de confusion une marque notoire — quelle que soit l'origine de la notoriété — n'autorise pas les tiers à abuser de leur droit et à affaiblir le pouvoir distinctif de cette marque. Il leur suffit de respecter des règles de prudence élémentaire et d'éviter de se placer dans le rayonnement du signe distinctif dont il reste aux tribunaux à apprécier la portée suivant les circonstances de fait.

L'échantillonnage du son en digitales et le droit d'auteur au Canada*

Michel Desjardins**

1. INTRODUCTION

La nouvelle technologie a fait des années 80 une époque de créativité musicale à la fois fertile et problématique. Plus l'ordinateur prend une place prépondérante dans le processus de création musicale, plus des questions épineuses sont soulevées aux niveaux artistique, économique et juridique.

L'échantillonnage de son en digitales[1] est une de ces technologies qui, bien qu'elle constitue la réalisation d'un rêve pour certains, crée de sérieux problèmes pour d'autres[2]. Il s'agit essentiellement d'une façon de s'approprier des qualités particulières d'une tonalité vocale ou instrumentale de manière à ce qu'elle puisse être utilisée dans un contexte différent[3].

D'un point de vue pratique, cette technologie permet à des musiciens de prélever des échantillons de son d'une oeuvre enregistrée sous forme

© Michel Desjardins, 1990.

* Cette recherche a été réalisée à l'origine dans le cadre d'un travail à l'École de droit de l'Université de Moncton. Elle a mérité le Prix de la Société de droits d'exécution du Canada Ltée (SDE) en 1989. Les *Cahiers* remercient la SDE d'en avoir autorisé la publication.

** L'auteur est aujourd'hui directeur exécutif de l'Association des foyers de soins du Nouveau-Brunswick Inc. Il remercie Me Pierre Foucher, à qui la recherche avait été présentée, de son dévouement et de ses conseils ainsi que madame Simonne Clermont de son aide indispensable au travail de recherche.

1. Traduit du terme anglais « digital sound sampling », voir « Musique et technologie », *La Revue musicale*, Paris, 1971, no 268-269, à la page 113 où l'on utilise le terme « synthèse numérique des sons » et à la page 126 où l'expression « synthèse du son en digitales » est utilisée pour décrire la technique.
2. Il n'existe à ce jour aucun jugement sur le sujet. Plusieurs causes sont en instance toutefois. James Brown vient d'intenter des poursuites contre une série de sociétés d'enregistrement relativement à une séquence vocale. Jimmy Castor, propriétaire du droit d'auteur de certaines pièces de Led Zeppelin, poursuit la société d'enregistrement new-yorkaise Def Jam Records en dommages-intérêts. Le groupe M/A/R/R/S est aussi accusé de part et d'autre de s'être approprié illégalement des séquences musicales intégrées à la pièce « Pump up the volume ».
3. La technique sera décrite en détail au chapitre 2.

musicale et protégée par un droit d'auteur, et de réintégrer ces sons dans une nouvelle oeuvre[4].

Ce travail se divise en quatre volets. Dans une première partie, nous décrirons la technique de l'échantillonnage du son en digitales et nous examinerons l'influence de cette nouvelle technologie sur l'industrie de la musique en général. Dans une seconde partie, nous tenterons d'évaluer comment la *Loi concernant le droit d'auteur* est en mesure de faire face à cette nouvelle technologie. Troisièmement, nous énumérerons, en nous inspirant de l'expérience américaine, les moyens qui semblent les plus appropriés pour faire la preuve de la contrefaçon d'un droit d'auteur par échantillonnage. Enfin, nous étudierons le droit à l'image en tant que recours alternatif.

II. L'ÉCHANTILLONNAGE DU SON EN DIGITALES ET L'INDUSTRIE DE LA MUSIQUE

A. La technique

La technique de l'échantillonnage est habituellement décrite en trois étapes distinctes: 1) l'enregistrement digital, 2) l'analyse du son par ordinateur et sa modification (toujours optionnelle) et 3) la réécoute[5].

1) L'enregistrement digital

Cette étape consiste essentiellement à convertir les ondes sonores en unités digitales intelligibles par ordinateur. Le principe est assez simple. Les sons, tels que nous les percevons quotidiennement, sont en réalité des vibrations. Dans l'air, ces vibrations stimulent certaines parties de nos oreilles qui à leur tour déclenchent un courant électrique déchiffrable par notre cerveau. D'une façon similaire, les ondes sonores qui arrivent au transducteur électro-acoustique d'un microphone créent une pression électrique, ou un signal analogue, qui correspond constamment à la vibration créée par l'onde au fur et à mesure qu'elle est reçue. Le signal analogue est alors traduit en unités digitales binaires par un convertisseur analogique-numérique, lequel mesure le voltage du signal à des intervalles de temps égaux. On attribue à chaque unité une valeur numérique binaire et chacune d'elles est enregistrée et entrée dans le système de mémoire de l'ordinateur.

L'on conçoit intuitivement que la reproduction digitale d'une onde analogue ne peut être accomplie avec fidélité que si les unités digitales sont suffisamment rapprochées les unes des autres dans le temps — évitant ainsi que certains événements sonores se glissent entre elles.

4. J.C. THOM, «Digital Sound Sampling: Old-Fashioned Copying Dressed up In a Sleek New Technology», (1988) 8 *Loyola Entertainment L.J.* 297-336, 297.
5. Bruce J. McGIVERIN, «Digital Sound Sampling, Copyright and Publicity Against the Electronic Appropriation of Sounds», 87 *Columbia Law Review* 1723, 1724.

En guise d'illustration, on peut comparer une unité digitale à une seule image d'une oeuvre cinématographique. Ce n'est en fait que lorsqu'une série d'images passe devant nos yeux à une certaine vitesse que nous percevons un mouvement. Le même phénomène se produit dans le cas des sons. La sensation d'un son continu ne peut se réaliser artificiellement que si chacune des unités digitales est présentée à l'oreille à une assez grande vitesse[6].

2) Le traitement et la modification du son

Une fois emmagasiné sous forme digitale, le son peut subir deux types de changements. Premièrement, il peut être traité de façon à corriger certaines erreurs de tonalité qu'aurait pu engendrer l'enregistrement. Il s'agit essentiellement d'un processus par lequel on remplace les unités digitales binaires correspondant à l'erreur, par les valeurs correctes de la tonalité recherchée tout en préservant les qualités du son échantillonné[7].

Deuxièmement, un son peut être modifié. Un dispositif d'échantillonnage est habituellement muni d'un ordinateur capable d'analyser et de reproduire de façon indépendante toutes les qualités d'un son, c'est-à-dire sa résonnance, son vibrato, son timbre, etc. Toute manipulation digitale visant à altérer l'une de ces qualités aura nécessairement comme effet de modifier le son original. À la limite, il est possible de concevoir aujourd'hui que le son émis par le simple contact de deux bouts de bois puisse se traduire, après manipulation digitale, en un coup de tonnerre retentissant[8].

3) La réécoute

Le plus grand avantage du système digital que nous venons de décrire est qu'il permet à un musicien ou à un producteur d'entreposer une multitude de sons et de réécouter ceux-ci au simple abaissement de quelques touches de son synthétiseur. Une onde sonore, emmagasinée en digitales, peut être transformée en impulsion électrique d'amplitude proportionnelle par un convertisseur numérique-analogique. Le son

6. Voir «Digital Composition», *Instrumentalist*, Décembre 1986, volume 41, no 5, p. 15. La structure d'un son peut habituellement être reproduite avec fidélité en prenant un nombre d'échantillons supérieur à la fréquence du son. Pensons au La 440 utilisé pour accorder un orchestre. En termes physiques, ce ton est produit parce que les molécules d'air vibrent 440 fois par seconde. Une reproduction fidèle de ce ton ne pourrait être faite à moins de prélever un minimum de 880 échantillons par seconde.
7. Cette technique est aussi utilisée pour réduire les bruits indésirables résultant d'un mauvais enregistrement.
8. Dans l'édition de janvier 1989 de la revue *Keyboard*, Jim Aikin décrit, à la page 70, dix manières de modifier un son à partir d'un synthétiseur.

désiré est obtenu lorsque la tension électrique atteint les bornes des haut-parleurs[9].

B. L'incidence de l'échantillonnage sur l'industrie de la musique

Le phénomène de l'échantillonnage est encore trop jeune et trop mal connu pour que l'on puisse évaluer avec précision toutes ses répercussions sur le monde de la musique. On peut avancer toutefois que l'industrie sera affectée de trois façons[10].

