

**Ce qui est à moi est à moi:  
une étude de la protection  
accordée par le droit d'auteur  
à la «sonorité» d'un musicien**

**Dan Wolfensohn\***

*Some people [...] have an original sound where they  
can play one note and you know who they are.*  
-Ray Charles<sup>1</sup>

1. Introduction . . . . .	839
2. Qu'est-ce qu'une «sonorité»? . . . . .	839
2.1 La sonorité: au-delà de la simple notion mécanique ou scientifique du son . . . . .	839
3. La sonorité en tant qu'objet du droit d'auteur. . . . .	840
3.1 Intérêts divergents . . . . .	840

---

© Dan Wolfensohn, 2004.

\* Avocat chez Heenan Blaikie SRL.

1. Extrait d'une entrevue en ligne avec Ray Charles présentée par Rhino Records & Netnoir Online diffusée sur Rhine Records Online <<http://www.rhino.com>> le 13 novembre 1997 (NetNoir, Inc. et Rhino Entertainment).

3.2	Originalité . . . . .	843
3.3	Fixation . . . . .	844
3.4	S'agit-il d'une «œuvre»? . . . . .	846
3.5	Concilier la sonorité avec la dichotomie idée/ expression . . . . .	846
3.6	Autres possibilités . . . . .	849
3.6.1	Marque de commerce et action en substitution . . . . .	849
3.6.2	Usurpation de personnalité . . . . .	851
3.7	Autres questions . . . . .	852

## 1. Introduction

Alors qu'il était dans le passé impensable et jugé inutile de reconnaître la protection du droit d'auteur à la «sonorité» originale des musiciens, la réalité du monde musical d'aujourd'hui est telle qu'en plus de l'ensemble grandissant des droits importants déjà reconnus aux musiciens pour protéger leurs entreprises artistiques, il faut maintenant reconnaître cette protection. Le présent article se penche sur la protection déjà assurée par le régime du droit d'auteur canadien actuel à la «sonorité» des musiciens mais, d'abord et avant tout, il fait la démonstration que le droit *devrait*, à tout le moins, protéger cette «sonorité».

## 2. Qu'est-ce qu'une «sonorité»?

Employé dans le contexte du présent article, le terme «sonorité» renvoie à l'inflexion musicale particulière qu'un musicien (ou un groupe de musiciens) parvient à créer, qui est une manifestation de sa vision artistique personnelle et qu'il met à contribution dans l'interprétation (en direct, enregistrée ou radiodiffusée) d'une œuvre musicale. Comme pour bien d'autres œuvres d'art, la sonorité qu'un musicien élabore s'appuie sur des œuvres déjà créées et dont celui-ci s'inspire pour se construire une identité musicale propre et faire sa marque.

### 2.1 *La sonorité: au-delà de la simple notion mécanique ou scientifique du son*

Bien que le son lui-même, constitué de tons et de hauteurs, soit le fondement de la sonorité d'un musicien, il n'en est qu'une infime partie. Lorsqu'une personne essaie de produire un son au moyen d'un instrument de musique, ce son se distinguera vraisemblablement des sons que produiraient d'autres du fait même du caractère unique de ses attributs physiques, qui ont inévitablement un effet déterminant sur le son produit. Plusieurs facteurs impor-

tants donneront au son une tournure particulière: la force et la taille d'organes physiques comme les lèvres, le diaphragme, le larynx, la mâchoire et la langue (pour la voix et les instruments à vent) et la force et la taille des doigts, des poignets, des bras, des avant-bras et des épaules (pour des instruments comme les instruments à corde, le piano, les instruments de percussion, etc.). D'autres éléments variables comme le type physique, la dextérité, les capacités physiques et respiratoires en général, de même que la posture auront également une influence déterminante sur le son produit, au même titre que les particularités de l'instrument choisi.

