

## L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores et le droit d'auteur au Canada

Julian Malone\*

1. Introduction . . . . .	345
2. Définition et historique de l'échantillonnage d'enregistrements sonores. . . . .	345
3. Historique de l'échantillonnage . . . . .	346
4. L'échantillonnage et la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> au Canada. . . . .	351
4.1 Les droits, recours et moyens de défense afférents à l'œuvre musicale échantillonnée . . . . .	352
4.1.1 Les droits patrimoniaux. . . . .	352
4.1.2 Les droits moraux . . . . .	356
4.2 Les droits, recours et moyens de défense afférents aux enregistrements sonores échantillonnés . . . . .	358
5. Comment échantillonner légalement? . . . . .	359
6. Conclusion. . . . .	361

---

© Julian Malone, 2003.

\* Travail réalisé dans le cadre du cours DRC 4703 Concours de rédaction juridique à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa; récipiendaire du Prix 2003-2004 des *Cahiers*.

## 1. Introduction

Le développement et le succès commercial de la musique faite à partir d'échantillons numériques d'enregistrements sonores au cours des années 1980 et 1990 ont soulevé un débat à propos des implications de l'échantillonnage en matière de droit d'auteur et sur la valeur artistique de l'utilisation d'échantillons dans la création de nouvelles œuvres musicales. Bien que la musique faite à partir d'échantillons soit relativement répandue depuis une vingtaine d'années, la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>1</sup> du Canada ne contient aucune disposition visant spécifiquement cette pratique.

La situation actuelle crée des problèmes qui opposent, d'une part, les intérêts des auteurs des œuvres musicales échantillonnées, des titulaires de droits d'auteur sur des œuvres musicales et des enregistrements sonores échantillonnés sans autorisation et, d'autre part, les intérêts des auteurs ou compositeurs qui utilisent des échantillons d'enregistrements sonores pour créer de nouvelles œuvres musicales, et ceux des producteurs d'enregistrements sonores qui contiennent des échantillons d'autres enregistrements sonores.

Nous tenterons dans cet essai de définir, en première partie, l'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores et d'en tracer l'historique, puis, en deuxième partie, nous nous pencherons sur les droits et recours accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* à ceux dont la propriété intellectuelle est échantillonnée, et aux moyens de défense dont disposent les utilisateurs d'échantillons. Nous explorerons enfin quelle solution législative pourrait être apportée pour éviter de tels conflits.

## 2. Définition et historique de l'échantillonnage d'enregistrements sonores

Le terme «échantillonnage numérique» est une traduction de l'expression anglaise «digital sampling», qui renvoie à «l'inclusion

---

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

d'œuvres précédemment enregistrées dans de nouvelles compositions musicales»<sup>2</sup>. Ceci s'effectue à l'aide d'échantillonneurs, (en anglais: «samplers») des machines ou des programmes informatiques qui permettent de copier des extraits plus ou moins longs d'enregistrements sonores puis de les modifier et de les réagencer de manière à créer des œuvres distinctes de celles qui ont été ainsi échantillonnées.

Cette méthode est diamétralement opposée à celle de l'utilisation de synthétiseurs qui, comme leur nom l'indique, synthétisent et imitent électroniquement les fréquences sonores des timbres d'instruments réels, ou créent tout simplement de nouveaux sons et de nouveaux timbres à partir d'algorithmes sans se baser sur des enregistrements sonores préexistants.

### 3. Historique de l'échantillonnage

Les premiers échantillonneurs tels que le *Mellotron* étaient des machines analogues qui permettaient à leur acquéreur d'enregistrer des sons sur des bandes magnétiques et de rejouer ces sons à l'aide d'un clavier. Bien qu'ils connurent une certaine popularité lors de leur apparition, ce fut l'arrivée des premiers échantillonneurs numériques et l'utilisation qu'en firent les premiers producteurs de la musique hip hop qui sont à l'origine de la musique basée sur des échantillons d'enregistrements sonores telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Le terme «hip hop» renvoie à un mouvement culturel né au sein de la communauté noire de New York à la fin des années 1970, et qui s'est rapidement propagé aux quatre coins du monde. Regroupant quatre éléments, elle regroupe l'art visuel du graffiti, la danse acrobatique «break dance», la poésie rap et la musique créée par les disc-jockeys. C'est aussi à l'évolution du travail de ces derniers que nous nous intéresserons dans cet essai.

