

Les compositeurs kleptomanes face au droit d'auteur

Georges Azzaria*

1. INTRODUCTION	339
2. LE PHÉNOMÈNE DE L'APPROPRIATION	339
2.1 Les grands paramètres de l'appropriation	340
2.2 L'appropriation musicale	345
2.3 L'état du droit	350
3. LES CRITÈRES APPLICABLES.	355
3.1 La finalité de l'utilisation	355
3.2 Les autres critères.	360
3.3 La question du droit moral	365
4. CONCLUSION	368

© Georges Azzaria, 2009.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval, Québec. L'auteur remercie Valérie Bouchard et Marie-Ève Tanguay pour leur aide dans la préparation de ce texte qui s'inscrit dans le cadre d'un projet subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH). Ce texte reprend en partie le contenu d'une conférence présentée lors du colloque *Éthique, droit et musique* organisé par la Société québécoise de recherche en musique (SQRM). Une première version de ce texte a été publiée dans les *Cahiers de la Société québécoise de recherche en musique*.

1. INTRODUCTION

Le paysage musical des cinquante dernières années a vu se multiplier les compositeurs qui incorporent des musiques existantes à leurs propres œuvres. Avec des degrés d'emprunt qui s'échelonnent du fragment imperceptible à l'utilisation explicite, ces compositeurs estiment généralement qu'une œuvre musicale peut devenir un matériau pour en créer une nouvelle. Si cette pratique semble bien ancrée dans certains styles musicaux, sa légalité au regard du droit d'auteur n'est pas acquise, hormis bien entendu les situations où les compositeurs obtiennent une licence d'utilisation des titulaires de la musique d'origine. La pratique qui consiste à reprendre des musiques existantes pour les intégrer à une nouvelle composition tient-elle tout autant de la kleptomanie que de la liberté de création ? Dans quelle mesure faut-il l'accord du compositeur d'origine – et de tous les titulaires de droits sur l'œuvre musicale – afin d'utiliser celle-ci pour créer une nouvelle œuvre ? Au Canada, cette question est davantage l'affaire de rumeurs que de jurisprudence. Ces rumeurs présentent, le plus souvent, le droit d'auteur comme un frein à cette forme d'appropriation et, par conséquent, à la création. Or, à ce jour, la jurisprudence canadienne n'a pas encore tranché de litiges portant sur l'appropriation musicale et c'est dans ce vide juridique que nous tenterons de placer les commentaires qui suivent.

2. LE PHÉNOMÈNE DE L'APPROPRIATION

L'appropriation est une forme d'expression consacrée dans le monde de l'art. Pour le droit, elle réfère à une prise de possession non sollicitée, où l'objet est dérobé à son propriétaire. Ce faisant, l'appropriation fait obstacle à l'un des principes centraux du droit d'auteur, celui de la propriété, et met à rude épreuve la flexibilité de ce droit. Dans cette section, la notion de propriété et les grands traits de l'appropriation artistique seront décrits. L'appropriation musicale sera ensuite présentée et, dans une dernière section, seront exposés les principes régissant le droit d'auteur et pouvant s'appliquer aux œuvres étudiées.

2.1 Les grands paramètres de l'appropriation

La propriété juridique est théorisée depuis le droit romain et comporte comme caractéristique la faculté d'exclure autrui de la jouissance d'un bien¹. Pour sa part, la propriété individuelle sur les fruits de son travail – propriété qui donne naissance au droit d'auteur – est d'invention beaucoup plus récente. Dans l'Antiquité gréco-romaine par exemple, une appropriation tel le plagiat n'est pas sanctionnée par le droit, mais par la morale. Au Moyen Âge, l'auteur est généralement anonyme et la notion d'auteur relève plutôt du divin². Dans ces conditions, le texte se veut « une sorte de bien collectif, une valeur commune que chacun peut s'approprier librement »³. Sans propriété sur une œuvre, l'emprunt n'a pas d'existence et le texte est donc perçu comme un matériau modifiable⁴. Ce n'est qu'à la suite des thèses de Locke⁵ et Domat⁶ notamment que l'on parvient à ancrer, en philosophie comme en droit, le principe d'une propriété individuelle sur une œuvre de l'esprit⁷. De cette propriété découlent les législations sur le droit d'auteur et leurs corollaires : la propriété de l'auteur sur une œuvre et un droit exclusif d'autoriser les utilisations de celle-ci. Ces quelques éclaircissements permettent de mieux situer l'écart entre les principes ayant donné lieu aux législations sur le droit d'auteur et le propos de créateurs actuels qui estiment que les

1. Pour une brève histoire de la propriété en droit, voir Anne-Marie PATAULT, « Propriété » dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, Presses Universitaires de France, 2003), p. 1253.
2. Voir André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), p. 58.
3. Bernard EDELMAN, *Le sacre de l'auteur* (Paris, Éditions du Seuil, 2004), p. 74.
4. Voir le développement proposé par EDELMAN, *ibid.*, p. 75 et s.
5. Le passage classique de Locke sur la question est le suivant : « Encore que la terre et toutes les créatures inférieures soient communes et appartiennent en général à tous les hommes, chacun pourtant a un droit particulier sur sa propre personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous le pouvons dire, sont son bien propre. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit sur ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie, surtout, s'il reste aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes ». John LOCKE, *Traité du gouvernement civil* (1690), Les classiques des sciences sociales, disponible en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traité_du_gouvernement/traité_du_gouv_civil.pdf> [page consultée le 24 février 2009], par. 27.
6. Voir Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* dans Joseph REMY, *Œuvres complètes de Jean Domat*, t. I (Paris, Firmin Didot Père et Fils, 1828).
7. L'une des histoires de l'apparition de l'auteur et du droit d'auteur est décrite par Mark Rose. Voir Mark ROSE, *Authors and Owners : The Invention of Copyright* (Cambridge, Harvard University Press, 1993).

œuvres existantes sont appropriables. En effet, pour les adeptes de l'appropriation, les œuvres recèlent – en plus de leur qualité esthétique, de leur apport symbolique et de leur valeur commerciale – la capacité de servir comme matériau pour la création de nouvelles œuvres. De ce point de vue, les appropriationnistes contemporains actualisent le discours ancien sur la propriété.

Puiser dans des œuvres existantes pour s'en inspirer, pour les revisiter ou pour les citer représente une pratique éprouvée qui trouve sa justification première dans la nature même du geste de création. De manière générale, et en débordant du cadre établi par le droit, on peut prétendre qu'une création n'émane jamais du néant, puisque, pour créer ses propres œuvres, un auteur s'inspire de la société et des œuvres qu'il a fréquentées. Cette proposition a été soutenue par plusieurs, dont les théoriciens de la création littéraire pour qui toute création tient fatalement du bricolage⁸. L'argument trouve également un écho chez les juristes intéressés par les créations contemporaines : « [l]es auteurs ne sculptent plus dans l'argile ou le grès, mais dans *La Joconde* ou *Bonnie and Clyde* »⁹.

Dans l'histoire de l'art, quelques coups de crayon de Marcel Duchamp incarnent une des premières manifestations de l'appropriation. En 1919, l'artiste dessine une moustache et une barbichette sur une reproduction de la Joconde, sous laquelle il inscrit en gros caractères L.H.O.O.Q.¹⁰. Bien que la masculinisation de l'énigmatique personnage de Léonard de Vinci puisse être stimulante en questionnements, ce n'est pas cette symbolique qui nous occupera¹¹. Ce geste de Duchamp, tout comme l'urinoir qu'il a exposé deux ans plus tôt, le consacre comme l'un des auteurs les plus importants du

8. Parmi la pléthore d'auteurs ayant traité de la question, voir la synthèse dans le chapitre intitulé « L'originalité, entre rupture et continuité », par Hélène MAUREL-INDART, *Du plagiat* (Paris, Presses Universitaires de France, 1999), aux p. 201-23. Il nous paraît pertinent de souligner que l'un des commentateurs les plus réputés du *Code civil du Bas-Canada* a fait grand usage du couper/coller. Voir Sylvio NORMAND, « Le droit civil canadien de Pierre-Basile Mignault ou la confection d'un palimpseste », dans Nicholas KASIRER, dir., *Le faux en droit privé* (Montréal, Thémis, 2000), p. 134-54.

9. Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système* (Paris, Presses universitaires de France, 2002), p. 25.

10. Ces lettres qu'il faut prononcer lentement composent, selon ce qu'on rapporte, « une plaisanterie très osée sur la Joconde ». Dans un entretien, Duchamp dira plus tard que ces lettres constituent une blague et que « la seule signification c'était de les lire phonétiquement ». Marcel DUCHAMP, *Ingénieur du temps perdu. Entretiens avec Pierre Cabanne* (Paris, Pierre Belfond, 1977), p. 108.

11. Parmi les analyses de cette œuvre, on peut consulter Young-Girl JANG, *L'objet duchampien* (Paris, L'Harmattan, 2001), p. 134-39.

XX^e siècle, comme l'une des locomotives de l'art contemporain¹². Avec cette Joconde velue, Duchamp s'approprie une grande icône de l'histoire de la peinture. Aux fins du droit d'auteur, l'outrage ne fera pas de vagues, puisque l'œuvre du maître de la Renaissance fait partie du domaine public. La Joconde n'a même jamais été protégée par le droit d'auteur, l'artiste étant mort en 1519, avant que ne soient introduites les premières législations protégeant les œuvres artistiques. Par conséquent, il serait commode de clore le débat en prétextant le non-lieu de l'appropriation de Duchamp. Ce serait occulter le potentiel euristique de cette œuvre, puisqu'elle permet d'interroger le droit d'auteur dans quelques-uns de ses concepts les plus sensibles, à savoir les exceptions au droit exclusif de l'auteur et le droit moral.