Ce son «brut» ne devrait pas, toutefois, être l'objet proprement dit du droit d'auteur puisqu'il n'est, en fait, que le résultat de l'alliage de la constitution génétique d'une personne et d'un instrument de musique donné. Par contre, l'évolution résultant de l'étude, de la pratique, de la conceptualisation et du choix intuitif transforme le résultat initial en une invention volontairement originale: le produit de l'expression de son auteur ou de ses auteurs et qui le plus souvent évoluera avec le temps. Frank Sinatra, Louis Armstrong, Miles Davis, Liberace, Janis Joplin, Jimi Hendrix, Django Reinhardt, Toots Thielmans, Charlie Parker, Jean-Pierre Rempal, Glen Gould, Oscar Peterson sont de bons exemples de personnes qui ont créé leur sonorité propre. Le caractère distinctif de la création sonore est par ailleurs davantage marqué lorsque les musiciens se réunissent et forment des groupes, qui eux-mêmes peuvent créer des sonorités distinctes propres. Des groupes comme les Beatles, Led Zeppelin, U2, Red Hot Chili Peppers, Nirvana, The Everly Brothers, Run DMC et Abba s'imposent immédiatement à l'esprit. Dans tous ces cas, les sons eux-mêmes ont été agencés et transformés en des œuvres d'art en soi grâce au travail et à l'imagination des musiciens.

### 3. La sonorité en tant qu'objet du droit d'auteur

#### 3.1 *Intérêts divergents*

La *Loi sur le droit d'auteur*<sup>2</sup> du Canada a subi plusieurs changements importants au cours des années, et cela en partie par suite des efforts constants déployés par le gouvernement pour veiller à ce que la loi et la politique canadiennes en matière de droit d'auteur évoluent au même rythme, de plus en plus accéléré, que les change-

---

2. L.R.C. (1985), c. C-42 [ci-après désignée la *Loi*].

ments sociaux et les progrès de la technologie. Bien sûr, les limites de la loi, tout comme le délinéament de l'objet auquel elle s'applique, restent à préciser. Cela ne veut pas dire pour autant que la loi n'a pas de limite, mais seulement que les efforts ont, semble-t-il, tendu davantage vers la flexibilité pour tenir compte des nouvelles réalités et de progrès techniques sans précédents.

Le texte qui suit est un énoncé de la politique à la base de la législation canadienne en matière de droit d'auteur exprimée dans les termes de la Direction générale de la politique du droit d'auteur de Patrimoine canadien:

Les politiques et les lois sur le droit d'auteur au Canada sont conçues pour assurer la reconnaissance et la protection juridiques des droits économiques et moraux des créateurs, tout en considérant les besoins des usagers.<sup>3</sup>

Cela étant, élargir la portée de la législation sur le droit d'auteur serait entrepris avec circonspection et de manière à respecter des intérêts divergents, le plus souvent irréconciliables. L'auteur Rosen souligne que la raison d'être du droit d'auteur a traditionnellement été perçue comme l'équilibrage de deux éléments:

[O]ne, the public's interest in having access to new works, new ideas, and the progress that may be expected to result from their general dissemination; the other, to provide incentives – or rewards – for continued creativity.<sup>4</sup>

3. PATRIMOINE CANADIEN, «La raison d'être du droit d'auteur», extrait du site Internet de la Direction générale de la politique du droit d'auteur de Patrimoine canadien <[http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/faq-info/index\\_f.cfm](http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/faq-info/index_f.cfm)>.
4. A. ROSEN, «Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy», (1992) 26 *UBC Law Review* 263, à la p. 266. La description de Rosen met en évidence un élément important, à savoir qu'en octroyant au créateur le droit exclusif d'exploiter son œuvre, la loi sur le droit d'auteur lui garantit le droit, *a contrario*, de ne pas utiliser son œuvre. Même si l'étude approfondie des justifications du droit d'auteur n'est pas l'objet du présent article, il est intéressant de noter, comme le souligne Rosen, que ce raisonnement traditionnel ne fait nullement l'unanimité. Par exemple, Hettinger est d'avis qu'il faut trouver des manières d'encourager la créativité sans pour autant priver le grand public des œuvres créatives, comme le permet le droit d'auteur. E. HETTINGER, «Justifying Intellectual Property», (1989) 18 *Philosophy and Public Affairs* 30. Quant à Vaver, il estime que le lien entre le droit d'auteur et le processus créatif ne s'impose pas de soi, surtout lorsqu'on sait que, la plupart du temps, les titulaires du droit d'auteur ne sont pas les véritables créateurs. D. VAVER, «Some Agnostic Observations on Intellectual Property», 61.P.J., juin 1991, 125. Dans son ouvrage intitulé *Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2000), à la page 28 [ci-après désigné *Copyright Law*],