1) L'aspect artistique

Plus que toute autre forme d'art, la musique tend à faire appel à des règles de composition. La théorie de l'harmonie tonale est un exemple de règle musicale[11]. Or, toute progression harmonique doit respecter un certain nombre de combinaisons, lesquelles tirent leur origine d'une note de base. Seules des progressions rigoureuses au niveau de l'harmonie résultent en une sensation acoustique agréable. Ceci dit, le compositeur par ordinateur n'a pas intérêt à abandonner le système classique de la composition musicale[12]. Il doit plutôt s'en servir pour aller plus loin.

L'application créatrice de l'ordinateur suscite tout de même de nombreuses questions. Doit-on désormais considérer la machine comme un instrument de base, au même titre que l'ont été le piano et le violon depuis des siècles[13] ? Les appareils nouveaux ont-ils changé quelque chose à l'imagination ? Les rapports nouveaux qu'un compositeur moderne entretient avec son instrument digital n'affectent-ils pas le processus de création et par le fait même le résultat de la création ? Certes, les changements dramatiques que l'on a remarqués dans la musique (surtout dans la musique populaire) au cours des dernières années témoignent d'une nouvelle approche au niveau de la composition. Les ordinateurs digitaux producteurs de sons et les dispositifs d'échantillonnage en particulier, autrefois réservés aux grandes universités capables de les fabriquer, sont désormais disponibles à tout compositeur, professionnel ou non[14]. Cette technologie offre aux musiciens et aux producteurs une

9. Jean Claude RISSET, « Synthèse des sons à l'aide d'ordinateurs », « Musique et technologie », *La Revue musicale*, Paris, 1971, no 5, à la page 114.
10. *New York Times*, 16 octobre 1986, p. C-23.
11. Gottfried M. KOENIG, « Emploi des programmes d'ordinateur dans la création musicale », *La Revue musicale*, Paris, 1971, no 268-269, publiée par l'UNESCO, à la page 90.
12. *Id.*, à la page 91.
13. Peter DONATO, « Des machines à connaître et à apprivoiser », *Le Compositeur canadien*, février-mars 1987, à la page 11.
14. *Supra*, note 11. Le premier dispositif d'échantillonnage à arriver sur le marché en 1975 coûtait environ 30 000 $. Pour une machine de même capacité, il en coûtait 1 500 $ en 1986. Aujourd'hui au Canada, bien que rudimentaire, le VSS 200 de Yamaha se vend pour moins de 300 $; voir aussi *The Instrumentalist*, *supra*, note 6.

flexibilité et une précision sans précédent[15]. Par exemple, un musicien n'a plus à passer de longues heures à couper et recoller des bandes magnétiques en prévision d'une reproduction sonore sur scène. Pour sa part, un producteur a désormais un accès rapide à une quantité innombrable de sonorités différentes qu'il peut « emprunter » et utiliser à sa guise dans n'importe quel enregistrement subséquent.

Le débat persiste quant à l'effet de la technologie nouvelle sur l'inspiration du compositeur. Certains prétendent que l'ordinateur ne fait que donner une forme à ce qui est déjà imaginé[16]. D'autres sont prêts à admettre que certaines sonorités les inspirent[17].

2) L'aspect économique

La popularité que connaissent les dispositifs d'enregistrement par échantillonnage digital inquiète un grand nombre de musiciens, et pour cause[18]. Imaginons, par exemple, la situation d'un producteur de disques cherchant à améliorer une certaine chanson avec quelques bonnes séquences de cuivre. Autrefois, ce producteur devait engager trois ou quatre musiciens pendant plusieurs heures au coût de plusieurs centaines de dollars pour capter ces quelques notes. Aujourd'hui, ce même producteur procéderait certainement d'une autre façon. En effet, avec l'aide de la technologie d'enregistrement digital appropriée, ou même d'un échantillon acheté[19], il est capable d'arriver au même résultat à une fraction minime du coût initial jadis requis. Jusqu'à présent, ce sont les bassistes, les percussionnistes, les joueurs de cuivres et ceux d'instruments à cordes qui ont été les plus touchés[20].

Le problème apparaît d'autant plus grave lorsque l'on sait que certains musiciens ou vocalistes prétendent se reconnaître dans les

15. *Supra*, note 10.
16. Voir *Le Compositeur canadien*, octobre 1987, à la page 29.
17. Voir *Le Compositeur canadien*, février-mars 1987, à la page 13 ; l'auteur de la pièce « Power of Love », le guitariste canadien Scott Merritt, avoue que son oeuvre est le produit de la technologie. L'article poursuit à la page 15 en ces termes : « C'est ainsi que le compositeur a été amené à explorer des sujets de chanson inusités tels l'écorce cérébrale et les différences entre l'homme et la bête ».
18. Au sujet de la popularité des instruments électroniques, voir « Electronics Is Challenging Traditions of Music », *New York Times*, 7 août 1986, p. C-19, colonne 1.
19. Voir « Buying and Selling Sounds », *Keyboard*, janvier 1989, à la page 66. Le commerce des sons synthétisés constitue une industrie grandissante aux États-Unis. On voit, par exemple, de plus en plus de publicité des « third party programmers » dans les différentes revues spécialisées ; voir aussi *Rolling Stone* 488, 4 décembre, où l'on affirme qu'il y a un marché grandissant pour les échantillons sonores d'artistes connus.
20. *Supra*, note 5, à la page 1726.

enregistrements sonores d'autres musiciens[21]. Certains musiciens, et plus particulièrement ceux qui ont atteint un succès relatif, croient que les sociétés de reproduction mécanique devraient établir un système de redevances pour l'utilisation de sons échantillonnés dans des enregistrements[22]. Cette question demeure en suspens et au Canada et aux États- Unis. Elle fera l'objet d'une partie de notre étude juridique.

3) L'aspect juridique

Alors que les autorités législatives commencent à peine à résoudre les problèmes légaux qu'ont engendrés les magnétoscopes à cassettes, voici qu'apparaît ce qui semble être une nouvelle menace aux droits d'auteur dans le domaine musical au Canada[23]. La possibilité de s'approprier un ou plusieurs sons d'une oeuvre protégée et de les utiliser dans une oeuvre subséquente soulève, en définitive, plusieurs questions au niveau des droits d'auteur.

Tout comme le magnétoscope à cassettes, ce n'est pas la légitimité du dispositif d'échantillonnage qui semble être la source des problèmes, mais bien l'utilisation qu'on en fait[24]. La *Loi concernant le droit d'auteur*[25] actuelle protège les enregistrements sonores et une partie substantielle de ceux-ci. Or, le prélèvement d'une, deux ou trois notes par échantillonnage est-il une partie substantielle d'une oeuvre protégée? En d'autres mots, est-ce que ces notes protégées doivent être reconnaissables dans l'oeuvre subséquente? On peut aussi se demander quels sont les recours du propriétaire d'un enregistrement sonore qui a vu une partie de son oeuvre copiée et réutilisée ailleurs.

III. L'ÉCHANTILLONNAGE ET LA LOI CONCERNANT LE DROIT D'AUTEUR

À l'heure actuelle au Canada, la Loi reconnaît qu'un enregistrement sonore est une oeuvre susceptible de faire l'objet d'un droit d'auteur[26].

21. Voir *supra*, note 10; l'article rapporte que la voix du chanteur Chris Squire a été échantillonnée et utilisée sur un disque du groupe « Art of Noise ». Il est aussi à noter que l'on peut reconnaître la voix de Ofra Haza sur la pièce « Pump Up The Volume » du groupe britannique M/A/R/R/S.
22. Jeff BATEMAN, « Sampling : Sin or Musical Godsend ? », *Music Scene*, septembre-octobre 1988, p. 14, 15.
23. *Id.*, page 14.
24. *Ibid.*
25. L.R.C. (1985), c. C-42 (ci-après la Loi).
26. Art. 5(3) Sous réserve du paragraphe (4), le droit d'auteur existe pendant le temps ci-après mentionné, à l'égard des empreintes, rouleaux perforés et autres organes à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement, comme si ces organes constituaient des oeuvres musicales, littéraires ou dramatiques.
(4) [...] aux fins de la présente loi, le « droit d'auteur » désigne, relativement à une empreinte, un rouleau perforé ou autre organe à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement, le droit exclusif de reproduire un tel organe ou une partie substantielle de celui-ci sous quelque forme matérielle au-

Bien que l'expression « enregistrement sonore » ne soit pas explicitement employée dans la Loi, elle est habituellement définie comme une interprétation particulière d'une série de sons musicaux[27].