À la suite de Duchamp, plusieurs auteurs ont adopté l'emprunt comme mode de création et leurs œuvres permettent de comprendre l'ampleur du spectre de l'appropriation. À l'une des extrémités se situe le travail de Sherrie Levine, une appropriatrice radicale. Celle-ci reprend, avec une fidélité parfois déconcertante, des œuvres existantes : elle photographie des photographies et reproduit à la main, presque à l'identique, des toiles¹³. En prenant le contre-pied des notions consacrées d'auteur et de propriété, elle propose une « conception de l'art comme scandale et entorse à la loi »¹⁴. Non loin du pôle défini par Levine se retrouvent quelques-unes des premières œuvres d'Andy Warhol, alors qu'il s'appropriait des photographies, une pratique qui lui a valu quelques poursuites, toutes réglées hors cour¹⁵.

Jeff Koons fait aussi incontestablement partie des appropriateurs. L'artiste a, de plus, la particularité d'avoir contribué à définir les contours jurisprudentiels de la question aux États-Unis. Koons qualifie l'art qu'il pratique de critique sociale légitime : comme

12. Voir notamment Anne CAUQUELIN, *L'art contemporain* (Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2001). Sur Duchamp, lire : Jean CLAIR, dir., *Marcel Duchamp : tradition de la rupture ou rupture de la tradition* (Paris, Union générale d'édition, 1979).

13. Pour une introduction au travail de Levine et ses rapports avec Marcel Duchamp, voir Martha BUSKIRK, « Interviews with Sherrie Levine, Louise Lawler and Fred Wilson » (1994), 70 *October* 98.

14. Catherine FRANCBLIN, « Sherrie Levine : l'âge d'or de la reproduction » (1991), 156 *Art Press* 36.

15. Voir Gay MORRIS, « When Artists Use Photographs : Is It Fair Use, Legitimate Transformation or Rip-off ? », (1981) 80 *ARTnews* 102. Voir Patricia SEARCH, « Electronic Art and the Law : Intellectual Property Rights in Cyberspace » (1999), 32 *Leonardo* 191.

d'autres auteurs postmodernes, il commente et critique les images de la société en se les appropriant et en les modifiant. Cherchant à re-contextualiser des images familières, il veut pervertir le sens de ces images et signaler ce qu'il considère être la détérioration de la culture moderne. Pour Koons : « all visual imagery should be available to the artist [...] When visual imagery gets copyrighted, it is taking away a vocabulary not only from the artist but total public »¹⁶. Deux de ses œuvres litigieuses méritent d'être décrites. La première, *String of Puppies*, consiste à transformer en sculpture une photographie en noir et blanc d'Art Rogers, laquelle montre un couple tenant fièrement une portée de chiots. Pour réaliser cette sculpture, Koons a procédé à quelques adaptations, dont l'ajout de couleurs, mais son apport n'a pas été jugé suffisant au goût du tribunal chargé de trancher la plainte déposée par le photographe. La Cour a pris en compte le fait que Koons a utilisé l'œuvre au complet et que le marché d'exploitation du photographe a pu être affecté. Pour le juge, il s'agit essentiellement de l'expression similaire d'une même idée¹⁷. La condamnation a soulevé un tollé chez les critiques d'art, mettant à leur avis en cause la légitimité de l'art postmoderne¹⁸. Pour les partisans de l'appropriation, il devenait dès lors légitime de déplacer le débat sur le terrain de la liberté d'expression et de poser le droit d'auteur en censeur. Cela dit, une autre œuvre de Koons a connu un

16. Angelika MUTHEIUS *et al.*, dir., *Jeff Koons* (Cologne, Benedikt Taschen, 1992), p. 35, tel que cité dans Kathy BOWREY, « Copyright, the Paternity of Artistic Works, and the Challenge Posed by Postmodern Artists » (1994), 8 *Intellectual Property Journal* 314.

17. *Rogers c. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992). Dans la décision, on peut lire ceci aux paragraphes 27 à 29 :

Thus, had appellant simply used the idea presented by the photo, there would not have been infringing copying. But here Koons used the identical expression of the idea that Rogers created ; the composition, the poses, and the expressions were all incorporated into the sculpture to the extent that, under the ordinary observer test, we conclude that no reasonable jury could have differed on the issue of substantial similarity. For this reason, the district court properly held that Koons "copied" the original.

[...] Koons' additions, such as the flowers in the hair of the couple and the bulbous noses of the puppies, are insufficient to raise a genuine issue of material fact with regard to copying in light of the overwhelming similarity to the protected expression of the original work.

Because of Koons' extensive use of the same expression of the idea that Rogers' created, it was properly held that he "copied" the protected features of the original. No genuine issue of material fact exists with respect to this finding ; "String of Puppies" was copied from the photograph "Puppies" based either on the direct evidence of copying or on proof of access and substantial similarity.

18. Voir notamment Martha BUSKIRK, « Appropriation Under the Gun », (1992) 80 *Art in America* 37. Voir également Lynne A. GREENBERG, « The Art of Appropriation : Puppies, Piracy and Post-Modernism », (1992) 11 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 33.

sort juridique opposé. *Niagara* est une peinture intégrant des images de pieds de femmes, dont l'une est l'œuvre de la photographe Andrea Blanch utilisée pour une réclame de sandales de marque GUCCI. Blanch a engagé une poursuite pour violation du droit d'auteur, mais cette fois Koons a su convaincre le tribunal que son œuvre de réappropriation trouvait grâce aux yeux de la loi, notamment en raison du degré de transformation se trouvant dans la nouvelle œuvre¹⁹. Contrairement à la photographie d'Art Rogers à l'origine de *String of Puppies*, dans *Niagara* la photographie de Blanch n'est pas utilisée au complet et elle est placée dans un ensemble pictural plus complexe qui comporte notamment d'autres pieds de femme.

Les exemples qui précèdent démontrent que l'appropriation n'est pas un phénomène isolé dans l'univers de la création et que, dans certains cas, elle est le fait d'auteurs de renom, voire d'auteurs qui ont forgé leur réputation en misant sur cette pratique. Cette idée de revisiter les œuvres passées, de les réinterpréter, de les transformer, de les citer ou de les parodier n'est pas un effet de mode. Plus encore, les nouveaux logiciels conviviaux d'édition musicale, photographique ou vidéographique²⁰ démocratisent la pratique de l'appropriation, en facilitant les emprunts à des œuvres existantes. Certains n'hésitent plus à nommer la tendance émergente comme étant celle d'une culture du *Cut & Paste*²¹, alors que d'autres renchérissent en signalant que la figure même de l'auteur s'en trouve transformée :

[...] les nouveaux artistes seraient, désormais, polyvalents, polymorphes ; enfants d'Internet et des nouveaux médias, ils parleraient la langue unique et universelle de la communication ; sortes de « DJ » aptes à mélanger tous les sons de toutes les cultures, puisant dans l'immense supermarché des civilisations, ils construiraient un univers non pas irréel mais virtuel, celui d'un Art collectif brassant tous les arts, patchwork tentacu-

19. « The [transformative] test almost perfectly describes Koons's adaptation of "Silk Sandals" : the use of a fashion photograph created for publication in a glossy American "lifestyles" magazine – with changes of its colors, the background against which it is portrayed, the medium, the size of the objects pictured, their details and, crucially, their entirely different purpose and meaning – as part of a massive painting commissioned for exhibition in a German art-gallery space. We therefore conclude that the use in question was transformative ». *Blanch c. Koons*, 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006) 253.

20. Par exemple, Protools pour l'audio, Photoshop pour la photographie et Final Cut pour la vidéo.

21. « Remix Now ! The Rise of Cut & Paste Culture », c'est ainsi que le magazine *Wired* titrait sa une de juillet 2005.

laire, constitué de tout ce qu'on trouve en rayon, sans scrupule et sans l'idée même d'un scrupule.²²

L'inspiration des auteurs demeure la société²³, avec le lot d'images, de sons, de textes qu'elle propose mais, aidée par les technologies qui deviennent de puissants outils d'appropriation, tout se passe comme si la création pouvait aujourd'hui faire l'économie de la propriété instaurée par le droit d'auteur.

2.2 L'appropriation musicale

L'appropriation musicale est caractérisée par le fait que, contrairement à la littérature, la musique ne peut utiliser les guillemets pour citer²⁴. Bien que l'appropriation ait connu une croissance phénoménale avec les outils techniques permettant l'échantillonnage de segments sonores²⁵, l'idée n'en est pas moins inscrite dans l'histoire même de la musique. Sans vouloir en faire une thèse de musicologie, il appert que des courants distincts cautionnent l'appropriation, celle-ci étant bien implantée dans diverses cultures musicales. Quelques exemples issus de genres musicaux fort variés illustrent la constance du phénomène.

Dans une ère précédant celle des législations sur le droit d'auteur, Haendel, Mozart et Bach furent des maîtres de l'appropriation, ces compositeurs, comme tant d'autres, ayant manié l'art de la citation et de la parodie²⁶, une pratique qui s'estompa à partir du 19^e siècle dans la mouvance des législations sur le droit d'auteur²⁷. La musique classique n'est pas la seule à faire usage de l'appropriation et une autre des trajectoires de l'appropriation provient de la musique dite ethnique ou traditionnelle. Dans les cultures où il n'existe pas de système de notation, la tradition orale assure la transmission et la préservation de la musique et il ressort de certaines études musicologiques que, pour ces musiques, l'appropriation

22. EDELMAN, *supra*, note 3, p. 8-9. Il semble toutefois que l'auteur dénonce cette nouvelle culture.

23. *Ibid.*, p. 269.

24. Voir Françoise ESCAL, *Le compositeur et ses modèles* (Paris, Presses universitaires de France, 1984), p. 11.

25. Voir Paul THÉBERGE, « Technology, Creative Practice and Copyright », dans Simon FRITH et Lee MARSHALL, dir., *Music and Copyright*, 2^e éd. (New York, Routledge, 2004), p. 139.

26. Sur cette question, lire généralement ESCAL, *supra*, note 24.

27. Voir Lydia GOEHR, *The Imaginary Museum of Musical Works : An Essay in the Philosophy of Music*, éd. rév. (New York, Oxford University Press, 2007), p. 220-23.

est un mode de composition²⁸. Par ailleurs, le reggae se veut une musique conçue dans une optique de partage et une même chanson peut connaître plus d'une centaine de versions²⁹. Le blues s'est également développé autour d'une dynamique d'appropriation³⁰. En fait, le projet de faire des versions avec la musique existante serait inhérent aux musiques caribéennes et afro-américaines³¹ et on peut soumettre l'hypothèse que la majorité de ces appropriations se produisent avec le consentement tacite, ou du moins la vague tolérance, des titulaires de droits. Du côté de la musique rock, on a souligné l'utilisation d'emprunts dans la musique de Led Zeppelin³². Il semble ainsi que l'appropriation soit intimement liée avec la grande majorité des formes de création musicale.