L'assertion selon laquelle la sonorité d'un musicien peut être caractérisée comme un objet adéquat de protection par droit d'auteur est à la fois logique et idiote. D'une part, la sonorité est le résultat de la vision créative d'un musicien et est une forme indépendante de l'expression artistique. Bien que le musicien puisse en faire la démonstration dans des représentations ou des enregistrements, sa sonorité constitue un acte original d'ingéniosité en soi. Il serait donc logique de reconnaître au musicien les droits nécessaires pour protéger son œuvre. D'un autre côté, l'idée de recourir à la loi pour, en quelque sorte, restreindre l'utilisation d'une sonorité semble aller à l'encontre des notions de tradition, de partage et même d'émulation si chères à beaucoup de musiciens et de mélomanes. Certains dont la conception de l'art est idéaliste pourraient même mettre en doute l'utilité d'examiner, sous la loupe du droit ou de l'économie, quelque chose comme une voix musicale particulière.

Il est important de garder à l'esprit que le fait de protéger les sonorités ne serait pas à vrai dire anormal puisque la législation actuelle reconnaît déjà expressément aux musiciens un droit d'auteur sur bien des aspects. Le travail et la créativité investis dans la composition, l'enregistrement et depuis peu, par suite des modifications à la loi, dans la plupart des interprétations ont obtenu la reconnaissance juridique qu'ils méritent. L'application de la protection des sonorités par droit d'auteur ne ferait que mettre les fruits les plus importants des efforts du musicien sur le même pied que les autres produits auxquels la législation accorde déjà la protection. Refuser le droit de protéger les sonorités de l'auteur pourrait, par contre, signifier qu'un artiste à l'avant-garde de son art ne pourrait bénéficier d'une protection et de bénéfices pourtant bien mérités.

L'utilisation de plus en plus répandue de l'échantillonnage numérique pourrait bien, à raison, devenir une source nouvelle et réelle d'inquiétudes pour les musiciens vu la possibilité de reproduction qu'il offre. La sonorité vocale ou instrumentale distincte d'un musicien peut maintenant être captée numériquement puis traitée par un ingénieur au moyen d'un synthétiseur qui permet de lui appliquer de nouveaux rythmes, de choisir des notes et une nouvelle musique pour créer une pièce musicale entièrement nouvelle, mais qui repose sur la sonorité sous-jacente du musicien dont la musique a

---

Vaver souligne que «[t]he incentives referred to are generally directed at those who actually create the laudable works, as well as to those who invest in their financing, producing and distributing».

été échantillonnée. Grâce à l'échantillonnage, il est possible, conçoit un auteur, que «the artist whose livelihood depends on a unique, recognizable vocal sound, or a particular electronic sound developed through long hours of work, stands to be replaced by a computer»<sup>5</sup>.

### 3.2 Originalité

Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ce qui suit:

Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique *originale* [...]»<sup>6</sup>

Comme le souligne l'auteur Vaver, «copyright protects only *original* work. The product must originate from its author, not be copied, and involve some intellectual effort»<sup>7</sup>. Peu importe comment la notion d'originalité est interprétée, la sonorité semble respecter le critère de l'origine («originate from its author»), puisque la sonorité est une création personnelle, façonnée, ouvrée par le musicien à l'image de ses idéaux artistiques. Depuis plusieurs années, on constate qu'il y a divergence d'idées quant à la condition de l'«effort intellectuel» pour qu'une œuvre soit considérée originale<sup>8</sup>:

Although all concur that the author has to exercise some skill, ingenuity, judgment, labour, or expense (or some combination of these) in making the work, the type and amount of effort is left unclear. Courts offer fudge matters by saying that it is all a question of degree and fact; that quality matters more than quantity; and that what qualifies as original for one class of work (say, compilations) is not the same as for another (say, painting). On the degree of work, some would require “little more than negligible” work, others “substantial”. On the type of work, some seem happy with industry or even experience; others demand “creativity” or the expression of the author's own thoughts.<sup>9</sup>

5. R.G. BENSON, «Legal Protection For Arrangements Of Musical Works: A Modern Perspective», 22 *C.P.R.* (3<sup>e</sup>) 97, à la p. 124.

