



Transposition

Musique et Sciences Sociales

6 | 2016

Lignes d'écoute, écoute en ligne

Machines à copier

Le plagiat musical inconscient et la médiatisation de l'écoute et de la mémoire

John Shiga

Traducteur : Claire Martinet



Éditeur

CRAL - Centre de recherche sur les arts et le langage

Édition électronique

URL : <http://transposition.revues.org/1577>

DOI : [10.4000/transposition.1577](https://doi.org/10.4000/transposition.1577)

ISSN : 2110-6134

Référence électronique

John Shiga, « Machines à copier », *Transposition* [En ligne], 6 | 2016, mis en ligne le 20 mars 2017, consulté le 01 avril 2017. URL : <http://transposition.revues.org/1577> ; DOI : [10.4000/transposition.1577](https://doi.org/10.4000/transposition.1577)

Ce document a été généré automatiquement le 1 avril 2017.

© association Transposition. Musique et Sciences Sociales

Machines à copier

Le plagiat musical inconscient et la médiatisation de l'écoute et de la mémoire

John Shiga

Traduction : Claire Martinet

- 1 La notion de cryptomnésie (ou plagiat inconscient) apparaît dans le discours du *copyright* musical au début du XX^e siècle, révélant la tension majeure qui règne au sein de ce corpus de lois. Le *copyright* agit en tant qu'autorité habilitée à cautionner les revendications de la paternité d'une œuvre et de son originalité. Il favorise ainsi l'innovation culturelle en offrant des incitations financières qui encouragent les auteurs à façonner des créations « originales ». Cependant, en matière de propriété et de contrôle des œuvres, il avantage les institutions plutôt que les auteurs : en appliquant une notion minimale d'« originalité » et une longue durée de protection, il encourage la production et l'exploitation d'œuvres de plus en plus similaires. Cette tension atteint son point de rupture lorsque deux individus se disputent la paternité d'une création que juristes et musicologues considèrent être la « même » œuvre. Les litiges que provoquent ces similitudes dévoilent la dispersion des processus perceptifs, signifiants, mnésiques et créatifs au sein d'un réseau hétérogène en expansion incluant compositeurs, musiciens, producteurs, mais aussi institutions et machines, si bien qu'il est difficile aujourd'hui de recentrer la figure de l'auteur dans les discours et les pratiques juridiques.
- 2 Les préoccupations du XX^e siècle en matière de plagiat involontaire présageaient les angoisses contemporaines qu'éveille l'enchevêtrement des subjectivités du créateur ou du consommateur et des techniques numériques tel qu'on a pu l'observer lors des récentes campagnes d'actions en justice menées contre le remix en forme de *mashup*, le partage de fichiers en pair-à-pair et autres pratiques populaires de reproduction musicale en ligne. Dans chacun de ces exemples, le *copyright* est le lieu par excellence où se réaffirment juridiquement les frontières entre les opérations effectuées par les machines et les capacités « proprement humaines » d'écoute, d'expérimentation, de remémoration et de création d'œuvres musicales. Il apparaît donc utile de revisiter les débats juridiques autour de la notion de cryptomnésie, afin d'interroger ce que Lauren Rabinovich et

Abraham Geil appellent « les politiques de l'histoire des relations entre les machines et la subjectivité humaine qui ont mené à la situation actuelle¹ ». Les références au plagiat inconscient ou à la cryptomnésie sont rares dans la jurisprudence relative à la contrefaçon musicale. Toutefois, les procédures et les décisions judiciaires offrent l'occasion d'explorer les présupposés juridiques quant à la juste relation entre médias, mémoire et composition musicale. Le *copyright* permet en effet de discipliner et de normaliser certains modes d'écoute et de remémoration des enregistrements sonores, ce qui contribue à lisser les tensions au sein du champ de la (re)production capitaliste de la musique.