L'avènement du disque a été l'occasion d'un accroissement considérable de la pratique de l'appropriation et il est beaucoup moins plausible de penser que, pour ces nouvelles pratiques, le consentement tacite des titulaires soit acquis. Dans le New York des années 1970, l'apparition du rap, une musique qui se construit en récupérant des rythmes³³, tout comme l'invention du scratch³⁴,

-
28. « [...] les Rodriguais ont développé dans leurs pratiques musicales une grande capacité à l'accommodement. Toutes les ressources disponibles sont susceptibles d'être utilisées. L'air peut avoir été entendu sur un vieux phonogramme ou à l'église. Il peut provenir du répertoire de danses, d'un fonds musical de chants traditionnels français très ancien, ou avoir été emprunté au répertoire de chansons réunionnaises ou africaines, etc. Toute mélodie est interchangeable si elle sert bien le texte. Son importance est donc secondaire par rapport au texte auquel elle doit s'adapter afin de le mettre en valeur ». Brigitte DES ROSIERS, *Les chants de l'oubli. La pratique du chant traditionnel à l'île Rodrigues (République de Maurice). Exemple d'autonomie sociale et culturelle d'une musique créole*, thèse de doctorat en musicologie, Université de Montréal, 2004 [non publiée] à la section 4.2.4.6. Sur cette question, voir aussi Allan P. MERRIAM, *The Anthropology of Music* (Evanston, Illinois, NorthWestern University Press, 1964).
29. « One of the most important words in reggae is « version ». Sometimes a reggae record is released and literally hundreds of different versions of the same rhythm or melody will follow in its wake ». Dick HEBDIGE, *Cut 'n' Mix : Culture, Identity and Caribbean Music* (New York, Routledge, 1987), p. 12.
30. Voir Jason TOYNBEE, « Copyright, the Work and Phonographic Orality in Music » (2006), 15 *Social & Legal Studies* 77.
31. HEBDIGE, *supra*, note 29, p. 12-16.
32. Voir Dave HEADLAM, « Does the Song Remain the Same ? Questions of Authorship and Identification in the Music of Led Zeppelin », dans Elizabeth West MARVIN et Richard HERMANN, dir., *Concert music, rock, and jazz since 1945 : essays and analytical studies* (Rochester, University of Rochester Press, 1995), p. 319.
33. Notamment le disc jockey Kool Herc qui se sert des percussions sur la pièce *Apache* tirée d'un disque du groupe The Incredible Bongo Band. Voir HEBDIGE, *supra*, note 29, p. 138.
34. Un disc jockey nommé Theodor serait l'inventeur du scratching, technique consistant à bouger manuellement, rapidement et répétitivement un disque de l'avant à l'arrière. *Ibid.*, p. 138.

constituent des jalons importants dans l'utilisation de musiques existantes. Avec des compositeurs comme U Roy³⁵, et à sa suite une longue tradition de Disc Jockey³⁶, est créée une musique par et pour une classe défavorisée sur le plan économique³⁷. L'utilisation de musiques existantes s'avère alors être un choix de matériaux dicté par des raisons financières, mais aussi par un refus de la logique propriétaire³⁸. Depuis la poursuite en violation de droit d'auteur intentée en 1979 contre le Sugar Hill Gang pour *Rapper's Delight*, la pratique de l'appropriation présente dans la musique rap et hip-hop est à l'avant-scène de l'actualité juridique³⁹. Ce style musical, comme le hip-hop des débuts, confronte effectivement le droit :

The hip hoppers "stole" music off air and cut it up. Then they broke it down into its component parts and remixed it on tape. By doing this they were breaking the law of copyright. But the cut 'n' mix attitude was that no one owns a rhythm or a sound. You just borrow it, use it and give it back to the people in a slightly different form. To use the language of Jamaican reggae and dub, you just *version* it.⁴⁰

Les disquaires sont ainsi devenus des dépositaires de sonorités appropriables. DJ Shadow a composé les pièces de l'album *Endtroducing* en utilisant uniquement des extraits puisés sur disques. Pour sa part, DJ Danger Mouse publie en 2004 *The Grey Album*, un collage fait à partir des pièces *a cappella* contenues sur le *Black Album* du rappeur Jay-Z et d'extraits de l'album blanc des Beatles. Le disque, rapidement dénoncé par EMI, les titulaires des droits sur l'album des Beatles, a été retiré du marché. On a aussi vu des compositeurs de musique rap manier la parodie et s'attirer, par le fait même, la grogne des titulaires de droits : le groupe 2 Live Crew a dû défendre sa parodie de *Pretty Woman* jusque devant la Cour suprême des États-Unis⁴¹.

35. *Ibid.*, p. 82.

36. *Ibid.* Voir surtout le chapitre 16 intitulé « Rap and hip hop : the New York connection », p. 136-48.

37. Sur la culture hip-hop et l'appropriation, voir Christian BÉTHUNE, *Le Rap. Une esthétique hors la loi* (Paris, Autrement, 2003), p. 66 à 69.

38. Voir Thomas G. SHUMACHER, « "This is a sampling sport" : digital sampling, rap music and the law in cultural production », (1995) 17 *Media, Culture and Society* 253.

39. Pour un historique de ce type de poursuites, voir Joanna DEMERS, *Steal this music : how intellectual property law affects musical creativity* (Athens, University of Georgia Press, 2006), p. 91 à 110.

40. HEBDIGE, *supra*, note 29, p. 141.

41. Nous reviendrons sur cette décision dans la seconde partie de ce texte.

La musique issue de l'avant-garde artistique du 20^e siècle tisse également des liens étroits avec l'appropriation. L'avant-garde pose, d'emblée, des défis parfois insurmontables pour le droit d'auteur. Tout comme la *Fontaine* de Marcel Duchamp – un urinoir exposé en guise d'œuvre artistique – on peut parier que la pièce musicale intitulée *4.33* du compositeur John Cage réside hors du droit d'auteur. Les deux « œuvres » nous mettent davantage en présence d'une idée, chose que le droit d'auteur ne protège pas. S'agissant de *4.33*, la pièce consiste essentiellement en un événement sonore : un interprète est assis devant un piano et demeure silencieux durant 4 minutes et 33 secondes. Cage cherchait à démontrer que la musicalité pouvait, pendant la durée de cette pièce, être constituée de sons qui proviennent de la salle : toussotement des spectateurs, craquement de fauteuil, ventilation... John Cage fut aussi un pionnier de l'utilisation de musique comme matériau sonore et certaines de ses œuvres interpellent plus directement le thème de l'appropriation. Dans les années cinquante, il compose *Imaginary Landscape no. 4*, une pièce dont l'instrumentation est constituée par la musique et les propos recueillis en direct sur douze récepteurs de radio. Cage a aussi été un initiateur du collage sur bande magnétique, en créant *Imaginary Landscape no. 5* à partir de segments provenant de quarante-deux disques de jazz et *Williams Mix* à partir de six cents extraits sonores⁴². Cage n'est pas le seul à s'être aventuré dans cette voie. Au cours de la décennie suivante, Steve Reich crée *It's gonna Rain* et *Come Out*, chacune des compositions utilisant un seul extrait sonore retravaillé par des manipulations de bandes magnétiques⁴³.

Dans un registre musical davantage intempestif, la pratique du collage sonore peut déplaire aux titulaires de droits, comme l'ont constaté John Oswald et le groupe Negativland. Oswald, un compositeur canadien, est un appropriateur insatiable qui puise dans la musique existante pour constituer ses propres œuvres. Dans les années 1990, sous le titre de *Plunderphonics*, il a créé des pièces à partir de sources qui vont de Dolly Parton aux Beatles et qui sont généralement identifiables et identifiées. Pour Oswald, l'appropriation sonore est de l'ordre d'une « prérogative de composition »⁴⁴. En

42. Pour le détail de ces œuvres de Cage, voir Jean-Yves BOSSEUR, *John Cage* (Paris, Minerve, 1993), p. 30-31 et Michael NYMAN, *Experimental Music : Cage et au-delà* (Paris, Allia, 2005), p. 86-87.

43. Voir Jacques-Emmanuel FOUSNAQUER, Claude GLAYMAN et Christian LEBLÉ, *Musiciens de notre temps : depuis 1945* (Paris, Plume, 1992), p. 417-421. Voir également NYMAN, *ibid.*, p. 228-29.

44. Voir John OSWALD, « Plunderphonics, or Audio Piracy as a Compositional Pre-rogative » (1985), disponible en ligne : <<http://www.plunderphonics.com/xhtml/xplunder.html>> [page consultée le 24 février 2009].

1989, il reproduit une centaine d'exemplaires d'un album sur lequel se retrouve une pièce composée à partir de la musique de Michael Jackson et place, sur la pochette de cet album, un montage photographique présentant le chanteur avec un corps de femme nue. Dans les mois suivants la publication de l'album, la Canadian Recording Industry Association (CRIA), estimant que Oswald violait les droits d'auteur du chanteur, a incité le compositeur à détruire tous les exemplaires non distribués⁴⁵. Pour sa part, Negativland, un groupe californien pratiquant le collage sonore, a eu d'importants démêlés avec U2, un des géants de la musique populaire, pour avoir utilisé et transformé le tube *I Still Haven't Found What I'm Looking For*. Son plaidoyer en faveur de l'appropriation est abondamment documenté dans un ouvrage relatant sa péripétie juridique et le règlement hors cour qui l'a conclue⁴⁶.

