



HAL
open science

L'électronique, le numérique et l'œuvre sonore

Franck Macrez

► **To cite this version:**

Franck Macrez. L'électronique, le numérique et l'œuvre sonore. Yann Basire. Propriété intellectuelle et pop culture - Nouveaux enjeux, nouveaux défis, LexisNexis, 2020, Colloques et débats, 978-2-9569841-2-2. hal-04105660

HAL Id: hal-04105660

<https://hal.science/hal-04105660v1>

Submitted on 3 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'électronique, le numérique et l'œuvre sonore

Franck Macrez

Maître de conférences au CEIPI

I. La sonorité, élément créatif

A. L'évolution technique et esthétique

B. La recherche sonore, élément essentiel de créativité

II. La sonorité, une protection reconnue

A. L'œuvre sonore, objet de droit d'auteur

B. Le créateur de son électronique, auteur d'une œuvre sonore

III. La sonorité per se : une protection inappropriée

A. La sonorité protégée per se : un régime juridique inadapté

B. La sonorité, élément de l'originalité de l'œuvre musicale

La musique est relativement délaissée de la doctrine juridique en droit d'auteur¹, si ce n'est du point de vue du droit voisin des producteurs de phonogrammes. Dans le cadre d'un volume présentant les rapports entre propriété intellectuelle et pop culture, il apparaissait pourtant difficile que le genre musical (la *pop music*, donc) ne soit pas représenté. La musique électronique (qu'il faudrait, à la vérité, décliner au pluriel) est, à l'évidence, encore moins objet d'attention pour les juristes. Tout au plus évoque-t-on le cas de l'échantillonnage numérique (*sampling*) pour s'interroger si la reprise de très brefs fragments sonores peut être constitutive de contrefaçon², ce qui a donné lieu à une importante décision de Cour de justice³. La technique du *mix* (de DJ, donc) est par ailleurs assez mal appréhendée par les juridictions : on a pu y voir un « enchaînement d'œuvres enregistrées dans leur intégralité⁴ », ce qui est, en réalité, rarement le cas. Il a aussi pu être décidé par la cour d'appel de Toulouse qu'il n'y avait pas contrefaçon dès lors que le *mix* ne rend « plus reconnaissable la musique d'origine par un auditeur moyen⁵ », alors que l'auditeur est bien à même de reconnaître les morceaux musicaux que « joue » le *disk jockey*. En tout état de cause, le « *remix* » est bien souvent la reprise d'un morceau de musique avec un nouvel arrangement, en d'autres termes une adaptation qui correspond à la définition de l'œuvre dérivée (ou composite) de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle. Cela ne pose pas de difficulté juridique particulière, en gardant à l'esprit qu'il convient de qualifier les choses pour ce qu'elles sont réellement et non pour le nom qu'on veut bien leur donner⁶.

Plutôt que de réduire l'analyse à celle de techniques propres au genre (le *mix*, le *remix*, le *sample*), ou encore de se limiter à l'analyse du genre musical lui-même, il nous apparaît pertinent de constater globalement l'impact de développement de l'électronique (et, donc, du numérique, mais pas uniquement) dans la création musicale en général, pour mieux s'interroger sur l'appréhension de

¹ V. néanmoins : J. Huet et al., *Droit de la musique*, LGDJ, 2016 ; A. Bertrand, *La musique et le droit*, Litec, 2002 ; A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, thèse, Dijon, 1998 ; A. Bertrand, *La musique et le droit*, Litec, 2002.

² E. S. Johnson, Protecting Distinctive Sounds : The Challenge Of Digital Sampling, *Journal of Law and Technology* 1987, 2, p. 273 ; G. Bressand, Les œuvres musicales et les nouvelles technologies, *Expertises* 1991, 138, p. 135 ; M. Desjardins, L'échantillonnage du son en digitales et le droit d'auteur au Canada, *Cab. propr. intell.*, janv. 1991, vol. 3, 2, p. 205 ; J.-F. Forgeron et B. de Rocquefeuil, Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques, *Legicom* 1994, 3, p. 75 ; D. Lefranc, Fragments sonores et création musicale, *D.* 2000, chron., p. 497 ; J. Malone, L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores et le droit d'auteur au Canada, *Cab. propr. intell.* 2003, vol.16, n°2, p. 343.

³ CJUE 29 juill. 2019, aff. C-476/17, *Pelham*, D. 2019. 1742, note G. Querzola ; *Dalloz IP/IT* 2019. 465, obs. N. Maximin ; *RTDEur.* 2019, p. 927 note É. Treppoz ; *JCP G*, 40, 992, note J.-M. Bruguière.

⁴ CA Paris, 29 octobre 2004, *M.Cerrone c/ A.Wisniak et al.*, n° 04/08362, inédit.