6. *Supra*, note 2. Les italiques sont nôtres.

7. VAVER, *Copyright Law*, *supra*, note 4, à la p. 57. Les italiques sont nôtres.

8. *Ibid.*, à la p. 58.

9. *Ibid.*, à la p. 61.

Une sonorité peut vraisemblablement être qualifiée d'originale au sens de la *Loi*, même si l'on applique la condition la plus stricte d'«effort intellectuel» décrite ci-dessus. Le nombre incalculable d'heures que la plupart des musiciens consacrent sinon à autre chose que de conceptualiser et réaliser une sonorité, que ce soit lors d'une répétition, à l'occasion d'une représentation ou même dans une file d'attente à la banque répond, à notre avis, au critère plus sévère de la somme considérable d'heures de travail. D'ailleurs, étant donné l'infinité des influences, des méthodes et des idées dont s'inspire le musicien pour former sa propre sonorité, il est difficile de justifier le refus de qualifier sa sonorité de «créative».

### 3.3 Fixation

Il a été généralement présumé que «for copyright to subsist in a «work» it must be expressed at least in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance»<sup>10</sup>. Contrairement à la loi américaine sur le droit d'auteur<sup>11</sup>, la *Loi* ne prévoit aucune exigence de fixation.

Vaver souligne le fait que nulle part dans la *Loi* il n'est précisé, comme condition générale de la protection, que l'œuvre doit être fixée<sup>12</sup>. Même s'il admet que la condition de fixation conférerait au droit une forme de certitude et même s'il reconnaît qu'il existe certaines conditions de fixation expresses pour certaines catégories d'objets et certaines conditions implicites pour d'autres catégories d'objets, Vaver soutient que l'hypothèse selon laquelle la fixation est une condition préalable à l'existence d'un droit d'auteur est dépourvue de logique.

[F]ar from being a general precondition for protection, fixation may function better simply by providing evidence of the exis-

10. *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382, à la p. 394. Voir également *Gould Estate c. Stoddard Publishing Co. Ltd.*, (1996) 30 O.R. (3<sup>e</sup>) 520, conf. (1998) C.P.R. (3<sup>e</sup>) 161 (C.A. Ont.), où il a été jugé que «oral statements in a speech, interview or conversation are not recognized in that form as literary creations and do not attract copyright protection».

11. L'article 102 de la *US Copyright Act* (17 USC 101 – 810) prévoit que «[c]opyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device». Les italiques sont nôtres.

12. VAVER, *Copyright Law*, supra, note 4, à la p. 63.



tence or character of a work. Distinguishing between fixed and unfixed material may discriminate among artistic endeavors that, on the face of them, seem equally worthy.<sup>13</sup>

Si l'on part du principe que la fixation est nécessaire pour que l'auteur bénéficie de la protection du droit d'auteur, on peut donc prétendre que la sonorité captée par enregistrement est protégeable. Comme un enregistrement sonore, auquel la *Loi* reconnaît expressément la protection du droit d'auteur, n'est en fait que la fixation de sons sur un support matériel, peut-être n'est-il pas insensé d'en conclure que ce sont les sons eux-mêmes qui sont protégés.

Toutefois, l'opinion la plus plausible est celle qui donne raison à l'auteur Vaver, selon qui le rôle véritable de la fixation aux termes de la *Loi* ne consiste qu'à permettre d'identifier «the existence or character of a work». Dès lors, il ne serait pas nécessaire d'établir que la sonorité est fixée pour qu'elle soit protégée, quoique le fait qu'elle le soit puisse certainement aider. Le concept de fixation se conçoit mieux en tant que moyen d'identification. Pour ce qui est d'une sonorité, ajoutons que le caractère «identifiable» devrait inclure le caractère «reconnaissable» et même, à la limite, le caractère «distinct». Si la sonorité n'était pas identifiable dans ces sens, lui accorder la protection serait tout simplement trop difficile.

