

L'art, la technologie et le droit : retour sur l'année 2020

Patricia Hénault et Eliane Ellbogen*

RÉSUMÉ	1255
I- <i>CAPTURE DE PAOLO CIRIO</i>	1258
i. <i>Capture</i> et le droit à la vie privée.	1259
ii. <i>Capture</i> et le droit à l'image	1262
iii. <i>Capture</i> et les droits d'auteur.	1264
iv. <i>Capture</i> à l'époque de la prise de décision individuelle automatisée	1265
II- <i>GOOGLE MAPS HACK DE SIMON WECKERT</i>	1267
i. Le droit d'auteur et les cartes géographiques	1268
ii. Les marques et mentions légales de Google Maps	1271
III- <i>PREDICTIVE ART BOT DE DISNOVATION</i>	1273
i. <i>Predictive Art Bot</i> , les droits d'auteur et l'apprentissage automatisé	1274

© Patricia Hénault et Eliane Ellbogen, 2021.

* Patricia Hénault et Eliane Ellbogen, avocates du cabinet Fasken. Les autrices tiennent à remercier madame Florence Rodrigue pour sa précieuse aide à la recherche et à la mise en page du présent article. Les opinions y étant exprimées sont celles des autrices et ne peuvent être attribuées au cabinet Fasken ou à l'un ou l'autre de ses clients. Les autrices assument l'entière responsabilité de toute erreur ou omission qui aurait pu se glisser dans le texte.

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

IV- <i>STRANGER VISIONS</i> DE HEATHER DEWEY-HAGBORG	1279
i. <i>Stranger Visions</i> et la confidentialité des données génétiques	1281
ii. <i>Stranger Visions</i> et le droit à l'image	1283
V- <i>SHE FALLS FOR AGES</i> DE SKAWENNATI	1285
i. Le modèle occidental de la propriété intellectuelle et l'expression autochtone	1286
ii. La propriété autochtone dans l'environnement virtuel ..	1287
iii. Les droits moraux de Skawennati	1289
VI- CONCLUSION	1290

RÉSUMÉ

L'art technologique, tout comme d'autres domaines d'activité, a marqué 2020, une année turbulente s'il en est une. Dans cet article, les auteurs proposent une revue de œuvres d'art qui ont été soit créées, soit présentées, soit critiquées cette année. Les cinq oeuvres qui sont discutées dans cet article interpellent la « technologie » au sens large du terme; elles nous permettent également d'explorer les liens, souvent invisibles, qui existent entre l'art technologique et les enjeux juridiques propres à certains domaines de droit, notamment la propriété intellectuelle et le droit à la vie privée. Parmi ces cinq œuvres, certaines se prêtent à une analyse plus théorique, ouvrant la voie à un questionnement quasi-spéculatif, alors que d'autres impliquent des questions juridiques plus pointues ou techniques. Mais une chose est certaine : leur analyse suppose et démontre que l'art, même sous une forme technologique, n'échappe pas au contrôle juridique.

L'art, la technologie et le droit : existe-t-il un ancrage commun entre ces trois domaines d'activités ? La réponse à cette question n'est pas aussi simple qu'elle le paraît. C'est en tentant d'y répondre que nous proposons une analyse de cinq œuvres d'art qui interpellent la « technologie », au sens large du terme. Technologies numériques, plateformes virtuelles, biotechnologies, gestes techno-interventionnistes : toutes des formes et des pratiques d'art auxquelles font appel les artistes discutés dans les prochaines pages. Ces artistes, comme beaucoup d'autres qui œuvrent dans la sphère de l'art technologique, commentent notre monde en devenir, au travers du prisme du numérique. Ils ne font cependant pas l'apologie du numérique ; au contraire, chacun d'entre eux semble voir dans ce médium cette dérive potentielle, voire probable, vers une société techno-déterministe; et tente de l'exposer à travers leur art.

Mais qu'en est-il du droit dans tout ceci ? Si les artistes d'aujourd'hui se penchent sur notre monde de demain, en s'interrogeant sur la place qu'y occupe la technologie, que fait-on du cadre légal sous-jacent à ces réflexions ? Il est peut-être vrai que la technologie évolue éminemment plus vite que le droit, mais cela n'a certainement pas pour effet d'éclipser le droit de ces questionnements de société.

Nous proposons donc, par le présent article, d'explorer ces liens, souvent invisibles, qui existent directement ou indirectement entre l'art technologique et les enjeux juridiques propres à certains domaines de droit, notamment la propriété intellectuelle et le droit à la vie privée.

Cinq œuvres numériques seront discutées. Elles ont été soit créées, soit présentées, soit critiquées en 2020, une année turbulente s'il en est une. Certaines de ces œuvres se prêtent à une analyse plus théorique, ouvrant la voie à un questionnement quasi spéculatif, alors que d'autres impliquent des questions plus pointues ou techniques. Mais une chose est certaine : leur analyse suppose et démontre que l'art, même sous une forme technologique, n'échappe pas au contrôle juridique.

I- CAPTURE DE PAOLO CIRIO

La première œuvre dont il sera question est celle de l'artiste numérique Paolo Cirio. Ses œuvres font généralement référence aux systèmes juridiques, économiques et culturels présents dans la société d'information contemporaine. Ce sont des œuvres interventionnistes qui font usage des plateformes et interfaces Web, d'artefacts numériques, de photos, d'installations, de vidéos et d'art public.

Sa plus récente œuvre, *Capture*, consiste en une base de données répertoriant les portraits photographiques de 4 000 agents de police français que Cirio aurait tirés de sources numériques publiques. Les images auraient ensuite été traitées dans un logiciel de reconnaissance faciale et mises en ligne sur une plateforme Web créée par l'artiste dans le but spécifique d'identifier les policiers grâce à un processus de « *crowdsourcing* ».

L'œuvre existe sous différentes formes : en tant qu'œuvre en ligne (« *Net art* »)¹, en tant qu'œuvre d'art publique (« *street art* ») – Cirio a imprimé les portraits des policiers en grand format et les a affichés dans des espaces publics urbains de Paris – et finalement en tant qu'installation photographique pouvant être exposée dans un contexte muséal ou une galerie d'art – Cirio a sélectionné 150 portraits et en a fait une mosaïque pouvant être exposée sur un mur de 15 mètres.

Capture vise à commenter ce que Cirio décrit comme étant « les utilisations et les abus potentiels » des systèmes d'intelligence artificielle, plus précisément les logiciels de reconnaissance faciale². Cirio s'interroge sur la relation de pouvoir asymétrique entre l'État, représenté dans son œuvre par les forces de l'ordre, et ses citoyens. Ce faisant, il soulève des enjeux de protection de la vie privée, de droit à l'image et de droit d'auteur. Il nous pousse également à nous demander comment s'entrecroisent les systèmes d'intelligence artificielle et le droit, mais aussi comment ces systèmes répondent à des impératifs juridiques découlant de leur utilisation.

L'œuvre de Cirio démontre également que les failles législatives et réglementaires qui avantagent les personnes en position de force, souvent aidées par l'intelligence artificielle, peuvent être utilisées

1. L'œuvre peut être consultée, en ligne : <www.capture-police.com>.

2. En ligne : <<https://paolocirio.net/work/capture/>>.

contre elles par un acte de subversion politique. En effet, Cirio tente de démontrer que les systèmes d'intelligence artificielle, en l'absence de balises réglementaires, peuvent avoir des conséquences particulièrement néfastes pour les personnes visées même s'il s'agit, comme en l'espèce, d'agents de police.

Cette œuvre a créé un certain tollé récemment, alors qu'elle devait être exposée au Fresnoy – Studio national des arts contemporains, soit l'un des plus grands établissements d'art contemporain en France. Le ministre de l'Intérieur français, Gérald Darmanin, l'a dénoncée publiquement et a demandé l'annulation de l'exposition. Le Fresnoy a répondu en retirant l'œuvre en question de son exposition prévue à l'automne 2020. En mettant les enjeux politiques et relationnistes de côté, la question purement juridique se pose tout de même : l'œuvre de Cirio est-elle légale ? Pourrait-elle faire l'objet d'une exposition légitime au Canada ? Nous examinons ici ces questions au regard de plusieurs aspects du droit canadien de la propriété intellectuelle et de la vie privée.

i. Capture et le droit à la vie privée

Le droit à la vie privée répond à plusieurs impératifs fondamentaux, notamment le droit de ne pas être soumis à des perquisitions ou des saisies illégales ou le droit au traitement confidentiel des renseignements personnels³. Ces enjeux font intervenir le principe selon lequel les renseignements personnels ne devraient pas être accessibles au public. Ainsi, le consentement de l'individu est la pierre angulaire de la législation en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels, tant fédérale que provinciale. En effet, il est nécessaire d'obtenir le consentement de l'individu avant de procéder à la cueillette, à l'utilisation ou à la communication de ses renseignements personnels⁴. Les exceptions à ce principe sont limitées⁵.

3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], voir notamment l'art. 8 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5 ; *Code civil du Québec*, art. 3, 35, 36 et 37.

4. Voir la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c. P-39.1, art. 14 ; voir aussi l'Annexe I de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c. 5, section 4.3.

5. Voir par exemple l'art. 7 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, où le législateur énumère certaines exceptions au consentement.

La notion de « renseignement personnel » désigne toute information liée à une personne et qui permet de l'identifier⁶. Ces renseignements comprennent entre autres le nom d'une personne, son adresse, sa date de naissance et ses renseignements financiers. Les renseignements personnels peuvent également être considérés comme « sensibles », auquel cas ils demandent un plus haut niveau de protection⁷. C'est notamment le cas des renseignements portant sur la santé d'une personne, ses renseignements biométriques (par ex., certaines caractéristiques physiques ou comportementales qui peuvent être utilisées pour l'identifier numériquement) et ses renseignements génétiques⁸.

Au Québec, une entreprise qui exerce ses activités dans la province et qui recueille, détient, utilise ou communique des renseignements personnels est assujettie à la législation provinciale sur la protection des renseignements personnels, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (la « *Loi sur le secteur privé* »). La *Loi sur le secteur privé* peut également s'appliquer à une entreprise située hors de la province si celle-ci exerce une partie de ses activités au Québec, notamment si elle traite des renseignements personnels de résidents du Québec⁹. Les personnes physiques ne sont toutefois pas assujetties à l'application de la *Loi sur le secteur privé*. Cependant, si une personne porte atteinte à la vie privée d'une autre personne, elle pourrait voir sa responsabilité civile engagée en vertu du *Code civil du Québec*¹⁰.