⁵ CA Toulouse, 16 mars 2000, *JurisData* n° 120716 ; *Comm. com. électr.*, 2000, 113, note C. Caron ; *JCP éd. E* 2002, p.1334, obs. D. Lefranc.

⁶ V. la revue *Remix*, ouvrages collectifs publiés par les éditions Hachette Littératures, présentant le principe de la publication : « 5 nouvelles originales réécrites 3 fois, par 3 écrivains différents. ». Chaque nouvelle publiée reprend un élément abstrait de l'œuvre de départ (une ambiance, par exemple) et sera juridiquement considérée comme une œuvre indépendante.

ces processus créatifs par le droit d'auteur⁷. L'interrogation peut, plus généralement, procéder d'une réflexion sur les rapports entre la création musicale et l'évolution technique, qui paraissent particulièrement imbriquées. D'ailleurs, on ne se limitera pas à la « musique électronique » qu'on serait bien en peine de définir et qui ne désigne pas une pratique musicale singulière⁸. L'emploi des instruments électroniques (analogiques) et des ordinateurs (numériques) est aujourd'hui omniprésent dans tous les styles de musiques populaires, une période charnière ayant été celle des années soixante-dix, qui ont connu la commercialisation d'outils électroniques qu'un grand nombre de musiciens a pu s'approprier. Les sonorités de ces synthétiseurs et autres boîtes à rythmes sont aujourd'hui omniprésentes dans les musiques populaires actuelles, sans compter l'incontournable technique de l'échantillonnage. Si le développement et la démocratisation de ces techniques ont permis de stimuler la créativité par la possibilité d'installation de *home studio* (ce qui a donné son nom à la *house music*), il nous semble que ce qui intéresse particulièrement le droit d'auteur est l'importance prise par la recherche sonore.

Ainsi, il faut bien constater que l'électronique dans la musique suscite, chez les créateurs, une attention intensifiée pour l'élaboration des sonorités (I), cela doit conduire à s'interroger sur le caractère protégeable de la sonorité (II), pour finalement constater qu'une telle protection serait inappropriée, prise en tant que telle (III).

I. La sonorité, élément créatif

A. L'évolution technique et esthétique

La recherche sonore est consubstantielle à la création musicale. Tout apprenti musicien se voit enseigner, dès le début de son apprentissage, comment « faire sonner » son instrument. La création sonore consiste également en la recherche de nouveaux instruments, de nouveaux moyens de produire des « bruits harmonieux ». Cette recherche est évidemment ancestrale et continue : on rappellera simplement que le piano actuel n'existe, finalement, que depuis deux siècles et demi. Quant aux premiers instruments électriques, ils ont été inventés à la fin du XIX^e siècle⁹, en particulier par Elisha Gray avec son télégraphe musical (1874). En 1920, est présenté le Theremine

⁷ V. de manière générale : Y. Gaubiac, *Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées*. (Œuvres créées avec un ordinateur, *J.-Cl. Propr. litt., art.* 2014, fasc. 1164.

⁸ S. Gosselin et J. Ottavi, *L'électronique dans la musique, retour sur une histoire*, *Volume !* 2002, 1 : 2 ; B. D. Hermann, *Scratching Out Authorship : Representations of the Electronic Music DJ at the Turn of the 21st Century*, *Popular Communication* 2006, 4(1), p. 21.

⁹ Même si un clavecin « électrique » a été inventé en 1759 : il fonctionnait à l'aide de l'électricité statique !

(antenne chantante), premier instrument électronique transportable inventé par le Russe Lev Sergueïevitch Termen, utilisé notamment par Varèse dans les années cinquante ou encore par les Beach boys¹⁰. En 1928, les ondes Martenot sont présentées au public par son inventeur, et utilisées plus tard, dans les années cinquante, par Boulez, Jolivet, Milhaud..., mais aussi par des artistes de musiques populaires actuels tels que M. Faithfull, Tom Waits, Arthur H, Noir Désir, Dominique A, Radiohead, Depeche Mode, Muse, Daft punk... En 1933, le premier orgue Hammond est conçu, utilisé d'abord par les églises américaines, mais aussi dans le jazz et le rock. Le Hammond fait partie des sons communément utilisés dans les musiques actuelles ; un tournant se produit au cours des années soixante-dix, avec l'apparition du Moog, synthétiseur modulaire¹¹, des boîtes à rythmes de la société Roland (les aujourd'hui omniprésentes TR-909, TR-808, TR-707) et ses synthétiseurs (Jupiter-8 et TB-303).