Cet aspect soulève la question du moyen d'établir les normes adéquates d'identification. Comme le souligne un auteur, «although the average listener could, in all likelihood, differentiate between a piano and a saxophone, most could not differentiate between one saxophonist and another»<sup>14</sup>. Toutefois, il est probablement plus facile de reconnaître les nuances dans les voix que dans les sons produits par des instruments et il peut être également un peu plus facile d'identifier des caractéristiques distinctes d'un ensemble de sons provenant d'un instrument joué seul. L'incapacité vraisemblable du profane de procéder à l'identification ne pose pas d'obstacle insurmontable, le fait étant qu'il est possible de faire appel à des experts. En effet, comme dans bien d'autres affaires relatives au droit d'auteur sur la musique, le témoignage de mélomanes et interprètes expérimentés et compétents permettra d'effectuer l'analyse nécessaire de manière adéquate<sup>15</sup>.

13. *Ibid.*, à la p. 64.

14. S. TURK, «Copyrights and Jazz Improvisation: Creativity Unprotected», *U. Balt. Intell. Prop. L.J.* 66, à la p. 71.

15. *Hadley c. Kemp*, [1999] E.M.L.R. 589, ayant trait à un litige entre les membres du groupe populaire Spandau Ballet.

### 3.4 S'agit-il d'une «œuvre»?

La prochaine étape consiste à déterminer si une sonorité respecte le critère de l'objet du droit d'auteur établi à l'article 5 de la *Loi*, qui prévoit qu'un droit d'auteur «existe [...] sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale»<sup>16</sup>. À prime abord, on serait porté à penser qu'une sonorité est tout simplement comprise dans l'idée d'«œuvre musicale». Comme nous l'avons déjà mentionné, la sonorité est l'œuvre d'un musicien et de là à désigner une telle œuvre «une œuvre musicale», il n'y a qu'un pas à franchir. Toutefois, la définition que donne la loi ne permet pas aisément une telle interprétation puisqu'elle limite la définition d'«œuvre musicale» aux «œuvres de musique» ou «compositions»<sup>17</sup>. On pourrait d'un autre côté opposer qu'une «œuvre de musique» n'exclut *pas* nécessairement la sonorité, mais cet argument n'est pas très convaincant puisque la définition de la *Loi* présuppose une œuvre ou une pièce musicale par opposition à toute œuvre qui, d'une manière ou d'une autre, pourrait être considérée comme étant musicale.

La possibilité d'accorder la protection du droit d'auteur à une sonorité en l'ajoutant aux œuvres visées par la *Loi* aurait pu facilement trouver appui dans l'emploi du mot «includes» dans la définition anglaise de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale» («every original literary, dramatic, musical and artistic») <sup>18</sup>. Il s'ensuit que la liste des catégories d'objets n'est pas exhaustive, ce qui permet l'inclusion implicite de la sonorité au nombre des objets protégeables figurant dans cette liste.

### 3.5 Concilier la sonorité avec la dichotomie idée/expression

Le droit d'auteur protège l'expression des idées, mais il ne protège pas les idées en soi. En d'autres termes, une idée qui n'a pas été matérialisée ou réalisée peut être librement utilisée par tout le monde, mais cette liberté prend fin dès lors que l'idée est exprimée

16. *Supra*, note 2, art. 5. Les italiques sont nôtres.

17. *Ibid.*, définition de l'article 2: «œuvre musicale» toute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans parole – et toute compilation de celle-ci.

18. *Ibid.*, définition de l'article 2: «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 compilations, books, pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works, translations, illustrations, sketches and plastic works relative to geography, topography, architecture or science [...]. Les italiques sont nôtres.

et prend une forme quelconque. Comme le souligne Rosen, cette «idea/expression dichotomy is a conspicuously central yet manifestly unclear principal of copyright law»<sup>19</sup>. Au cœur de cette absence de clarté se trouve le problème de distinguer les idées de leurs expressions. Comme l'a indiqué le juge Hand, «the distinction between ideas and expressions «will seem arbitrary» no matter where it is drawn»<sup>20</sup>.