La fonction du paragraphe 5(3) est de créer un droit d'auteur pour l'enregistrement sonore en tant qu'oeuvre distincte d'une oeuvre musicale, littéraire et dramatique[28]. Essentiellement, cela signifie que, dans tout disque phonographique, dans toute bande magnétique ou dans tout autre instrument avec lesquels des sons peuvent être reproduits, il y a deux oeuvres qui sont protégées contre la reproduction non autorisée : la composition et l'enregistrement sonore[29]. C'est donc la seconde qui nous intéresse ici.

Le paragraphe 5(4), pour sa part, qualifie le droit d'auteur portant sur l'enregistrement sonore[30] en accordant à son titulaire le droit exclusif de reproduction de son oeuvre. On remarque que cette qualification comporte deux éléments distincts, soit : 1) la reproduction d'un organe à l'aide duquel des sons peuvent être reproduits, ou la reproduction d'une partie substantielle de celui-ci ; et 2) la forme matérielle sous laquelle la reproduction est présentée.

Le paragraphe 5(4) n'a encore jamais été interprété par les tribunaux. Par conséquent, la portée du droit de reproduction, lorsque celui-ci se rapporte à un enregistrement sonore, demeure incertaine. Examinons tout de même les deux aspects du paragaphe 5(4) plus en détail.

A. La reproduction

Dans son sens général, la reproduction est la réalisation d'une oeuvre dans une forme matérielle[31] et, comme nous l'avons déjà mentionné, le droit de reproduction d'une oeuvre est réservé en exclusivité à son auteur. Or puisque, dans le contexte du présent travail, « oeuvre » désigne un enregistrement sonore et qu'en réalité un enregistrement sonore est l'ensemble des sons incorporés à un support matériel, on peut argumenter que ce qui est protégé par ce droit est justement cet ensemble de sons. Une fixation totalement indépendante ou une imitation d'une oeuvre protégée ne sont pas interdites[32]. La question qui se pose alors est la

27. Voir *infra*, note 29, à la page 3.
28. Voir *De Gutenberg à Télidon, Livre blanc sur le droit d'auteur*, Gouvernement du Canada, 1984.
29. Jim KEON, *Une analyse du droit d'exécution sur les enregistrements sonores*, Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1980, à la page 5.
30. Voir *Fly By Night Music Company c. Record Warehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386, 394.
31. La loi précise, en son paragraphe 3(1), que le droit exclusif conféré porte sur la reproduction sous une forme matérielle quelconque.
32. A.A. KEYES, C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada — Propositions pour la révision de la Loi*, Ministère de la Consommation et des Corporations, Canada, 1977, à la page 3 ; les auteurs spécifient que le droit d'auteur, à la différence

suivante: est-ce que la technique de l'échantillonnage est un moyen par lequel on s'approprie des sons fixés dans un enregistrement protégé par un droit d'auteur ou s'agit-il plutôt d'une manière de créer une fixation indépendante, qui ne fait en réalité que simuler le son protégé? En scrutant de plus près la façon dont s'opère l'échantillonnage et le résultat qu'on cherche à obtenir avec celui-ci, nous devons arriver à la conclusion que la technique de l'échantillonnage est la plupart du temps utilisée de façon à s'approprier des sons protégés[33].

On ne pratique pas l'échantillonnage pour exécuter une oeuvre par un moyen différent du moyen original; on le pratique plutôt pour se servir subséquemment des sons qui en font l'objet. Il s'agit donc d'une reproduction, pas d'une simulation ni d'une fixation indépendante. On pourrait être tenté d'argumenter que, puisque les échantillons préenregistrés ont préalablement été produits par un instrument de musique, on doit donc les considérer comme une fixation indépendante. Il nous semble cependant que cette position ne peut s'avérer correcte pour les raisons qui suivent.

Le synthétiseur digital n'est pas un instrument de musique comme les autres. Il possède des facultés qui, on peut l'imaginer, pourraient aller jusqu'à reproduire une séquence musicale de plusieurs mesures et même une chanson complète à partir d'un seul échantillon[34]. Prenons l'exemple suivant[35]. Un producteur décide, à l'aide d'un dispositif d'échantillonnage, d'analyser l'oeuvre complète du grand jazzman Miles Davis. Il procède donc à l'identification, à la séparation et à la mise en mémoire de tous les sons individuels exécutés par Davis en enregistrement au cours de sa carrière et crée une banque d'échantillons. À partir de cette banque, le producteur peut alors créer de nouveaux enregistrements sur lesquels des solos jusqu'alors inédits de Davis apparaissent. À la lumière de cet exemple, il semble qu'on ne peut dire avec conviction que l'échantillonnage n'est qu'une manière de créer une fixation indépendante de l'oeuvre protégée au même titre que le serait la simulation de cette même oeuvre par un trompettiste professionnel. Le synthétiseur a bel et bien servi à copier les sons en les réarrangeant, plutôt qu'à simuler ces sons.

B. La forme matérielle sous laquelle la reproduction est représentée

La reproduction est la réalisation d'une oeuvre dans une forme fixe (ou matérielle). La transportation d'une oeuvre protégée sur un support

libre de se servir de l'information que contient une oeuvre. En acceptant que des oeuvres soient simulées, le législateur a voulu empêcher la monopolisation des sons musicaux.

33. Voir *supra*, note 5, à la page 1731.
34. *Ibid.*
35. *Supra*, note 4, à la page 298.

informatique constitue-t-elle l'accomplissement d'une reproduction? En d'autres mots, est-ce que le système de mémoire d'un dispositif d'échantillonnage digital est une forme matérielle au sens de la Loi[36]?

À l'heure actuelle au Canada, les paragraphes 3(1) et 5(4) de la Loi visent la fixation sur une forme matérielle quelconque qui a un certain degré de permanence[37], même si elle n'est pas destinée à la lecture humaine[38]. Selon le professeur Ejan Mackaay[39], le droit positif permet d'affirmer qu'effectivement un support informatique peut entrer dans la définition de « forme matérielle quelconque » au sens de la Loi. Il avance plusieurs arguments pour appuyer cette position. Le sous-paragraphe 3(1)a) de la Loi, qui confère le droit exclusif à un auteur de traduire son oeuvre, pourrait constituer un des fondements de l'interdiction de reproduire une oeuvre sur support informatique. Le professeur ne va pas plus loin dans ce raisonnement qui ne nous apparaît pas suffisant. Un autre fondement à l'interdiction, selon lui, pourrait se trouver au sous-paragraphe 3(1)d) où l'on reconnaît à l'auteur d'une oeuvre le droit exclusif de confectionner toute empreinte... ou tout autre organe quelconque à l'aide duquel l'oeuvre pourra être exécutée, représentée ou débitée mécaniquement. De l'avis du professeur Mackaay, cette disposition pourrait être interprétée de façon à interdire un enregistrement en mémoire vive afin d'afficher l'information en question à l'écran, sans fixation plus durable.

Il reconnaît toutefois que le caractère public de cette représentation — essentielle à l'interdiction — est douteux. Enfin, il s'en remet au droit à venir, *La Charte des créateurs et des créatrices*[40], qui propose d'accorder au titulaire du droit d'auteur un nouveau droit d'entrée (sur support informatique). La fixation inclurait donc tout moyen qui permet de capter l'oeuvre, sauf les supports de nature volatile comme la mémoire centrale ou l'écran.

Dans une décision portant sur la reproduction de programmes d'ordinateurs, *Apple Computers Inc.* c. *MacKintosh Computers Ltd.*[41], la Cour fédérale, division de première instance, a déclaré que la reproduction d'une oeuvre quelconque ne peut se faire que par un moyen qui permette une vérification ou une comparaison visuelle. Cette approche a été critiquée et nous semble incorrecte[42]. Le facteur déterminant dans le

36. Ejan MACKAAY, « La reproduction par la mise en mémoire sur ordinateur en droit canadien », (1986) 46 *R. du B.* 759.
37. *Canadian Admiral Corporation Ltd.* c. *Rediffusion Inc. et al.*, 20 *C.P.R.* 75.
38. *IBM* c. *Ordinateurs Spirales Inc.*, (1980) *C.P.R.* (2d) 187 (Cour fédérale, première instance).
39. Voir *supra*, note 36.
40. Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur, Ottawa, octobre 1985.
41. (1986) 10 *C.P.R.* (3d) 1 (F.C.T.D.). (N.D.L.R.: Cette affaire a été depuis entendue par la Cour suprême du Canada).
42. Thimothy J. SINNOT, « Copyright in Operating System Software on Computer Chaos: A Tale of Two Apples », (1987) 3 *I.P.J.* 1, 27.

cas d'une reproduction sonore ne devrait pas être la mesure dans laquelle la Cour est capable de comparer visuellement les deux oeuvres, mais bien que la prétendue copie est sous une forme perceptible par un auditoire humain[43]. Puisque les sons sont perceptibles par l'ouïe et par le fait même comparables entre eux, tout mécanisme capable d'emmagasiner ces sons et de les reproduire ne devrait-il pas être considéré comme un support matériel légitime?