Mais l'important est d'avoir conscience de l'appropriation, qui est souvent une réappropriation¹², que les créateurs font de ces nouveaux instruments. Si les années soixante-dix sont souvent présentées comme marquant une rupture radicale, cela procède plus d'une analyse sociologique qu'esthétique¹³. Le manifeste futuriste de Russolo, en 1913, constitue, sans doute, un premier pas vers une démarche créative tournée vers les sons et autres bruits. Varèse, dans les années trente, affiche sa volonté de se libérer des notes pour se concentrer sur la création de musique à partir de bruits, voulant inventer de nouveaux appareils produisant de nouveaux sons. Après-guerre, Pierre Schaeffer et Pierre Henry mènent des recherches, au sein du Groupement de Recherche musicale, autour de ce que l'on nomme « musique électroacoustique », Stockhausen suivant une direction analogue en Allemagne. Une manifestation notable tient à ce qu'à partir des années soixante-dix et quatre-vingt, une telle liberté se retrouve dans des musiques « grand public », à l'origine du *hip-hop* et de la *house music*. L'échantillonnage (*sampling*) canalise sans doute toute la rupture paradigmatique en ce qu'il crée une nouvelle sémantique : « En musique la succession des genres, leurs oppositions, comme leurs coïncidences, sont avant tout affaire de syntaxe ou de grammaire. Le *sample*, quant à lui, définit un changement brutal d'alphabet et de vocabulaire : la note n'est plus l'élément composant. Le phonème de base du *sampling* est le fragment : cette unité conditionne la

¹⁰ « Good vibrations », 1964.

¹¹ Utilisé par les Beatles, Kraftwerk, Jean-Michel Jarre, Giorgio Moroder, Wendy Carlos... Et la plupart des producteurs électroniques actuels, dans des versions plus récentes fabriquées par la marque Moog.

¹² La TB-303 était destinée à produire des lignes de basse, mais sonnait bizarrement (pour ne pas dire mal) : les artistes se la sont bien réappropriée pour en faire un usage qui n'avait pas été prévu par ses concepteurs.

¹³ S. Gosselin et J. Ottavi, L'électronique dans la musique, retour sur une histoire, art. préc.

reconnaissance d'un ensemble esthétique préexistant tout en le vidant de sa cohérence première. Le *sample* conserve en niant : il est dialectique¹⁴ ».

Cette évolution technique est à l'origine d'une nouvelle créativité de la part de ceux qui s'en emparent. Elle apparaît davantage tournée vers la création sonore que vers les éléments classiques de la musique (mélodie, rythme, harmonie).

B. La recherche sonore, élément essentiel de créativité

La recherche sonore peut être décrite selon son processus : c'est alors une recherche d'ingénieur sonore, tournée vers la création de nouveaux instruments produisant de nouveaux sons. La création sonore peut être également constatée à travers l'utilisation même de sonorités.

La créativité du créateur de musique peut être caractérisée par un ensemble de choix tournés vers une recherche sonore liée à l'instrument lui-même. Certains utilisent aujourd'hui uniquement des ordinateurs, traquant les derniers « *plug-ins* » logiciels émulant des synthétiseurs¹⁵. D'autres, à l'opposé, font le choix de conserver les synthétiseurs analogiques, sans même aucun ordinateur pour les contrôler¹⁶. Au-delà, il est de véritables ingénieurs, tels les jeunes Français de TORB qui créent leurs propres synthétiseurs analogiques¹⁷ dans le but d'obtenir un son donné : « On part d'une idée des sonorités, et l'on construit les machines autour. (...) Tous les groupes achètent peu ou prou les mêmes synthétiseurs. Nous avons cet avantage de les fabriquer, et de créer ainsi un son original¹⁸. » Ils se situent en cela dans la lignée du groupe Kraftwerk, souvent considérés comme les inventeurs de la *pop* électronique, et qui travaillaient à faire ou faire faire des instruments sur mesure. C'est également le cas, dans une certaine mesure et de manière différente, car il s'agit plus d'interface homme-machine que de recherche sonore, de S. Bodzin qui affirme, tout en utilisant un ordinateur et un synthétiseur Moog, avoir créé un véritable « instrument » électronique, plus

¹⁴ G. Tordjman, Sept remarques pour une esthétique du sample, in *Technikart*, n° 20, mars 1998, p. 58-59, cité par C. Béthune, Sites technologiques, panoramas sonores : les univers esthétiques du rap et de la musique techno, *Volume !* 2002, p. 43, p.46.

¹⁵ Ainsi de Johannes Brecht, dont on recommande l'écoute de sa reprise du *SOS* de Portishead (2016), lui-même reprise du titre éponyme de ABBA (1975).

¹⁶ Ainsi de A. Rebotini, primé pour sa bande originale du film *120 battements par minute* (Prix de l'Académie des Lumières, César pour la meilleure musique originale).