Puisque plusieurs des premiers créateurs d'œuvres musicales du mouvement hip hop n'avaient jamais appris à jouer d'instruments musicaux, ce que l'on est venu à appeler la «musique rap» est apparue lorsque des disc-jockeys ont commencé à utiliser deux copies du même disque de Jazz, Soul ou de Funk pour jouer en boucle une partie instrumentale d'un enregistrement sonore alors qu'un rap-

---

2. J. BROWN, «They don't make music the way they used to», *Wis. L. Rev.* 1941, 1942 (1992).

peur récitait des rimes par-dessus la musique pour faire danser le public. Des disc-jockeys comme Afrikaa Bambatta, Grandmaster Flash et Kool Herc furent les pionniers de cette technique.

Au début des années 1980, la musique rap commença à se déplacer des parcs et des boîtes de nuit pour se diriger vers les studios d'enregistrement, ce qui permit la sortie des premiers disques de rap. Le fond musical du premier succès commercial rap, «Rapper's delight», du Sugar Hill Gang, comprend un extrait de huit mesures joué en boucle par des musiciens du morceau «Good Times» du groupe Chic. «Rapper's delight» est donc fait à partir d'un échantillon de l'œuvre musicale «Good Times», mais non de son enregistrement sonore par le groupe Chic.

Quelques années plus tard, les premiers échantillonneurs numériques et boîtes à rythmes de compagnies comme BOSS, Alesis et E-Mu offrirent aux artistes rap d'autres moyens de créer leur musique que le bouclage manuel d'un extrait d'un disque à l'aide de tables tournantes ou d'engager un groupe pour rejouer l'extrait désiré d'une œuvre musicale. Aux États-Unis, des artistes comme Run-DMC, les Beastie Boys ou LL Cool J ont très vite commencé à vendre des millions de disques en récitant leurs vers par-dessus des fonds musicaux échantillonnant quelques mesures de disques de Soul, Funk ou Rock, puis en y ajoutant un rythme de batterie créé à l'aide de boîtes à rythmes telles que la BOSS SP-808. Au Canada, Maestro Fresh Wes entra dans l'histoire du rap canadien avec son succès «Let your back bone slide», qui échantillonna deux mesures de «the Champ» des Mohawks et une mesure de batterie de «Funky Drummer» de James Brown.

À cette époque, qui précédait les premières poursuites judiciaires fondées sur l'utilisation d'échantillons sonores, les artistes rap demandaient rarement la permission des détenteurs de droits d'auteur des enregistrements sonores qu'ils échantillonnaient, ce qui permit à quelques-uns d'entre eux de s'enrichir en s'inscrivant comme étant les uniques compositeurs de leurs œuvres.

Pour saisir les changements que l'échantillonnage a connus au cours des années suivantes, il est important de comprendre à quel point les méthodes d'utilisation des échantillons par les premiers producteurs de musique rap étaient simples et jusqu'à quel point elles flirtaient avec le plagiat, quand elles ne violaient pas purement et simplement les droits des titulaires du droit d'auteur sur des enregistrements sonores ainsi échantillonnés et les droits des titulaires

du droit d'auteur sur les œuvres musicales reproduites dans ces enregistrements. Un extrait relativement long (souvent entre deux et huit mesures) d'un enregistrement échantillonné était bien souvent simplement passé en boucle pendant toute la durée de la nouvelle composition musicale. Ces extraits pouvaient être reconnus par n'importe quel auditeur ayant une assez bonne connaissance de la musique noire des années 1960 et 1970. Les enregistrements de James Brown, Curtis Mayfield et Marvin Gaye furent tellement échantillonnés qu'il est maintenant pratiquement impossible de trouver un seul de leurs disques qui n'ait pas déjà été échantillonné par des artistes rap. Pour ne donner qu'un seul exemple de cette pratique, voici une fraction des enregistrements sonores de musique rap qui utilisent la batterie de «Funky Drummer» de James Brown<sup>3</sup>:

Pete Rock & CL Smooth "Go with the Flow"	Prince Johnny C "Kevey Kev Is a Dancer with Soul"
Public Enemy "Bring the Noise"	Prince Johnny C "Comin' to Get Ya"
Public Enemy "Bring the Noise" (Remix)	Queen "We Are the Champions" (Rick Rubin Remix)
Public Enemy "Terminator X to the Edge of Panic"	Roxanne Shante "Have a Nice Day" (Remix)
Public Enemy "She Watch Channel Zero"	Run-DMC "Back from Hell"
Public Enemy "Rebel Without a Pause"	Run-DMC "Word Is Born"
Public Enemy "Fight the Power"	Run-DMC "Run's House"
Public Enemy "Hazy Shade of Criminal"	Run-DMC "Beats to the Rhyme"
Public Enemy "The Enemy Assault Vehicle Mixx"	Salt-N-Pepa "Let the Rhythm Run"
Pharcyde "Officer"	Scarface "Born Killer"
	South Central Cartel "Neighborhood Jacka"