La mémoire musicale et la construction de l'auteur

- 3 La construction juridique de la notion d'auteur-en-tant-que-proprétaire a été amplement étudiée par toute une gamme de disciplines, qui ont abordé le sujet selon leurs perspectives propres². Les chercheurs ont examiné de manière critique la rationalité, la créativité, l'individualité, l'autonomie de l'auteur et son droit à la propriété, mais on a consacré peu d'attention à la construction de sa mémoire³. Pourtant, les revendications de la paternité d'une œuvre — et donc de son originalité — dépendent des capacités de l'auteur à se remémorer d'anciennes expériences musicales et à reconnaître que ces expériences constituent des souvenirs, plutôt que des créations qui lui sont propres. Même s'il n'y a aucun discours explicite sur la mémoire en général dans les doctrines et les statuts du *copyright*, on interrogera ici les présupposés concernant la mémoire musicale qui fondent implicitement le discours tenu par la loi lorsqu'elle est confrontée à des cas de plagiat inconscient. La jurisprudence montre comment la loi sur le *copyright* et, plus largement, l'économie des droits musicaux façonnent et sont façonnées en retour par ce que Susannah Radstone et Katharine Hodgkin appellent un *régime de la mémoire* : à savoir un ensemble de discours, d'institutions et de pratiques qui valorisent et font appliquer des modèles ou des *représentations* de la mémoire au sein d'un espace ou d'un champ culturel donné⁴.
- 4 Nombre de chercheurs travaillant sur la mémoire soutiennent que, dans les sociétés occidentales modernes, sa construction est inextricablement liée au développement d'un *sujet circonscrit* censé contenir ou posséder des souvenirs⁵. La loi sur le *copyright* agit comme un régime de la mémoire en produisant des énoncés sur celle-ci qui prétendent avoir une valeur de vérité et qui, dès lors, consolident la version du sujet circonscrit à l'œuvre au sein des industries créatives : à savoir l'auteur-en-tant-que-proprétaire. Les tribunaux canadiens et américains ont invoqué le concept de cryptomnésie pour expliquer certains cas de plagiat, mais ils ne reconnaissent pas la copie inconsciente comme une défense complète ou partielle contre les accusations d'atteinte au *copyright*. Cet usage précautionneux du concept de cryptomnésie suggère que l'idée d'une mémoire musicale ne serait-ce que partiellement inconsciente est susceptible de perturber les idéaux du *copyright* (paternité, originalité et créativité) ainsi que les logiques qui permettent à celui-ci d'attribuer des titres de propriété et de régler les litiges entre auteurs.
- 5 Il serait difficile de penser les auteurs comme propriétaires d'un discours sans considérer que la mémoire est une sorte de technologie cognitive opérant à la manière d'un « réceptacle », qui permet au sujet d'emmagasiner et de s'approprier des objets appréhendés par l'expérience avant de les exprimer dans une « œuvre d'auteur ». Ainsi

conçue, la mémoire est le récipient d'expériences musicales venues prendre place aux côtés d'autres expériences de la sphère sociale. Toutefois, comme je le montrerai dans mon analyse de la jurisprudence en matière de plagiat musical, le *copyright* présume également que la mémoire organise ces expériences et permet au sujet de contrôler leurs sources tout au long du processus créatif. En ce sens, la normalisation des dispositions individuelles et organisationnelles relatives au discours musical en tant que propriété dépend, dans le *copyright*, de la responsabilisation des auteurs qui se voient chargés de surveiller et de contrôler les écarts entre leurs pratiques d'écoute, de mémoire et de création. La loi sur le *copyright* estime qu'une mémoire musicale « normale » maintient des frontières distinctes entre le soi et les autres, l'expérience et l'expression, la remémoration et la composition. Ces frontières évitent qu'un artiste ne confonde ses expériences musicales avec des inventions qui lui seraient propres.