Rien de plus évident comme exemple que celui de l'idée d'un roman relatant l'histoire de poulets qui dansent et le roman lui-même, deux choses conceptuellement distinctes. De la même manière, les idées originales comme celles d'un réalisateur qui prévoit tourner un film sur la vue avec une lentille floue, d'un peintre qui désire peindre l'horizon en ne se servant que de condiments de snack-bar ou d'un compositeur dont l'intention est d'allier des thèmes inversés de «West Side Story» et les paroles de *2 Live Crew's Greatest Hits* et d'en faire un requiem pour quatuor de saxophones, sont toutes distinctes de leur produit fini et permet de clairement saisir la dichotomie idée/expression. Dans tous ces exemples, les idées à l'origine de ces œuvres ou expressions inédites pourraient dans certains cas être désignées comme les «styles» ou les «styles artistiques» des œuvres. Vaver précise que:

copyrights protects expression only, *not ideas, schemes, systems, artistic style, or "any method or principle of manufacture or instruction."* Anyone was (and is) free to paint funny-looking people holding guitars: what they cannot do is imitate Picasso's expression of these subjects.<sup>21</sup>

Cet énoncé nous renvoie à plusieurs termes que l'on pourrait généralement juxtaposer avec la notion d'idée par rapport à celle d'expression. Plus précisément, dans ce contexte, le terme «style» est à bon escient employé sans lien avec le terme «idée». Il renvoie au concept ou à la technique de l'auteur et à ces idées abstraites non encore exprimées.

Vaver s'efforce de préciser la nuance à faire:

19. ROSEN, *supra*, note 4, à la p. 263.

20. *Ibid.*

21. VAVER, *Copyright Law, supra*, note 4, à la p. 30 [note infrapaginale omise]. Les italiques sont nôtres.

[O]ne filmmaker cannot prevent another filmmaker from copying the first's camera and editing techniques or his choice of subject matter, any more than one painter can stop others from copying his use of colour or brush technique. [...] It is the film or painting itself that is the author's expression, and it is this that cannot be copied without the first author's consent.<sup>22</sup>

Bien que la démarcation entre les idées et les expressions soit parfois nette, comme elle l'est dans les exemples donnés par Vaver, il n'y a néanmoins «no intrinsically right place to draw the line between an idea and its expression»<sup>23</sup>. Cependant, peut-être est-il plus facile de faire cette distinction pour certains types d'œuvres que pour d'autres. Comme l'indique Hettinger, le «style» peut parfois être lui-même une partie de l'expression:

Expressions of ideas are copyrightable; ideas themselves are not. While useful, this notion of separating the content of an idea from its style of presentation is not unproblematic. Difficulty in distinguishing the two is most apparent in the more artistic forms of authorship [...], where style and content interpenetrate. In these mediums, more so than in others, *how something is said is very much part of what is said (and vice versa)*.<sup>24</sup>

Tenter de faire une distinction entre la sonorité d'un musicien et son interprétation en termes de dichotomie idée/expression soulève précisément ce problème puisque, le plus souvent, les deux sont inséparables.

Un auteur suggère que «[e]ven a relaxation of the «idea» versus «expression» dichotomy would be of no assistance because a sound is neither of these»<sup>25</sup>. Ce point de vue est juste dans la mesure où il renvoie uniquement au «son brut» décrit ci-dessus, étant donné que

22. VAVER, *Copyright Law*, supra, note 4, à la p. 123.

23. ROSEN, supra, note 4, à la p. 280. Dans *Baker c. Seldon*, 101 U.S. 99 (1879), la Cour suprême des États-Unis laissait entendre que, dans certains cas, il pouvait être impossible de distinguer l'idée de l'expression: «[O]f course these observations are not intended to apply to ornamental designs, or pictorial illustrations addressed to the taste. Of these it may be said that their essence, and their object the production of pleasure in their contemplation. This is their final end. They are as much the product of genius and the result of composition, as are the lines of the poet or the historian's periods.».

24. HETTINGER, supra, note 4, à la p. 32. Les italiques sont nôtres.

25. BENSON, supra, note 5, à la p. 131.

ces sons ne constituent pas une forme d'expression. Il est à noter, toutefois, qu'une interprétation n'est pas l'expression de la sonorité en tant qu'idée, mais que la sonorité est plutôt une expression qui est dévoilée par une autre forme d'expression, à savoir l'interprétation. La sonorité pourrait être désignée comme étant le «style de présentation» verbal et personnel du musicien, mais ne devrait pas être assimilé au style de l'«idée» puisque la sonorité est bien plus qu'une idée – elle est elle-même une expression de l'idée.