¹⁷ Comme Rebotini, ils tiennent au « son » analogique : « On ne se retrouve pas dans les sons d'ordinateurs. Les fréquences sont définies et limitées. L'analogique, cela déborde dans tous les sens, il y a un ressenti. » (Entretien in : *Les Inrockuptibles*, 25 nov. 2014).

¹⁸ *Ibid.*

qu'un contrôleur de machine, par la conception d'un équipement matériel et la programmation de scripts logiciels spécifiques¹⁹.

Une autre manière de constater une nouvelle manifestation de créativité est, quels que soient les moyens employés, de s'attacher à l'objet, au résultat audible. Un exemple paradigmatique nous paraît pouvoir être trouvé dans un des morceaux les plus connus de Laurent Garnier, DJ électronique français mondialement renommé (une *pop star*?²⁰). Baptisé *Crispy bacon*, celui-ci ne semble présenter ni mélodie ni harmonie : deux notes sont identifiables. Ses caractéristiques sont sa rythmique et, surtout, sa sonorité évolutive, déclinée sur près de dix minutes. Comme on l'a fait remarquer²¹, de nombreux exemples de recherche sonore pourraient être cités, même bien antérieurs à *Crispy bacon*. Mais celui-ci a la particularité de faire danser les foules, ce qui n'est pas à notre connaissance le cas de Stockhausen²²... Plus précisément, on pourrait identifier la particularité de la pièce musicale de Garnier par son *timbre*, élément qui distingue le son indépendamment de sa hauteur et de son intensité. Si de telles variations ne sont pas nouvelles, Berlioz ayant ouvert la voie et Schönberg formalisé la *Klangfarbenmelodie* dans son traité d'harmonie (1911), l'important est de prendre acte qu'elles ne sont désormais plus reléguées à la marge de la création musicale.

Dès lors, la question de la protection de la sonorité par le droit d'auteur est susceptible de se poser avec une certaine acuité.

II. La sonorité, une protection reconnue

A. L'œuvre sonore, objet de droit d'auteur

La protection de la sonorité a été reconnue en jurisprudence, en particulier par une décision du Conseil d'État de 1999, à propos des orgues de la cathédrale de Strasbourg²³. M. Kœnig, facteur d'orgues, s'étant plaint d'une atteinte à son droit moral (droit au respect) en raison des modifications apportées aux orgues, les juges étaient appelés à se prononcer sur l'existence d'un

¹⁹ S. Bodzin, interview à l'issue de son concert à Piz Gloria (sommet du Schilthorn, dans le canton de Berne en Suisse), Cercle, www.youtube.com, 26 juill. 2018 : a very intuitive thing which is handling the computer as an instrument. It's like an instrument, not a controller. »

²⁰ On recommandera au lecteur l'écoute (ou la visualisation) de son concert à la salle Pleyel du 13 mars 2010, et notamment la fabuleuse version du morceau *Gnanmankoudji* (version 18 min).

²¹ *Supra*.

²² Et il nous a paru parfaitement correspondre à l'acoustique du palais universitaire de l'Université de Strasbourg lors de la conférence organisée par Yann Basire...

²³ CE, 14 juin 1999, *JCP G* 1999, II, 10209, concl. J.-D. Combrexelle.

droit d'auteur. La procédure arrivée à hauteur de la plus haute juridiction administrative, celle-ci décidait que le maître d'ouvrage « ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'instrument ou de l'édifice ou son adaptation à des besoins nouveaux. » Ce faisant, il s'agissait d'une reconnaissance implicite – mais certaine – d'un droit d'auteur sur la sonorité de l'orgue : l'objet protégé est bien l'« œuvre phonique²⁴ » et non pas uniquement l'instrument comme œuvre d'art appliqué²⁵. Dans une autre affaire, les juges ont pu accorder, explicitement cette fois, la protection par le droit d'auteur à un fondeur de cloches, en décidant que les dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle « ne font pas obstacle à ce qu'un fondeur bénéficie d'un droit de propriété artistique sur la sonorité originale rendue par les cloches qu'il fabrique²⁶ ».

Cela est justifiable, car il existe bien une forme perceptible aux sens, un *artefact* à protéger. Et le travail du facteur d'orgues n'est pas dicté par des considérations techniques, mais laisse la place à une création personnelle d'ordre esthétique dans la conception et la formalisation du son. Autrement dit, l'originalité peut se caractériser en raison du savoir-faire « esthétique » du facteur d'orgues le conduisant à des choix personnels²⁷.

B. Le créateur de son électronique, auteur d'une œuvre sonore

Si une protection peut être accordée au facteur d'orgues, il ne fait guère de doute, *a fortiori*, que celui qui utilise, voire conçoit, des instruments électroniques est susceptible d'en bénéficier : avec ce type d'instruments, la palette créative est quasi-infinie. À cet égard, il paraît intéressant de rapporter deux exemples caractéristiques, l'un montrant une palette créative inédite dans l'histoire de la musique, l'autre constatant que la démarche créative est clairement orientée vers la recherche sonore.