On constate ainsi que les compositeurs qui font usage de la musique enregistrée et dont les œuvres essaient depuis près de cinquante ans ont un rapport ambigu avec le droit d'auteur. Lors de la création des législations sur le droit d'auteur il y a plus d'un siècle⁴⁷, la grammaire musicale comportait des éléments de solfège, d'harmonie et de rythme⁴⁸, tout comme une instrumentation relativement bien délimitée. À l'évidence, le droit d'auteur n'a pas, à ses origines du moins, été pensé pour protéger la musique intégrant la radio en direct ou des extraits de musique sur disque. Certes, le droit d'auteur fait généralement peu de cas des outils et des matériaux utilisés pour parvenir à créer une œuvre. Dans le cas de l'appropriation par contre, les matériaux incluent des œuvres et leurs droits d'auteur, ce qui crée une nouvelle donne.

Les compositeurs appropriationnistes sont des kleptomanes, dans la mesure où ils démontrent une impulsion pathologique à soustraire leurs matériaux sans demander l'autorisation aux titulaires.

45. Cette histoire est relatée par Oswald dans John OSWALD, *Plunderphonics 69/96* (Olympia, Seeland, 2000), p. 23-29.

46. Negativland, *Fair Use, The Story of the Letter U and the Numeral 2* (Concord, Seeland, 2000). Pour une analyse du différend entre Negativland et U2 ainsi qu'une analyse du critère de parodie, lire Andrew WATT, « Parody and Post-Modernism : The Story of Negativland », (2002) 25 *Columbia Journal of Law & The Arts* 172. Voir également le site Internet de Negativland à l'adresse suivante : <<http://www.negativland.com/>>.

47. Bien entendu, ces législations ne sont pas apparues en même temps et l'affirmation mériterait d'être développée.

48. Les musicologues voudront bien excuser ce raccourci, très certainement réducteur. Pour plus de précisions, voir notamment Brigitte MASSIN et Jean MASSIN, *Histoire de la musique occidentale* (Paris, Fayard, 1995).

La psychiatrie nous apprend que le kleptomane est rarement motivé par la valeur du bien, laquelle est d'ailleurs souvent minime, et qu'il trouve une jouissance dans le fait même de dérober, étant peu soucieux des conséquences juridiques de ses gestes⁴⁹. Du point de vue du droit d'auteur, s'agit-il d'un vol dont ils se rendent nécessairement coupables ? Se pourrait-il que la majorité de ces pilleurs profite de la tolérance du droit d'auteur ?

2.3 L'état du droit

Au Canada, une première attitude consisterait à condamner sans appel la pratique de l'appropriation, au nom du principe général suivant lequel il est interdit de faire usage d'une œuvre sans le consentement des titulaires de droits. Dans les cas de musiques endisquées, il faut souligner que les titulaires de droits sont nombreux, incluant le compositeur de la musique et l'auteur des paroles⁵⁰, les interprètes et le producteur de l'enregistrement sonore⁵¹, en plus des titulaires ayant acquis des droits par contrats⁵². Une condamnation de l'appropriation pourrait d'ailleurs être confortée par l'application du droit moral, une hypothèse qui sera discutée en conclusion de ce texte. Il existe néanmoins deux portes de sortie dont l'ouverture varie selon les faits en cause. Considérant que l'expression « appropriation » n'est pas inscrite dans la loi il faut, afin de jauger la souplesse législative à l'égard de cette pratique, examiner la notion de « partie importante d'une œuvre » et l'exception d'utilisation équitable.

La notion de « partie importante d'une œuvre » trouve sa source dans la loi :

Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une *partie importante* de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une *partie importante* en

49. Pour une définition générale de la kleptomanie, voir Jacques POSTEL, *Dictionnaire de psychiatrie et de psychopathologie clinique* (Paris, Larousse, 1998), s.v. « kleptomanie ».

50. Les droits de ceux-ci sont prévus à l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 [ci-après citée L.D.A.].

51. Les droits voisins accordés à l'artiste-interprète et au producteur de l'enregistrement sonore en vertu des articles 15 et 18 L.D.A.

52. Il peut s'agir de droits accordés à un éditeur ou à une maison de disque par exemple. Voir Paul SANDERSON, *Musicians and the Law in Canada*, 3^e éd. (Scarborough, Carswell, 2000).

public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une *partie importante* [...] [Les italiques sont nôtres].⁵³

Avant d'en arriver à cet article, la législation canadienne a quelque peu tergiversé. D'abord, antérieurement à la loi de 1921, le *Code criminel* de 1915, qui contenait quelques dispositions sur le droit d'auteur, utilisait l'expression « la totalité ou une partie quelconque » de l'œuvre. On peut déduire que la formulation d'alors ne laissait pas de prise à une échappatoire, puisqu'une « partie quelconque » peut viser un emprunt de n'importe quelle taille. Pour sa part, la loi de 1921 a introduit le concept de « partie importante de l'œuvre » mais a limité sa portée à la publication d'œuvres non publiées⁵⁴. Ce n'est qu'avec les modifications de 1952 que l'on retrouve un libellé qui s'apparente à celui de la loi actuelle.

Cela dit, la notion de « partie importante de l'œuvre » n'ouvre pas, à proprement parler, sur un régime d'exception au droit exclusif de l'auteur, bien que le résultat demeure le même, soit une utilisation faite sans le consentement de l'auteur. Cette notion se rattache plutôt à l'œuvre elle-même et à ce qui, sans verser dans l'ontologisme, en forme l'essence. Le droit d'auteur porte sur l'œuvre dans sa quasi-totalité, laissant hors du champ de protection ce qui en constitue une partie non importante. La détermination de ce qui constitue cette partie non importante repose sur l'analyse de l'extrait utilisé, au cours de laquelle on cherche à savoir si, dans cet extrait, on peut reconnaître l'œuvre d'origine. Il s'agit en quelque sorte d'un critère de première impression, lequel repose davantage sur la qualité que sur la quantité de l'extrait⁵⁵. Les coups de cymbale qui donnent le rythme pour commencer une pièce de jazz pourraient, à titre d'exemple, constituer une partie non importante de l'œuvre alors que, comme le souligne la Commission du droit d'auteur dans une note de bas de page, « on pourrait soutenir assez facilement que quelques notes de certaines œuvres (les quatre premières notes de la Cinquième symphonie de Beethoven, par exemple) représentent une

53. Art. 3(1) L.D.A.

54. « Pour les fins de la présente loi, le « droit d'auteur » désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci [...] ». *Loi concernant le droit d'auteur*, S.R. 1927, c. 32, art. 3.

55. Voir la jurisprudence relevée sur le sujet dans Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur : texte annoté*, 7^e éd. (Scarborough, Carswell, 2006), p. 254-68.

partie importante de l'œuvre »⁵⁶. La Cour d'appel de l'Angleterre a déjà conclu que quelques mesures d'une marche militaire constituaient une partie importante d'une œuvre, parce que l'extrait permettait de reconnaître l'œuvre⁵⁷. Étant donné que pour se qualifier de « partie non importante » l'extrait doit être négligeable, l'auteur d'origine risque de ne jamais savoir que son œuvre est devenue un matériau, possibilité augmentée par le fait que, à la différence de ce qui est prévu pour l'exception d'utilisation équitable, la mention de la source n'est pas requise.

L'utilisation de la partie non importante, comme domaine où le droit ne trouve pas application, réfère à la locution *de minimis*⁵⁸, en vertu de laquelle le droit ne s'intéresse pas aux choses considérées comme insignifiantes. Ce principe a été plaidé aux États-Unis, sans succès toutefois, dans une cause portant sur l'utilisation d'un extrait de musique. Dans une des affaires *Bridgeport*⁵⁹, le tribunal a conclu à la violation du droit d'auteur, même si l'utilisation ne concernait que trois notes et que, de surcroît, celles-ci étaient modifiées. La défense *de minimis* a été rejetée au nom de la valeur économique de tout échantillon sonore et le juge y est allé de ce qui est, depuis, scandé comme une nouvelle maxime stigmatisant la pratique : « get a licence or do not sample ». Bien qu'il existe de nombreuses similarités entre le droit américain et le droit canadien en matière de droit d'auteur, il semble que sur ce point les législations diffèrent⁶⁰. Le libellé de la loi canadienne, tout comme la philosophie actuelle de la Cour suprême quant à l'étiement des prérogatives de l'auteur, ne militent pas pour l'incorporation dans notre droit d'une solution

56. Commission du droit d'auteur, Titulaires de droits d'auteur introuvables, 2003-UO/TI-21, 29 mars 2004, p. 4. Voir également *Canadian Performing Right Society Ltd. c. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610.

57. « That the portion which they have taken is substantial cannot be denied. The part which has been taken consists of 28 bars, which bars contain what is the 1934 principal air of the "Colonel Bogey" march—the air which every one who heard the march played through would recognize as being the essential air of the "Colonel Bogey" march ». *Hawkes and Son (London), Ltd. c. Paramount Film Service Ltd.*, [1934] Ch. 593 (C.A.).

58. L'adage est le suivant : *De minimis non curat lex*. Voir Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, s.v. « *De minimis non curat lex* ».

59. Il y a plusieurs affaires *Bridgeport*, la corporation étant titulaire de droits sur des œuvres musicales. L'affaire qui nous intéresse ici est la suivante : *Bridgeport Music c. Dimension Films* 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005).

60. On peut aussi prétendre que le droit américain n'est pas aussi rigide que le laisse penser la décision *Bridgeport*. Sur la défense *de minimis* précédant l'affaire *Bridgeport*, voir Brett I. KAPLICER, « Rap Music and De Minimis Copying : Applying the *Ringgold* and *Sandoval* Approach to Digital Samples » (2000), 18 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 225.

aussi draconienne que celle préconisée dans l'affaire *Bridgeport*. La jurisprudence a d'ailleurs maintes fois reconnu l'existence de cette partie non importante⁶¹ et celle-ci, comme premier lieu d'appropriation, est donc admise en droit canadien. Un extrait qui échouerait à ce test pourrait se rabattre sur l'étape suivante, laquelle consiste à savoir si l'emprunt peut être qualifié d'utilisation équitable.