La loi fédérale en matière de protection de la vie privée, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents*

-
6. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, art. 2 ; voir également la définition de « renseignement personnel » à l'art. 2(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.
 7. Annexe I de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, sections 4.3.4 et 4.3.6.
 8. À ce sujet, la Cour fédérale a indiqué reconnaître que les renseignements médicaux sont extrêmement sensibles et doivent faire l'objet du plus haut degré de protection, *Townsend c. Financière Sun Life*, 2012 CF 550, par. 38.
 9. Voir par exemple la décision *Institut d'assurance du Canada c. Guay*, [1998] C.A.I. 431, où la CAI a considéré que la *Loi sur le secteur privé* québécoise s'appliquait à une entité située en Ontario qui vendait des biens et des services au Québec. Voir également *Serres Floraplus inc. c. Norséco inc.*, 2008 QCCS 1455, où la Cour supérieure a jugé qu'une entreprise offrant des services au Québec peut se qualifier sous la définition de l'article 1525 C.c.Q. ; dans *Jabre c. Middle East Airlines-AirLiban S.A.L.*, [1998] C.A.I. 404, p. 2 et 12, la CAI conclut qu'une compagnie ayant un siège social à Beyrouth et une succursale au Québec est soumise à la *Loi québécoise*.
 10. En application de l'art. 1457 du *Code civil du Québec*.

électroniques (la « LPRPDE »), n'est également applicable qu'aux entreprises. Cependant, dans une décision récente, la Cour fédérale a statué qu'une personne physique, unique propriétaire d'un site Web établi en Roumanie, avait enfreint la LPRPDE en recueillant, utilisant et communiquant sur son site Web, à des fins inappropriées et sans le consentement des personnes visées, des renseignements personnels provenant de jugements de tribunaux canadiens¹¹. Cette décision est particulièrement intéressante, puisqu'elle suggère que la responsabilité d'un individu peut être engagée en vertu de la LPRPDE au même titre que celle d'une entreprise, même si cet individu exploite un site Web à titre personnel ou individuel et qu'il réside à l'extérieur du Canada.

La ressemblance avec *Capture* n'est pas sans intérêt, puisque dans sa démarche, Cirio a recueilli des photos d'agents de police, qu'il a ensuite traitées avec un logiciel de reconnaissance faciale dans le but de les identifier. Ces photos ont par la suite été publiées sur un site Web, qu'il exploite seul, le tout sans le consentement des policiers en question. Si, par exemple, Cirio avait utilisé des images de policiers québécois ou canadiens, ceux-ci auraient pu tenter des procédures judiciaires ou administratives contre l'artiste, soit en vertu du régime de responsabilité civile du Québec, soit en alléguant la non-conformité à la LPRPDE.

Le droit à la vie privée doit toutefois s'apprécier au regard de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression (qui comprend l'expression artistique) et le droit du public à l'information¹². Ce sont certainement deux considérations pertinentes dans le cas de *Capture*.

Trouver l'équilibre entre, d'une part, certains droits fondamentaux ou certaines politiques publiques et, d'autre part, le respect de la vie privée dépendra de la nature de l'information communiquée et de la situation des personnes concernées¹³. Relativement à *Capture*, pourrait-on considérer que des policiers, en tant que représentants des forces de l'ordre exerçant leurs fonctions officielles, devraient avoir des attentes moins élevées qu'un citoyen ordinaire en matière de vie privée ? Ou estimer que la liberté d'expression artistique de

11. *A.T. c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, par. 65.

12. Voir la décision *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 25, citant la Cour d'appel dans l'affaire *The Gazette c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30, p. 36 (C.A.) : « Le droit à la vie privée, par contre, n'est pas absolu. Il est balisé par une série de limites et sa mise en œuvre appelle un équilibre avec d'autres droits fondamentaux dont le droit du public à l'information. »

13. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 58.

Cirio et son intention de faire de son œuvre un commentaire politique l'emportent sur le droit individuel à la vie privée de ces policiers ?

ii. *Capture et le droit à l'image*

Au Québec et dans d'autres provinces canadiennes, le droit à l'image est considéré comme inclus dans le droit à la vie privée ou comme une sous-catégorie de celui-ci. Il implique la capacité de contrôler l'utilisation qui est faite de son image. La violation du droit à l'image peut se produire si, par exemple, l'image d'un individu est publiée sans son consentement et qu'elle permet de l'identifier¹⁴. La portée de la protection est généralement plus large au Québec, où le droit à l'image est enchâssé dans la *Charte québécoise* et dont la protection bénéficie à toute personne, pas seulement aux personnes célèbres ou d'intérêt¹⁵.

Le droit statutaire à l'image existe dans certaines provinces de common law, quoiqu'il n'y soit pas enchâssé dans une loi quasi-constitutionnelle comme c'est le cas au Québec¹⁶. Et pour ce qui est des provinces où il n'existe aucune disposition législative en la matière, il serait pertinent d'explorer l'applicabilité de certains délits de common law, comme le délit d'appropriation illicite de l'identité¹⁷. Ce délit vise généralement l'exploitation commerciale du nom ou d'autres aspects de la personnalité d'une célébrité, bien que depuis quelques années, nous ayons pu constater un élargissement de la

14. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 53 : « [...] Il faut donc parler de violation du droit à l'image, et par conséquent de faute, dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet l'identification de la personne. »

15. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5 ; voir également *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 51 : « À notre avis, le droit à l'image, qui a un aspect extrapatrimonial et un aspect patrimonial, est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte québécoise*. » Sur la question de la célébrité, voir notamment le libellé des articles 3 et 35 du *Code civil du Québec*, utilisant l'expression « toute personne », ainsi que l'arrêt *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 22.

16. Voir l'art. 3 du *Privacy Act*, RSBC 1996, c. 373, qui protège de façon statutaire le droit à l'image dans une loi ordinaire, et non quasi constitutionnelle.

17. Le délit d'appropriation illicite de l'identité est considéré comme tirant son origine de l'affaire *Krouse c. Chrysler Canada Ltd. et al.*, 1 O.R. (2d) 225 (C.A.) : « I therefore, conclude [...] that the common law does contemplate a concept in the law of torts which may be broadly classified as an appropriation of one's personality. » Voir également *Gould Estate c. Stoddart Publishing Co.*, 30 O.R. (3d) 520 (S.C.), confirmé en appel [1998] O.J. No. 1894 ; *Athans c. Canadian Adventure Camps Ltd.*, 17 O.R. (2d) 425 (Ont. H.C.J.) et *Horton c. Tim Donut Ltd.*, [1997] O.J. 390 (H.C.J.) confirmé en appel [1997] O.J. 4154 (C.A.).

protection aux personnes non célèbres¹⁸. Les demandeurs ayant eu gain de cause en application de ce délit ont par le passé eu droit à des dommages-intérêts pour violation de leur droit à l'image, mais aussi à des remèdes de nature injonctive dans certaines circonstances¹⁹.

Même si le seuil pour être considéré comme une « personne célèbre » est assez bas dans un contexte de droit à l'image, il est néanmoins intéressant de voir de quelle manière *Capture* s'y inscrit. Par exemple, les agents de police dont les visages ont été inclus dans l'œuvre pourraient-ils faire valoir une certaine notoriété en tant que représentants de l'État ?

Dans le même ordre d'idées, un recours pour « intrusion dans l'intimité » (« *intrusion upon seclusion* »)²⁰, autre délit de common law, pourrait également mener à un débat intéressant. En effet, les photos des agents de police ont prétendument été tirées de leurs profils sur les médias sociaux, un endroit qui peut difficilement être considéré comme étant privé.

Ceci étant, comme c'était le cas en matière de vie privée, le fondement de la revendication du droit à l'image devra toujours être apprécié par rapport à des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression (qui comprend l'expression artistique) et le droit du public à l'information, lesquels sont d'une importance significative dans le cas de *Capture*.

18. Voir par exemple l'affaire *Poirier c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2006 BCSC 1138 pour l'application du délit à une personne non célèbre, où la photographie d'un ancien employé avait été distribuée dans une brochure sans son consentement.

19. Voir par exemple *Salé c. Barr*, 2003 ABQB 431 où la cour a émis une injonction interlocutoire, considérant la perte du contrôle de son image comme un « dommage irréparable ».

20. Le délit d'intrusion dans l'intimité (« *intrusion upon seclusion* ») est considéré comme tirant son origine de l'affaire de la Cour d'appel de l'Ontario *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32. Cette affaire impliquait plutôt des données bancaires, mais ses enseignements ont été appliqués dans une affaire où un propriétaire avait pris et publié des photos d'un logement et des affaires personnelles des locataires, sans leur consentement ; voir *Juhasz c. Hymas*, 2016 ONSC 1650. Encore davantage en lien avec le droit à l'image, voir *Jane Doe 72511 c. N.M.*, 2018 ONSC 6607, où la Cour supérieure de justice de l'Ontario donne raison à la demanderesse en application de ce délit à la suite de la publication sans son consentement d'une vidéo sexuellement explicite dans laquelle elle était reconnaissable.

iii. *Capture* et les droits d'auteur

Le fait que les photos auraient été recueillies sur les profils des policiers sur les médias sociaux soulève également la question des droits d'auteur, de leurs exceptions et de l'octroi de licences.

On tient trop souvent pour acquis qu'une photo, une image ou une œuvre qui se trouve sur un site Internet accessible publiquement est libre de droits et peut donc être utilisée par quiconque, sans limitation ni contrainte. Cette présupposition est incorrecte. Le droit d'auteur donne à son titulaire certains droits exclusifs, notamment celui de reproduire, publier et communiquer l'œuvre publiquement²¹. Il peut donc être nécessaire d'obtenir le consentement, une cession ou une licence de la part du titulaire des droits pour diffuser l'œuvre.

Pour ce qui est de *Capture*, il a été amplement discuté dans les médias que Cirio n'a pas obtenu le consentement préalable des sujets ou, à tout le moins, qu'il croyait que les images relevaient du domaine public. Certaines de ces images (voire l'ensemble de ces images) peuvent néanmoins être protégées par droit d'auteur. Prenons l'exemple où l'une des photos a été prise par un photographe (qu'il soit professionnel ou amateur) et provient du site Web d'un journal; le photographe et/ou le journal pourraient détenir des droits d'auteur sur ladite photo.