Pour préparer son quatrième album studio, *Homogenic*²⁸, la chanteuse islandaise Björk demande d'abord à un ingénieur du son de travailler à des collections de son et de création de sections rythmiques à partir desquelles elle compose ses mélodies. Un « producteur » de musique

²⁴ P. Tafforeau, Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l'orgue envisagée comme une œuvre de l'esprit, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Lexis Nexis 2014, p. 735.

²⁵ J.-D. Combrexelle, Le droit moral d'un facteur d'orgue face aux prérogatives d'une personne publique, *JCP G* 1999, 48, II, 10209.

²⁶ CAA Lyon, 4e ch., 5 avr. 2012, n° 10LY02298, *Sté Fonderies des Cloches Paccard c/ Cne de Taninges*.

²⁷ P. Tafforeau, Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l'orgue envisagée comme une œuvre de l'esprit, art. préc., pp. 738-739.

²⁸ Björk, *Homogenic*, 1997, *One Little Indian*.

électronique, Mark Bell, fera par la suite la grande majorité de la partie instrumentale de l'album. S'il peut être fait appel à des musiciens pour leur son caractéristique, ce son est échantillonné et réutilisé : ainsi d'un accordéoniste japonais au son bien particulier ou encore des parties d'orchestre de musique de chambre. Car, au final, celui qui compose est ce "producteur électronique", qui est capable de faire le concert seul avec la chanteuse, même si l'apport d'un orchestre de musique de chambre constitue un avantage scénique et sonore²⁹. De fait, il dispose d'un type d'instrument d'un genre nouveau : « Mark Bell peut faire avec une machine ce qu'Hendrix faisait avec une guitare.³⁰ » La machine est alors un instrument qui propose une palette sonore incommensurable et qui laisse, donc, un espace de créativité extrêmement large à celui qui la contrôle.

Une autre série d'exemples caractéristiques révèle que la création est clairement orientée vers la recherche sonore. Sans être ingénieurs, certains auteurs-compositeurs témoignent en effet de l'importance particulière de la recherche de son dans leur activité créatrice. Ainsi, le *songwriter* du groupe Depeche Mode, Martin L. Gore, s'avoue aisément « accroc » au synthétiseur et acheteur compulsif³¹ en recherche constante de machines produisant de nouveaux sons. L'exemple d'artistes qui sont aussi « facteurs de synthétiseurs », tels les Français de Torb, profitant des possibilités du studio Motorbass, créé par le regretté Philippe Zdar, permet à l'évidence l'analogie avec le facteur d'orgues connu de la jurisprudence française³². Concernant la situation d'espèce ayant donné lieu à la décision de la CJUE *Pelham* de 2019, il est important de noter que les Allemands de Kraftwerk se situaient également dans cette démarche de recherche sonore, construisant ou faisant construire de nouveaux synthétiseurs. L'influence du producteur et ingénieur du son Konrad Plank est en outre importante dans la construction et l'évolution de l'œuvre du groupe musical. Les Kraftwerk jouaient d'ailleurs en concert avec une batterie électronique qu'ils avaient eux-mêmes construite – et qui est bien banale aujourd'hui. S'il est possible de reconnaître une batterie et un synthétiseur dans un *sample* réalisé par quelqu'un d'autre³³, l'aspect « batterie » n'a en réalité aucun intérêt pour l'analyse en termes de droit d'auteur, puisque cela relève de la manière dont le son est actionné, donc de l'interface homme-machine et non pas du son lui-même.

²⁹ Voir Björk, *Live in Cambridge*, DVD, vidéo enregistrée le 2 décembre 1998, nov. 2001. L'apport d'un orchestre symphonique à la performance d'un artiste électronique peut être constaté dans de multiples projets. On citera par exemple le concert de J. Mills, au pied du pont du Gard, avec l'orchestre philharmonique de Montpellier : Jeff Mills, *Blue Potential (Live With Montpellier Philharmonic Orchestra)*, UWe, 2006.

³⁰ Commentaire de Björk à propos du morceau *Pluto : Vox*, « Look Who's Björking », propos recueillis par Stuart Bailie, novembre 1997.

³¹ « Synth-a-olic »...

³² V. *supra*.

³³ Comme le suggère J.-M. Bruguière, in *L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions*, *JCP G*, 30 sept. 2019, 40, 992.