- 6 Toutefois, les représentations de la mémoire formulées dans les tribunaux ne se conforment pas toujours à l'idéal juridique d'une subjectivité circonscrite. Radstone et Hodgkin estiment que les tensions et les contradictions émergeant de ces représentations sont révélatrices des « difficultés inhérentes aux tentatives de conceptualisation de la relation qu'entretient le soi circonscrit avec la sphère sociale⁶ ». Ces tensions sont particulièrement vives dans les cas de cryptomnésie où le tribunal juge que l'œuvre du plaignant est la *causa sine qua non* de l'œuvre incriminée, mais accepte pourtant que le prévenu se défende d'en avoir le souvenir. On considèrera alors que la mémoire du compositeur est désorganisée, poreuse, floue et peu fiable, par contraste avec la mémoire-réceptacle que l'on associe à la création « normale » d'une œuvre. Comme le remarquent Radstone et Hodgkin, l'idée d'une mémoire en forme de réceptacle est si essentielle à la notion de subjectivité circonscrite que les conceptions de la mémoire suggérant un lien étroit ou une relation souple entre remémoration et composition peuvent brouiller cette forme de subjectivité : « La mémoire est associée à une subjectivité cohérente, circonscrite et souveraine. Pourtant, la mémoire se présente parfois comme ce qui *subvertit* cette même conceptualisation du sujet⁷. »
- 7 Pour expliquer le plagiat non-intentionnel ou oublié, les tribunaux postulent souvent que la mémoire du plagiaire a accumulé sans discrimination des traces qu'elle a ensuite représentées à sa conscience de manière autonome. La mémoire contient des archives *permanentes* de toutes nos expériences et fonctionne *indépendamment* de la conscience du sujet. Cette conception de la mémoire du plagiaire aide à résoudre les litiges entre auteurs, car elle attribue à la mémoire du compositeur la production d'œuvres étonnamment similaires à d'autres créations. Ses frontières poreuses laisseraient les souvenirs d'œuvres étrangères infiltrer le processus créatif. Or ce recours aux notions de remémoration inconsciente et de plagiat involontaire attire l'attention sur un ensemble de tensions et de glissements conceptuels. Premièrement, cette conception de la mémoire comme réceptacle d'expériences se déplace vers l'idée troublante que l'on serait « possédé » par une remémoration inconsciente hyperactive qui interviendrait dans la composition musicale (et vraisemblablement dans d'autres processus de pensée). Deuxièmement, l'exigence d'originalité — qui figure parmi les éléments de preuve nécessaires au succès d'une poursuite en justice pour violation du *copyright* — produit parfois chez les auteurs l'angoisse que toutes les œuvres ressemblant aux leurs sont *notablement* similaires et qu'elles ne peuvent être, par conséquent, que des copies illégales.

- 8 Cette représentation de la mémoire agissant de manière imprévisible et indépendamment de la conscience est souvent associée à la psychanalyse freudienne, qui postule que le sujet « ne s'érige que de manière précaire sur son propre substrat "primitif" et / ou infantile — un substrat susceptible de se rebeller et de "prendre possession" de son propriétaire⁸ ». Lorsque le système juridique se réfère à la cryptomnésie, il invoque toutefois une conception de la mémoire qui émane d'un autre courant psychanalytique issu des travaux de Carl Jung⁹. Le concept a été importé en 1924 dans la jurisprudence relative au plagiat musical par l'intermédiaire du jugement venu clore le procès *Fred Fisher v. Dillingham*, une poursuite pour violation du *copyright* déposée auprès d'un tribunal américain¹⁰. Dans sa décision, le juge Hand a soutenu qu'il n'y avait aucune raison que Jerome Kern, un compositeur réputé de Broadway, se risque à copier le travail d'un autre. Pour expliquer ce plagiat involontaire, le juge a conclu que la mémoire de Kern avait accumulé des souvenirs sans qu'il y ait oubli et indépendamment de sa pensée consciente. Comme il l'explique :