Il en va de même si les images ont été téléchargées à partir d'un média social ; elles pourraient également être protégées par le droit d'auteur. Les sites de médias sociaux prévoient par contre, en règle générale, des modalités assez souples faisant en sorte que les images y étant téléversées sont souvent couvertes par des licences non exclusives, transférables et mondiales, pour la distribution sur la plateforme du média social en question²². Par contre, si quelqu'un télécharge l'image du média social pour la diffuser ailleurs, cette utilisation pourrait déborder du cadre de ces modalités. Il serait alors nécessaire d'obtenir une licence.

Il y a cependant un moyen de défense important en matière de violation de droits d'auteur : l'utilisation équitable. En effet, dans la mesure où l'utilisation de l'œuvre protégée tombe sous le couvert de

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

22. Voir par exemple l'octroi de licences aux Conditions d'utilisation de la plateforme Instagram, disponible en ligne : <<https://fr-fr.facebook.com/help/instagram/47874558852511>>.

l'une des utilisations énumérées à la Loi sur le droit d'auteur, celle-ci peut se voir qualifiée d'« utilisation équitable »²³. Cependant, contrairement à d'autres juridictions comme les États-Unis, l'utilisation doit nécessairement être visée par l'une ou l'autre des exceptions listées pour être jugée « équitable » au Canada. Il convient toutefois de noter qu'aucune exception ne vise expressément l'expression artistique. Par conséquent, pour qu'une œuvre artistique soit considérée comme une utilisation équitable, celle-ci doit correspondre à l'une ou l'autre des exceptions statutaires, notamment l'utilisation faite aux fins de recherche, de satire, de parodie ou de critique.

Il convient également de mentionner qu'au Canada, comme en France, les auteurs sont titulaires de droits moraux, ce qui comprend un droit à l'intégrité de l'œuvre²⁴. Cela permet à l'auteur de préserver la signification qu'il voulait donner à son œuvre. En présumant que les photos des policiers n'avaient pas été prises dans le but d'être utilisées dans l'œuvre de Cirio, et que leur auteur est en désaccord avec leur utilisation dans *Capture*, une atteinte aux droits moraux pourrait être alléguée. L'auteur aurait par contre le fardeau de démontrer que l'œuvre de Cirio est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation²⁵.

iv. *Capture* à l'époque de la prise de décision individuelle automatisée

Au Canada et au Québec, la prise de décision à l'aide d'algorithmes (ou prise de décision automatisée) en matière de traitement des renseignements personnels n'est pour le moment pas assujettie à un cadre législatif précis. Toutefois, cela est voué à changer, tant sur le plan fédéral que provincial, avec le projet de loi 64 (au Québec)²⁶ et le projet de loi C-11 (au Canada)²⁷, lesquels visent à rendre les processus algorithmiques plus transparents. En effet, la prise en compte dans les lois sur la protection de la vie privée d'enjeux liés aux décisions

23. Voir les articles 29 à 32.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, qui énumèrent les exceptions à la violation du droit d'auteur.

24. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 14.1 ; voir également l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 11 et 15 ainsi que l'arrêt *Snow c. The Eaton Centre Ltd.*, [1982] O.J. No. 3645, par. 4.

25. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 28.2.

26. *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, projet de loi n° 64 (étude détaillée – 17 février 2021), 1^{re} sess., 42^e légis. (Qc).

27. *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, projet de loi n° C-11 (Dépôt en 1^{re} lecture – 12 novembre 2020), 2^e sess., 43^e légis. (Can.).

automatisées est plutôt récente, puisant son inspiration du *Règlement général sur la protection des données* européen²⁸.

La prise de décision automatisée fait référence, comme son nom l'indique, à un processus automatisé, qui peut être issu (sans nécessairement l'être) d'un système d'intelligence artificielle. Ce processus automatisé traite des renseignements personnels de manière à générer des résultats prévisibles et quantifiables; par exemple, dans le cadre d'une demande de prêt en ligne ou d'un questionnaire de triage d'une application mobile de télémédecine. Si ces projets de loi sont adoptés dans leur forme actuelle, les dispositions en question obligeront désormais toute entreprise à informer la personne concernée lorsque ses renseignements personnels sont utilisés pour rendre une décision fondée sur un traitement automatisé²⁹.

Ces projets de loi permettront également à toute personne de demander à une entreprise d'être informée des renseignements personnels utilisés lors de la prise de décision automatisée, ainsi que des principaux facteurs et paramètres ayant mené à la décision³⁰. Toutefois, de telles exigences peuvent être illusives, étant donné que les systèmes d'intelligence artificielle s'appuient généralement sur des algorithmes complexes, difficilement explicables. Or, une œuvre comme *Capture* « capte » les incongruités de telles mesures et démontre à quel point il est rapide et facile de construire une base de données qui s'appuie sur des outils algorithmiques de reconnaissance faciale.

* * *

L'art de Paolo Cirio, et son œuvre *Capture* en particulier, s'appuie sur des pratiques et des formes artistiques où l'art, la technologie et le droit entrent en conflit. On le remarque par tous les artistes pratiquant l'art « appropriationniste » qui ont été poursuivis au fil des ans pour atteinte aux droits d'auteur. L'œuvre de Cirio soulève effectivement des enjeux juridiques importants. En analysant son travail, une question demeure : jusqu'où un artiste peut-il aller pour faire passer son message artistique et politique ? Lorsque les droits fondamentaux d'une personne sont affectés, l'artiste a-t-il dépassé les

28. L'article 22 du *Règlement général sur la protection des données* concerne les décisions fondées sur le traitement automatisé ainsi que le profilage.

29. Voir à ce sujet les articles 20, 102 et 150 du *Projet de loi 64* ainsi que l'article 62(2)c du *Projet de loi C-11*.

30. Articles 20, 102 et 150 du *Projet de loi 64* ainsi que l'article 63(3) du *Projet de loi C-11*.

bornes ? La démarche est-elle, au contraire, justifiée du fait qu'elle dénonce l'utilisation de l'intelligence artificielle par les forces de l'ordre pour surveiller la population ?

II- GOOGLE MAPS HACK DE SIMON WECKERT

La deuxième œuvre dont il sera question est *Google Maps Hack* de l'artiste allemand Simon Weckert. À travers son art, Weckert se concentre sur les plateformes numériques et les enjeux sociaux étant liés à leur utilisation. Il explore l'impact de la technologie et la façon dont celle-ci nous façonne, en tant que société. Il souligne notamment le privilège qui découle de l'accessibilité et de l'omniprésence des technologies numériques dans notre quotidien.

Son œuvre *Google Maps Hack* dénonce notre relation avec les cartes géographiques et autres représentations virtuelles de la réalité.

Dans la création de cette œuvre, Weckert a rassemblé 99 téléphones cellulaires en mode navigation sur l'application Google Maps et les a transportés dans un chariot en se déplaçant à pied dans les rues de Berlin. À son passage à vitesse de marche, l'application affichait un embouteillage alors qu'il n'y avait pas ou peu de circulation automobile. Le montage vidéo de cette performance³¹ reprend la captation vidéo des déplacements et met en évidence la carte Google Maps, sur laquelle on dénote le changement de couleur des artères.

Google Maps Hack nous rappelle que les cartes géographiques – tout comme d'autres types de représentation virtuelle du monde réel – ne sont, justement, pas la réalité et peuvent faire l'objet d'erreurs ou de manipulations. En ce sens, cette œuvre illustre bien l'adage « la carte n'est pas le territoire » (« *The map is not the territory* »)³².

Par *Google Maps Hack*, Weckert démontre aussi que ces manifestations virtuelles, et toute erreur ou manipulation dont elles pourraient faire l'objet, ont aussi un impact dans le monde réel ou physique. En effet, la technologie n'est pas neutre; nous l'utilisons pour prendre des décisions, elle guide nos actions et notre manière de nous gouverner en société. En effet, au moment de sa prestation,

31. En ligne : <<http://simonweckert.com/googlemaphacks.html>>.

32. Du philosophe et scientifique américano-polonais Alfred Korzybski ; voir Alfred Korzybski, *Science and Sanity*, « An Introduction to Non-Aristotelian Systems and General Semantics », (1933) *The International Non-Aristotelian Library Pub Co.*, p. 747-761.

Weckert a certes eu un impact sur le monde virtuel, en faisant passer certaines rues du vert au rouge dans l'application Google Maps ; mais il a fort probablement aussi eu un impact sur le monde réel, puisque des automobilistes ont dû modifier leur itinéraire pour éviter un embouteillage – ou du moins, l'application les a guidés vers un autre itinéraire.

Google Maps Hack, à titre de performance, est aussi un message fort à la « David contre Goliath » : un seul homme parvenant à déjouer un géant technologique tel que Google, non pas par des méthodes techniques que seul le plus talentueux des *hackers* arriverait à mettre en pratique, mais par des manipulations simples, même simplettes.

i. Le droit d'auteur et les cartes géographiques

Les plans et cartes géographiques ont à toutes fins pratiques toujours été protégés par le droit d'auteur. Et cela semble à première vue aller de soi ; dans leur représentation physique, ils sont dessinés, peints, gravés ou imprimés. Ils font d'ailleurs partie de la définition d'« œuvre artistique » à la *Loi sur le droit d'auteur*³³.

Or, les cartes virtuelles comme celles de Google Maps sont bien différentes des cartes classiques. Elles font intervenir au moins deux principes clés en matière de droits d'auteur, soit (1) le fait que le droit d'auteur ne protège ni les idées ni les données³⁴ ; et (2) la notion d'« originalité » d'une œuvre. En effet, le droit d'auteur ne protège que l'expression ou la mise en forme d'une idée, jamais l'idée elle-même³⁵. De plus, seules les œuvres « originales » sont protégées³⁶.

Cette notion d'« originalité » a suscité les passions, et pas seulement au Canada. Que veut-on dire par « original » ? Qu'est-ce qui fait qu'une œuvre l'est ?

D'abord, l'originalité implique certainement que l'œuvre provienne de l'auteur, qu'elle ne soit pas qu'une copie d'une autre œuvre³⁷. Là n'est pas le débat. Pour la suite de l'évaluation de l'originalité cependant, deux visions s'affrontent.

33. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.

34. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 22.

35. *Ibid.*, par. 14.

36. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 5.

37. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 25.

D'un côté, le critère de l'effort et du labeur, ou encore du « travail industriel »³⁸. Suivant cette approche, les droits d'auteur sont en quelque sorte la récompense des efforts investis à mettre l'œuvre sur pied.