Si le constat d'un processus créatif tourné vers la recherche de sonorités est indéniable, il restera à caractériser l'originalité de l'œuvre phonique. La tâche sera souvent dévolue à un expert, en particulier lorsqu'on analyse la construction d'un instrument et ses conséquences esthétiques³⁴. La complexité est de mise s'agissant de composants électroniques qui, bien souvent, sont faits pour entrer en interaction avec des composants logiciels qui, *a minima*, sont destinés à les contrôler. Il conviendra de garder à l'esprit que, sous cette technicité, l'analyse porte sur une œuvre sonore classiquement perceptible aux sens, c'est-à-dire que nous ne sommes pas dans une logique d'analyse d'une forme fonctionnelle qui justifierait une analyse objectivée de l'originalité. Autrement dit, il faudra rechercher l'empreinte de la personnalité dans l'agencement sonore³⁵. La précision est d'importance, car c'est bien la personnalité du créateur de son qui sera à rechercher, au cas par cas, dans l'œuvre sonore. Il faut bien se rendre à l'évidence que, dans de nombreuses hypothèses, l'analyse de la sonorité ne sera pas à elle seule originale au sens classique du terme. Une telle protection *per se* n'apparaît en tout état de cause pas souhaitable³⁶.

La caractérisation de l'originalité est également importante en aval de la protection, c'est-à-dire au stade de l'analyse de la contrefaçon. Il faut en effet que l'élément exploité soit un élément qui laisse transparaître l'originalité de l'œuvre pour que la sanction de la contrefaçon intervienne³⁷. Cela impose que le fragment sonore soit reconnaissable, comme en a décidé la Cour de justice : « lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser, sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre, il y a lieu de considérer qu'une telle utilisation ne constitue pas une « reproduction », au sens de la directive sur le droit d'auteur³⁸ ».

La question se pose alors de savoir par quel type d'auditeur le son doit être reconnaissable. Selon toute vraisemblance, il faudra se référer à une personne fictive, « l'auditeur moyen », comme cela

³⁴ V. les savantes explications de P. Tafforeau à propos de l'activité du facteur d'orgue, *in* Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l'orgue envisagée comme une œuvre de l'esprit, art. préc., spéc. p. 738 ; sur le *sampling*, v. par ex. : A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, *op. cit.*, spéc. n°178 et s.

³⁵ A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, *op. cit.*, n°232 : « Comme pour la musique électroacoustique, l'empreinte de la personnalité du compositeur n'est plus seulement liée à la mélodie, l'harmonie ou le rythme, mais plutôt à l'agencement créatif des données sonores. » *Contra* : A. Lucas, *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2017, n°339 : « la question essentielle est de savoir si l'échantillonnage en tant que tel relève du monopole de l'auteur de l'œuvre échantillonnée. Il semble bien que non, à moins de concevoir que la sonorité en elle-même constitue une œuvre originale, ce qui est difficile à admettre. »

³⁶ *Infra*, III.

³⁷ CJCE 16 juill. 2009, aff. C-5/08, D. 2011. 2164, obs. P. Sirinelli ; RTD *com.* 2009. 715, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD *eur.* 2010. 939, chron. E. Treppoz.

³⁸ CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, *loc. cit.*, spéc. point 31.

a été avancé en doctrine³⁹ et utilisé en jurisprudence⁴⁰. Ainsi, il n’y aura pas de contrefaçon lorsque l’œuvre préexistante n’est « plus reconnaissable à l’issue des traitements informatiques⁴¹ ». La solution doit être approuvée puisqu’une telle reprise n’est ni reproduite sur un support ni communiquée au public et échappe donc au monopole de l’auteur⁴², sans qu’un détour par un autre droit fondamental, la liberté d’expression, ne nous apparaisse nécessaire. Au final, il faudra se résoudre à une certaine casuistique, pour ne pas dire un certain arbitraire de l’interprète ou de l’expert, pour déterminer si le son exploité est reconnaissable, notamment en raison de la grande diversité des capacités de traitement. Dans l’affaire du *sample* du morceau de Kraftwerk, *Metall auf Metall*, la Cour de justice semble estimer que l’échantillon n’est pas reconnaissable, contrairement à l’avocat général⁴³. La juridiction de renvoi appréciera. Pour nous, l’échantillon est reconnaissable et original, cette originalité étant caractérisée par la combinaison du rythme et de la sonorité – comme pour le *Crispy Bacon* de Laurent Garnier.

Car c’est plutôt la sonorité combinée avec au moins un autre élément qui, semble-t-il, devrait donner prise au droit d’auteur. À défaut, cette protection apparaît bien disproportionnée⁴⁴.

III. La sonorité *per se* : une protection inappropriée

A. La sonorité protégée *per se* : un régime juridique inadapté

Les jurisprudences accordant la protection du droit d’auteur à une œuvre phonique en elle-même (orgue, cloche) apparaissent, si l’on songe à leur portée potentielle, bien excessives. Si, dans les décisions concernant les orgues de la cathédrale de Strasbourg, l’exercice du droit au respect a été

³⁹ F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. CEIPI, Paris, 2011, n°465-466 ; C. P. Spurgeon, L’échantillonnage (*sampling*) numérique. Quelques considérations juridiques, *Bulletin du droit d’auteur* 1992, vol. XXVI, n°2, p. 8, spéc. p.14, se référant au critère de l’« auditeur objectif ».