La loi canadienne indique aux articles 29 à 29.2 que l'utilisation équitable d'une œuvre ne constitue pas une violation du droit d'auteur, dans la mesure où cette utilisation vise des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles. Ce type d'utilisations représente le degré de tolérance du droit d'auteur à l'égard des emprunts non autorisés et les acceptions de ce principe varient selon les systèmes juridiques⁶². Au Canada, le concept d'utilisation équitable mérite un long développement, le principe étant passé, au fil des années, du statut d'appendice à celui de principe quasi autonome. Nous nous limiterons ici à présenter les grands traits de la question, réservant pour la section suivante le soin de confronter son application avec l'appropriation musicale.

Ouvrons d'abord une parenthèse pour synthétiser le rapport entretenu entre le droit d'auteur et le domaine public, cette mise au point étant utile pour situer la nature des exceptions au droit d'auteur. La notion de propriété qui ceint le droit d'auteur doit cohabiter avec une autre notion, celle de domaine public. Le domaine public et la propriété du droit d'auteur se rencontrent à trois endroits distincts, que l'on peut caractériser comme « l'avant », « le pendant » et « l'après » de la vie de l'œuvre. Dans la période de « l'avant », la dichotomie entre l'idée et l'expression de l'idée est l'occasion d'affirmer que les idées sont dans le domaine public et que seule leur expression donne lieu à un droit d'auteur⁶³. La phase de « l'après » du droit d'auteur est celle désignée par la durée du droit, au terme de laquelle

61. Voir le développement et les références proposées dans TAMARO, *supra*, note 55.

62. Cette question a été traitée dans le détail dans Alain STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright : divergences et convergences* (Bruxelles, Bruylant, 1993).

63. Voir *Moreau c. St. Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198, p. 203 : « Je crois qu'un principe fondamental du droit d'auteur veut que l'auteur n'ait pas un droit sur une idée, mais seulement sur son expression. Le droit d'auteur ne lui accorde aucun monopole sur l'utilisation de l'idée en cause ni aucun droit de propriété sur elle, même si elle est originale. Le droit d'auteur ne vise que l'œuvre littéraire dans laquelle elle s'est incarnée. L'idée appartient à tout le monde, l'œuvre littéraire à l'auteur ». La présente traduction est celle que l'on retrouve dans le jugement de la Cour suprême de l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 8 [ci-après citée *CCH*].

l'œuvre tombe dans le domaine public. C'est durant la phase du « pendant » du droit d'auteur que se retrouvent les exceptions au droit exclusif de l'auteur. Pour jauger celles-ci, la tension entre le droit de l'auteur et le domaine public repose sur un délicat exercice d'interprétation, dans lequel transparaît non pas un équilibre, mais une interaction empreinte de hiérarchisation entre propriété privée et domaine public. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*⁶⁴ consiste en une interprétation de cette interaction.

Avant la décision charnière que constitue l'affaire *CCH*, la jurisprudence canadienne et ses commentateurs étaient d'avis que les exceptions au droit exclusif de l'auteur devaient s'interpréter restrictivement, arguant qu'il appartient au législateur et non aux tribunaux de créer des exceptions⁶⁵. De plus, tel que rappelé par la Cour suprême en 1990 dans l'affaire *Bishop*, le droit d'auteur se comprenait comme une loi établie au profit des auteurs⁶⁶. Voilà pourquoi la Cour suprême innove lorsque, dans *CCH*, elle écrit que l'exception d'utilisation équitable « correspond à un droit des utilisateurs » et que « pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement »⁶⁷. Dans cette décision, la Cour met de l'avant six critères servant à déterminer si l'utilisation est ou non équitable. Ces critères, qui seront repris en détail dans la section suivante, sont les suivants : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange, la nature de l'œuvre et, enfin, les effets de l'utilisation sur l'œuvre. C'est à l'aide de cet outillage que nous tenterons maintenant de proposer des balises juridiques à l'appropriation musicale.

64. *CCH, ibid.*

65. Dans l'affaire *Bishop c. Stevens*, la Cour suprême rejette l'idée d'une exception implicite : « De plus, une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1d) est, à mon avis, d'autant moins plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la Loi prévoit des exceptions expresses et détaillées dans des cas aussi divers que l'étude privée, la recherche, l'étude critique, l'utilisation à des fins d'éducation, la communication de documents en application de diverses lois fédérales et l'exécution, sans but lucratif, d'une œuvre musicale à une foire agricole ». *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467 [ci-après citée *Bishop*].

66. « Comme le souligne le juge Maugham dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127, [TRADUCTION] « la Copyright Act de 1911 a un but unique et a été adoptée au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs œuvres soient littéraires, dramatiques ou musicales ». *Bishop, ibid.*, par. 21.

67. *CCH, supra*, note 63, par. 48.

3. LES CRITÈRES APPLICABLES

Les critères développés dans cette section prennent en considération les situations où il est fait usage d'une « partie importante » d'une musique existante. L'accent est ainsi placé sur une interprétation de la notion d'utilisation équitable. De la sorte, il est tenu pour acquis que la jurisprudence canadienne reconnaît le principe de la « partie importante de l'œuvre », et que la devise « get a licence or do not sample » ne peut s'appliquer inconsidérément, sans que soient d'abord analysés les matériaux en cause. L'évaluation du potentiel litigieux des œuvres qui font usage d'extraits musicaux existants requiert une analyse de plusieurs facteurs. La première exigence, laquelle permet de soupeser toutes les autres, est centrée sur la finalité de l'appropriation, soit sur le but de l'emprunt. Les autres exigences reprennent les critères additionnels établis dans la décision *CCH* avec, au final, l'ajout du critère de la transformation de l'œuvre. En conclusion, nous chercherons à savoir si le droit moral peut s'inviter au débat sur l'appropriation.

3.1 La finalité de l'utilisation

Les articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* énoncent cinq situations où l'utilisation équitable fait obstacle aux principes généraux régissant le droit exclusif de l'auteur, en vertu desquels toute utilisation requiert l'autorisation préalable du titulaire des droits sur l'œuvre. L'étude privée, la recherche, la critique, le compte rendu et la communication des nouvelles peuvent, sous certaines conditions⁶⁸, ne pas constituer une violation du droit d'auteur. À notre avis, parmi ces cinq cas de figure, seule la critique est pertinente à la problématique de l'appropriation. En effet, l'étude privée et la recherche ne s'appliquent pas en l'espèce, ces dernières désignant davantage des situations où des extraits d'une œuvre sont utilisés dans le but de documenter une œuvre en devenir, sans que ces extraits puissent en eux-mêmes faire l'objet d'une publication⁶⁹, sauf si ces extraits s'inscrivent dans un contexte de critique. De plus, la pratique de l'appropriation ne vise pas la réalisation d'un compte

68. Il s'agit, dans le cas de la critique, du compte rendu et de la communication des nouvelles, d'indiquer la source ainsi que, le cas échéant, certains renseignements qui figurent sur la source. Voir les articles 29.1 et 29.2 L.D.A.

69. Nous suivons ici l'argument de Normand Tamaro : « [...] l'article 29 ne sous-entend pas que celui qui poursuit une étude privée ou une recherche puisse publier les extraits d'œuvres dont il aurait tiré des reproductions. [...] ce que publie un chercheur, ce n'est pas sa recherche *stricto sensu*, ce sont les fruits de sa recherche ». TAMARO, *supra*, note 55, p. 533.

rendu, pas plus qu'elle ne prétend communiquer une nouvelle. La critique, avec son cortège d'exigences jurisprudentielles, semble donc constituer l'unique voie d'accès à l'exception d'utilisation équitable.

Pour déterminer si un emprunt peut entrer dans la catégorie « critique », il importe de s'attarder à la constitution de l'œuvre et à la démarche de son auteur. La notion de critique, telle que pensée à l'origine, n'est pas ouverte à tous les emprunts ; pour trouver application, il doit être démontré que l'emprunt est au service d'un argumentaire. Dans son acception classique, la critique autorise l'auteur littéraire à en citer un autre, soit pour le réfuter ou soit pour soutenir son propos. Les premiers compositeurs à avoir utilisé de la musique existante dans leur propre création semblent répondre à cette exigence de critique. Dans les œuvres de John Cage, par exemple, l'appropriation de la musique diffusée à la radio et le collage de musique sur des bandes magnétiques sont au service d'une critique fort étayée de l'esthétique de la musique et des modes de compositions musicales⁷⁰. Cage serait ainsi un archétype de critique en matière d'appropriation musicale. Pour d'autres, la forme de critique en est une qui refuse de considérer les œuvres comme des objets intouchables et sacrés. Suivant ce point de vue, toutes les œuvres sont toujours déjà dans le domaine public, susceptibles d'être appropriées : ce sont des matériaux et, dans le cas d'Oswald notamment, un propos dénonçant les modes et de production et de consommation de la musique populaire appuie la pratique. Ce type de compositeurs mérite aussi le qualificatif de « critique », parce qu'ils créent des œuvres sur la base d'un discours sur la musique.

La parodie représente un autre pendant de la critique. La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire de *2 Live Crew*, a reconnu comme étant du *fair use* la parodie rap de *Pretty Woman*⁷¹. Par contre, la position canadienne sur le sujet n'est pas bien arrêtée.

70. Voir notamment *John Cage, Revue d'esthétique*, n^{os} 13-14-15 (Paris, Éditions Privat, 1987-1988).

71. Pour une analyse de la décision, voir Todd H. SHUSTER, « L'affaire *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.* et la défense du Fair Use », (1994) 7 *Cahiers de propriété intellectuelle* 287. Voir également E. Scott FRUEHWALD, « The Parody Fair Use Defense After *Campbell* », (1993-94) 18 *Columbia Journal of Law & The Arts* 103 ; et Bruce ROGOW, « The Art of Making Law from Other People's Art », (1996) 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 127. Sur le *fair use* et l'appropriation aux États-Unis, particulièrement dans le domaine de la musique, voir Ronald S. ROSEN, *Music and copyright* (New York, Oxford University Press, 2008), p. 251-319.