Nous arrivons donc à deux conclusions préliminaires. Premièrement, la technique de l'échantillonnage est un moyen par lequel il est possible de s'approprier des sons fixés dans un enregistrement protégé par un droit d'auteur et donc de les reproduire au sens de la Loi; et deuxièmement, le système de mémoire d'un dispositif d'échantillonnage est une forme matérielle au sens de la Loi et la transposition d'un enregistrement sur celui-ci constitue l'accomplissement de la reproduction.

IV. LES RECOURS

Il appert de la discussion qui précède que la mise sur le marché de nouvelles technologies permettant la reproduction de sons est la source d'un problème grandissant au Canada. Nous venons d'établir les motifs pour lesquels, selon nous, la reproduction digitale des sons devrait être couverte par le droit d'auteur. Le titulaire de ce droit doit donc être capable de s'opposer à l'échantillonnage des sons en digitales d'un de ses enregistrements. Mais l'analyse ne s'arrête pas là; il faut encore se demander qui est lésé par cette pratique et, par surcroît, quels sont les recours disponibles et appropriés pour remédier à la situation.

Étant donné la nature particulière de la technique de l'échantillonnage, il n'est pas certain que les méthodes traditionnelles de preuve de la contrefaçon d'un droit d'auteur y soient adaptables.

Au Canada, comme nous l'avons dit précédemment, un enregistrement sonore comporte deux droits d'auteur. Le premier, le droit de reproduction, vise à protéger la composition en tant que telle et appartient à celui qui a inventé et organisé une pièce musicale. Le second, le droit de reproduction mécanique, appartient à la personne responsable de l'enregistrement — habituellement une société d'enregistrement. Or, traditionnellement, le détenteur d'un droit de reproduction d'une composition musicale pouvait intenter une action contre toute personne qu'il soupçonnait d'avoir copié son oeuvre. De même, le détenteur du droit de reproduction mécanique sur un enregistrement sonore pouvait poursuivre un copieur dans certaines circonstances. La technologie digitale vient cependant compliquer les choses.

43. *Ibid.*

Supposons, par exemple, qu'un musicien prélève par échantillonnage quatre mesures d'une oeuvre musicale enregistrée sur disque et donc protégée. Il insère ce bout de pièce dans un enregistrement subséquent. Sans égard au fait que la copie a été faite par voie d'échantillonnage, il est possible que le compositeur de la pièce originale intente une poursuite en vertu de son droit d'auteur. Dans le même sens, le responsable de la production de l'oeuvre enregistrée peut aussi avoir intérêt à poursuivre. Son action doit cependant être fondée sur le fait que les sons utilisés dans la pièce subséquente sont les siens. La détermination exacte de ce qui est prélevé par échantillonnage devient donc cruciale pour prouver la contrefaçon d'un droit d'auteur. Ceci est particulièrement vrai lorsque l'échantillon prélevé est une seule note ou un cri par exemple[44].

Dans cette partie du travail, nous nous attarderons premièrement aux critères traditionnels utilisés dans la preuve de la contrefaçon et de leur applicabilité à la reproduction de sons par échantillonnage. Nous discuterons aussi de l'application de ces critères à la reproduction mécanique des sons. Deuxièmement, nous tenterons d'évaluer dans quelle mesure la théorie relative au droit à l'image pourrait constituer un recours valable pour une célébrité ayant vu sa voix échantillonnée et utilisée ailleurs.

A. L'approche traditionnelle à la preuve de la contrefaçon

Au Canada, la contrefaçon du droit d'auteur dans le domaine de la musique s'est surtout developpée autour de l'appropriation illicite de compositions ou de parties substantielles de celles-ci[45]. Généralement, quatre éléments sont nécessaires pour prouver la contrefaçon d'une oeuvre musicale: 1) la propriété, 2) l'originalité, 3) une preuve que le défendeur a reproduit l'oeuvre originale, et 4) cette reproduction de l'original est illicite, c'est-à-dire que le défendeur en a reproduit une partie substantielle.

1) La propriété

Faire la preuve de la contrefaçon d'un droit d'auteur implique nécessairement la démonstration qu'on est le propriétaire de l'oeuvre faisant l'objet du litige. Or, comme nous l'avons déjà souligné, le droit d'auteur n'appartient pas seulement à l'auteur-compositeur de la pièce mais aussi, dans le cas de la reproduction mécanique, à la personne responsable de l'enregistrement de la pièce[46]. Afin de tenir compte des

44. Voir *supra*, note 22, à la page 16; l'auteur cite quelques causes en instance qui traitent de cet aspect.
45. *Gondos c. Hardy; Gondos c. Toth*, (1982) 38 *O.R.* (2d) 555, 64 *C.P.R.* (2d) 145 (H.C.).
46. Paul SANDERSON, *Musicians And The Law In Canada*, The Carswell Company Limited, 1985, chapitre 8.

particularités de l'enregistrement sonore, l'article 10 de la Loi prévoit, entre autres, que c'est la personne à qui appartenait, au moment de sa fabrication, la matrice dont est tiré le support de l'enregistrement sonore qui doit être considérée comme l'auteur et, par conséquent, comme le premier titulaire du droit d'auteur[47]. La propriété de la matrice fait habituellement l'objet de négociations entre l'artiste et la société d'enregistrement avant l'entrée en studio[48]. Il va de soi que plus l'artiste est connu, plus son pouvoir de négociation est grand.

Il semble que si un musicien n'est pas le propriétaire de l'enregistrement sonore, sa protection contre l'échantillonnage dépend de la compatibilité de ses intérêts avec ceux du propriétaire véritable[49]. Lorsque le propriétaire est une société d'enregistrement, cette protection n'est pas assurée dans la mesure où la compagnie, après une évaluation de la réduction des coûts de production que lui permet l'échantillonnage, décide de privilégier la technologie plutôt que l'intérêt de l'artiste.

Il est plausible de croire que, dans une telle situation, la société d'enregistrement aurait à assumer des coûts substantiels pour la détérioration de ses relations avec les artistes-musiciens[50].

Après avoir prouvé le droit de propriété sur l'oeuvre, le demandeur doit démontrer l'originalité de son oeuvre.

2) L'originalité de l'oeuvre

Le paragraphe 36(2) de la Loi se lit comme suit :

> Un certificat d'enregistrement de droit d'auteur sur une oeuvre est une preuve que cette oeuvre fait l'objet d'un droit d'auteur et que la personne à l'enregistrement est le titulaire du droit d'auteur.

Il s'ensuit que le demandeur, en tentant de démontrer la contrefaçon d'un droit d'auteur, est favorisé par une preuve *prima facie* de l'originalité de son oeuvre[51]. Le certificat établit l'originalité de l'oeuvre pour le demandeur[52]. Pour renverser cette présomption d'originalité, le

47. Barry TORNO, *La propriété du droit d'auteur au Canada*, Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1980, à la page 22.
48. Voir *supra*, note 46. Les sociétés d'enregistrement dominent le marché de la musique. Leur objectif est de vendre le plus de produits enregistrés possible. Ordinairement, ces sociétés contractent avec les musiciens les plus prometteurs, développent leur carrière et vendent le produit enregistré de leurs compositions. Elles s'occupent donc de tout, de la production au marketing, et sont habituellement propriétaires des matrices.
49. Voir *supra*, note 5, à la page 1730.
50. *Ibid.* Nous revenons sur ce problème à la section 4 du présent chapitre.
51. Carolyn CROWE, « The Song You Write May Not Be Your Own ! », (1984) *I.P.J.* 29, 32.
52. *Ibid.* L'auteur cite l'affaire *Remick Music Corp.* c. *Interstate Hotel Co. of Nebraska*, 58 F. Supp. 523 (D. Neb. 1944).

défendeur doit amener une preuve à l'effet que le demandeur a eu accès à une autre oeuvre et que la création du demandeur et cette autre oeuvre sont similaires[53].