De l'autre, le critère de la « créativité ». Suivant cette approche, avoir mis de l'énergie, du temps ou des ressources dans une œuvre ne suffit pas ; celle-ci doit résulter d'une activité ou d'un processus créatif. Selon les partisans de cette approche, adopter un critère d'originalité permet de s'assurer que le premier principe énoncé plus tôt est respecté – soit celui selon lequel le droit d'auteur ne protège ni les idées ni les données³⁹.

C'est cette seconde approche qu'a adoptée la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.*⁴⁰. La Cour d'appel fédérale du Canada lui a emboîté le pas dans *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*⁴¹.

L'arrêt *Feist* a cependant été vivement critiqué, tant aux États-Unis qu'au Canada⁴², notamment parce qu'imposant un standard trop strict pour qu'une œuvre bénéficie de la protection du droit d'auteur.

Amenée à se prononcer sur la question quelques années plus tard, la Cour suprême du Canada a procédé à une analyse des deux courants et de certaines considérations de politique publique relatives au droit d'auteur⁴³.

Le droit d'auteur était alors (et est toujours)⁴⁴ dépeint comme visant un certain équilibre⁴⁵ :

38. *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.*, 62 C.P.R. (3d) 257, par. 22 ; *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.F.), par. 13, 15.

39. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 15.

40. *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, 499 US 340 (1991).

41. *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.F.), par. 17.

42. Voir par exemple Sunny Handa, « A Review of Canada's International Copyright Obligations », (1997) 42 *M.L.J.* 961, p. 978 ; Normand Siebrasse, « Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* Is Not, and Should Not Be the Law in Canada », (1994) 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 91 ; Dennis S. Karjala, « Copyright in Electronic Maps », (1995) 35:4 *Jurimetrics J* 395.

43. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 15 et s.

44. Voir par exemple *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, par. 96, *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, par. 46.

45. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 30-31.

[30] La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur [...].

[31] On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. [...]

C'est avec ces objectifs qu'a dû jongler la Cour suprême dans l'affaire *CCH* et au regard de ceux-ci qu'elle n'adopte ni l'approche de l'effort ni celle de la créativité pour déterminer ce qui constitue une œuvre « originale ».

Elle présente ces deux approches comme étant aux deux extrêmes d'un spectre; le critère de l'effort étant trop peu strict, favorisant indûment les droits du titulaire et défavorisant « la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles », et le critère de la créativité étant au contraire trop rigoureux, imposant un standard s'approchant davantage de celui applicable aux brevets⁴⁶. La Cour suprême tranche en quelque sorte la poire en deux avec un critère qui est « fonctionnel et équitable », compatible avec les objectifs généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁷. C'est ainsi qu'au Canada, une œuvre originale est celle qui résulte « de l'exercice du talent et du jugement » de l'auteur⁴⁸.

Pour en revenir à nos cartes géographiques virtuelles : celles-ci ne sont plus la simple représentation picturale fixe d'un ensemble fini de données qu'étaient les cartes classiques. Elles sont interactives, peuvent être défilées, « zoomées » et faire l'objet de recherches. Elles reflètent un ensemble de données qui s'adapte et se met à jour en temps réel.

46. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 24.

47. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 24.

48. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 24.

D'abord, rappelons que le droit d'auteur ne protège pas les données⁴⁹. Les compilations, quant à elles, peuvent faire l'objet d'une protection, mais elles doivent, comme toute œuvre, satisfaire à ce même critère d'originalité⁵⁰.

Les cartes Google Maps requièrent forcément un effort considérable, un investissement substantiel en temps, énergie et ressources. Or, comme on l'a vu, tant aux États-Unis qu'au Canada, l'effort à lui seul n'est pas suffisant pour qualifier une œuvre d'originale. L'œuvre doit résulter de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur. Et cet exercice « ne doit pas être négligeable au point de pouvoir le qualifier d'entreprise purement mécanique »⁵¹.

Il serait donc intéressant de soumettre au test les cartes géographiques virtuelles comme celles de Google Maps, et *a fortiori*, lorsqu'un tracé résultant du geste performatif de l'artiste leur est superposé, comme dans *Google Maps Hack*. À notre connaissance, aucune cour n'a été amenée à se prononcer sur la protection de telles cartes par le droit d'auteur⁵².

Quoi qu'il en soit, les modalités de Google prévoient certains droits d'utilisation des cartes de son application Google Maps.

ii. Les marques et mentions légales de Google Maps

Google prévoit évidemment à ses modalités qu'elle conserve tout droit de propriété intellectuelle sur le « contenu Google Maps », ce qui inclut notamment les données de cartographie et de relief, les images, les fiches d'établissement et le trafic⁵³. Google prévoit cependant une licence, donc un droit d'utilisation de ce contenu, à certaines conditions⁵⁴. Il est donc permis pour un utilisateur d'afficher publiquement le contenu Google Maps, accompagné des informations

49. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 22.

50. *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 CF 22 (CAF), par. 17.

51. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 25.

52. À noter que l'affaire *Nautical Data International, Inc. c. C-Map USA Inc.*, 2013 CAF 63, portait sur la contrefaçon de droits d'auteur par la reproduction de cartes géographiques dans un produit numérique par les défendeurs, mais seuls les droits d'auteurs dans des cartes sur support papier étaient visés par la procédure.

53. En ligne : <<https://policies.google.com/terms?hl=fr>>.

54. En ligne : <https://www.google.com/help/terms_maps/?hl=fr>.

d'attribution qui sont claires et visibles lorsque le contenu apparaît⁵⁵. Google prévoit plus spécifiquement :

If you're using Google Maps content in an online video (e.g. YouTube) primarily for educational, instructional, recreational, or entertainment purposes, you don't need to request permission – but you must still follow our general guidelines and attribute properly.⁵⁶

Google interdit également à l'utilisateur de supprimer ou de masquer les marques, logos ou mentions légales de Google dans le cadre de cette utilisation⁵⁷.

L'on remarque lors du visionnement de l'œuvre de Weckert disponible en ligne⁵⁸ que la carte incorporée au montage vidéo ne semble pas en elle-même comprendre d'éléments d'attribution par le biais de la marque ou de la mention légale de Google. Le titre de la vidéo est cependant celui de l'œuvre, « Google Maps Hack », et réfère donc directement à la plateforme en question. Serait-ce suffisant pour satisfaire l'obligation contractuelle d'attribution découlant des modalités de Google ? Dans un contexte où il n'est pas inhabituel que les artistes technologiques utilisent des plateformes numériques tierces dans l'élaboration ou la création de leurs œuvres, cette notion d'attribution prend une importance certaine.

* * *

Vu l'engouement pour la vidéo et sa circulation sur le Web à la suite de sa publication, elle a manifestement été portée à la connaissance de Google, qui a réagi de manière assez sympathique en soulignant notamment que « whether via car or cart or camel, we love seeing creative uses of Google Maps as it helps us make maps work better over time »⁵⁹. Nous n'aurons donc probablement pas le bénéfice d'un examen judiciaire de la question de la légalité de l'appropriation d'une plateforme numérique, comme Google Maps, à des fins artistiques. Toujours est-il que Weckert, comme d'autres artistes œuvrant dans la sphère numérique, se voit obligé de composer

55. En ligne : <<https://www.google.com/intl/fr/permissions/geoguidelines/>>.

56. En ligne : <<https://about.google/brand-resource-center/products-and-services/geo-guidelines/#google-maps>>.

57. En ligne : <<https://policies.google.com/terms?hl=fr>>.

58. En ligne : <<http://simonweckert.com/googlemapshacks.html>>.

59. Pour la réaction complète de Google, voir <<https://9to5google.com/2020/02/04/google-maps-hack-virtual-traffic-jam/>>.

avec les modalités juridiques qui leur sont imposées par l'utilisation de plateformes et d' « outils virtuels propriétaires » (*proprietary virtual tools*).

III- PREDICTIVE ART BOT DE DISNOVATION

La troisième œuvre dont il sera question est celle du duo d'artistes et commissaires français Disnovation (Nicolas Maigret et Maria Roszkowska) dont la pratique mélange l'art contemporain, les pratiques de recherche et le *hacking*. Leur travail remet en question, et même perturbe, ce qu'ils décrivent comme les « idéologies techno-positivistes dominantes » qui régissent le 21^e siècle⁶⁰. Leur travail est tourné vers le futur, en ce sens qu'ils élaborent des « récits de l'après-croissance ». Le duo met en évidence l'absurdité inhérente à une vision techno-utopienne de la société selon laquelle le changement peut – et doit – se produire grâce à la technologie.

C'est d'ailleurs ce que propose leur récente œuvre *Predictive Art Bot*. Elle est composée d'un algorithme d'apprentissage automatisé (« *machine learning* ») qui transforme les nouvelles médiatiques en énoncés, lesquels sont ensuite affichés en rotation continue sur de grands écrans. Chacun de ces énoncés pourrait en soi servir de « concept » à la base de la création d'une œuvre artistique. L'algorithme surveille les tendances émergeant des sources d'information les plus importantes et les plus populaires, dans des domaines aussi variés que la politique, l'environnement, l'innovation, la culture, l'activisme et la santé. Il identifie des mots-clés et les combine ensuite pour générer ces « concepts » d'œuvres, de manière entièrement automatisée. Chaque prédiction devient une expérimentation de la pensée en devenir, en attente d'être appropriée par un « véritable » humain. L'œuvre existe en ligne⁶¹ et peut être présentée sous forme d'installation ; elle a d'ailleurs été exposée dans le cadre de l'édition 2020 du festival d'art Montréal Art Souterrain, dans le hall de la Place Victoria.

En automatisant le processus créatif humain, *Predictive Art Bot* caricature non seulement la prévisibilité de l'Art contemporain – avec un grand A – qui est largement influencé par les médias, mais il souligne aussi notre hypoconnectivité et les chambres d'écho ou caisses de résonance qu'elle crée. En effet, *Predictive Art Bot* fonctionne de manière à ce que seuls les titres et hashtags qui sont

60. En ligne : <<http://disnovation.org/index.php>>.

61. En ligne : <<http://predictiveartbot.com/>>.

massivement repris – et qui, de ce fait, auraient tendance à dominer le cycle médiatique typique de 24 heures – alimentent l’algorithme. Cela produit des concepts artistiques ennuyeux, fruit d’un imaginaire collectif de plus en plus homogène.