Encore récemment⁷², un tribunal canadien a refusé de reconnaître que la parodie constitue une utilisation équitable⁷³, en dépit d'une certaine doctrine favorable à cette approche⁷⁴. Pour sa part, la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Avanti* indique que la parodie se loge à l'enseigne de la critique et que cette forme de création est légitime en droit canadien⁷⁵ :

[...] la critique d'une œuvre intellectuelle ou artistique n'est pas que sérieuse ou savante ; elle peut aussi être humoristique ou drôle grâce à une opération d'amplification, de déformation ou d'exagération de l'œuvre visée, en un mot, elle emprunte les voies de la caricature ; elle en sera souvent que plus mordante. En ce sens, elle pourrait constituer une exemption pourvu que les exigences de la Loi soient satisfaites. [...] L'absence de décision formelle sur ce point au Canada, du moins suivant mes recherches et celles des parties, découle peut-être du fait qu'en réalité, cette vision des choses est celle communément acceptée et que la véritable parodie est reconnue.⁷⁶

Cela étant, comment qualifier les compositeurs qui font usage d'emprunts reconnaissables, mais dont la finalité n'est pas critique au sens de Cage ou de Oswald et dont le travail n'est pas non plus une parodie ? La question revient à savoir si le droit d'auteur permet la citation anecdotique, c'est-à-dire celle qui ne sert pas à étayer un propos⁷⁷. La réponse est délicate. On peut d'emblée considérer que tous les compositeurs non critiques, souvent associés à une musique

72. Voir *Canwest v. Horizon*, 2008 BCSC 1609.

73. Voir *Michelin & Cie c. TCA-Canada*, [1997] 2 C.F. 306 et *BCAA c. Office and Professional Employees' Int.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 423 (C.S.C.-B.).

74. David Vaver prétend que : « Parody and satire could qualify under this head [criticism or review] as implicit fair criticism of their target ». David VAVER, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trademarks* (Concord, Irwin Law, 1997), p. 103. Récemment, on a souligné que : « Before CCH, many scholars posited that parodies constitute infringement in Canada. In light of CCH's liberal interpretation of the enumerated grounds, it may be argued that "criticism" could now encompass parody. *Michelin* no longer seems to be good law ». Giuseppina D'AGOSTINO, « Healing Fair Dealing ? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *Revue de droit de McGill* 359.

75. Sur les différences et les similitudes entre le « fair use » américain et le « fair dealing » canadien, voir Pierre EL KHOURY, *Le Fair Use et le Fair Dealing, étude de droit comparé* (Montréal, Thémis, 2007).

76. *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1954.

77. Un survol du droit de citation est proposé par André LUCAS, « L'exception de citation » dans Association littéraire et artistique internationale, *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et exception* (Cambridge, Australian Copyright Council, 1999), p. 120-122.

commerciale, ne méritent pas d'être abrités par l'exception du droit de citation, celle-ci étant d'abord prévue pour la citation littéraire⁷⁸. Certes, ces compositeurs doivent gravir une pente abrupte pour convaincre de la licéité de leur pratique mais, à notre avis, l'opération n'est pas systématiquement vouée à l'échec. Ces compositeurs affrontent le principe de propriété évoqué plus haut, principe au fondement du droit d'auteur et qui a d'ailleurs permis à un magistrat américain de faire débiter son jugement, lequel sanctionnait une appropriation musicale, en citant le septième commandement : « Thou shalt not steal »⁷⁹. Les compositeurs kleptomanes « non critiques » estiment qu'une interprétation trop rigide de la propriété constitue un frein à la création. Qu'en est-il ?

La problématique de l'appropriation s'inscrit dans le sillage de l'article 10 de la *Convention de Berne*⁸⁰. Au Canada, comme nous l'avons souligné plus haut, l'affaire *CCH* innove en établissant un droit des utilisateurs, un droit dont les fondements ne transparaisaient ni de la loi, ni de la jurisprudence d'alors. Dans *CCH* on autorise une utilisation qui n'est pas créative, c'est-à-dire dont la finalité n'est pas de créer une nouvelle œuvre. Bien que les utilisations à l'origine de l'affaire se réfèrent à la notion de recherche prévue à l'article 29, il n'en demeure pas moins que le fondement de cette interprétation se veut une véritable révolution copernicienne pour le droit d'auteur, révolution dont les outils avaient été forgés deux ans plus tôt par la même Cour dans l'affaire *Théberge* :

78. Voir *Zamacois c. Douville*, [1944] R.C. de l'É. 208, par. 101 : « Le droit de citation est permis par la loi ; le refuser aurait pour effet de supprimer le droit de la critique littéraire ».

79. *Grand Upright Music, Ltd. c. Warner Bros. Records Inc.*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

80. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979 [ci-après citée *Convention de Berne*], art. 10 :

(1) Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.

(2) Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages.

(3) Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source.

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.⁸¹

S'agissant du but de l'utilisation, il faut tabler sur une interprétation qui fait une large place à la notion de domaine public et aux droits des utilisateurs, une telle interprétation étant compatible avec l'orientation de la Cour suprême depuis les affaires *CCH* et *Théberge*. On sait que l'interprétation juridique est souvent divisée en deux écoles : une première – plus conservatrice – estimant que le sens des mots est généralement clair et qu'il existe un sens véritable ; et une seconde, selon laquelle l'interprétation constitue plutôt une décision, puisque les mots peuvent avoir plus d'une signification⁸². Pour la problématique de l'appropriation, cette querelle d'école importe. Un juge qui chercherait dans la loi des traces autorisant l'appropriation et qui refuserait de faire correspondre l'interprétation de la loi aux développements technologiques ainsi qu'aux pratiques artistiques et sociales serait plus susceptible de rejeter toute forme d'appropriation musicale. Dans l'affaire *Bridgeport*, la Cour affiche explicitement sa préférence quant à l'interprétation juridique : une interprétation littérale, qui s'attarde au sens des mots et qui mentionne que, lors de l'adoption des dispositions pertinentes, l'appropriation musicale n'existait pas et que le législateur ne pouvait l'inclure. Or, on peut interpréter autrement et donner aux mots un sens contemporain. Au Canada, si on se réfère à la loi de 1921 et qu'on envisage ce qui constituait la critique et la recherche à l'époque, on se rend compte que celle-ci visait, entre autres, la critique littéraire et la recherche académique. En 1921, les technologies de reproduction étaient limitées et l'exception ciblait notamment la reproduction manuscrite. On peut certainement actualiser la définition de « critique », y inclure le travail de certains compositeurs, et soumettre l'hypothèse qu'il existe un droit de citation, même si celle-ci ne sert pas des fins spécifiquement critiques. L'arrêt *CCH* indique bien que le mot « recherche » ne doit pas être interprété de

81. *Galerie d'Art du Petit Champlain inc. c. Théberge*, 2002 CSC 34, par. 32 [ci-après citée *Théberge*].

82. Pour une introduction à cette question voir Michel TROPER, « Interprétation », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, Presses Universitaires de France, 2003), p. 843-47.

manière à restreindre le droit des utilisateurs⁸³. En misant sur cette ouverture, il devient plausible d'admettre l'existence d'un droit de citation pour les auteurs « non critiques ». D'ailleurs, selon certains, on peut désormais penser que le droit des auteurs et ceux des utilisateurs s'équivalent⁸⁴, sous réserve que les utilisations demeurent équitables. Toutefois, sur l'échelle de tolérance d'un juge chargé de trancher une telle utilisation, il appert que l'ampleur de l'utilisation, sur laquelle nous reviendrons, devient alors décisive.

La finalité de l'utilisation est le premier test à passer pour les kleptomanes friands d'appropriations. De ce qui précède, on peut attester de l'existence d'une finalité conforme à l'exigence d'utilisation équitable pour les musiques explicitement critiques. Quant aux autres musiques, il semble aussi exister, avec les réserves qui s'appliquent, un droit de citation et de parodie, un peu comme la musique classique l'a longtemps intégré. La qualification finale ne s'arrête cependant pas ici, car le poids accordé à chaque critère dépend de l'ensemble.

3.2 Les autres critères

Les autres critères à considérer sont cumulatifs, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que l'emprunt les franchisse tous avec succès, bien que dans certains cas, comme le note la Cour suprême, ils ne soient pas tous applicables⁸⁵. Les critères sont malgré tout interreliés et les compositeurs « non critiques » doivent les placer sous haute surveillance. Parmi les autres critères dégagés dans l'affaire *CCH*, le critère de l'ampleur de l'utilisation revêt une relative importance :

Lorsqu'une infime partie de l'œuvre est utilisée, il n'est pas du tout nécessaire d'entreprendre l'analyse relative au caractère équitable, car le tribunal aura conclu à l'absence de violation du droit d'auteur [...] l'ampleur de l'extrait tiré de l'œuvre n'est pas décisive en la matière, mais elle peut présenter une certaine utilité.⁸⁶

83. Voir le paragraphe 51 de la décision : « Il faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints ». *CCH*, *supra*, note 63.

84. Voir Daniel GERVAIS et Elizabeth F. JUDGE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 82.

85. « Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures. » *CCH*, *supra*, note 63, par. 53.

86. *Ibid.*, par. 56.

L'extrait cité permet d'abord de constater que la Cour suprême semble accroître l'étendue de la notion de « partie non importante » de l'œuvre, bien qu'il soit périlleux de conjecturer sur le sens précis à donner à l'expression « infime partie ». À tout prendre, cela permet au moins d'accréditer davantage l'existence de la locution *de minimis* en droit d'auteur canadien. Cela étant, s'agissant des compositeurs dits « non critiques », l'ampleur de l'utilisateur est un critère plus sensible qu'il ne l'est pour les compositeurs qualifiés de « critiques ». Telle que définie par le tribunal, l'ampleur de l'utilisation interdit assurément que soit produite, sans autorisation, une nouvelle version de l'œuvre d'origine, mais le critère pourrait tolérer l'utilisation de quelques notes ou d'un rythme, reconnaissables mais accessoires dans le contexte global de la nouvelle pièce. La nouvelle œuvre doit, en dépit de ses emprunts, constituer une œuvre fondamentalement différente de celles qui lui servent de matériaux, ainsi que nous le préciserons plus bas.