À la différence de la preuve d'originalité d'une composition musicale, qui devrait se faire normalement sur la base de la mélodie, la preuve d'originalité d'un enregistrement sonore devrait s'appuyer sur d'autres facteurs tels que le timbre, la résonnance, le rythme et tous les autres « éléments » de la musique ainsi que toutes les combinaisons qu'il offre. C'est effectivement la combinaison de tous ces élements qui rend un enregistrement sonore ou une simple note unique. Pour être protégés toutefois, différents éléments musicaux devront peut-être être utilisés de façon plus spécifique que d'autres. Sinon il serait trop facile pour un auteur d'accaparer le domaine public[54]. Par exemple, le choix d'un instrument pour une pièce particulière pourrait être protégé, mais ceci n'est évidemment pas souhaitable et là n'est pas non plus l'intention du législateur. Ce n'est donc pas le timbre particulier que l'on trouve à une note qui est nécessairement original, mais bien l'utilisation structurelle qu'on en fait. C'est ainsi l'avis d'un auteur américain lorsqu'il écrit :

> [...] the details of the ways the instruments are used — sequences and combinations of timbres at a note by note level — are more analogous to the interplay of characters and events in a novel, and may be original and specific enough to support a claim of infringement.[55]

Il semble donc que seuls des arguments fondés sur ce qui précède puissent permettre au défendeur, accusé d'avoir violé un droit d'auteur par voie d'échantillonnage, de réfuter la présomption pesant sur lui. Il doit démontrer qu'il s'est servi de l'enregistrement sonore comme il se serait servi d'un élément du domaine public, non couvert par le droit d'auteur du demandeur. Sinon, la présomption d'originalité produit tous ses effets. Nous croyons, pour notre part, que la technique de l'échantillonnage constitue un moyen de copier des oeuvres sonores originales et non un simple outil d'utilisation du domaine public.

3) La reproduction de l'oeuvre

La reproduction est le troisième élément de l'infraction de la contrefaçon. La preuve de la reproduction de l'oeuvre originale se fait à l'aide des facteurs suivants : i) une preuve que le défendeur avait accès à l'oeuvre originale et ii) une preuve de similarité frappante entre les deux oeuvres[56].

53. *Ibid.*
54. Aaron KEYT, « An Improved Framework for Music Plagiarism Litigation », 8 *California Law Review* 421.
55. *Ibid.*
56. Voir de façon générale, *Arnstein* c. *Porter*, 154 F. 2d 464 (2d Cir. 1946).

Lors d'une poursuite pour la contrefaçon d'une composition musicale, il est très rare que le demandeur ait une preuve directe du copiage de son oeuvre qu'aurait fait le défendeur[57]. La plupart du temps, les tribunaux sont prêts à inférer que le défendeur a copié l'oeuvre du demandeur si ce dernier soumet une preuve circonstancielle à l'effet que le défendeur avait accès à l'oeuvre originale. Évidemment, si les deux oeuvres ne comportent aucune similarité, une preuve circonstancielle d'accès ne pourra en soi donner lieu à une inférence de reproduction[58]. L'arbitre des faits peut donc ordinairement inférer la reproduction si le demandeur présente une preuve d'accès et que les deux oeuvres sont d'une similarité frappante[59]. L'on comprend que cette inférence est particulièrement avantageuse pour le titulaire du droit d'auteur d'une oeuvre très connue.

La preuve de reproduction d'un enregistrement sonore doit se faire essentiellement de la même manière que dans le cas d'une composition musicale. Ainsi, des preuves de la diffusion radiophonique fréquente d'une pièce et de sa disponibilité chez tous les disquaires pourraient suffire pour prouver que le défendeur y avait accès[60]. L'échantillonnage des sons en digitales ne semble avoir aucune incidence sur cette preuve dans la mesure où il ne constitue qu'une manière de reproduire les sons parmi tant d'autres une fois qu'on a eu accès à l'original. Le dernier élément de la contrefaçon est la notion de reproduction substantielle.

4) La reproduction d'une partie substantielle de l'oeuvre

Le demandeur, dans une action en contrefaçon d'une composition musicale, doit non seulement prouver qu'on a reproduit son oeuvre, mais aussi que la reproduction était substantielle[61]. La détermination de l'étendue de cette notion de reproduction substantielle est l'une des questions les plus difficiles dans le domaine des droits d'auteur[62]. Le défi auquel nous devons faire face est d'évaluer à quel moment et dans quelles circonstances la reproduction d'une oeuvre devient de la contrefaçon.

Afin d'éviter toute confusion, commençons par examiner certaines des théories qui ont été avancées pour définir « La reproduction d'une

57. Voir *supra*, note 51, à la page 36.
58. Voir *supra*, note 56, à la page 468.
59. Similarité frappante est traduit librement du terme anglais « striking similarity ». Il est à noter aussi que dans l'affaire *Porter*, le juge a dit clairement « [...] on the issue of striking similarity, analysis is relevant, and the testimony of experts may be received to aid the trier of the facts », à la page 468.
60. Voir *supra*, note 4, à la page 321.
61. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 2e éd. (Carswell, 1967), à la page 340 ; voir aussi *Kantel* c. *Grant and Nisbit & Ayld Ltd.*, (1933) Ex. C.R. 84, 96 et *Cardwell* c. *Leduc*, (1962) 23 Fox Pat. C. 99, 110.
62. Voir *supra*, note 22, à la page 14 ; voir aussi *supra*, note 54, à la page 438.

partie substantielle » d'une composition musicale. Cette tâche n'est pas facile en soi vu l'absence de critères bien établis dans les jugements qui traitent du sujet. Nous analyserons subséquemment la pertinence de ces tests dans le contexte de l'enregistrement sonore.

Devant l'absence de jugements canadiens sur la question, nous croyons pertinent de scruter la jurisprudence américaine pour ensuite évaluer sa pertinence dans le contexte de notre Loi.

i) Les théories américaines : exposé et critique

Il existe d'abord une théorie dite quantitative. Selon cette approche, même si un demandeur prouve qu'il y a eu reproduction de son oeuvre, il ne peut avoir gain de cause que s'il arrive à démontrer que le défendeur s'est approprié une portion substantielle de cette oeuvre[63]. Par conséquent, plus la quantité empruntée est grande, plus les cours sont prêtes à y trouver de la contrefaçon[64].

Pour les adeptes de l'approche qualitative, la question de fond repose non pas sur le nombre de notes empruntées mais bien sur la contribution de celles-ci à la pièce originale[65]. Selon cette approche, la partie substantielle d'une oeuvre est déterminée en évaluant l'apport artistique et économique de la séquence empruntée à l'oeuvre du demandeur. Ainsi, comme le dit si bien le juge Ryan dans l'affaire *Northern Music Corp.* c. *King Record Distributing Co. et al.* :

> A piracy of a song is committed if that portion which is the whole *meritorious* part of the song is incorporated in an other song, without any material alteration in the sequence of bars.[66] (italiques ajoutés)

Une séquence de six notes, par exemple, peut constituer une partie substantielle d'une oeuvre dans certaines circonstances[67].

Il existe, en plus, un autre test fondé sur le critère de l'auditeur objectif[68]. Ici, la contrefaçon dépend de l'assimilation objective que peut

63. L'affaire *Hirsh* c. *Paramount Pictures*, 17 F. Supp. 816, est un exemple de l'approche quantitative dans le contexte de la composition musicale ; voir aussi *Nichols* c. *Universal Picture Corp.*, 45 F. 2d 119 (2d Cir. 1930) où la cour a utilisé essentiellement la même approche dans une poursuite en contrefaçon d'une partie d'une pièce de théâtre.
64. Jessica A. LAVENTAL, « Derivative Works and Copyright Infringement : A Case for Copyrighting Ideas », 1 *I.P.J.* 271, 287.
65. *Ibid.*
66. 105 F. Suppl. 393, 397 ; voir aussi *Johns & Johns Printing Co.* c. *Paull-Pioneer Music Corp.*, 102 F. 2d 282 (8th Cir. 1939) qui parle de « the very part that makes the plaintiff's work popular and valuable ».
67. *Boosey* c. *Empire Music Co.*, 224 F. 646 (S.D.N.Y. 1952). Dans cette affaire, les six notes en litige représentaient le refrain de l'oeuvre originale.
68. *Supra*, note 64. L'auteur cite *Daley* c. *Palmer*, 1132 no 3, 552 (S.D.N.Y. 1868) comme la source de ce test.

faire un auditeur de la portion contestée à l'oeuvre originale. Cette approche a donné lieu à de nombreux sous-tests au cours des années dont un très important dans l'affaire *Arnstein* c. *Porter*[69]. Dans cette cause, la Cour a dit qu'elle pouvait avoir recours à un auditeur objectif pour déterminer la reproduction d'une oeuvre, mais que la question de savoir si cette reproduction constituait de la contrefaçon était une question de droit qu'il revenait à la Cour de trancher[70].