3. Cf. *The Rap Sample Archive* (<http://members.accessus.net/~xombi/soul1.htm>).

---

Sir Mix-A-Lot "No Holds Barred"	Tim Dog "Low Down N—a"
Slick Rick "The Moment I Feared"	TLC "Shock Dat Monkey"
Smooth Ice "I'm Coming"	True Mathematics "For the Lover in You"
Smooth Ice "Without a Pause"	Tung Twista "No Peace Sign"
Stetsasonic "Sally"	Tupac ft Richie Rich "Lie to Kick It"
Stetsasonic "Speaking of a Girl Named Suzy"	Ultramagnetic MC' "Moe Love on the One & Two"
Stetsasonic "The Hip Hop Band"	Ultramagnetic MC "Give the Drummer Some"
Stetsasonic "DBC Let the Music Play"	Vanilla Ice "Stop That Train"
Stop the Violence Movement "Self-Destruction"	WC & the Madd Circle "Ghetto Serenade"
Style "Victim to the Vinyl"	Allison Williams "Sleep Talk"
Super Lover Cee & Casanova Rud "Do the James"	Yomo & Maulkie "Mockingbird" (Chronic Remix)
Super Lover Cee & Casanova Rud "Let the Drummer Get Ill"	YZ "Return of the Holy One"
Sweet T "My Beat"	Z-Trip "Rockstar"
Tim Dog "Goin Wild in the Penile"	Z-Trip "Rockstar2"

Après plusieurs années d'échantillonnage non autorisé, ce qui devait arriver arriva avec l'apparition des premières poursuites judiciaires aux États-Unis. Le rappeur Biz Markie et sa maison de disques furent poursuivis par Gilbert O'Sullivan<sup>4</sup> pour l'utilisation qu'il fit dans sa chanson *Alone Again* d'un échantillon sonore de l'enregistrement de *Alone Again (naturally)* de O'Sullivan. L'autorisation d'utiliser l'échantillon fut demandée et refusée par O'Sullivan, mais

---

4. *Grand Upright Music, Limited c. Warner Brothers Records, Inc.*, 780 F. Supp 182 (1992).

l'enregistrement sonore de Biz Markie fut néanmoins mis en vente. La défense de Biz Markie reposait sur le fait que l'échantillonnage était une pratique courante dans le milieu musical et qu'il n'existait aucun précédent judiciaire sur l'échantillonnage d'enregistrements sonores.

Cet argument n'a pas dû impressionner le juge Duffy qui entendit la cause, car son opinion débute ainsi:

«Thou shalt not steal» has been an admonition followed since the dawn of civilization. Unfortunately, in the modern world of business this admonition is not always followed. Indeed, the defendants in this action for infringement would have this court believe that stealing is rampant in the music business and, for that reason, their conduct here should be excused. The conduct of the defendants herein, however, violates not only the Seventh Commandment, but also the copyright laws of this country.

Biz Markie et sa maison de disques durent payer des dommages-intérêts à O'Sullivan et les grandes maisons de disques devinrent beaucoup plus prudentes lorsqu'il s'agissait de commercialiser des disques contenant des échantillons d'enregistrements sonores. L'autorisation d'utiliser un échantillon est maintenant indispensable dès que sa source est reconnaissable pour l'auditeur du nouvel enregistrement sonore. Le spectre des poursuites en violation du droit d'auteur eut deux conséquences. D'une part, les contrats de licence se multiplièrent sous une multitude de formes.

D'autre part, certains utilisateurs d'échantillons ne demandent toujours pas d'autorisation en raison de la façon dont la pratique a évolué. Des extraits de plus en plus courts et obscurs d'enregistrements sonores sont utilisés puis réarrangés pour créer des œuvres qui n'ont souvent presque rien à voir avec les enregistrements sonores échantillonnés. Il est maintenant possible d'échantillonner une note de trompette jouée par Miles Davis et, en en altérant la tonalité, de recréer à l'aide d'un échantillonneur une mélodie que Davis n'a jamais jouée.

Par ironie du sort, les manœuvres déployées par les utilisateurs d'échantillons pour éviter de se faire poursuivre ont contribué à donner ses lettres de noblesse à l'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores dont la valeur artistique est jugée moins sévèrement que lorsque des artistes comme Biz Markie pillaient huit

mesures à la fois d'enregistrements sonores protégés par le droit d'auteur.