Qu'il ait ou non inconsciemment copié le motif, il ne peut l'établir et n'essaie pas de le faire. Toute chose s'inscrit quelque part dans notre mémoire et personne ne sait ce qui évoquera son souvenir. En définitive, il est probable qu'en composant l'accompagnement du refrain de *Kalua*, M. Kern ait inconsciemment reproduit une mélodie qu'il a certainement entendue à de nombreuses reprises peu de temps auparavant. Je ne vois pas comment expliquer autrement cette similarité, qui confine à la similitude. M. Kern assure ne pas avoir été conscient de son emprunt et je ne vois pas la nécessité de rejeter son témoignage pour statuer sur ce cas.

- 9 Le tribunal ayant découvert que Kern avait été exposé à l'œuvre du plaignant, les éléments « identiques » de leurs compositions ne pouvaient être le fruit d'une coïncidence ni de ce que les juristes appellent désormais une « création indépendante ». Le juge Hand a donc produit une version du sujet en tant qu'accumulateur qui possède — mais est également possédé par — une mémoire enregistrant tout, y compris ces expériences dont le sujet ne parvient pas à se souvenir.
- 10 Dans les analyses et les décisions juridiques contemporaines, les références sont devenues de plus en plus communes à cette représentation de la mémoire en tant que système d'enregistrement continu envoyant à la conscience des souvenirs d'expériences musicales en guise d'expressions originales. J'exposerai les problèmes que pose cette conception au regard de l'instance du sujet créateur dans mon analyse de la jurisprudence en matière de plagiat musical involontaire. Cependant, j'aimerais d'abord m'intéresser à des questions cruciales concernant la relation entre les conceptions de la mémoire et la régulation juridique de la contrefaçon, telle qu'elle se dégage aussi des cas apparemment intentionnels ou conscients de plagiat musical ; à savoir : comment les pratiques institutionnelles de la loi sur le *copyright* et l'expertise musicologique affectent-elles la manière dont la mémoire « privée » est traduite dans des formes « publiques » de témoignage, de remémoration et d'interprétation ? et si la mémoire constitue bien une perturbation potentielle de la loi sur le *copyright*, comment les juristes et les tribunaux la « domestiquent »-ils ou la rendent-ils moins menaçante à l'égard de ce cadre régulateur et de son acteur central, l'auteur-en-tant-que-propiétaire ?
- 11 Cet article s'intéresse au discours de la cryptomnésie dans le contexte spécifique du droit canadien. Toutefois, l'analyse du *copyright* comme outil de régulation de la mémoire musicale éclaire un usage que l'on retrouve dans d'autres pays. Ces corpus de lois diffèrent selon les nations, mais le Canada (signataire de la Convention de Berne et d'autres traités internationaux sur le droit d'auteur) a fondé sa législation en la matière