L’œuvre de Disnovation, et plus généralement son processus artistique, soulève des questions juridiques sur le plan des droits d’auteur et de l’intelligence artificielle. En effet, dans le contexte du *Predictive Art Bot*, les titres des manchettes d’origine apparaissent sur l’un des écrans de l’installation ; ils alimentent également le « robot artistique » lui-même. Cela amène à se demander si un algorithme d’apprentissage automatisé pourrait, dans le processus d’extraction et d’analyse des données (ici, les titres de nouvelles), contrefaire certains droits d’auteur.

i. *Predictive Art Bot*, les droits d’auteur et l’apprentissage automatisé

Dans sa définition la plus élémentaire, il y a violation de droits d’auteur lorsqu’une personne autre que le titulaire et sans son autorisation (ou sans le bénéfice d’une exception légale à la violation) reproduit sous forme matérielle la totalité ou une partie substantielle d’une œuvre sur laquelle existent des droits d’auteur⁶². Toutefois, il n’y a pas de violation si la reproduction n’est pas substantielle⁶³.

Dans le cas de *Predictive Art Bot*, la première question est de savoir s’il existe des droits d’auteur sur un titre de nouvelles. En effet, il s’agit d’une réflexion pertinente, puisque pour que des droits d’auteur existent dans une œuvre, celle-ci doit être minimalement originale (nécessitant, rappelons-le, l’exercice du talent et du jugement) et non simplement utilitaire. Le droit d’auteur, par opposition à d’autres formes de propriété intellectuelle, vise la protection de l’expression artistique⁶⁴.

62. *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1). Une reproduction contrefaite est la « fabrication matérielle de quelque chose qui n’existait pas auparavant » lorsqu’il existe un degré de similarité objective entre l’œuvre originale et la copie (*Theberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34, par. 44).

63. *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, par. 25-27.

64. Voir *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 16, où la Cour suprême a jugé que le simple fait de changer la police d’une œuvre pour produire « une autre œuvre » est un « exercice purement mécanique » qui ne mérite pas la protection du droit d’auteur. Voir aussi *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.*, 2002 CarswellOnt 633, par. 24, 17 C.P.R. (4th) 289 (Ont C.A.) (autorisation d’appel à la CSC refusée, 2002 CarswellOnt 633).

Cependant, dans le cas d'un titre de journal, la réponse n'est pas si évidente. En effet, les titres de journaux, d'articles de blogue et de livres constituent une zone grise dans le droit d'auteur canadien⁶⁵. L'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit qu'une « œuvre » comprend son titre, mais uniquement lorsque ce titre est original et distinctif. Bien sûr, un titre peut être « original et distinctif », surtout s'il est conçu dans le but express de susciter l'intérêt des lecteurs et de générer des clics, mais un titre est parfois simplement factuel et non distinctif. En effet, si une œuvre littéraire peut, aux fins des droits d'auteur, inclure son titre, le contraire n'est pas nécessairement vrai.

Les tribunaux ont à notre connaissance seulement traité de cette question en *obiter* ou au stade interlocutoire. Nous n'avons répertorié aucune décision sur le fond concluant à l'existence de droits d'auteur uniquement dans un titre. Bien qu'il semble admis qu'un titre ne constitue généralement pas, en soi, un objet de droits d'auteur, les tribunaux ont néanmoins reconnu la possibilité que des droits d'auteur puissent exister dans un titre, à condition qu'il soit suffisamment original et distinctif⁶⁶. Par exemple, dans l'affaire *Francis, Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century Fox Corp. Ltd.*, le Conseil privé a reconnu que si un titre était « de très grande ampleur » ou « d'un caractère très important », il pouvait faire l'objet de droits d'auteur à part entière⁶⁷. Plus récemment, dans le cadre d'une requête en injonction interlocutoire, la Cour supérieure du Québec est arrivée à une conclusion similaire et a estimé que les titres de journaux et les amorces (« *lead* ») étaient le fruit d'un travail suffisamment créatif pour justifier la protection du droit d'auteur⁶⁸. La Cour a toutefois laissé la porte ouverte à ce que cette conclusion soit révisée lors du jugement au fond⁶⁹.

Dans ce contexte, si nous supposons que des droits d'auteur puissent exister pour au moins certains des titres qui alimentent le

65. À noter que dans la législation américaine sur le droit d'auteur, les mots et les phrases à eux seuls – tels que les slogans, les titres de livres et les titres de journaux – ne sont pas considérés comme des œuvres pouvant faire l'objet de droits d'auteur en vertu du principe *de minimis* (*Code of Federal Regulations*, §202.1).

66. *Francis, Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century Fox Corp. Ltd. et al.*, [1939] 4 D.L.R. 353, 1939 CanLII 276 (UK JCPC), p. 358. Cela a également été reconnu, en *obiter*, dans l'affaire *Canadian Olympic Assn c. Konica Canada Inc. (CA)*, [1992] 1 FC 797 (CAF), permission d'appel en CSC refusée [1992] S.C.C.A. No. 11, par. 31. Voir aussi *Flamand c. Société Radio-Canada*, [1967] 53 C.P.R. 217, 1967 CarswellQue 9 (QC C.S.), par. 26.

67. *Francis, Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century Fox Corp. Ltd. et al.*, [1939] 4 D.L.R. 353, 1939 CanLII 276 (UK JCPC), p. 358.

68. *Cedrom-SNI inc. c. Dose Pro inc.*, 2017 QCCS 3383, par. 57-59.

69. *Cedrom-SNI inc. c. Dose Pro inc.*, 2017 QCCS 3383, par. 63.

Predictive Art Bot et si nous tenons pour acquis qu'une copie numérique des titres originaux est réalisée pour que l'algorithme puisse les analyser, d'une part, et que Disnovation n'a pas obtenu l'autorisation des auteurs originaux d'utiliser ces titres, d'autre part, il pourrait alors y avoir contrefaçon des droits d'auteur dans ces titres.

Cela est vrai pour la grande majorité des processus d'apprentissage automatisé qui utilisent des ensembles de données constitués de documents ou de fichiers, tels que des textes littéraires, des images, des vidéos ou des fichiers audio. Toutefois, dans sa version actuelle, la *Loi sur le droit d'auteur* crée une incertitude quant aux implications juridiques des techniques d'analyse telles que l'apprentissage automatisé. Il y a peu d'exceptions légales qui pourraient s'appliquer aux processus d'intelligence artificielle et le régime d'utilisation équitable du Canada est limitatif, comparativement à celui des États-Unis.

L'une des exceptions légales qui pourrait être utilisée comme défense à la violation de droits d'auteur dans le contexte d'un processus d'apprentissage automatisé est l'article 30.71 de la *Loi sur le droit d'auteur* qui prévoit que les reproductions temporaires pour des processus technologiques ne constituent pas une violation si :

1. La reproduction est un élément essentiel d'un processus technologique ;
2. La reproduction a pour seul but de faciliter une utilisation qui ne constitue pas par ailleurs une violation du droit d'auteur ; et
3. La reproduction n'existe que pendant la durée du processus technologique.

Le « processus technologique » envisagé ici est celui qui « ne pourrait pas fonctionner correctement ou efficacement sans la réalisation de la reproduction »⁷⁰ ou qui serait « inutile ou inutilisable, si ce n'était de la technologie qui est à l'origine de la création [de la reproduction] »⁷¹. En d'autres termes, l'acte de reproduction de l'œuvre originale ne doit avoir aucun but ou usage autre que celui de permettre au processus technologique (ici, le processus générateur

70. *Statement of Royalties to be Collected By SOCAN, Re*, 2016 CarswellNat 1285 (Commission du droit d'auteur), par. 180. Il s'agit à notre connaissance de la seule décision qui se penche sur l'article 30.71 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

71. *Statement of Royalties to be Collected By SOCAN, Re*, 2016 CarswellNat 1285, par. 188.

des concepts artistiques) de suivre son cours. Comme le suggère la troisième condition de l'article 30.71, la destruction de la copie devrait être automatique à la suite du processus technologique, ou devrait « cesser d'exister fonctionnellement lorsque le processus est terminé »⁷².

Cependant, c'est la deuxième condition qui pourrait poser problème dans le contexte d'un processus d'apprentissage automatisé, car la reproduction doit faciliter une utilisation qui est elle-même non contrefactrice. En tant que telle, la reproduction créée au cours du processus d'extraction et d'analyse des données ne doit pas faciliter une utilisation ultérieure qui pourrait violer le droit d'auteur. Par exemple, si les données extraites par un processus d'apprentissage automatisé sont utilisées pour créer une nouvelle œuvre, dérivée de ces données, l'œuvre dérivée pourrait être une contrefaçon⁷³. Ce serait d'ailleurs à évaluer dans le cas du *Predictive Art Bot*, puisque les titres sont non seulement utilisés par le robot dans la génération du concept artistique, mais se retrouvent aussi affichés dans l'œuvre elle-même⁷⁴.

En ce qui concerne l'utilisation équitable, le succès d'une telle défense est incertain. Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens n'ont pas adopté une position claire sur l'utilisation équitable dans le contexte de la fouille de données (« *data mining* ») ou de l'apprentissage automatisé ni même examiné cette question directement. Néanmoins, il pourrait être argué qu'une œuvre telle que *Predictive Art Bot* relève de l'utilisation équitable, en tant que forme de recherche.

L'analyse de l'utilisation équitable se fait en deux étapes. Pour que l'utilisation soit équitable, elle doit d'abord, comme on l'a vu, être faite dans la poursuite d'un des objectifs autorisés par la loi, par exemple la recherche, la satire, la parodie ou l'étude privée; il convient de rappeler qu'il n'y a pas d'usage équitable pour l'expression artistique⁷⁵. À cet effet, les tribunaux canadiens ont adopté une définition large de la « recherche », de sorte qu'elle n'est pas limitée à des fins strictement non commerciales ou privées⁷⁶. Par exemple, la

72. *Ibid.*, par. 190 (voir aussi le par. 181).

73. Dans la mesure où les données extraites peuvent elles-mêmes être considérées comme une partie substantielle de l'œuvre originale.

74. Sur ce même point, voir aussi *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34, par. 142-143. Voir aussi *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, par. 38-40.

75. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 29.

76. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 51. Voir aussi *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36 : la Cour suprême a jugé que les extraits

Cour fédérale a récemment jugé qu'une forme informatisée d'étude de marché qui mesurait les interactions et les préférences des consommateurs dans le but de générer des données pour des clients relevait des « objectifs de recherche »⁷⁷. Le travail de Disnovation pourrait potentiellement être catégorisé de recherche, étant donné la nature analytique du processus algorithmique de génération des concepts artistiques.

Le cœur de l'analyse de l'utilisation équitable, cependant, s'articule autour de la question de savoir si l'utilisation elle-même est équitable. Ici, six facteurs sont pris en compte :

1. Le but de l'utilisation, qui est analysé du point de vue de l'utilisateur (en l'espèce, Disnovation) : si l'objectif ultime de l'utilisateur est de nature commerciale et que le titulaire des droits d'auteur ou le grand public n'en retire que peu ou pas d'avantages, le but de l'utilisation est considéré comme moins équitable⁷⁸.
2. La nature de l'utilisation : la manière dont l'œuvre originale a été traitée, par exemple si des copies multiples ont été faites et largement distribuées⁷⁹.
3. L'ampleur de l'utilisation : la quantité et l'importance qualitative de la partie copiée⁸⁰.
4. S'il existe des alternatives à l'utilisation et dans l'affirmative, dans quelle mesure ces alternatives sont coûteuses, technologiquement complexes et défavorables à l'essor du secteur d'activité en cause⁸¹.
5. La nature de l'œuvre : si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées; par exemple, si l'œuvre copiée n'a pas été publiée avant la reproduction, celle-ci sera plus susceptible d'être

musicaux de 30 secondes sont protégés par l'utilisation équitable à des fins de recherche, puisque les consommateurs cherchent à découvrir des informations sur les chansons. Le droit d'auteur américain adopte une vision plus libérale de la « recherche ». L'exploration de textes et de données a été considérée par les tribunaux américains comme de la recherche à des fins d'utilisation équitable : *Authors Guild v. Google Inc.*, 804 F 3d 202 (2d Cir 2015).

77. *Alexander Stross c. Trend Hunter Inc.*, 2020 C.F. 201, par. 50.

78. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 33-36.

79. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 37-38.

80. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 39-43.

81. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 44-46.

considérée comme équitable puisque la reproduction de l'œuvre avec un indicateur de source lui offrira une diffusion plus large⁸².

6. Enfin, l'effet de l'utilisation sur l'œuvre : l'impact commercial de la reproduction sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Si l'utilisation entraîne une baisse des ventes pour le titulaire des droits d'auteur, cela rendra généralement l'utilisation moins équitable⁸³.

Dans l'ensemble, on pourrait éventuellement affirmer que ces facteurs militent en faveur de Disnovation, étant donné la nature non commerciale de l'œuvre *Predictive Art Bot*, le faible impact que la reproduction pourrait avoir sur les titres originaux, et l'importance minimale de la reproduction.

* * *

Les algorithmes d'apprentissage automatisé ont aujourd'hui une place importante dans notre quotidien, que ce soit pour prévoir les comportements d'achat, les tendances du marché ou les schémas de circulation routière. Une œuvre comme *Predictive Art Bot* qui les utilise plutôt pour faire des prévisions artistiques absurdes teste les limites de l'expression non humaine. Mais comment l'art, délié des contraintes de la créativité humaine, évoluera-t-il par rapport aux cadres juridiques pertinents ?

IV- STRANGER VISIONS DE HEATHER DEWEY-HAGBORG

La quatrième et avant-dernière œuvre dont il sera question est l'œuvre *Stranger Visions* de l'artiste et *biohacker* new-yorkaise Heather Dewey-Hagborg.

La pratique de Dewey-Hagborg est ancrée dans le support même de la vie. Grâce aux techniques de *biohacking*, elle vise à amener les spectateurs à mieux comprendre leur propre biologie et la façon dont celle-ci est influencée par les nouvelles technologies. Sa pratique est d'autant plus pertinente que dans le monde scientifique actuel, l'application technologique des connaissances scientifiques aux systèmes biologiques est souvent invisible. Dewey-Hagborg cherche,

82. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 47.

83. Voir *SOCAN c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 48.

comme elle le dit, à « *untie some of these more hidden knots, and to use materials of the discipline to show rather than say what [she finds]* »⁸⁴.

C'est précisément ce qu'elle fait à travers *Stranger Visions*, qu'elle a créée pour la première fois en 2012 et qui a depuis été exposée dans le monde entier. Elle est actuellement présentée à la Wellcome Foundation à Londres, dans le cadre de son exposition permanente *Being Human*.

Pour créer l'œuvre, Dewey-Hagborg a ramassé des objets jetés dans les espaces publics de New York tels que des morceaux de gomme à mâcher et des mégots de cigarettes et les a utilisés pour créer une série de portraits tridimensionnels. Elle a d'abord extrait le code génétique des objets qu'elle a ramassés, puis a amplifié certaines régions de l'ADN qui sont connues pour être associées à des caractéristiques visibles, comme la couleur des yeux ou la taille du nez. Ces échantillons ont ensuite été séquencés et analysés. De là, Dewey-Hagborg a généré des portraits 3D, grandeur nature, représentant les caractéristiques faciales suggérées par l'échantillon d'ADN.

Les travaux de Dewey-Hagborg, et en particulier *Stranger Visions*, attirent l'attention sur la surveillance biologique (ou génétique), et le fait qu'elle s'installe de plus en plus dans la société contemporaine. Au-delà des préoccupations évidentes en matière de protection de la vie privée que suscitent des technologies comme le phénotypage de l'ADN, ses travaux soulignent également le biais inhérent de ces outils biotechnologiques et le dérapage qui peut résulter d'une vision de l'avenir déterminée génétiquement.

Il convient toutefois de noter que les portraits créés par Dewey-Hagborg ne ressemblent pas exactement ou nécessairement aux personnes desquelles provient l'ADN extrait, car les méthodes dont elle disposait à l'époque n'étaient pas assez sophistiquées pour générer des résultats suffisamment précis. Cela soulève toutefois plusieurs questions, la première, évidente, entourant le consentement au test génétique et à l'utilisation de ses données génétiques, mais une seconde : si la science était plus développée et que l'on pouvait faire une ingénierie inversée (« *reverse engineering* ») précise de cette séquence d'ADN, les droits de cette personne à son image seraient-

84. En ligne : <<https://deweyhagborg.com/statement>> ; qui se traduirait par « à dénouer certains de ces nœuds plus cachés, et à utiliser les matériaux de la discipline pour montrer plutôt que de dire ce [qu'elle trouve] » (notre traduction libre).

ils violés en raison de la ressemblance du portrait 3D ? Dans un tel contexte, quel droit, le cas échéant, une personne a-t-elle d'être associée à sa véritable image ?

i. *Stranger Visions* et la confidentialité des données génétiques

De façon générale, le droit au respect de la vie privée est fondé sur l'idée qu'une personne a droit à la protection de ses caractéristiques et opinions les plus fondamentales ou toute information personnelle identifiable qui lui est inextricablement liée.

Comme on l'a vu, le droit à la vie privée est protégé par des instruments législatifs fédéraux et provinciaux, tels que la LPRPDE au fédéral et le Code civil du Québec ainsi que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le service privé au Québec*. La notion de « renseignement personnel » y désigne toute information liée à une personne et qui permet de l'identifier⁸⁵ ; certains de ces renseignements peuvent également être considérés comme « sensibles », auquel cas ils demandent un plus haut niveau de protection⁸⁶. C'est le cas notamment des données génétiques⁸⁷.

Le consentement, pierre angulaire de toute législation relative à la protection de la vie privée, découle de la prémisse qu'une personne a le droit de contrôler l'accès à son corps et de contrôler l'utilisation de toute information pouvant servir à l'identifier. En effet, et comme nous l'avons mentionné, avant de traiter, collecter, utiliser ou divulguer des renseignements personnels, le consentement de la personne doit être obtenu, sauf pour certaines exceptions pour lesquelles le consentement n'est pas requis.

Dans le cas de *Stranger Visions*, Dewey-Hagborg n'utilise pas n'importe quels renseignements personnels, mais justement ces renseignements dits « sensibles » : le code génétique. Ce qui est particulier dans le cas de l'information génétique, et ce qui lui donne tant de valeur et justifie sa protection, c'est sa relation des plus intimes et des

85. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, art. 2 ; voir également la définition de « renseignement personnel » à l'art. 2(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.

86. Annexe I de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, art. 4.3.4, 4.3.6.

87. À ce sujet, la Cour fédérale a indiqué reconnaître que les renseignements médicaux sont extrêmement sensibles et doivent faire l'objet du plus haut degré de protection, *Townsend c. Financière Sun Life*, 2012 CF 550, par. 38.

plus uniques avec la personne de laquelle elle provient. L'information génétique devient à ce titre un vecteur important d'identification et, ultimement, de ciblage pour tout ce qui a trait aux commodités et à la consommation.

Cela est particulièrement flagrant au vu de l'expansion rapide et de la popularité des services de tests génétiques offerts directement aux consommateurs, qui collectent et produisent une quantité sans précédent de données génétiques. Certes, la richesse de l'information produite par l'industrie des tests génétiques peut sembler, à première vue, une aubaine pour la recherche médicale et scientifique. Elle suscite par contre l'intérêt d'autres secteurs, qui voient dans cette information un potentiel économique incroyable.

Sur ce point, lorsqu'une personne envoie un échantillon corporel à un service de test génétique, l'on attend d'elle qu'elle ait donné son consentement à ce test. Or, il n'est pas évident qu'en consentant au test lors de l'envoi de l'échantillon à l'entreprise de tests génétiques, la personne a également consenti à toute autre utilisation ultérieure telle que la recherche pharmaceutique, et même si ce consentement pourrait être considéré comme valable (selon la législation applicable).