#### 4. L'échantillonnage et la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada

Depuis la Renaissance, les lois sur la propriété intellectuelle ont eu pour but de stimuler la créativité et l'innovation en accordant aux créateurs des monopoles à durée limitée sur l'exploitation des fruits de leur recherche. Elles visent également à atteindre un juste équilibre entre les intérêts des titulaires de ces droits et ceux des utilisateurs en délimitant l'étendue de ces monopoles. Si les problèmes soulevés par l'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores sont relativement nouveaux, le débat auquel ils nous ramènent ne date pas d'hier. Comme l'exprimait déjà Lord Mansfield en 1785:

[W]e must take care to guard against two extremes equally prejudicial; the one, that men of ability, who have employed their time for the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their ingenuity and labour; the other, that the world may not be deprived of their improvements, nor the progress of the arts be retarded.<sup>5</sup>

Deux éléments ayant trait à la musique échantillonnée sont protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*: les droits patrimoniaux et moraux se rattachant à l'œuvre musicale et les droits patrimoniaux du producteur de l'enregistrement sonore sur lequel l'exécution de l'œuvre a été fixée. Chacun des détenteurs de ces droits dispose de recours prévus par la loi pour en assurer la protection.

La doctrine semble avoir approché la pratique de l'échantillonnage avec une certaine ambivalence<sup>6</sup>, sinon avec une franche hostilité<sup>7</sup> au cours des années 1980 et 1990. L'échantillonnage fut abordé en français au Canada en 1990 par Michel Desjardins<sup>8</sup>, qui l'envisageait principalement du point de vue de ceux dont les droits pourraient être violés par un échantillonnage non autorisé. Dans cette

5. *Sayre c. Moore* (1785), 1 East 361n, 102 E.R. 139n.

6. J.S. NEWTON, «Digital Sampling: The Copyright considerations of a New Technological use of Musical Performance», 11 *Hastings Commercial & Entertainment Law Journal* 671 (1989).

7. J.C. THOM, «Digital Sampling: Old-Fashioned Piracy Dressed up in Sleek New Technology», 8 *Loyola Entertainment Law Journal* 297 (1988).

8. M. DESJARDINS, «L'échantillonnage du son en digitales et le droit d'auteur au Canada», 3 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 205 (1991).

partie, nous tenterons d'examiner les moyens de défense qui s'offrent aux utilisateurs d'échantillons d'enregistrements sonores face aux poursuites judiciaires qui peuvent leur être intentées.

#### 4.1 Les droits, recours et moyens de défense afférents à l'œuvre musicale échantillonnée

Selon l'article 2 de la Loi, est une œuvre musicale «toute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans paroles – et toute compilation de celles-ci»<sup>9</sup>. Puisque cette nouvelle définition n'exige plus qu'une œuvre musicale soit fixée par écrit, elle peut bénéficier de la protection de la Loi du seul fait de la fixation de son exécution sur un enregistrement sonore. De plus, le concept semble avoir été élargi puisqu'il n'est plus nécessaire qu'elle soit une combinaison d'harmonie et de mélodie, comme le voulait la définition antérieure<sup>10</sup>.

##### 4.1.1. Les droits patrimoniaux

L'article 3 de la Loi donne au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale «le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque»<sup>11</sup>, «d'en faire un enregistrement sonore»<sup>12</sup> ou «d'autoriser un tel acte»<sup>13</sup>.

L'auteur de l'œuvre musicale est le premier titulaire du droit qui s'y rattache<sup>14</sup>. Si l'œuvre fut créée par un auteur salarié dans le cadre de son emploi, le premier titulaire du droit d'auteur est l'employeur de l'auteur<sup>15</sup>. La loi permet au premier titulaire de «céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent autorisé»<sup>16</sup>.

9. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 2 «œuvre musicale».

10. H.G. RICHARD et al., *Canadian Copyright Act Annotated* (Toronto, Carswell, 1993).

11. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, par. 3(1).

12. *Ibid.*, al. 3(1)(d).

13. *Ibid.*, par. 3(1) *in fine*.

14. *Ibid.*, par. 13(1).

15. *Ibid.*, par. 13(3).

16. *Ibid.*, par. 13(4).

Si une maison de disques veut produire un enregistrement sonore d'une œuvre musicale, elle doit donc préalablement obtenir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale en obtenant une licence à cet effet ou en négociant la cession de ce droit. Les auteurs d'œuvres musicales peuvent également confier le droit d'autorisation et de perception des droits patrimoniaux ayant trait à la reproduction ou l'exécution de leur œuvres à des sociétés de gestion de droit d'auteur spécialisées.

En règle générale, les droits conférés par l'article 3 s'éteignent à la fin de la cinquantième année suivant celle du décès de l'auteur<sup>17</sup>. Notons toutefois les exceptions des œuvres posthumes<sup>18</sup> et anonymes<sup>19</sup>. Après l'extinction de ces droits, l'œuvre musicale tombe dans le domaine public et l'autorisation des héritiers de l'auteur ou des titulaires du droit portant sur l'œuvre musicale n'est plus nécessaire pour accomplir les actes à l'égard desquels l'auteur disposait du droit exclusif.