sur des principes largement reconnus : une durée minimale de protection (qui s'étend jusqu'à cinquante ans après le décès de l'auteur), le droit d'autoriser une traduction de l'œuvre inscrit parmi les prérogatives de l'auteur et l'attribution d'un *copyright* pourvu que l'expression artistique soit « fixée » sur un support communicable (la protection de l'œuvre n'est subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité)¹¹. Bien que le Canada ait adhéré à la Convention de Berne dès 1886, les législateurs canadiens et leurs collègues américains ont douté de ce modèle international de la protection des œuvres tout au long du XIX^e siècle et jusque loin dans le XX^e. Ce modèle semblait bénéficier aux pays européens exportateurs d'œuvres protégées qui possédaient des industries de l'imprimerie et de l'édition bien développées. Or la réimpression d'œuvres étrangères constituait historiquement la source primaire de revenus des imprimeurs et des éditeurs canadiens¹². Dans les années 1980, les États-Unis ont opéré un tournant décisif vers le renforcement et l'expansion de la protection du *copyright* en intégrant ce dernier et d'autres formes de propriété intellectuelle à leurs accords de commerce internationaux. Le Canada leur a amplement emboîté le pas et cette démarche a culminé par son adhésion à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS) en 1994, puis au Copyright Treaty de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en 1996, qui assure aux ayant-droits un meilleur contrôle sur la reproduction et l'utilisation de leurs propriétés intellectuelles. Bien des décisions importantes ont été prises au sujet de la cryptomnésie lors de cette période de transition, au moment où la protection accordée par le *copyright* canadien et américain s'est étendue aux nouveaux médias (imprimés, électroniques, numériques) ainsi que dans le temps (les traités internationaux lui octroient alors des extensions successives). Comme le remarque Sara Bannerman, le régime du droit d'auteur international forgé par les traités internationaux de la fin du XX^e siècle a nourri une inquiétude croissante. On craint qu'il étouffe la liberté d'expression, intensifie la marchandisation du travail créatif et de ses œuvres, restreigne le domaine public et entrave la « participation démocratique à l'expression culturelle¹³ ». Le discours du système juridique canadien sur la cryptomnésie en cette période cruciale que furent les années 1980 constitue un terrain particulièrement riche pour explorer la difficulté à laquelle se trouvent confrontés les tribunaux lorsqu'il s'agit de réconcilier les processus d'écoute médiatisés et inconscients ainsi que la remémoration et la copie avec les notions de subjectivité créative modelées sur la figure de l'auteur-en-tant-que-proprétaire. Alors même qu'il s'efforce de reconnaître que l'écoute inconsciente, la remémoration et la copie font partie des pratiques ordinaires des compositeurs, le système juridique considère ces processus comme des aberrations en regard d'une créativité musicale « normale ». Cette tension reflète autant qu'elle favorise le réaligement du droit d'auteur sur les nouvelles conditions économiques et technologiques de la (re)production musicale mises en place à la fin du XX^e siècle.

La mémoire musicale et les preuves matérielles de plagiat

- 12 Bien que la loi canadienne sur le *copyright* soit originellement une extension de la loi impériale britannique, elle a commencé à s'aligner sur celle des États-Unis à partir de la seconde moitié du XX^e siècle. Parmi leurs points de concordance, on peut citer la distinction entre le droit moral et les droits patrimoniaux, ainsi que l'idée — bien plus

importante pour le présent article — selon laquelle la constatation d'une atteinte au *copyright* passe par l'analyse de trois facteurs déterminants : l'appartenance de l'œuvre au plaignant et l'accès du défendeur à cette dernière (il s'agit de montrer que le plaignant est propriétaire de l'œuvre dès lors qu'il l'a fixée sur un support et que le défendeur a eu accès à cette source matérielle) ; l'originalité (la source matérielle est une « œuvre originale », ce qui signifie habituellement que sa mélodie et souvent sa structure rythmique ainsi que d'autres caractéristiques n'ont pas été copiées sur d'autres œuvres) ; une similarité substantielle entre l'œuvre du plaignant et l'œuvre incriminée. Le juge Denault a résumé ces éléments de preuves nécessaires aux actions intentées pour violation de droits d'auteur dans la décision qu'il a rendue au terme du procès *Grignon contre Roussel*¹⁴ :

Pour que son action en justice aboutisse, le plaignant doit démontrer : (1) qu'il a un *copyright* sur l'œuvre musicale, (2) qu'il s'agit d'une œuvre originale et (3) que le défendeur l'a indûment copiée, c'est-à-dire qu'il a eu accès à l'œuvre du plaignant avant de composer la sienne et qu'une part substantielle des deux œuvres sont très similaires.