L'empreinte économique de l'appropriation recoupe deux des critères établis par *CCH*, soit la nature de l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre d'origine. Selon l'enseignement de la Cour au sujet de la nature de l'utilisation, laquelle réfère à « la manière dont l'œuvre a été utilisée », la visée commerciale de la nouvelle œuvre musicale pourrait être fatale à son compositeur, ce qui est d'ailleurs en phase avec le libellé de l'article 9.2 de la *Convention de Berne*⁸⁷. Dans sa décision, le tribunal précise ceci : « [l]orsque de multiples copies sont diffusées largement, l'utilisation tend à être inéquitable »⁸⁸. À cet égard, il faut rappeler qu'aux États-Unis, dans l'affaire *2 Live Crew*, en interprétant l'article 107 du *Copyright Act*⁸⁹, la Cour suprême a souligné que la nature commerciale de la parodie ne la disqualifie pas d'emblée du *fair use* : « [t]he language of the statute makes clear that the commercial or nonprofit educational purpose of a work is only one element of the first factor enquiry into its purpose and character »⁹⁰. Bien entendu, cette décision américaine se comprend dans un contexte où l'œuvre est qualifiée de parodie ; il n'en demeure pas moins que le tribunal démontre que des visées

87. L'article 9(2) indique ceci : « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». *Convention de Berne*, *supra*, note 80.

88. *CCH*, *supra*, note 63, par. 55.

89. On peut lire une analyse de l'article 107 dans KHOURY, *supra*, note 75, p. 110-29.

90. *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994), 510 U.S. 584.

commerciales ne sont pas incompatibles avec l'utilisation équitable. Le critère de l'effet sur le marché de l'œuvre est également une composante de l'empreinte économique de l'utilisation⁹¹. Dans la mesure où le principe sous-jacent est de ne pas priver les titulaires initiaux de revenus, la nouvelle œuvre doit viser un autre marché. Par conséquent, le genre musical doit être différent, ce qui représente, implicitement, un critère de style musical. Pour un genre qui carbure à la citation, tel le rap, cela signifierait que le bassin des œuvres dans lequel on peut puiser ne comprend pas le rap lui-même, en raison de la possibilité d'interférence économique. Dans ce cas, ce n'est qu'à travers ce paradoxe que l'exigence juridique est pleinement remplie.

Face à cette relative ouverture quant à l'empreinte économique, une certaine prudence est de mise. Alors que *CCH* consacre des droits aux utilisateurs, il est tentant de penser qu'un préjugé favorable devrait aussi conduire à accorder des droits aux appropriateurs. Ces derniers sont, en effet, des utilisateurs actifs, c'est-à-dire des créateurs qui contribuent à augmenter l'offre culturelle. De ce point de vue, on pourrait être autant, sinon davantage, clément à leur égard qu'on l'est pour les utilisateurs passifs, c'est-à-dire ceux qui revendiquent une exception pour contourner l'exigence d'autorisation, comme c'est le cas dans *CCH*. Il faut néanmoins garder à l'esprit une donnée décisive : les appropriateurs vont, dans la majorité des cas, chercher à diffuser leurs œuvres à une échelle plus importante que les utilisateurs passifs. Dans le cas d'une appropriation musicale, les milliers de reproductions sur disques et la radio-diffusion de l'œuvre excéderont vraisemblablement les quelques exemplaires reproduits dont il est question dans *CCH*.

Le critère de la nature de l'œuvre – lequel concerne les œuvres non publiées et confidentielles⁹² – est généralement franchi avec succès, dans la mesure où les emprunts se font sur des œuvres qui ont été publiées ou autrement diffusées. Ce critère rejoint d'ailleurs

91. L'effet sur le marché est étudié dans l'affaire *Blanch c. Koons* alors que le tribunal constate que l'utilisation de *Koons* n'a pas eu d'effets négatifs sur la carrière ou sur les ventes de reproductions de *Blanch*. *Blanch c. Koons, supra*, note 19.

92. « Le tribunal doit également tenir compte de la nature de l'œuvre pour décider du caractère équitable de son utilisation. Bien qu'il ne s'agisse certainement pas d'un facteur décisif, l'utilisation d'une œuvre non publiée sera davantage susceptible d'être équitable du fait que sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'œuvre en question, ce qui est l'un des objectifs du régime de droit d'auteur. Par contre, si l'œuvre en question était confidentielle, la balance pourra pencher en faveur du caractère inéquitable de l'utilisation. » *CCH, supra*, note 63, par. 58.

l'argument des appropriationnistes quant à la récupération des icônes culturelles. Si, en effet, on admet que les auteurs peuvent puiser dans la culture populaire, la notoriété de l'œuvre d'origine joue un rôle. Par conséquent, le degré de connaissance publique de l'œuvre pourrait exposer plus facilement celle-ci à l'appropriation et, au contraire, une œuvre n'ayant pas bénéficié d'une grande diffusion pourrait mériter une plus grande protection contre l'appropriation.

Enfin, le critère érigé par *CCH* quant aux solutions de rechange ne menace pas la pratique de l'appropriation. Dans la décision, la Cour indique que ces solutions sont envisageables « [l]orsqu'un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l'œuvre »⁹³. Cela dit, l'existence de sociétés de gestion collective, qui aurait pu influencer la Cour quant à l'application de ce principe, n'a pas été retenue⁹⁴. On peut aussi penser que, en l'absence d'un mécanisme statutaire de licence obligatoire⁹⁵, la présence d'entreprises spécialisées dans l'émission de licences musicales ne constitue pas un passage obligé pour les appropriationnistes.

Il faut considérer les critères qui précèdent comme des indicateurs dont la combinaison pourrait mener à une éventuelle clémence des tribunaux⁹⁶. À ces critères, il faut en ajouter un dernier, lequel doit pointer le plus possible vers le haut. Cette exigence, qui n'est pas spécifiquement isolée dans la décision *CCH*, est celle de la transformation de l'œuvre. Ce critère est dérivé de celui relevant de l'ampleur de l'utilisation et il réfère, dans une perspective plus large, à la notion d'originalité. Bien qu'elle puisse rappeler sous certains aspects celles où sont puisés les extraits, la nouvelle œuvre doit s'en distancier le plus possible. Tel qu'indiqué plus haut, il demeure essentiel que la nouvelle composition ne soit pas une nouvelle version de la première. Pour les musiques qui font usage de citation sans véritable but critique ou parodique, ce critère consiste à exiger beaucoup de transformation. Dans ces cas, les emprunts doivent être anecdotiques et ne pas constituer l'essence de la pièce, tels un refrain, un couplet ou une séquence identifiable qui serait répétée. C'est l'originalité de la nouvelle pièce qui devient alors l'enjeu⁹⁷ et,

93. *Ibid.*, par. 57.

94. Sur cet aspect, voir D'AGOSTINO, *supra*, note 74.

95. Sur la question de la licence obligatoire comme solution à l'appropriation, voir Julian MALONE, « L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores et le droit d'auteur au Canada » (2004), 16 *Cahiers de propriété intellectuelle* 359.

96. Sur les six critères de *CCH* et leur lien avec le droit américain, voir GERVAIS et JUDGE, *supra*, note 84, p. 83-89.

97. « Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle

en présence d'une appropriation « non critique », l'exigence d'originalité est élevée. Ces compositeurs doivent créer une œuvre radicalement différente de celle d'où ils tirent des extraits, une œuvre qui ne portera pas à confusion. Ce principe est d'ailleurs affirmé dans l'affaire *2 Live Crew* : plus on transforme, moins les autres critères importent⁹⁸, un argument se rattachant à celui, de nature plus générale, qui affirme que le droit d'auteur ne doit pas être un frein à la création.

L'exigence de transformation provient aussi de la leçon à tirer des procès de Jeff Koons⁹⁹. L'affaire *Rogers c. Koons* démontre qu'un créateur qui se déclare critique et que ses pairs reconnaissent comme tel ne bénéficie pas d'office d'une licence générale de création¹⁰⁰. Bien qu'elle génère une importante exégèse, une appropriatrice comme Sherrie Levine nage assurément en eaux troubles. Dans l'affaire *Blanch c. Koons*, c'est le haut degré de transformation qui a disculpé Koons. Un effort de transformation et d'originalité est donc requis et les décisions mettant aux prises Jeff Koons peuvent se réconcilier autour de cette idée. En somme, ce sont les usages considérés comme paresseux ou parasitaires qui seront sanctionnés¹⁰¹. Ce critère de transformation reprend, pour l'essentiel, un argument proposé dans l'affaire *Avanti* :

Cela signifie que si un créateur produit une authentique parodie créant ainsi une *œuvre nouvelle* qui pastiche ou ridiculise une autre œuvre ou qui prend appui sur une autre œuvre pour se moquer ou critiquer un événement social ou politique [...] il n'y aura pas lieu à violation des droits d'auteur. À mon sens, deux critères sont rencontrés : la finalité de l'emprunt à l'autre

soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. » *CCH, supra*, note 63, par. 16.

98. « The more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use ». *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc., supra*, note 90.

99. Voir la section 2.1.

100. Dans *Rogers c. Koons* le tribunal déclare d'ailleurs ceci : « If an infringement of copyrightable expression could be justified as fair use solely on the basis of the infringer's claim to a higher or different artistic use – without insuring public awareness of the original work – there would be no practicable boundary to the fair use defense. Koons' claim that his infringement of Rogers' work is fair use solely because he is acting within an artistic tradition of commenting upon the commonplace thus cannot be accepted ». *Rogers c. Koons, supra*, note 17.

101. Il semble qu'un juge de première instance sera influencé par la question de la paresse et du parasitage, même si cela ne transparait pas dans sa décision. Voir par exemple *Lambert c. Wardair Canada Inc.*, [1990] R.J.Q. 877.

œuvre et l'*originalité* de l'œuvre nouvelle. On peut discuter de la situation du « Target parody » ou celle du « Weapon parody » mais la véritable question est et demeure la suivante : Quelle est l'œuvre produite ? [...] La parodie ne doit pas être un paravent pour éviter le travail intellectuel et bénéficier de la renommée de l'œuvre parodiée [Les italiques sont nôtres].¹⁰²

De ce qui précède, il faut conclure que l'appropriation d'une œuvre d'autrui ne sera proscrite qu'après l'application des faits en cause aux multiples critères évoqués ci-haut. Ainsi, l'interdiction d'approprier n'est pas aussi draconienne qu'on pourrait le croire ; le droit d'auteur ne manque pas de modernité et il accompagne un pan important de la redéfinition des pratiques artistiques¹⁰³.