Pour les besoins de notre analyse, il suffit de dire qu'au Québec, le Code civil exige qu'une personne consente explicitement à l'utilisation de son matériel corporel à des fins de recherche, à condition qu'il ait été initialement prélevé dans le cadre de soins médicaux⁸⁸. *A contrario*, le matériel corporel d'une personne (par ex. un échantillon de cheveu, d'ongle ou de salive) ne pourrait être utilisé, même à des fins de recherche, sans le consentement explicite de cette personne. Certaines provinces de common law ont également adopté une loi qui protège les informations sur la santé (ce qui doit certainement couvrir les données génétiques), de sorte que leur collecte et leur utilisation soient limitées à certaines fins (telles que la recherche ou les soins médicaux) et soumises au consentement de leur propriétaire (qui peut être implicite ou explicite, selon les circonstances de l'extraction et de l'utilisation ultérieure)⁸⁹. La loi de l'État de New York (où Dewey-Hagborg a créé *Stranger Visions*) prévoit également que les tests

88. C.c.Q., art. 22.

89. Voir en Ontario, la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*, L.O. 2004, c. 3, ann. A. Voir également en Colombie-Britannique, le *E-Health (Personal Health Information Access And Protection Of Privacy) Act*, S.B.C. 2008, c. 38, en Alberta le *Health Information Act*, R.S.A. 2000, c. H-5, ou encore en Saskatchewan le *Health Information Protection Act*, S.S. 1999, c. H-0.021.

génétiques ne peuvent être effectués qu'avec le consentement écrit préalable de la personne⁹⁰.

Il est donc intéressant de considérer *Stranger Visions* dans le contexte de ces cadres législatifs, au regard du fait que les échantillons utilisés pour réaliser ses portraits ont non seulement été recueillis sans le consentement des individus desquels provenait l'ADN, mais également à leur insu. Dewey-Hagborg pourrait-elle être tenue responsable envers ces individus ? Le fait que les objets qu'elle a utilisés pour le séquençage ont été jetés a-t-il un impact ? Pourrait-on dire que ces gens ont abandonné leurs droits sur le matériel corporel et génétique laissé sur l'objet jeté ? Cela est peu probable et susciterait de graves inquiétudes, particulièrement quant à certaines utilisations des échantillons d'ADN, par exemple dans le cadre d'activités policières⁹¹.

ii. *Stranger Visions* et le droit à l'image

Comme on l'a vu, le droit à la vie privée comprend et englobe le droit, plus spécifique, à son image et à l'utilisation qui en est faite.

Le droit à l'image répond donc à certaines prérogatives de la vie privée, tel que le droit de ne pas être identifié sans son consentement. Il est dès lors intéressant de se demander s'il protège également le droit d'une personne d'être associée à sa véritable image. Le droit à l'image intervient-il dans le cas d'une image produite à partir de l'ADN d'un individu, mais qui ne le représenterait pas fidèlement ?

Un parallèle intéressant peut être fait avec les caricatures. Sur ce sujet, bien que le droit soit mince, l'on constate que le droit civil et la common law ont une réponse différente à la question de savoir si les droits à l'image du sujet d'une caricature sont engagés : au Québec, le droit à l'image ne s'applique pas aux caricatures et couvre seulement les images directes d'une personne⁹². En common law au contraire, certains instruments législatifs sur la vie privée prévoient spécifiquement que la caricature fait partie d'une représentation de

90. *Confidentiality of Records of Genetic Tests, Consolidated Laws of New York, Civil Rights*, art. 7, §79-L.

91. Voir par exemple *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, où la CSC a jugé qu'un agent de police prélevant un échantillon de sang sur un patient à son insu ou sans son consentement équivalait à une perquisition et à une saisie abusives.

92. *Perron c. Éditions des Intouchables*, [2003] R.J.Q. 2560 (QC C.S.).

l'image d'un individu, et est donc sujet à recours⁹³. Une décision de la High Court of Justice de l'Ontario a également déjà conclu en la violation du droit à l'image d'un athlète de ski nautique populaire par la publication d'une illustration de lui au trait de crayon, le représentant dans l'une de ses poses célèbres⁹⁴. Les portraits 3D créés par Dewey-Hagborg pourraient-ils dans une certaine mesure être considérés comme une « caricature » du sujet duquel provient l'ADN utilisé ? Le parallèle est-il suffisamment proche pour calquer sur une situation comme *Stranger Visions* la réponse juridique à la question des droits à l'image dans une caricature ?

Cela étant, une condition *sine qua non* à la violation du droit à l'image est que l'utilisation illicite dont il est question doit faire en sorte que la personne soit identifiable⁹⁵. Par exemple, si une photographie est si floue qu'il est impossible d'identifier la personne photographiée, la responsabilité civile du photographe ne sera pas engagée⁹⁶.

Il nous est impossible de déterminer si les sujets représentés dans *Stranger Visions* ressemblent suffisamment aux portraits 3D de l'œuvre pour être identifiables. Une chose est certaine, ces portraits n'étaient pas destinés à représenter avec précision la personne de qui l'ADN a été prélevé et séquencé. Dans tous les cas, à mesure que la technologie évolue et que l'ingénierie inversée de l'ADN devient plus plausible, des portraits comme ceux créés par Dewey-Hagborg pourraient clairement ressembler davantage à leurs « propriétaires » d'origine.

* * *

Dewey-Hagborg a d'abord créé *Stranger Visions* en guise de commentaire artistique sur les risques des méthodes de surveillance

93. Voir par exemple la *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373 de Colombie-Britannique, qui protège à son article 3 de l'utilisation du « portrait » d'une personne, étant défini très largement comme toute image du demandeur, incluant une personne déguisée de manière à ressembler au demandeur ou une caricature du demandeur : « In this section, «portrait» means a likeness, still or moving, and includes (a) a likeness of another deliberately disguised to resemble the plaintiff, and (b) a caricature. »

94. *Athans c. Canadian Adventure Camps Ltd.*, [1977] 17 O.R. (2d) 425 (HCJ).

95. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 53.

96. Voir dans le contexte de la common law, où un haltérophile bien connu a été photographié, mais où seul son torse était visible sur la photo : *Joseph c. Daniels* (1986), 11 C.P.R. (3d) 544 (SC). Voir aussi : *Perron c. Éditions des Intouchables*, [2003] R.J.Q. 2560 (C.S.), où il a été jugé au Québec qu'une caricature ou un dessin humoristique d'un individu ne viole pas son droit à l'image.

biologique. Au cours des années qui ont suivi, son travail a ouvert d'autres voies de discussion et d'examen juridique. Comme la science et la technologie qui sous-tendent les techniques de *biohacking* telles que celles utilisées par Dewey-Hagborg continuent d'évoluer, ces réflexions juridiques peuvent passer du domaine de la spéculation à celui d'une zone grise légale.

V- SHE FALLS FOR AGES DE SKAWENNATI

La cinquième et dernière œuvre examinée est celle de l'artiste mohawk Skawennati. Nous tenons à préciser que ce texte a été rédigé depuis notre position privilégiée de personnes blanches et que nos commentaires sur le travail d'une artiste autochtone proviennent inévitablement d'une perspective juridique qui est fondée dans le colonialisme occidental, participant ainsi de la négation de l'identité et des droits autochtones.

Depuis 1997, Skawennati crée des œuvres d'art qui s'intéressent à l'avenir des Autochtones, notamment à travers des personnages virtuels ou « avatars ». Skawennati personnalise ces avatars de manière à représenter les peuples autochtones dans le cyberspace et à les positionner dans une perspective futuriste.

À travers son travail, Skawennati s'interroge : « *What will [Indigenous people] look like in the future? What will we wear in the future? But also, what are we bringing from the past? What are the values we want to live by?* »⁹⁷

Née à Kahnawà:ke en territoire mohawk, Skawennati offre un contrepoids à la manière dont les peuples autochtones sont souvent dépeints : telles des visions du passé et d'une vie traditionnelle.

Ses avatars, au contraire, font résolument partie du futur. Ils vivent dans la plateforme numérique Second Life, un monde virtuel 3D dans lequel les utilisateurs, par l'entremise de leur propre avatar, interagissent avec d'autres avatars, des lieux et des objets. Les avatars de Skawennati évoluent sur l'*AbTeC Island*. AbTeC (abrégé-

97. Dans une entrevue avec la CBC dans le cadre de la Indigenous Fashion Week de Toronto, en ligne : <<https://www.cbc.ca/arts/as-indigenous-fashion-week-toronto-moves-online-skawennati-takes-her-virtual-world-to-the-runway-1.5796932>> ; pourrait se traduire par « À quoi ressembleront les peuples autochtones de l'avenir ? Que porterons-nous dans le futur ? Mais aussi, qu'apportons-nous du passé ? Quelles sont les valeurs selon lesquelles nous voulons vivre ? » (notre traduction libre).

viation de *Aboriginal Territories in Cyberspace*) est un laboratoire de recherche-création basé à l'Université Concordia dont les travaux explorent la présence autochtone en ligne et dans d'autres environnements virtuels. Skawennati est la cofondatrice et la codirectrice d'AbTeC. *L'AbTeC Island* est un espace communautaire virtuel au sein de Second Life co-créé par Skawennati et d'autres artistes et chercheurs  ouvrant au sein d'AbTeC.

En utilisant ses avatars comme personnages et *l'AbTeC Island* comme décor, Skawennati crée des films dans un environnement virtuel – des « machinimas » dans le jargon numérique. Son machinima *She Falls for Ages* est un récit de l'histoire de la création des Haudenosaunee (Iroquois), adapté et projet  dans un cadre futuriste⁹⁸.

Le travail de Skawennati a récemment attiré l'attention médiatique (notamment du magazine *VOGUE*)⁹⁹ en raison de sa participation à un défilé de mode virtuel pendant le populaire Santa Fe Indian Market qui, pour son édition 2020, s'est tenu en ligne en raison de la COVID-19¹⁰⁰. Son travail a également été présenté lors de l'Indigenous Fashion Week de Toronto¹⁰¹.

Le travail de Skawennati s'intéresse aux questions relatives à la propriété intellectuelle, individuelle ou collective, à la relation entre ces formes de propriété et l'identité et les modèles autochtones, ainsi qu'à la façon dont ces questions sont liées au monde virtuel.

i. Le modèle occidental de la propriété intellectuelle et l'expression autochtone

La notion de propriété individuelle d'une œuvre intellectuelle est un concept créé par les penseurs et les législateurs occidentaux. Historiquement, et encore aujourd'hui, elle est imposée aux civilisations non occidentales à travers le monde. Cette situation est particulièrement problématique en ce qui concerne le savoir-faire et l'expression culturelle traditionnels autochtones. Ces enjeux sont importants, de même que les questions relatives à l'appropriation culturelle et au « *race-shifting* », notamment en ce qui concerne la

98. Le machinima *She Falls for Ages* peut être consulté en ligne : <<http://www.skawennati.com/SheFallsForAges/>>.

99. En ligne : <<https://www.vogue.com/article/skawennati-indigenous-artist-virtual-fashion>>.

100. En ligne : <<https://market.swaia.org/events/2020-fashion-show/>>.

101. En ligne : <https://ifwtoronto.com/events_and_programs/tu-gheh-nah-water-is-life/>.

représentativité autochtone dans les arts. De nombreux textes ont été écrits sur ces sujets importants, par des auteurs et autrices autochtones et non autochtones, qui méritent certainement une plus grande attention que ne le permet la portée du présent article.