- 13 René Grignon a poursuivi Jean-Alain Roussel en justice pour violation de son *copyright* sur le morceau *Chanson numéro 7* et il a obtenu gain de cause ; le défendeur avait bien plagié son œuvre. Dans un premier temps, Grignon avait assuré avoir composé ce titre en août 1987 et l'avoir distribué plus tard, comme l'indique le juge Denault, « à certains librettistes et membres de la scène artistique de Montréal, espérant qu'on ferait une chanson à partir de cette partition » (§ 2). Une chanson en est issue, en effet, avec des paroles de Luc Plamondon, mais la composition a été attribuée à un autre. *Tous les juke-box*, interprétée par Martine St-Clair, est sortie en mars 1988 et la pochette de l'album indiquait que Jean-Alain Roussel était le compositeur. Grignon a gagné son procès contre Roussel, mais à chacune des trois étapes susmentionnées — prouver la propriété, l'originalité et l'appropriation frauduleuse de l'œuvre —, la distance s'est creusée entre ses souvenirs privés et les discours ou les technologies de représentation par lesquels le souvenir privé est communiqué publiquement.
- 14 Afin d'établir qu'une œuvre leur appartient, les auteurs doivent prouver que cette expression artistique a été communiquée sous une « forme fixe ». Ces traces matérielles permettent de démontrer que le défendeur a eu ou a pu avoir accès à l'œuvre. Pour ce faire, Grignon a ouvert devant le tribunal une enveloppe cachetée qu'il s'était envoyé par voie postale en février 1987. L'enveloppe contenait une cassette sur laquelle le morceau avait été enregistré. Elle était accompagnée d'une lettre signée par Grignon qui attestait de la composition d'une chanson intitulée *Luc* en novembre 1986. Le juge Denault a remarqué que Grignon « était visiblement surpris du nom qu'il avait donné à son œuvre et de sa date de composition » (§ 12). Cet écart entre le souvenir du plaignant et la preuve matérielle a rapidement été comblé par les explications de Grignon, qui a assuré qu'il avait écrit la chanson pour Céline Dion mais que, son producteur ne lui répondant pas, il l'a ré-intitulée *Luc* avec un autre interprète en tête : Luc Plamondon. Ce dernier a confirmé avoir reçu une copie de la cassette de la part de Grignon. Puisque le plaignant avait mentionné ces copies et les noms des personnes auxquelles il les avait envoyées dans son premier témoignage, le tribunal n'a pas douté de la véracité de son explication.
- 15 Pour tenter de discréditer l'originalité de l'œuvre *Chanson numéro 7/Luc*, l'avocat de Roussel a appelé des experts à témoigner. Ils ont comparé la chanson à quatorze autres morceaux, afin de prouver que la composition de Grignon n'était « pas nouvelle ». Le juge

Denault a toutefois fustigé l'avocat de la défense pour avoir négligé de demander si Grignon avait ou non eu accès à ces compositions apparemment similaires ou bien s'il se rappelait avoir entendu l'une d'elles : « Il est important de noter que, le cas de *Born to Run* mis à part, aucun effort n'a été fait pour que René Grignon identifie l'une de ces mélodies ou qu'on détermine s'il les connaissait ou les avait déjà entendues » (§ 19). Le tribunal a finalement débouté ces analyses mais il est typique qu'en de pareils cas, l'examen critique d'une œuvre révèle une relation bien plus complexe entre remémoration et composition que ce que l'idéal de création indépendante promu par le *copyright* ne laisse suggérer.