Pour bénéficier de la protection accordée par la loi, l'œuvre musicale doit d'abord être originale. Le concept d'originalité n'est pas défini dans la loi, mais les tribunaux ont conclu qu'une œuvre était originale si elle n'est pas une copie d'une autre œuvre<sup>20</sup> et qu'elle émane de l'ingéniosité de son auteur. La loi ne protège pas l'originalité d'une idée, mais son expression par l'auteur dans une œuvre<sup>21</sup>.

L'œuvre doit également avoir été fixée sur un support matériel quelconque. Une œuvre musicale peut être fixée sur une partition en forme écrite ou, comme nous l'avons vu précédemment, en étant exécutée sur un enregistrement sonore. La loi ne mentionne pas explicitement ce critère, mais il est essentiel pour prouver l'existence de l'œuvre. Le juge Cameron de la Cour de l'Échiquier exprima cette exigence dans l'arrêt *Canadian Admiral Corp c. Rediffusion Inc.*:

I have given careful consideration to the terms of The Copyright Act and more particularly to the provisions of s. 2 and 3, and the conclusion seems inescapable – at least to me – that for

17. *Ibid.*, art. 6.

18. *Ibid.*, art. 7.

19. *Ibid.*, art. 6.1.

20. *University of London Press c. University Tutorial*, [1916] 2 Ch. 601.

21. *Tele-Direct Publications Inc. c. American Business Information Inc.*, (1998) 2 C.F. 22 (C.A.F.).

copyright to subsist in a «work» it must be expressed to some extent and have some material form.<sup>22</sup>

Enfin, l'article 5 de la loi exige que le titulaire du droit d'auteur soit un citoyen canadien, un citoyen d'un «pays signataire»<sup>23</sup> (c'est-à-dire d'un pays membre de l'OMC ou signataire du Traité de Berne ou de la Convention universelle sur le droit d'auteur<sup>24</sup>) pour bénéficier de la protection de la loi. Il s'agit plutôt d'un critère formel, car comme le constate David Vaver, «since almost every significant state belongs to at least one of the WTO, Berne, or UCC, few works fall outside the net of protection. For those that do, the minister of industry can, by notice in the Canada Gazette, extend protection if a no-treaty state protects Canadians similarly to its own nationals<sup>25</sup>».

Ainsi, le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale pourrait intenter une poursuite judiciaire contre un compositeur qui aurait copié, sans obtenir son autorisation, une partie substantielle de son œuvre par le biais de l'échantillonnage d'un enregistrement sonore de l'exécution de cette œuvre et ce, même si le défendeur avait obtenu l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'enregistrement sonore. Le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre échantillonnée pourrait également poursuivre le producteur de l'enregistrement sonore du défendeur, puisque, comme nous le verrons plus loin, il est le titulaire du droit d'auteur sur l'enregistrement sonore de l'exécution de l'œuvre musicale du défendeur. En pratique, ce dernier serait probablement une cible préférable puisqu'il présente plus de chances d'être solvable qu'un artiste.

Selon le paragraphe 27(1) de la Loi, une telle reproduction serait une violation du droit d'auteur du titulaire de l'œuvre musicale et il pourrait se fonder sur le paragraphe 34(1) pour exiger des dommages-intérêts. Si le défendeur ne peut prouver qu'il ne savait pas ou n'avait pas de motifs raisonnables de croire qu'il violait les droits d'auteur du titulaire de l'œuvre échantillonnée<sup>26</sup>, le titulaire pourrait également obtenir une injonction en vertu du paragraphe 39(1) prohibant la mise en marché des enregistrements sonores du défendeur.

Pour obtenir gain de cause, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale aura à établir quatre éléments:

22. *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382, p. 394.

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

24. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 2 «pays signataire».

25. D. VAVER, *Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2000), Chap. 3.

26. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, par. 39(1).

- 1) qu'il est bien le titulaire du droit d'auteur qui se rattache à cette œuvre musicale, ce qui lui donne l'intérêt nécessaire pour poursuivre;
- 2) que son œuvre musicale est originale, ce qui lui permet de bénéficier de la protection de la loi;
- 3) que le défendeur a reproduit une partie de son œuvre musicale;
- 4) qu'il en a reproduit *une partie substantielle*, ce qui constituerait une violation du droit d'auteur sur cette œuvre musicale.

Dans une situation où une œuvre musicale a été échantillonnée sans autorisation, le demandeur bénéficie de présomptions légales en sa faveur à l'égard de ces deux premiers éléments<sup>27</sup>. Cependant, ces présomptions ne sont pas irréfragables. Le défendeur pourrait parvenir à faire rejeter l'action du demandeur s'il parvenait à établir que le demandeur n'est pas ou n'est plus le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale échantillonnée ou que la citoyenneté de l'auteur de l'œuvre l'empêche de bénéficier de la protection de la loi ou, encore, que la durée de la protection accordée à l'œuvre est expirée, ou que l'œuvre échantillonnée n'était pas originale.

