie des collections permanentes des musées.

© Victor Nabhan, 1991.

1. L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval et président de l'Association littéraire et artistique canadienne inc. (ALAI CANADA). Le présent article est une version remaniée d'un exposé donné par l'auteur le 12 juin 1990 lors d'une causerie de l'ALAI CANADA.