- 16 En évaluant le degré de similarité entre les chansons de Grignon et de Roussel, les témoins experts ont fourni la sorte d'analyse que semblait attendre le juge Denault. Ce dernier a été particulièrement impressionné par les conclusions du musicologue Jacques Faubert, dont l'« analyse minutieuse » se concluait par une « évaluation générale du degré de similarité entre les deux refrains à 24,5 sur 29 — c'est-à-dire à 84,5% » (§ 36-37). En suivant Harold Fox, qui énonçait en 1967, dans son ouvrage *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, une règle selon laquelle les similarités se constatent « à l'oreille autant qu'à l'œil », le juge Denault a néanmoins affirmé : « C'est au juge de décider en dernier recours si, selon sa propre évaluation, son expérience et son jugement — qui sont d'autant plus fins s'il a l'oreille musicale ou un savoir musicologique —, les œuvres qui font l'objet d'un litige donnent l'impression d'être similaires » (§ 37). Bien qu'il ait convenu que le « test de l'oreille » est « subjectif », le juge Denault n'a pas douté qu'il parviendrait à discerner des similarités « objectives » par l'écoute répétée des enregistrements lors du procès. Ses remarques sur le « test de l'oreille » sont surprenantes, car elles suggèrent que la loi du *copyright* canadien peut occasionnellement privilégier l'écoute à la reconstruction de l'enchaînement « objectif » des événements qui ont conduit à l'existence de « similarités frappantes » :

L'écriture impose des limites naturelles à la reproduction de ce qu'on perçoit à l'audition d'une œuvre musicale ; on ne peut reproduire fidèlement par des mots l'impression que crée à l'oreille l'écoute en alternance des premières mesures du refrain de ces deux œuvres : elle est saisissante. En l'occurrence, je n'ai pas d'hésitation à conclure que sur les plans mélodique, harmonique et rythmique, les huit premières mesures de la *Chanson numéro 7* et de *Tous les juke-box* ont une ressemblance frappante au point que l'une ne peut être que la copie de l'autre, des différences mineures résultant d'arrangements ou d'accords de substitution. J'estime aussi que cette ressemblance porte sur une partie importante de l'œuvre, non en termes quantitatifs mais plutôt qualitatifs, en ce qu'il porte sur les premières mesures du refrain, lesquelles constituent l'élément « accrocheur » que l'oreille retient pour permettre l'identification d'une pièce. (§ 39)

- 17 Bien que Roussel ait affirmé avoir écrit *Tous les juke-box* seul, le juge Denault a estimé que les similarités entre les deux œuvres sont si frappantes qu'elles ne peuvent résulter que d'une coïncidence très insolite ou d'un plagiat. Grignon ayant prouvé que Roussel avait eu l'occasion d'entendre *Chanson numéro 7 / Luc*, les témoignages « vagues » du défendeur et de ses témoins ont été supplantés par les preuves matérielles de ces similarités frappantes, que le tribunal a donc interprétées comme une relation de cause à effet relevant du plagiat.
- 18 De l'affaire *Dillingham* au cas *Grignon*, les tribunaux évaluent les cas d'usurpation ou de plagiat à la lumière d'ensembles de critères changeants. Dans l'affaire *Dillingham*, le compositeur avait tout intérêt à protéger sa réputation, ce qui jetait le doute sur l'accusation de plagiat délibéré. Dans le cas *Grignon*, la mémoire de l'auditeur ainsi que les fonctions commerciale et mnémonique de l'« élément accrocheur » ont joué un rôle

déterminant dans la constatation de plagiat. Chaque tribunal utilise différentes caractéristiques du compositeur, de l'auditeur ou de l'œuvre afin de rétablir le sujet circonscrit au sein du réseau des relations multiples et souples que le soi entretient avec la sphère sociale de la production musicale.

- 19 Même dans des cas de copie apparemment évidente (ou « flagrante ») comme celui de Grignon, le concept de plagiat est fondé sur un certain nombre de présomptions normatives à l'endroit de la communication. Comme le soutient Ron Scollon :

L'idée de la communication plus ou moins partagée aujourd'hui est fondée sur l'hypothèse selon laquelle, à n'importe quel moment, « on exprimera ses propres pensées sur un sujet ou bien des sentiments qui sont les nôtres ». Les définitions ordinaires du plagiat sont également étayées par l'idée qu'une personne, le propriétaire légitime, a exprimé ses pensées ou sentiments et qu'une autre se les est abusivement appropriées pour un usage différent. Ces deux idées s'appuient sur un concept du savoir et de la communication qui considère que les idées, tout comme leur expression, peuvent être façonnées de manière originale par les individus¹⁵.