3.3 La question du droit moral

En plus de sa composante économique, laquelle recouvre le droit d'autoriser les utilisations de l'œuvre, le droit d'auteur comporte également des attributs regroupés sous l'appellation du droit moral. Ce droit est davantage étendu lorsque l'on adopte une conception continentale du droit d'auteur, selon laquelle l'œuvre est une extension de la personne de l'auteur. Au Canada, la loi reprend le minimum de ce que prévoit la *Convention de Berne*¹⁰⁴ et ce droit se résume à deux composantes : le droit de revendiquer la création de l'œuvre et le respect de l'intégrité de celle-ci. Ces prérogatives peuvent-elles limiter la pratique de l'appropriation ?

Le droit de revendiquer la création de l'œuvre est prévu à l'article 14.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁰⁵. Tout auteur a le droit de voir son nom associé à son œuvre. Cette règle s'applique à

102. *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1954.

103. Dans les années 1990, dans la foulée du jugement *Rogers c. Koons*, on a critiqué le droit d'auteur pour sa vision restrictive de la création. Par exemple : « The legal system cannot generate respect for copyright law by simply resisting, redefining or ignoring changes in the function of art. Copyright law must be responsive to the broader context of these challenges ». BOWREY, *supra*, note 16.

104. *Convention de Berne*, *supra*, note 80, art. 6^{bis} (1) : « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

105. L.D.A., art. 14.1(1) : « L'auteur d'une œuvre a le droit, sous réserve de l'article 28.2, à l'intégrité de l'œuvre et, à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat ».

l'utilisation d'une partie importante d'une œuvre et il est vraisemblable de prétendre que l'utilisation d'une partie non importante d'une œuvre puisse faire l'économie de cette exigence. Un kleptomane devrait par contre être tenu, par souci éthique, d'indiquer la provenance de toutes ses sources. Ce droit de revendiquer la création se trouve affecté par l'appropriation dans les situations où les sources ne sont pas indiquées, hormis les cas où, tel que le prévoit l'article 14.1(1), on ne peut honorer cette obligation « compte tenu des usages raisonnables ». Il semble néanmoins que dans tous les cas de musique sur disque, le livret qui accompagne quasi systématiquement les publications, permet de satisfaire l'exigence. D'ailleurs, celle-ci est d'autant plus réelle que l'article 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* – lequel prévoit l'exception aux fins de critique – mentionne l'obligation de faire état de la source et de certains renseignements qui y figurent¹⁰⁶. Ces « renseignements »¹⁰⁷ sont des composantes du droit moral d'attribution dont profitent tous les titulaires initiaux de droit, artistes-interprètes, producteurs et radiodiffuseurs inclus. L'exigence juridique se couple à une visée éthique, soit celle de souligner le fait que les matériaux utilisés ne sont pas des textures ordinaires ou des outils traditionnels de création, mais des œuvres créées par d'autres auteurs. De la sorte, le compositeur identifie ses matériaux et met au clair son propre réseau de filiation et d'inspiration. Certes, la divulgation peut attirer l'attention des titulaires sur l'emprunt, mais la transparence de la démarche aide assurément à se disculper.

L'autre composante du droit moral, le droit à l'intégrité de l'œuvre, est nécessairement mise en cause par l'appropriation, puisqu'une portion de l'œuvre d'origine est placée dans une nouvelle œuvre. La portée de ce droit est spécifiée à l'article 28.2(1) : « Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ». L'affaire *Snow*¹⁰⁸

106. L'article 29.2 L.D.A. indique ceci : « L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés : a) d'une part, la source ; b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source : (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur, (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète, (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur, (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur ».

107. On peut à juste titre s'étonner du vocable choisi par le législateur, puisqu'il s'agit de droits moraux.

108. *Snow c. Eaton Center Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (H.C.J. Ont.).

constitue une des rares décisions portant sur la notion d'intégrité de l'œuvre. Les faits de cette cause se résument à ceci : Michael Snow se rend compte lors de la période des Fêtes que sa sculpture *Flight Stop*, représentant soixante oies sauvages suspendues au plafond d'un centre commercial, a été transformée. Les propriétaires de l'œuvre ont en effet jugé opportun d'orner chacune des oies d'un ruban rouge. Saisie de l'affaire, la Cour a ordonné le retrait des rubans, estimant que le centre commercial portait atteinte à l'intégrité de l'œuvre ainsi qu'à l'honneur et à la réputation de l'artiste. Dans les cas d'œuvres musicales qui sont modifiées sans le consentement de l'auteur, il faut, suivant l'article 28.2(1), faire la preuve d'un préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur et non la preuve d'un préjudice économique¹⁰⁹. Par contre, dans la mesure où le droit reconnaît la parodie – laquelle implique la modification d'une œuvre – on peut déduire que la portion du droit moral liée au respect de l'intégrité de l'œuvre a une portée limitée.

Cela dit, en dépit de décisions ponctuelles favorables, le droit moral ne se pose pas comme un obstacle insurmontable à l'appropriation. Ce droit, théoriquement de nature à tempérer les élans appropriationnistes, s'avère d'une efficacité relative dans le contexte canadien. Dans l'architecture du droit d'auteur, le droit moral ne fait pas partie des droits dits économiques, comme le droit de reproduction ou le droit de communication. De même, le droit moral ne semble pas constituer un indicateur pour déterminer le caractère équitable d'une utilisation. L'arrêt de principe sur la question, l'affaire *CCH*, ne discute en aucun endroit de cette notion, pourtant inscrite au cœur même de la loi¹¹⁰. De plus, dans la décision *Théberge*, la Cour suprême propose une lecture plutôt frileuse du droit moral : concédant que les droits moraux « consacrent une conception plus noble et moins mercantile du lien entre un artiste et son œuvre »¹¹¹, la Cour minimise la portée du droit moral en concluant que selon les faits en cause, « l'intimé tente de faire valoir un droit moral sous le couvert d'un droit économique »¹¹². Le raisonnement dans *Théberge*,

109. Voir *Prise de parole inc. c. Guérin, éditeur ltée* (1995), 66 C.P.R. (3d) 257 (C.F.P.I.), confirmé par (1996), 73 C.P.R. (3d) 557 (C.A.F.) sur les critères subjectif et objectif de l'atteinte à l'intégrité.

110. Même si les faits de cette affaire ne concernent pas le droit moral, il semble que la Cour aurait pu, malgré tout, indiquer comment le droit moral s'insère dans la détermination du caractère équitable d'une utilisation.

111. *Théberge, supra*, note 81, par. 15. La Cour se réfère également à l'une des premières reconnaissances du droit moral au Canada, l'affaire *Morang and Co. c. LeSueur* (1911), 45 R.C.S. 95.

112. *Théberge, ibid.*, par. 74.

au terme duquel le droit moral se trouve minorisé face aux droits économiques, découle du constat d'une « compartimentation rigide » entre les deux droits¹¹³.

L'opinion de certains juristes à l'égard du droit moral est également révélatrice d'une position plutôt hésitante face à ce bénéfice. En commentant la Joconde revisitée par Marcel Duchamp dont il a été fait mention plus haut, le professeur David Vaver souligne que l'intégrité de l'œuvre de Léonard de Vinci tout comme celle de l'artiste demeure intacte malgré l'ajout d'une moustache et d'une barbichette. Plus encore, Vaver prétend que cette parodie de Duchamp enrichit notre compréhension de l'art¹¹⁴. La prise en compte du droit moral dans l'équation menant à déterminer l'utilisation équitable demeure ultimement une question qui révèle la sensibilité du juge et on peut, en dépit de la tendance observée, concevoir qu'un magistrat, estimant l'importance du droit moral, se montre réticent à avaliser une appropriation.

4. CONCLUSION

L'appropriation représente une pratique bien implantée dans la production d'œuvres musicales et ce fait doit être pris en considération lorsque vient le temps de juger de la légalité d'un emprunt. On peut aussi penser qu'une tolérance à l'appropriation est conforme à l'orientation du droit d'auteur canadien, surtout depuis les affaires *Théberge* et *CCH*. Une réconciliation entre ces pratiques artistiques et le droit d'auteur est donc pensable. Cependant, la souplesse canadienne n'est pas une porte grande ouverte au libre accès et des juges pourraient s'estimer en droit de contenir les appropriationnistes intempérants. Pour ce faire, les tribunaux doivent contextualiser les jugements récents de la Cour suprême et donner au droit à l'intégrité de l'œuvre une plus grande consistance. Cela étant, une préoccupation éthique devrait guider les appropriationnistes de toutes tendances : que le droit cautionne une forme de kleptomanie créative ne doit pas faire obstacle à l'exigence de nommer la source de ses emprunts et, ce faisant, de respecter le droit moral d'attribution.

113. « L'existence dans la *Loi* de régimes distincts couvrant les droits économiques, d'une part, et les droits moraux, d'autre part, dénote l'intention d'établir une distinction et une séparation claires ». *Ibid.*, par. 59. La Cour cite ensuite Ysolde GENDREAU, « Moral Rights » dans Gordon F. HENDERSON, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (Scarborough, Carswell, 2004), p. 171.

114. Voir VAVER, *supra*, note 74, p. 91-92.

Comme pour tant d'autres questions juridiques, l'appropriation musicale est, en définitive, une question de degrés. Pour citer Paracelse, médecin au 16^e siècle, « c'est la dose qui fait le poison ». Ainsi, une première catégorie de compositeurs kleptomanes peut avoir la conscience relativement tranquille, dans la mesure où ses adeptes franchissent successivement la porte d'entrée de la critique et celle de la transformation. En revanche, les compositeurs qui font usage de citation et dont les œuvres souffrent d'un manque d'originalité doivent demeurer vigilants, voire cultiver la paranoïa.