Certes, certaines de ces questions sont de plus en plus abordées sur le plan international – bien que dans une perspective occidentale. Par exemple, un comité intergouvernemental a été mis en place par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) pour évaluer comment mieux protéger et promouvoir ces formes traditionnelles d'expression culturelle¹⁰² et de savoirs¹⁰³. Des instruments juridiques internationaux sont en cours d'élaboration et certains pays ont déjà pris des mesures concrètes pour protéger les pratiques, les connaissances et le savoir-faire traditionnels¹⁰⁴. Cependant, il reste encore beaucoup à faire pour remédier à la disparité de la protection juridique entre les pratiques intellectuelles occidentales ou coloniales, d'une part, et les expressions et connaissances culturelles traditionnelles ou autochtones, d'autre part.

Une protection juridique *sui generis* de ce type pourrait certainement profiter à l'art de Skawennati, qui intègre des éléments autochtones traditionnels et y fait référence, tels que les chemises à rubans.

ii. La propriété autochtone dans l'environnement virtuel

L'AbTeC *Island* est pour les Autochtones un espace qui leur appartient, où ils sont souverains et peuvent exprimer leur identité – s'habiller comme ils le souhaitent, organiser un PowWow, assister à un vernissage à la galerie d'art d'AbTeC, etc. Dans cet espace virtuel, les

102. Pour plus d'informations sur les travaux de ce comité en ce qui concerne l'expression culturelle traditionnelle (folklore) : <<https://www.wipo.int/tk/fr/folklore/index.html>>.

103. Pour plus d'informations sur les travaux de ce comité en ce qui concerne les savoirs traditionnels : <<https://www.wipo.int/tk/fr/tk/index.html>>.

104. La plupart de ces droits *sui generis* protégeant les connaissances traditionnelles et le folklore sont incorporés dans les lois sur la propriété intellectuelle, mais certains pays ont promulgué des instruments juridiques spécifiques. Voir par exemple, en Azerbaïdjan, la *Law on Legal Protection of Azerbaijani Folklore Expressions* ; au Pérou, la *Law introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources* ; au Panama, le *Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples* ; en Zambie, la *Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Expressions of Folklore Act*.

avatars sont libérés du colonialisme occidental et de ses conséquences sur leur vie « réelle » et sur la culture autochtone.

L'art de Skawennati, tout comme le machinima *She Falls for Ages*, se situe sur l'*AbTeC Island* et, d'une certaine façon, l'alimente. Son art y assure une certaine souveraineté et une capacité d'autodétermination des peuples autochtones. Toutefois, il pourrait potentiellement être compromis, en raison de la dépendance de l'*AbTeC Island* à une plateforme numérique tierce que Skawennati ne contrôle pas.

En effet, les avatars numériques, les paysages et autres composants et environnements virtuels de Skawennati ont été créés à l'intérieur de la plateforme Second Life et à l'aide de celle-ci. Ils y sont également stockés sous forme numérique. C'est sur cette plateforme et à travers elle qu'ils sont exposés et que tous peuvent interagir avec eux. C'est en outre sur l'*AbTeC Island* que les machinimas de Skawennati comme *She Falls for Ages* sont mis en scène et « tournés ».

Que se passerait-il donc si l'entreprise privée détenant et maintenant Second Life sur pied faisait faillite ou décidait de mettre fin à la plateforme ? Ou si elle était supprimée pour toute autre raison ? Puisque le travail de Skawennati dépend de l'existence de la plateforme, si celle-ci cessait d'exister, Skawennati pourrait perdre son travail, ou du moins devoir déployer des ressources et des efforts considérables pour le récupérer ou le transférer sur une autre plateforme.

En règle générale, les modalités d'utilisation des plateformes telles que Second Life avertissent leurs utilisateurs de diverses situations, telles que les interruptions de service, les restrictions d'accès, l'altération ou le retrait de contenu. Ces situations, si elles se produisent, peuvent potentiellement mettre la plateforme « hors ligne » ou supprimer le contenu de l'utilisateur. Les conditions d'utilisation de Second Life prévoient notamment que tout contenu téléchargé, publié ou soumis par ses utilisateurs peut être supprimé à la discrétion de l'entreprise propriétaire, sans préavis ni responsabilité envers l'utilisateur.

S'il est indéniable que certaines pratiques artistiques sont, en raison de leur nature même, temporaires ou *in situ* – l'art de la performance ou l'art web en sont d'excellents exemples –, l'art de Skawennati, en revanche, est manifestement conçu comme un ouvrage

permanent dans le monde virtuel. On peut en effet se demander si Skawennati souhaiterait que son travail, qui n'existe que dans Second Life, soit temporaire.

iii. Les droits moraux de Skawennati

Cela suscite des questions additionnelles concernant les droits moraux de Skawennati. Alors que les droits d'un artiste sur son œuvre sont souvent envisagés et discutés sous l'angle de ses droits économiques, c'est-à-dire le droit exclusif de l'artiste d'exercer, – et d'empêcher les autres d'exercer –, certaines actions spécifiques vis-à-vis de son œuvre, rappelons que les artistes ont également droit à l'intégrité de leur œuvre et, lorsque les circonstances le justifient, le droit d'être associés à l'œuvre en tant qu'auteur, par leur nom ou sous un pseudonyme, et le droit de rester anonymes¹⁰⁵.

Si Second Life devait cesser d'exister et, par la même occasion, entraîner la perte de la totalité ou d'une partie du travail de Skawennati, il pourrait être soutenu que son droit à l'intégrité de l'œuvre a été violé. En effet, il y a violation du droit d'un auteur à l'intégrité de son œuvre si, de façon préjudiciable à son honneur ou à sa réputation, l'œuvre est déformée, mutilée ou autrement modifiée¹⁰⁶.

Les droits moraux ne peuvent être cédés¹⁰⁷, n'étant pas considérés comme des droits patrimoniaux, mais plutôt comme une « extension de la personnalité de l'auteur »¹⁰⁸. Il est toutefois possible d'y renoncer¹⁰⁹. Une renonciation aux droits moraux est d'ailleurs monnaie courante dans les conditions d'utilisation des plateformes en ligne et Second Life n'y fait pas exception.

Les droits moraux n'ont que rarement fait l'objet de l'examen judiciaire. Et seule une petite proportion des affaires qui ont effectivement été judiciairisées traite de la mutilation ou de la destruction d'une œuvre artistique. L'une d'entre elles concerne un incident malheureux survenu au début des années 1990 où divers œuvres, matériaux et instruments d'un éminent artiste et sculpteur québécois, Armand Vaillancourt, étaient entreposés dans un garage annexé à une ancienne usine. Parmi ces œuvres, on retrouvait une sculpture

105. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 14.1.

106. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 28.2.

107. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 14.1(2).

108. *Galerie d'art du Petit Champlain inc. c. Théberge*, 2002 CSC 34, par. 120.

109. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 14.1(2).

monumentale inspirée de la crise d'Oka, composée de dix totems faits de planches de bois assemblées sur des socles, intitulée « Hommage aux Amérindiens ». Le bâtiment en question avait été acheté par une compagnie de théâtre et devait être partiellement démoli et entièrement rénové. Les travaux ont commencé peu après l'achat de la propriété et dans un malentendu évident, le contenu du garage a été détruit. L'artiste a intenté un recours pour violation de ses droits d'auteur et droits moraux. La Cour supérieure du Québec, dans une décision rédigée par l'honorable Pierrette Rayle (alors juge à cette cour), a accordé à l'artiste un montant total de 125 000 \$, en précisant que l'indemnité ne devait pas se limiter à la valeur marchande (c'est-à-dire économique) de la sculpture et que la *Loi sur le droit d'auteur* reconnaît au contraire à l'auteur un droit à des dommages moraux en cas de mutilation de son œuvre¹¹⁰.

Au regard de ce précédent, l'on se demande ce qu'il adviendrait du travail de Skawennati si la plateforme Second Life cessait d'exister. Son œuvre serait-elle considérée comme mutilée ou détruite, comme l'a été celle d'Armand Vaillancourt ? Le fait qu'elle ait agi en pleine connaissance de cause serait-il un élément de distinction déterminant ? Pourrait-elle se voir opposer les conditions d'utilisation de Second Life ?

Heureusement, Second Life est loin d'être désertée, avec une augmentation significative des nouvelles inscriptions et le retour d'anciens utilisateurs à cause de la COVID-19¹¹¹. Espérons donc, au bénéfice du travail de Skawennati, que ces questions (bien qu'intéressantes) resteront purement théoriques et n'auront jamais besoin d'être tranchées par un tribunal.

VI- CONCLUSION

Le présent article avait pour objectif d'analyser, sous un angle ou dans une optique juridique, cinq œuvres d'art technologique ayant fait une apparition, dans une forme ou dans une autre, dans l'actualité de l'an 2020. Bien que nous n'ayons fait qu'effleurer le sujet, la conclusion inévitable de cet exercice est que les enjeux juridiques relatifs à l'art technologique sont vastes et complexes, variant de la propriété intellectuelle à l'application d'instruments législatifs fédéraux et

110. *Vaillancourt c. Carbone 14 et al.*, [1999] R.J.Q. 490, 1998 CanLII 11231 (C.S.) (appel désisté), par. 35.

111. En ligne : <<https://www.hypergridbusiness.com/2020/04/second-life-sees-increase-in-users-during-coronavirus-pandemic/>>.

provinciaux, en passant par des considérations contractuelles et de responsabilité civile. Certes, un cadre juridique est nécessaire et désirable en toute société démocratique fondée sur la primauté du droit, mais ce « cadre » dans la démarche de l'artiste technologique s'éloigne d'un simple encadrement et s'apparente davantage à un parcours à obstacles. Tant de contraintes et de risques de responsabilité peuvent-ils avoir un effet refroidissant sur les artistes ? En espérant que l'élan créatif ne souffre pas, dans l'avenir, d'un système juridique prévoyant peut-être trop peu de mécanismes de protection ou de défense de la liberté d'expression des artistes dans cette sphère artistique.