La prolifération de tous ces tests dans un domaine de droit statutaire est une indication des difficultés conceptuelles énormes auxquelles font face les tribunaux[71]. Une seule chose paraît être commune à tous les jugements : la reproduction d'une partie substantielle, peu importe le test utilisé, se rapporte à l'oeuvre originale (celle du demandeur) et non à celle du défendeur.

Ces difficultés sont amplifiées lorsqu'on tente de déterminer en quoi les tests discutés plus haut trouvent une application aux enregistrements sonores. Un auteur américain est d'avis qu'étant donné les différences fondamentales dans les qualités intrinsèques d'une note et d'un son, les tests utilisés pour les compositions musicales ne peuvent s'appliquer de la même manière pour les enregistrements sonores.

Il interprète de plus la loi américaine[72] comme protégeant les sons fixés dans l'enregistrement. Or, selon lui, le simple fait de s'approprier un son fixé dans un enregistrement sonore viole un droit d'auteur. En conséquence, la seule question qui devrait être en jeu est de déterminer si le ou les sons en litige proviennent de l'enregistrement original[73]. Ce raisonnement semble toutefois aller à l'encontre de l'affaire *U.S.* c. *Taxe*[74] — un des arrêts les plus importants aux États-Unis concernant l'interprétation de la Loi[75]. Dans ce jugement, la Cour d'appel des États-Unis a écrit ce qui suit en parlant de la décision du tribunal de première instance :

> We believe the instruction went beyond the law insofar as it purported to characterize any and all re-recordings as infringements, but the subsequent inclusion of a comparison test permitted the jury to consider s… in the earlier part of th…

69. *Supra*, note 56.
70. *Arnstein* c. *Porter* semble avoir été acceptée en droit canadien depuis l'affaire *Gondos c. Hardy* ; *Gondos* c. *Toth*, *supra*, note 45.
71. Voir *supra*, note 64, à la page 288.
72. *The Sound Recording Act of 1971*, 17 *U.S.C.*, « 114(b) The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (2) of section 106 is limited to the right to duplicate the sound recording in the form of [...] that directly or indirectly recapture the actual sounds fixed in the recording [...] ».
73. Voir *supra*, note 4, à la page 326.
74. 540 F. 2d 961 (9th Cir. 1976).
75. Voir *supra*, note 4, à la page 326.

> …bstantial similarity, and cured any error … instruction.[76]

C'est donc dire que … test de la « reproduction d'une partie substantielle » est applicabl… aux enregistrements sonores aux États-Unis au même titre que toute … autre oeuvre protégeable par droit d'auteur.

ii) Essai de définition de la « reproduction substantielle » dans le contexte canadien

Au Canada, il semble q… le libellé de la Loi nous incite à adopter le même genre de raisonnem… nt que les tribunaux américains. En effet, le paragraphe 5(4) de notre … égislation veut que le droit d'auteur sur un enregistrement protège … au moins une partie substantielle d'un enregistrement sonore. Cett… terminologie requiert donc l'interprétation judiciaire[77]. Cependant, il … n'est pas certain que les tribunaux appliqueront le test aux enre… strements sonores de la même façon qu'ils l'ont fait dans le cas des com… positions musicales.

Il va de soi que l'adopti… n d'une démarche purement quantitative s'avérerait désastreuse pour l… demandeur dans une cause en contrefaçon d'un enregistrement sonore p… échantillonnage. De toute façon, il semble peu probable que cette appr… che soit encouragée dans un monde où le traitement de l'information … fait en unités de plus en plus infimes. Nous favorisons donc une ap… roche essentiellement qualitative pour les motifs suivants.

Il est généralement admi… qu'un droit d'auteur vise à protéger deux intérêts. Premièrement, la … otection d'un intérêt artistique est une question d'ordre moral. On r… connaît qu'une oeuvre est l'expression de la personnalité de son auteur … et qu'il a droit, en conséquence, au respect de celle-ci. Deuxièmement … le droit d'auteur protège un intérêt économique ; il est souhaitabl… e que les créateurs puissent récolter les fruits de leur travail. En leur … ccordant une certaine protection, ils seront disposés à créer, enrichissant … par le fait même la vie culturelle du pays.

Les objectifs que poursu… vent ceux qui pratiquent la reproduction digitale des sons semblent … re de deux ordres. Tout d'abord, on veut s'approprier une création s… nore qui est unique et qu'on ne peut reproduire par ses propres … moyens. Puis, on cherche à obtenir une création sonore avec rapidit… , sans avoir à encourir les coûts d'une production totalement origi… ale. Comme en témoigne un producteur torontois en parlant de l'… chantillonnage qu'il a fait à partir de l'enregistrement d'un percus… ionniste latino-américain :

76. À la page 965.
77. Les auteurs du *Livre Blanc* reconnaissent cela.

> I sampled blocks of 15-to-20 seconds, then, once it was in the Fairlight (dispositif d'échantillonnage), I could manipulate and edit it, literally make up my own percussion rhythm. It all came together because it sounded completely natural [...] I can understand musicians being upset about it — after all, I'm chopin' them up and reassembling their playing, but the Fairlight gives me something that I otherwise wouldn't have — the talent to play any instrument imaginable.[78]

L'échantillonnage des sons en digitales viole donc précisément ce qu'un droit d'auteur tente de protéger — la création intellectuelle d'une oeuvre artistique ainsi que la carrière de son auteur. Comment peut-on prétendre que l'intérêt artistique d'un créateur d'oeuvres musicales est respecté si on permet que son travail soit mutilé et réassemblé à la bonne guise d'un manipulateur digital? De plus, comment peut-on espérer qu'un musicien récolte les fruits de son travail lorsqu'il constate que de nombreux contrats lucratifs lui échappent parce que l'on a piraté sa personnalité musicale?

iii) Les obstacles à ce recours

Si les auteurs demeuraient titulaires des droits de reproduction mécanique sur les enregistrements sonores, on assisterait sans doute aujourd'hui à une multiplication de litiges fondés sur la violation de la Loi. Or, nous l'avons vu, il n'en est rien. Pourquoi en est-il ainsi?

Comme nous l'avons dit plus haut, la Loi permet au titulaire d'un droit d'auteur de transférer ses droits, en totalité ou en partie[79]. Ces transferts sont fréquents dans l'industrie de la musique. Les sociétés d'enregistrement, dont l'objectif principal est de vendre des produits enregistrés, négocient régulièrement avec les auteurs afin d'acquérir leur droit exclusif de reproduction mécanique. On peut alors se demander comment un compositeur ayant transféré ses droits peut se protéger contre les méfaits de l'échantillonnage digital. Après tout, même s'il a cédé ses droits sur l'enregistrement sonore, c'est lui qui est victime d'un manque à gagner et non la société d'enregistrement. C'est pourtant à celle-ci qu'incombe désormais le devoir de protéger les intérêts de l'auteur et, au fond, ses propres intérêts.

En définitive, il y a au moins deux raisons qui nous laissent croire que les sociétés d'enregistrement — propriétaires des droits de la majorité des enregistrements en circulation — ne permettront pas que l'on s'approprie illicitement des portions de leurs produits sonores.

78. Extrait d'une entrevue du journaliste Jeff Bateman avec Brad MacDonald de la compagnie de production MacDonald-Daler Productions de Toronto. Voir *supra*, note 22, à la page 14.
79. Voir paragraphe 12(4) de la Loi.

Premièrement, la relation que les sociétés entretiennent avec les compositeurs est importante. L'inaction des sociétés vis-à-vis des cas de piraterie par échantillonnage digital pourrait être très mal perçue par la communauté artistique. Il est donc probable que les sociétés ne voudront pas risquer de miner leurs relations avec les auteurs (surtout les plus populaires). Quoi qu'il en soit, il est à souhaiter que les auteurs deviennent de plus en plus agressifs dans la négociation de leurs contrats d'enregistrement en exigeant une certaine protection contre les nouveaux moyens de piraterie. Deuxièmement, les sociétés d'enregistrement jouent un rôle primordial dans l'industrie de la musique. Elles doivent veiller à la réglementation de cette industrie. Tôt ou tard, les abus de la reproduction digitale seront tels que l'une d'entre elles n'aura d'autre choix que de recourir au système judiciaire. Déjà, aux États-Unis, deux poursuites impliquant la reproduction digitale ont été intentées par des sociétés d'enregistrement[80].

Dans l'éventualité où un auteur ne serait pas propriétaire des droits sur son oeuvre, et que rien n'est fait en son nom, un recours subsidiaire est peut-être possible pour cet auteur. Il s'agit d'un recours fondé sur le droit à l'image.