Le fardeau de preuve du troisième élément revient au demandeur, qui devra établir que c'est bien son œuvre musicale qui a été copiée. Ceci peut parfois s'avérer assez difficile:

It must be remembered that, while there are an enormous number of possible permutations of the musical notes of the scale, only a few are pleasing; and much fewer still suit the infantile demands of the popular ear. Recurrence is not therefore an inevitable badge of plagiarism.<sup>28</sup>

Mais c'est surtout face au quatrième point qu'une défense effective peut être présentée. Qu'est-ce donc qu'une «partie importante» d'une œuvre musicale? Tout échantillonnage n'équivaut pas forcément à de la piraterie ou de la contrefaçon. Pour déterminer si un extrait d'une œuvre musicale est une partie importante de celle-ci, les tribunaux ont d'abord recours à un test quantitatif en évaluant la

---

27. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 34.1.

28. *Darrel c. Joe Morris Music Co.* (1940) 113 F.2d 80 (2nd Cir. 1940).

longueur de l'échantillon par rapport à la longueur de l'œuvre. Si le défendeur a utilisé un extrait relativement court de l'œuvre, il devrait aisément pouvoir démontrer qu'il n'a pas reproduit une partie quantitativement substantielle de l'œuvre échantillonnée.

La cour se livrera ensuite à un test qualitatif et subjectif portant sur l'importance de l'extrait utilisé par rapport à l'ensemble de l'enregistrement sonore échantillonné<sup>29</sup>. Pour repousser l'action du demandeur, le défendeur pourra avancer que l'importance de l'échantillon utilisé est si minime et insignifiante, que bien qu'il y ait eu reproduction, une telle reproduction ne saurait être une violation du droit d'auteur sur l'œuvre musicale<sup>30</sup>. Cette défense, basée sur la maxime latine *de minimis non curat lex*, sera plus efficace si le défendeur n'a pas échantillonné le thème mélodique principal de l'œuvre échantillonnée ou le refrain d'une chanson<sup>31</sup>.

Aux États-Unis, la défense du «fair use» fut employée avec succès par le groupe rap 2 Live Crew, qui avait échantillonné *Pretty Woman* de Roy Orbison<sup>32</sup> en démontrant que sa chanson était une parodie de l'œuvre échantillonnée. Une telle défense serait irrecevable au Canada car le concept canadien de «fair dealing»<sup>33</sup> est beaucoup plus restreint que celui de «fair use»<sup>34</sup>.

#### 4.1.2 Les droits moraux

En plus de protéger les droits patrimoniaux de l'auteur ou du titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale, la *Loi sur le droit d'auteur* protège également les droits moraux de l'auteur d'une œuvre. L'article 14.1 de la loi, qui accorde à l'auteur le droit à l'intégrité de l'œuvre ainsi que les droits d'en revendiquer la paternité ou de conserver l'anonymat<sup>35</sup>, reprend l'article 6 bis de la Convention de Berne. Cette disposition exige qu'indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits

29. *Canadian Performing Right Society, Ltd. c. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610; *Hawkes & Son (London) Ltd. c. Paramount Film Services Ltd.*, [1934] Ch. 593 (C.A.).

30. D. BUCKMAN, «Application of «De Minimis Non Curat Lex» to Copyright Infringement Claims», 150 *A.L.R. Fed.* 661 (1998).

31. B. KAPLICER, «Rap Music and De Minimis copying: applying the *Ringgold* and *Sandoval* approach to digital samples», 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 227 (2000).

32. *Luther R. Campbell et al. c. ACUFF-ROSE Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

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

34. S. HANDA, *Copyright law in Canada* (Markham, Butterworths, 2002), p. 288.

35. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, paragraphe 14.1(1).

droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite œuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation<sup>36</sup>».

Les droits moraux sont incessibles, mais l'auteur peut y renoncer en totalité ou en partie<sup>37</sup>. La cession par l'auteur des droits patrimoniaux sur l'œuvre ne crée aucune présomption de renonciation aux droits moraux dont il dispose<sup>38</sup>. En revanche, la renonciation aux droits moraux en faveur d'un cessionnaire ou d'un licencié des droits patrimoniaux peut être opposable à l'auteur par toute personne ayant reçu l'autorisation de l'un de ces derniers d'utiliser l'œuvre<sup>39</sup>.