⁴⁰ Par ex. : CA Toulouse, 3e ch. corr., 16 mars 2000, n° 99/01098, préc. Mais, en l’espèce, la cour estime que les musiques remixées ne sont pas reconnaissables, ce qui apparaît bien contestable s’agissant de *mix* de DJ avec des platines vinyles.

⁴¹ TGI Paris 5 juillet 2000, *JurisData* n°130310 ; *Comm. com. électr.*, 2001, 23, note C. Caron.

⁴² En ce sens, C. Caron, obs. sous TGI Paris 5 juillet 2000, préc. ; A. Lucas, *Droit d’auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, n°319 p.163 ; A. Latreille, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, thèse Paris Sud, 1995, n° 921 (« Les éléments de l’œuvre protégée par le droit d’auteur sont fréquemment absents de la création nouvelle issue de l’échantillonnage. En conséquence, cette pratique ne contrefait pas la création, même en l’absence du droit de citation. ») ; J.-F. Forgeron et B. de Rocquefeuil, Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques, *Legicom* 1994, 3, p.75.

⁴³ Concl. M. Szpunar, sous aff. C-476/17, 12 déc. 2018, spéc. point 25. Il en est de même pour J.-M. Bruguière (art. préc.). Cela ne fait, pour nous, aucun doute.

⁴⁴ P. Tafforeau, Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l’orgue envisagée comme une œuvre de l’esprit, art. préc.

limité de la même manière qu'il l'est pour des œuvres architecturales⁴⁵, il est possible d'estimer que la solution est porteuse de potentiels excès. Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon prête le flanc à la critique lorsqu'elle décide, de manière quelque peu arbitraire, que la modification du carillon ne porte pas atteinte au droit au respect de son créateur⁴⁶. En effet, non seulement l'ajout de cloches au carillon de l'église modifie nécessairement sa sonorité, mais une telle modification de l'environnement est, en jurisprudence, reconnue comme une atteinte à l'esprit de l'œuvre⁴⁷.

Du point de vue des droits patrimoniaux, la protection du son lui-même paraît délicate à mettre en œuvre, voire parfaitement inutile. Le concepteur d'un instrument électronique n'aurait pas même l'idée de réclamer des *royalties* à ceux qui utilisent cet instrument en concert (ses propres clients, donc)... Pour éviter une sorte de parasitisme par un autre fabricant d'instruments, le droit des marques apparaît parfaitement adapté et efficace : par exemple les omniprésentes boîtes à rythme TR-909 et TR-808 de la société Roland sont protégées indirectement par le dépôt de leur nom à titre de marque⁴⁸, tandis que leurs sons sont entendus à chaque jour sur les ondes des radios grand public.

Une telle protection ne serait donc pas même recherchée par les acteurs de la création musicale, qui se situent dans un environnement culturel de récréation permanente fait de *mix* et de *remix*. Le problème qui demeure est celui de l'échantillonnage⁴⁹, avec cette question persistante : à partir de quand est-il possible d'interdire la reprise d'un fragment sonore ? L'originalité donnera la mesure de ce qui est permis ou interdit et il nous semble que la sonorité pure devrait être rarement reconnue comme telle. Au-delà, l'application de l'exception de courte citation constitue une piste intéressante. De fait, la Cour de justice lui a donné une définition impliquant l'idée d'interaction avec l'œuvre citée⁵⁰. Il nous semble que cela permet de correspondre à l'esprit dans lequel se trouvent les créateurs musicaux utilisant des échantillons. Même si le secret des autorisations contractuelles ou des transactions précontentieuses ne permet pas d'avoir toutes les données pour

⁴⁵ J.-D. Combrexelle, Le droit moral d'un facteur d'orgue face aux prérogatives d'une personne publique, art. préc. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1992, n°90-17.534 : *D.* 1993. 522, note Edelman ; *RTD com.* 1992. 376, obs. Françon ; *RIDA* avr. 1992, p. 194 : « la vocation utilitaire du bâtiment commandé à un architecte interdit à celui-ci de prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre, à laquelle son propriétaire est en droit d'apporter des modifications lorsque se révèle la nécessité de l'adapter à des besoins nouveaux ».

⁴⁶ CAA Lyon, 4^e ch., 5 avr. 2012, préc.

⁴⁷ P. Tafforeau, Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l'orgue envisagée comme une œuvre de l'esprit, art. préc., p. 746 et les références citées.