B. Le droit à l'image

On reconnaît aujourd'hui en Ontario un délit de common law appelé « appropriation of personality » ou droit à l'image qui correspond à un besoin de reconnaître, en faveur de personnes ayant atteint la notoriété, un droit d'usage et d'exploitation exclusifs du marketing potentiel inhérent à leur personnage[81]. Cette partie du travail vise à démontrer que l'utilisation qu'on fait d'un dispositif d'échantillonnage peut, dans certaines circonstances, menacer ce droit qu'a une célébrité d'exploiter son talent et sa personnalité.

1) Le droit canadien

Le droit à l'image semble avoir fait son entrée en droit canadien avec l'arrêt *Krouse* c. *Chrysler Canada Ltée*[82]. L'affaire concernait des affiches publicitaires que les défendeurs utilisaient dans le but de vendre des voitures. Le demandeur, un joueur de football bien connu, était identifiable sur l'affiche par le numéro de son chandail et les couleurs de l'uniforme de l'équipe. Devant le tribunal, Krouse argumentait, entre autres choses, que Chrysler s'était approprié son image pour des fins commerciales sans son consentement et sans compensation. En première

80. Voir *Thomas* c. *Diamond*, no 87-7048 (S.D.N.Y.) enregistrée le 1er octobre 1987); *Castor* c. *Def Jam Records*, no 87-6159 (S.D.N.Y.) enregistrée le 25 août 1987.
81. Robert G. HOWELL, « The Common Law Appropriation of Personality Tort », 1 *I.P.J.* 149, dans le préambule.
82. (1973) 13 *C.P.R.* (2d) 28, 40 *D.L.R.* (3d) 15, 1 *O.R.* (2d) 425.

instance, le juge Hains a donné raison au demandeur en disant que l'association entre Chrysler et Krouse a été créée dans le but de vendre des automobiles et que cette association diminuait la capacité de ce dernier d'exploiter sa personnalité auprès d'autres fabricants d'automobiles.

Bien qu'elle ait renversé cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario a tout de même reconnu l'existence du délit d'appropriation d'image en statuant ce qui suit :

> [...] there may well be circumstances in which the Courts would be justified in holding a defendant liable in damages for appropriation of a plaintiff's personality, *amounting to an invasion of his right to exploit his personality by the use of his image, voice or otherwise with damage to the plaintiff* [...][83]

Il ressort clairement de ce jugement que le demandeur détient un droit de propriété à l'égard de l'utilisation exclusive de sa personnalité.

Vient ensuite l'affaire *Athans* c. *Canadian Adventure Camps Ltd.*[84]. Le demandeur était un champion mondial de ski nautique. Il utilisait toujours la même photo de lui en action pour promouvoir son image. Il avait déjà employé cette photo pour endosser certains équipements sportifs. Les défendeurs étaient un « camp d'aventure » et leur agence de promotion. Malgré le refus du demandeur de parrainer le camp et sa campagne de publicité, les défendeurs ont inclus la fameuse photo dans une brochure publicitaire. Le juge Henry conclut, en se fondant sur *Krouse*, que le demandeur avait un droit de propriété sur le marketing de sa personnalité : « it is clear that Mr. Athans has a proprietary right in the exclusive marketing for gain of his personality, image, and name [...] »[85]. Cette affaire n'a pas seulement renforcé le principe de *Krouse* mais a aussi permis à un demandeur de gagner sur cette base pour la première fois au Canada.

Les arrêts *Krouse* et *Athans* portaient tous deux sur l'application du principe d'appropriation de la personnalité à une célébrité.

Depuis lors, cependant, le principe a servi dans des questions de droit à la vie privée[86]. Ceci soulève évidemment de nombreuses questions, dont celle de déterminer si le délit d'appropriation de la personnalité est suffisamment large pour couvrir à la fois la contrefaçon du droit à la publicité et de celui à la vie privée[87]. Il peut paraître contradictoire,

83. *Id.*, aux pages 44, *C.P.R.*, et 31 *D.L.R.*
84. (1977) 17 *O.R.* (2d) 425, 80 *D.L.R.* (3d) 583 (Ont. H.C.).
85. *Id.*, aux pages 136 *C.P.R.*, et 595 *D.L.R.*.
86. *Dowell* c. *Mengen Institute*, (1983) 72 *C.P.R.* (2d) 238.
87. Robert W. JUDGE, « Celebrity Look-Alike And Sound-Alike Imitation Is Not The Highest Form of Flattery », 20 *C.P.R.* 97.

en effet, que la publicité et la vie privée soient chapeautées du même délit dans la mesure où ce ne sont pas les mêmes intérêts qui sont en cause. Le professeur D. Gibson confirme cette contradiction lorsqu'il écrit : « commercial appropriation has no place in the study of privacy law since a celebrity possesses a public reputation »[88]. Cela n'a pas empêché quatre provinces canadiennes de promulguer des lois relatives à la vie privée et de créer, par le fait même, un délit statutaire pour l'utilisation non consentie de la personnalité d'autrui[89].

Le professeur Vaver a fait une étude détaillée de ces législations[90]. Bien qu'il ait constaté que ces dispositions établissaient l'appropriation de la personnalité pour fins commerciales comme un aspect de la vie privée d'un individu, Vaver est resté équivoque quant à l'effet de ces dispositions sur un recours parallèle[91]. Un autre auteur estime toutefois que ces mêmes législations ne visaient pas à porter atteinte à un recours parallèle de la common law[92].

Quoi qu'il en soit, le domaine de l'appropriation de la personnalité mérite certainement un éclaircissement en droit canadien.

2) Le droit américain

Aux États-Unis, les litiges concernant l'appropriation de la personnalité ont donné lieu au développement de diverses théories. Plus souvent qu'autrement, les demandeurs invoquaient leur droit à la vie privée. Les tribunaux ont toutefois reconnu très tôt la valeur publicitaire de la personnalité de certains individus. Comme l'exprime la Cour dans *Haelan Laboratories Inc.* c. *Topps Chewing Gum Inc.* :

> We think that, in addition to and independent of the right of privacy [...], a man has a right in the publicity value of his photograph, *i.e.*, the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made gross [...] This right may be called right of publicity.[93]

De nombreux tribunaux ont, depuis lors, attribué un droit de propriété distinct dans les intérêts publicitaires d'un individu[94].

88. D. GIBSON, ed., *Aspects of Privacy Law*, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., Toronto, 1980, à la page 345.
89. *Privacy Act*, R.S.B.C. 1979, c. 336, s. 3; *Privacy Act*, S.M. 1970, c. 74, s. 3(c); *Privacy Act*, S. Nfld. 1981, c. 6, s. 4(c); *Privacy Act*, R.S.S., 1978, c. P-24, s. 3(c).
90. David VAVER, « What's Mine is Not Yours: Commercial Appropriation of Personality Under the Privacy Acts of British Columbia, Manitoba and Saskatchewan », (1981) 15 *U.B.C. Law Rev.* 241.
91. *Id.*, aux pages 260-261.
92. Voir *supra*, note 86.
93. 202 F. 2d 866 (2d Cir.).
94. David E. SHIPLEY, « Publicity Never Dies: It just Fades Away: The Right of Publicity and Federal Preemption », 66 *Cornell L. Rev.* 673; liste complète de ces

Bien que la portée exacte du droit à la publicité ne soit pas encore définitive[95], les tribunaux en ont quand même précisé quelques composantes. Deux de celles-ci sont particulièrement intéressantes pour nos fins. L'affaire *Zaccini* c. *Scripps-Howard Co.* constitue l'autorité établissant la protection d'une performance sous le droit de publicité[96]. Dans cette cause, le numéro de cirque du demandeur, d'une durée d'environ quinze secondes, avait été diffusé aux informations locales. La Cour suprême des États-Unis avait statué que la valeur économique du numéro du demandeur dépendait entièrement du contrôle exclusif de sa publicité et que la diffusion de l'entièreté du numéro enrichissait injustement le défendeur aux dépens de l'habileté du demandeur à gagner sa vie[97].

Dans une autre cause, *Lahr* c. *Adell Chem. Co.*[98], les défendeurs avaient utilisé des dessins animés pour la promotion de leur produit, le nettoyant Lestoil. La voix du personnage principal de l'annonce publicitaire était fournie par un expert dans l'imitation de la voix du demandeur qui était une personnalité connue à l'époque. La Cour, contrainte par une loi d'État relative à la vie privée, n'a pu donner raison au demandeur quant à son droit à la vie privée. Elle a toutefois contourné la loi grâce à une théorie fondée sur la notion de « concurrence injuste » et elle a statué que l'imitation de la voix du demandeur à des fins commerciales tendait à confondre les consommateurs.