On peut imaginer que l'auteur d'une œuvre musicale cède les droits patrimoniaux rattachés à cette œuvre à une maison de disques qui va en réaliser un enregistrement sonore. Si le contrat de cession ne mentionne pas la renonciation de l'auteur à l'exercice de ses droits moraux, son droit à l'intégrité de l'œuvre lui permettrait de s'opposer à l'utilisation faite par un compositeur qui a recours à l'échantillonnage de la partie de son œuvre qui fut exécutée sur l'enregistrement sonore échantillonné, même si le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale et sur l'enregistrement sonore avait autorisé cette utilisation.

À titre d'exemple, on pourrait aisément concevoir que l'auteur d'une chanson d'amour s'oppose violemment à ce que son œuvre soit utilisée par un rappeur dont les propos seraient violents ou misogynes.

Pour faire valoir ses droits moraux, l'auteur peut intenter une action judiciaire en vertu du paragraphe 34(2) de la loi, qui lui permettrait d'obtenir des dommages-intérêts<sup>40</sup>. Si le défendeur savait ou avait des motifs raisonnables de croire qu'il violait les droits moraux de l'auteur de l'œuvre échantillonnée<sup>41</sup>, l'auteur peut également obtenir une injonction prohibant la mise en marché des enregistrements sonores du défendeur.

36. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, art. 6 bis.

37. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, par. 14.1(2).

38. *Ibid.*, par. 14.1(3).

39. *Ibid.*, par. 14.1(4).

40. *Ibid.*, par. 34(2).

41. *Ibid.*, par. 39(1).

Cependant, si l'auteur a renoncé à l'exercice de son droit moral dans un contrat de cession avec une société de gestion et que cette dernière a autorisé l'utilisation de l'échantillon, le défendeur pourra opposer à l'auteur la renonciation qu'il a faite à l'exercice de ses droits moraux envers la société de gestion qui aurait autorisé l'utilisation de l'échantillon.

#### 4.2 Les droits, recours et moyens de défense afférents aux enregistrements sonores échantillonnés

Le terme «enregistrement sonore » est défini à l'article 2 de la loi canadienne sur le droit d'auteur comme étant un «enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque [...]»<sup>42</sup>.

Bien que, dans la plupart des cas, les enregistrements sonores échantillonnés capturent l'exécution d'une œuvre musicale qui est elle-même protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*, une telle double protection n'est pas systématique. Des enregistrements sonores de l'exécution par un orchestre symphonique du Requiem de Gabriel Fauré, de cris d'oiseaux ou de bruits industriels bénéficieraient également de la protection accordée par la Loi<sup>43</sup>.

Le droit d'auteur portant sur un enregistrement sonore et les conditions qui s'y rattachent sont énoncés à l'article 18 de la loi. Selon cette disposition, le producteur d'un enregistrement sonore dispose du «droit exclusif, à l'égard de la totalité ou de toute partie importante de l'enregistrement sonore [...] de le reproduire sur un support matériel quelconque». L'article 2 de la loi définit le terme «producteur» comme étant «la personne qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, ou à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore»<sup>44</sup>. Dans la plupart des cas, en vertu de clauses contractuelles à cet effet, il s'agira de la maison de disques qui aura financé la production de l'enregistrement sonore<sup>45</sup> et sa fixation sur des supports audio tels que les disques compacts, les cassettes audio ou, encore, des disques en vinyle.

42. *Ibid.*, art. 2 «enregistrement sonore».

43. *Bouliane c. Service de musique Bonanza Inc.* (1986), 18 C.I.P.R. 14 (C.A.Q.).

44. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 2 «producteur».

45. P. SANDERSON, *Musicians and the Law in Canada* (Toronto, Carswell, 2000), Chapitre 8.

Alors que le droit d'auteur sur l'œuvre musicale protège contre la reproduction illégale de l'expression de l'idée, le droit d'auteur sur l'enregistrement sonore protège contre la reproduction des sons qu'il renferme. À l'instar du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale, le titulaire du droit d'auteur sur un enregistrement sonore échantillonné sans autorisation pourrait poursuivre le producteur de l'enregistrement sonore de l'auteur de l'œuvre musicale qui contient des échantillons utilisés sans autorisation en vertu des paragraphes 27(1) et 34(1) de la Loi. Il pourrait demander des dommages-intérêts ou une injonction visant l'empêchement de la vente des enregistrements sonores.

Le titulaire du droit d'auteur sur un enregistrement sonore échantillonné sans permission qui poursuit l'utilisateur de l'échantillon devra établir les mêmes quatre éléments que le titulaire du droit d'auteur, et le défendeur pourra présenter les mêmes moyens de défense.

## **5. Comment échantillonner légalement?**

Nous avons vu précédemment qu'il est possible d'échantillonner des enregistrements sonores légalement en obtenant l'autorisation des titulaires des droits d'auteur afférents à cet enregistrement sonore et à l'œuvre musicale sous-jacente, s'il y a lieu. Nous avons également vu que l'échantillonnage sans autorisation pourrait être admissible tant que l'utilisateur de l'échantillon numérique ne reproduit pas une partie importante de l'enregistrement sonore ou de l'œuvre musicale échantillonnée.