⁴⁸ TR-808 : marque internationale n° 1477097, classes : 9, 15, 25 ; déposant : Roland Corporation. TR-909 : Marque internationale n° 1476980, classes : 9, 15, 25 ; déposant : Roland Corporation.

⁴⁹ Même si d'autres techniques peuvent être en cause, comme l'utilisation de réglages similaires sur une machine donnée, aujourd'hui avec des machines virtuelles sur des ordinateurs qui permettent de s'échanger (mais aussi de revendre) des *presets* encapsulés dans des fichiers.

⁵⁰ CJUE, *Pelham*, préc., point 71 ; concl. M. Szpunar, sous CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, préc., n°64 et s.

l'analyse, il nous paraît vraisemblable que, dans l'affaire *Metall auf Metall*, les membres de Kraftwerk ont voulu sanctionner ce qu'ils considéraient comme un agissement parasitaire de producteurs quelque peu paresseux, et non un « clin d'œil » ou un hommage. En tout état de cause, les Kraftwerk n'ont pas intenté de procès à tous ceux qui les ont *sample* et il y a fort à parier que, lorsque Afrika Bambaataa reprend la quinzaine de notes de *Trans-Europe Express* (1977) dans leur célèbre *Planet rock* (1982), les Kraftwerk ne sont pas venus réclamer quoi que ce soit à cette reprise⁵¹ d'une mélodie à l'évidence originale. Il y a sans aucun doute une règle éthique ou déontologique sous-jacente aux pratiques musicales qui correspond assez bien, à notre sens, à l'idée d'interaction qui pourrait justifier la courte citation.

B. La sonorité, élément de l'originalité de l'œuvre musicale

Il reste que, si la sonorité peut être vue comme originale, elle ne saurait l'être en elle-même : la jurisprudence administrative semble, sur ce point, excessive. Car l'œuvre phonique demeure un matériau sonore qui ne peut être monopolisé *per se* : la protection d'un timbre sonore paraît se situer trop en amont de la protection, tout comme le serait le style de l'auteur⁵². La caractérisation d'une forme originale semble, quoi qu'en dise le Conseil d'État, difficile à opérer si la sonorité est analysée seule. En revanche, sa combinaison avec un autre élément, mélodique ou rythmique, est susceptible de caractériser l'originalité. La prise en compte de cet élément apparaît fort utile pour rendre compte de l'évolution de la création musicale à l'époque contemporaine, justifier de la protection de morceaux de musiques actuelles et, éventuellement, s'opposer efficacement à l'exploitation d'un échantillon sonore, même très bref.

Ces considérations conduisent ainsi à ajouter ce quatrième élément qu'est la sonorité musicale à la trilogie de Desbois, le triplet⁵³ devenant donc quadruplet. Ainsi, ce qui permet de justifier la protection peut se trouver dans la mélodie, l'harmonie, le rythme, mais aussi dans la sonorité⁵⁴. Il semblerait que la mélodie soit seule susceptible d'accéder à la protection, comme constituant une forme originale. Les trois autres éléments ne pourraient correspondre à l'exigence d'originalité qu'en combinaison avec un autre. Une telle prise en compte d'un quatrième élément permet ainsi de consacrer le fait que l'aspect phonique peut être un élément caractérisant l'originalité des œuvres

⁵¹ Qui n'est sans doute pas un *sample*.

⁵² V. sur cette problématique, renouvelée avec les possibilités de « transfert de style » par l'intelligence artificielle : J.-M. Deltorn, « In the style of... » - deep learning, style transfer and the limits of copyright protection. A European perspective, *Annali Italiani del Diritto d'autore (AIDA)* 2018, XXVII, p. 337.

⁵³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, n°106 et s.

⁵⁴ V. par ex. en ce sens : D. Wolfensohn, Ce qui est à moi est à moi : une étude de la protection accordée par le droit d'auteur à la « sonorité » d'un musicien, *Cah. propr. int.* 2004, 16, spéc. p. 846 : « une sonorité est tout simplement comprise dans l'idée d' "œuvre musicale" »

musicales. Le respect de tels principes n'est pas excessif en ce qu'il ne remet pas en cause la liberté de création, qui n'a donc pas besoin d'être invoquée spécifiquement puisque le droit d'auteur est capable, en cette matière comme en d'autres, de faire preuve d'une remarquable cohérence interne⁵⁵.

⁵⁵ La Cour de justice, dans l'affaire de 2019, a d'ailleurs considéré que la liberté de création ne pouvait en elle-même constituer une limite au droit d'auteur mais participer d'une proportionnalité interne à celui-ci. En d'autres termes, « la proportionnalité est élaboratrice de la norme de droit d'auteur, selon une logique interne et non plus externe » (É. Treppoz, De l'apparente rigidité du droit d'auteur européen en matière d'exceptions, *RTD Eur.* 2019, p. 927).