L'affaire *Bette Midler c. Ford Motor Company and Young & Rubican*[99] est probablement la plus révélatrice quant à la protection de la voix d'une vedette face à une appropriation illégale. De plus, elle offre l'avantage d'être très récente. Une agence de publicité fut engagée par la compagnie Ford pour réaliser une annonce publicitaire. Celle-ci devait mettre en vedette dix-neuf chansons différentes, dont une intitulée « Do you want to dance », composée par Bobby Freeman en 1959. Ayant obtenu l'approbation de Freeman pour diffuser la pièce, l'agence désirait faire appel à la demanderesse pour l'interpréter. Cette démarche n'était pas un hasard dans la mesure où c'est par le biais de disques et de spectacles de Midler que la chanson avait été popularisée. Midler refusa carrément de faire l'annonce. Les défendeurs ont alors engagé une autre chanteuse à qui l'on a demandé d'imiter la voix de la demanderesse. Visuellement cependant, l'annonce ne tentait aucune association avec la demanderesse. Midler intenta tout de même une poursuite en invoquant son droit à la publicité.

95. *Id.*, aux pages 681-682.
96. 433 U.S. 562.
97. *Id.*, p. 576.
98. 300 F. 2d 256 (1962).
99. 849 F. 2d 460 (9th Cir. 1988).

En première instance, la Cour a donné raison à l'agence défenderesse :

> Plaintiff points to no cases wherein a right to privacy or publicity has been found to exist in the situation of imitation of voice alone.

On a de plus refusé un argument de Midler fondé sur la concurrence injuste. Portée en appel devant la Cour d'appel des États-Unis, la décision de première instance a été renversée. La Cour a statué, en se fondant sur la common law de la Californie, que la voix est un attribut important de l'individu :

> A voice is as distinctive and personal as a face. The human voice is one of the most palpable ways identity is manifested [...] To impersonate her voice is to pirate her identity.

Et un peu plus loin, le juge a précisé :

> We hold only that when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California.[100]

Il faut observer ici que la loi californienne permet à une personne de se voir accorder des dommages et intérêts à la suite de l'utilisation qu'aurait faite une autre personne de sa voix[101]. L'affaire *Midler* portait sur une imitation et non sur l'utilisation d'une voix en tant que telle. Pour cette raison, Midler n'a pas pu gagner sur cette base.

3) Application à l'échantillonnage

L'application de la théorie du droit à l'image au phénomène de l'échantillonnage n'est pas une question facile à traiter.

Premièrement, la reproduction par imitation ne constitue certainement pas un acte de la même nature que la reproduction par échantillonnage. Le droit relatif aux droits d'auteur fait cette distinction très clairement dans la mesure où il n'accorde une protection que pour les idées exprimées sous forme matérielle et non une simple imitation[102]. On comprend que la Cour, dans *Zaccini* par exemple, n'aurait pas pu fonder sa décision sur la base d'un droit d'auteur parce que l'oeuvre du demandeur, un numéro de cirque, n'était pas fixée. Il n'en demeure pas moins que la protection d'un intérêt économique est la raison d'être à la fois du droit d'auteur et du droit à l'image. Donc, si une analogie est possible entre le droit à l'image et le droit d'auteur au niveau de

100. À la page 463.
101. *California Civil Code*, section 3344.
102. Voir la section III A du présent travail pour une discussion relativement à cet aspect.

l'intérêt économique que les deux tentent de protéger, et qu'un droit d'auteur ne protège qu'une oeuvre fixée, on devrait être d'autant plus disposé à constater une violation du droit à l'image lorsque l'appropriation est directe (par échantillonnage) plutôt que lorsqu'il s'agit d'une simple imitation.

Deuxièmement, il semble maintenant accepté au Canada, avec l'affaire *Krouse*, et aux États-Unis, avec l'affaire *Midler*, que la voix d'une célébrité peut être en soi une facette importante de sa personnalité. Cette célébrité devrait donc avoir le droit exclusif sur l'usage et l'exploitation de sa voix. On doit cependant reconnaître qu'un instrumentaliste pourrait avoir plus de difficulté à se voir accorder un droit à l'image. Les instrumentalistes, dans la mesure où ils sont identifiables, doivent ce fait autant à leur style qu'aux qualités d'un son particulier. Puisque avec l'échantillonnage on n'a tendance qu'à s'approprier le second facteur, l'instrumentaliste pourrait éprouver certaines difficultés à démontrer son intérêt économique[103], quoique tous ne sont pas nécessairement d'accord sur ce point[104].

Troisièmement, il s'avère nécessaire de noter qu'avant l'arrivée des arrêts *Lahr* et *Midler* aux États-Unis, les tribunaux ont été réticents à accorder un droit de propriété à des célébrités pour les qualités spécifiques de leur voix[105]. Ces réticences étaient surtout motivées par le désir de ne pas restreindre le marché du propriétaire de la composition musicale sous-jacente. Il faut dire que les demandeurs dans ces affaires voulaient empêcher les défendeurs d'utiliser des compositions musicales. Mais, comme l'explique le juge Noonan dans l'affaire *Midler*:

> Midler does not seek damages for Ford's use of « Do you want to dance », and thus her claim is not preempted by federal copyright law [...] What is put forward as protectible here is more personal than any work of authorship.[106]

Il est certainement possible d'argumenter que la protection contre l'échantillonnage des sons en digitales ne porte pas atteinte au droit d'auteur de la composition musicale sous-jacente. Un demandeur, dans une cause impliquant l'échantillonnage, ne cherche pas à limiter l'interprétation particulière d'une pièce musicale de façon à réduire le marché du titulaire du droit d'auteur. Ce qu'il cherche à protéger est l'exploitation de sa voix, celle-ci ne pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur indépendant.

103. Voir *supra*, note 5, à la page 1740.
104. Des qualités de son peuvent être associées à un instrumentaliste dans certaines circonstances. C'est du moins l'argument du percussionniste David Earl Johnson, voir *Rolling Stone*, *supra*, note 19.
105. *Sinatra* c. *Goodyear Tire & Rubber Co.*, 435 F. 2d 711 (9th Cir. 1970); voir aussi *Booth* c. *Colgate-Palmolive Co.*, 362 F. Supp. 343 (S.D.N.Y. 1973).
106. À la page 462.

V. CONCLUSION

Le phénomène de l'échantillonnage du son en digitales est en train de bouleverser l'industrie de la musique au Canada. Disponible à des prix de plus en plus abordables, cette technologie représente une menace grandissante pour plusieurs artistes et musiciens.

Nous venons de démontrer que la nouvelle loi canadienne relative aux droits d'auteur peut faire face aux abus que cette nouvelle technologie engendre. Il faut reconnaître toutefois que les règles traditionnelles relatives à la contrefaçon d'un droit d'auteur sont peut-être inadaptées à ce nouveau phénomène. Jusqu'à tout récemment, il n'existait pas de marché pour des petites portions d'un enregistrement sonore. Ce marché existe maintenant et il se développe à un rythme fulgurant. La technologie digitale permet aujourd'hui d'isoler des sons à partir d'une oeuvre originale et de s'en servir dans une oeuvre subséquente, bref, de fusionner des éléments de musique copiés et originaux. Le résultat de cette pratique est de priver certains auteurs à la fois du respect de leurs oeuvres et de leur capacité de gagner leur vie, les deux intérêts que cherche à protéger le droit d'auteur.

Nous avons démontré que la technique de l'échantillonnage peut servir à reproduire une oeuvre au sens de la Loi. De plus, le caractère illicite de cette reproduction doit dépendre de facteurs essentiellement qualitatifs et non quantitatifs. Si tel n'est pas le cas, la piraterie des sons et tout autre problème juridique qui résulte du progrès dans les techniques de reproduction digitale ne peuvent être traités adéquatement.

Si, pour quelque raison que ce soit, un auteur ne peut se fonder sur un droit d'auteur pour éviter que l'on s'approprie sa personnalité musicale, il peut peut-être invoquer un autre recours, à savoir celui du droit à l'image. Ce recours n'a pas encore été très bien développé au Canada, mais tout semble indiquer que sa raison d'être est compatible avec la nécessité pour les auteurs Canadiens de se protéger contre l'échantillonnage des sons. Il sera particulièrement utile aux chanteurs qui peuvent plus facilement démontrer que leur voix est une facette de leur personnalité.

Cependant, nous sommes d'avis qu'avant toute chose il serait plus approprié de tester la *Loi concernant le droit d'auteur* afin d'en déterminer la portée.