En partant du postulat que l'échantillonnage d'enregistrements sonores est une pratique artistiquement et juridiquement valable qui ne devrait être financièrement inabordable ou risquée sur le plan juridique, nous nous pencherons dans cette partie sur le rôle que pourrait jouer une intervention législative visant l'échantillonnage numérique et sur la forme que pourrait prendre une disposition à cet effet afin d'atteindre un certain équilibre entre les intérêts des titulaires du droit d'auteur sur ces enregistrements et du droit d'auteur sur les œuvres incorporées à ces enregistrements, et ceux des utilisateurs des échantillons.

L'étude de l'évolution de la pratique de l'échantillonnage numérique nous amène à conclure que personne ne gagne dans la situation actuelle, à l'exception possible des avocats des titulaires des

---

droits sur les œuvres musicales et les enregistrements sonores échantillonnés et ceux des utilisateurs d'échantillons.

Lorsqu'un enregistrement sonore est échantillonné sans permission et que l'utilisateur commercialise un nouvel enregistrement sonore contenant l'échantillon, le titulaire du droit d'auteur sur l'enregistrement échantillonné et le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre incorporée à cet enregistrement peuvent être privés de revenus auxquels ils auraient droit. Puisque les autorisations d'échantillonner se négocient en espèces sonnantes et trébuchantes, les utilisateurs d'échantillons qui désirent obtenir une telle autorisation ont souvent besoin de ressources financières considérables, sans quoi ils ne pourront jamais commercialiser leurs œuvres qui utilisent des échantillons sonores sans risquer de se faire poursuivre et qu'un juge conclue qu'ils ont reproduit une partie importante d'une œuvre musicale ou d'un enregistrement sonore protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Du point de vue artistique (car c'est bien d'art qu'il est question), seule une poignée d'artistes qui ont recours à l'échantillonnage bénéficient de contrats généreux avec des maisons de disques qui couvrent les frais de licence pour l'utilisation d'échantillons sonores, en plus des dépenses en marketing et en promotion pour faire connaître ces artistes au public. Les grandes maisons de disques, qui ne prennent plus de risques avec des échantillons sonores, ont soit complètement arrêté de produire des disques qui contiennent des échantillons sonores ou limitent le nombre d'échantillons que peuvent contenir leurs enregistrements sonores.

Par conséquent, la musique faite à partir d'échantillons sonores est de plus en plus produite par des maisons de disques indépendantes, qui n'ont souvent pas les moyens de négocier des contrats de licence aux mêmes prix que les grandes maisons de disques, et les titulaires de droits d'auteurs sur ces sources échantillonnées sans permission ont rarement d'intérêt économique à poursuivre des défenseurs qui n'ont que peu de ressources financières.

Pour résoudre ce problème, la solution législative la plus pratique serait l'introduction d'une licence obligatoire restreignant le monopole qu'exercent les titulaires des droits sur les sources échantillonnées et qui permettrait aux utilisateurs d'échantillons de ne plus avoir à négocier l'autorisation nécessaire à l'utilisation d'un échantillon. L'obtention de la licence serait automatique lors de

---

l'enregistrement de la nouvelle œuvre ou de l'enregistrement sonore qui utilise un échantillon et se ferait selon des tarifs fixés par la Commission canadienne du droit d'auteur. Une telle solution a déjà été envisagée par la doctrine américaine, mais aucune modification visant l'échantillonnage numérique à la législation américaine en matière de droit d'auteur n'a été apportée jusqu'à présent<sup>46</sup>.

## 6. Conclusion

L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores soulève de nombreux problèmes économiques pour les titulaires de droits d'auteur sur les sources échantillonnées et les utilisateurs de ces échantillons. En outre, la valeur artistique de cette méthode de création musicale est toujours mise en doute lorsqu'il existe pour ses pratiquants un risque de se faire poursuivre en contrefaçon et d'être condamnés pour plagiat.

Même s'il existe des moyens d'échantillonner légalement un enregistrement sonore en négociant l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ou en présentant des arguments convaincants de défense lors d'une poursuite judiciaire, les coûts de ces deux stratégies peuvent être prohibitifs et nuire au développement de l'échantillonnage.

Si la *Loi sur le droit d'auteur* vise réellement à promouvoir l'innovation tout en cherchant à atteindre l'équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d'auteur et ceux du public, une intervention du législateur visant l'échantillonnage serait à la fois souhaitable et utile.

---

46. J. BROWN, «They don't make music the way they used to», *Wis. L. Rev.* 1941,1942 (1992).