### 3.6 Autres possibilités

À cette étape-ci, il est utile de se pencher sur les voies de recours qu'une personne qui cherche à protéger ses droits sur une sonorité peut emprunter, mise à part la revendication d'un droit d'auteur.

#### 3.6.1 Marque de commerce et action en substitution<sup>26</sup>

En termes simples, les sonorités purement originales et reconnaissables sont souvent désignées par l'expression «marque sonore» (*trademark sound*) et la législation a, à plusieurs occasions, été invoquée avec succès pour reconnaître à ces ensembles de sons une marque de commerce. Par exemple, en 1950, le réseau NBC, propriété de General Electric Co., a enregistré une marque de commerce sur l'indicatif sonore constitué des notes sol (G), mi (E) et do (C), et les studios de cinéma Metro-Goldwyn-Mayer Inc. ont enregistré une marque de commerce sur le rugissement de son lion emblématique<sup>27</sup>. Dans la même veine d'idées, Harley-Davidson Inc., le plus grand fabricant de motocyclettes aux États-Unis, n'a que très récemment abandonné ses efforts pour faire reconnaître une marque de commerce sur la sonorité de ses moteurs V-2, qu'elle décrivait dans sa demande d'enregistrement de marque de commerce comme étant un grondement syncopé de tuyau d'échappement qui ressemblait à la répétition rapide du mot «potato»<sup>28</sup>.

26. L'étude de la question du brevet comme autre moyen possible de protéger la sonorité a été sciemment omise, surtout parce que, selon nous, cette méthode est difficilement défendable. Pour mémoire, les brevets protègent des techniques, des procédés et des dispositifs de fabrication nouveaux et utiles. Il n'est nullement tenu compte de la qualité artistique ou esthétique de ces objets et, par conséquent, le brevet ne peut être accordé à l'égard de la sonorité.

27. Joyzelle DAVIS, «Harley-Davidson Drops Fight To Trademark Sound Of its Engines», *Bloomberg News*, le 21 juin 2000. Extrait de auto.com <[http://www.auto.com/industry/iwird21\\_20000621.htm](http://www.auto.com/industry/iwird21_20000621.htm)>.

28. *Ibid.* Par ailleurs, Harley détient déjà la marque de commerce sur le terme «Hog» utilisé dans le monde de la motocyclette.

Au Canada, la *Loi sur les marques de commerce* tend à appuyer l'hypothèse que les sonorités peuvent faire l'objet d'une marque de commerce. Le paragraphe 6(5) prévoit ce qui suit:

6. (5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

[...]

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le *son*, ou dans les idées qu'ils suggèrent.<sup>29</sup>

En outre, en établissant des limites sur le droit d'enregistrer certaines marques de commerce, l'article 13 sur la *Loi sur les marques de commerce* énonce expressément et précisément qu'une marque de commerce peut être «graphique, écrite ou *sonore*»<sup>30</sup>.

Ces renvois explicites au son comme marque de commerce devraient dissiper tout doute quant à la possibilité de protéger la sonorité par brevet.

Au moins un auteur semble être de l'avis que, du point de vue conceptuel, la revendication d'une marque de commerce (et l'action en substitution) constitue un moyen de protection du droit de propriété intellectuelle sur des sonorités:

Copyright protects creative effort embodied in a work such as a score, a sound recording, or potentially a performance. A distinctive sound is more akin to a trade mark which is distinctive

29. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13. Les italiques sont nôtres.

30. *Ibid.* Les italiques sont nôtres. Le paragraphe 12(1) se lit: «Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants: [...] b) qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou *sonore*, elle donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services [...]».

of a person, and indicates that person's "stock in trade." An appropriation of that sound which would confuse and deceive the public should be actionable either under common law passing-off or misappropriation of personality, not copyright.<sup>31</sup>

Néanmoins, même si elle s'applique aux sonorités, la marque de commerce est essentiellement un moyen de protéger un symbole quelconque qui identifie et distingue une source de biens ou de services d'une autre. Même si un son peut constituer un tel symbole – comme une courte phrase musicale qui identifie effectivement NBC – la sonorité d'un musicien est davantage assimilable à l'«effort créatif matérialisé dans une œuvre» envisagé par le droit d'auteur. Une approche fondée sur le droit d'auteur est de loin préférable à celle reposant sur la marque de commerce parce que seule la première tient compte des droits moraux de l'auteur et les protège.

### 3.6.2 Usurpation de personnalité

Un recours en usurpation de personnalité peut être d'une certaine utilité lorsqu'une personne, en émulant l'auteur, tente de tirer profit de la sonorité que celui-ci a mise au point. La common law de même que des lois de certaines provinces reconnaissent à une personne le droit exclusif d'accorder ou de refuser le droit d'exploiter sa personnalité<sup>32</sup>. Le délit que constitue l'usurpation du nom, de la voix, de l'image ou d'une autre caractéristique valorisée offre par conséquent une autre forme de protection du droit d'auteur. Pour qu'il soit fait droit à cette action il faut toutefois pouvoir *associer la sonorité en cause avec la personnalité* de l'auteur. Or, le fait que le droit d'auteur protège toute œuvre originale, qu'il s'agisse d'une œuvre qui permet d'identifier l'artiste ou non, en fait une forme plus adéquate de protection juridique.

31. BENSON, *supra*, note 5, à la p. 131.

32. David VAVER, «What's mine is not Yours: Commercial Appropriation of Personality Under the Privacy Acts of British Columbia, Manitoba and Saskatchewan», (1981) 15 *U.B.C.L.R.* 241, à la p. 255. Voir *Krouse c. Chrysler Canada Ltd.*, (1973) 40 *D.L.R.* (3<sup>e</sup>) 15; rév. 25 *D.L.R.* (3<sup>e</sup>) 49. *Athans c. Canadian Adventure Camps Ltd.*, (1977) 80 *D.L.R.* (3<sup>e</sup>) 583; *Racine c. C.J.R.C. Radio Capitale ltée*, (1977) 80 *D.L.R.* (3<sup>e</sup>) 441; *Dawell c. Mengen Institute*, (1983) 72 *C.P.R.* (2<sup>e</sup>) 238. Voir également *Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24; *Privacy Act*, S.M. 1970, c. 74; *Privacy Act*, S. Nfld. 1981, c. 6; *Privacy Act*, R.S.B.C. 1979, c. 336.

### 3.7 *Autres questions*

Le présent article s'est principalement intéressé à déterminer si une sonorité peut et devrait faire l'objet d'un droit d'auteur, mais il y a lieu néanmoins de faire état de quelques questions accessoires. Dans l'hypothèse où un droit d'auteur *pourrait* être reconnu à l'égard de la sonorité, qui pourrait revendiquer ce droit d'auteur en cas d'atteinte? Si, par exemple, la sonorité était copiée d'un enregistrement et que le droit d'auteur sur cet enregistrement appartenait à une personne autre que le musicien ou le groupe, plusieurs revendications pourraient se retrouver en situation de concurrence. Demeure en outre la question de la durée de ce droit d'auteur. La durée de 50 ans prévue par la *Loi* devrait peut-être être reconsidérée étant donné que la sonorité n'est pas nécessairement fixée et qu'elle peut dès lors cesser d'exister au moment du décès de son auteur. De plus, la preuve de la reproduction «d'une partie importante» nécessaire pour établir la contrefaçon pourrait constituer un obstacle important à surmonter et particulièrement en ce qui a trait à l'échantillonnage numérique, la matière reproduite n'étant le plus souvent qu'une seule note.

Il est bien évident que plusieurs facteurs doivent être pris en considération si l'on entend invoquer la *Loi* pour protéger la sonorité d'un musicien contre une atteinte au droit d'auteur. Il y a en outre un bon nombre de problèmes à étudier avant qu'un système plus efficace puisse être mis en place. Ce qui est certain, c'est que la sonorité d'un musicien est digne d'être protégée par droit d'auteur au même titre que toutes les autres parties de l'artisanat du musicien (ou l'artisanat de tout autre musicien), à la condition qu'elle constitue le fruit distinct d'un effort artistique conscient. La protection du fruit du travail artistique est le principe même autour duquel s'articule la *Loi sur le droit d'auteur*.