- 20 Scollon suggère que la notion apparemment simple de plagiat résume en réalité tout un ensemble de « concepts encombrants », qui incluent « la nature de la personne qui entreprend de communiquer [et] les conceptions du discours qui le définissent comme une propriété individuelle ou personnelle¹⁶ ».
- 21 Scollon souligne avec pertinence que les accusations de plagiat reproduisent souvent un point de vue spécifique sur le sujet de la communication, qui serait propriétaire de son discours. Toutefois, cette notion d'une subjectivité possédante s'appuie également sur l'idée que la mémoire humaine est faillible. Les souvenirs remémorés lors d'un procès peuvent sembler peu fiables, faussés ou sélectifs lorsqu'on les confronte aux reconstructions « objectives » des actions individuelles qu'un tribunal s'efforce d'établir et à la circulation des enregistrements d'une œuvre dans la sphère sociale. Dans les cas de plagiat, on estime souvent que l'incarnation humaine de la mémoire est vulnérable à l'ambition du plagiaire et à son sentiment de légitimité inopportun. Nous verrons que le désir d'être auteur-propriétaire de son œuvre, en accord avec les éléments de preuves requis par la loi sur le *copyright*, peut encourager les compositeurs à percevoir certaines similarités entre des composantes du discours musical comme des ressemblances « frappantes » (c'est-à-dire des copies illégales).

Entre plagiat et paternité

- 22 Au printemps 1973, la télévision canadienne diffuse une publicité pour les thés Salada sur un air accrocheur interprété au piano et intitulé *The Homecoming*¹⁷. En réponse aux nombreux courriers du public reçus par l'agence de publicité de la marque, Hagood Hardy, le compositeur du morceau, transforme les seize mesures de ce *jingle* en un 45 tours. Le disque entre dans le Top 10 canadien en 1975 et se vend à plus d'un million d'exemplaires. En juin 1981, Ivan Gondos, un professeur de piano, compositeur et interprète, attaque Hardy en justice. Il l'accuse d'avoir plagié certaines parties de son morceau *Variations on a Theme in A Minor*¹⁸. Pendant trois jours, Gondos a présenté des preuves contre Hardy et un autre compositeur, Rudy Toth, qu'il accusait également d'avoir copié ses *Variations* pour un titre intitulé *Moment of Love*. Gondos et ses défenseurs semblaient convaincus que Hardy et Toth avaient plagié sa composition, mais les défenseurs ont soutenu ne l'avoir jamais entendue auparavant. Déterminé à être reconnu comme l'auteur et le propriétaire légitime des œuvres musicales en question, Gondos a

fait usage du concept de cryptomnésie par l'intermédiaire de son avocat afin d'expliquer les similarités frappantes que présentaient les morceaux.

- 23 Les origines du concept de cryptomnésie remontent à une théorie de Carl Jung, qui identifiait la création à un processus de remémoration et de recombinaison inconscientes¹⁹. Jung considérait que la copie involontaire faisait naturellement partie du processus créatif. Or, depuis les années 1920, les tribunaux recourent à ce concept pour constater des anomalies dans la création d'œuvres culturelles. Les juristes l'utilisent pour expliquer comment les compositeurs peuvent plagier une œuvre tout en croyant composer un morceau original. Le discours juridique et psychologique qui ne cesse de s'étoffer autour de ce concept explicite les postulats institutionnels au sujet du rôle que la mémoire musicale est censée jouer dans le processus créatif. Bien que le système juridique présente la cryptomnésie comme l'exception qui prouve la règle (à savoir qu'il n'est pas dans les habitudes des compositeurs de copier involontairement de mémoire), ce concept complexifie certains des dualismes qui fondent la loi sur le *copyright* : le soi et les autres, l'expérience et l'expression, la création et la copie, la composition et la remémoration.
- 24 L'exigence d'originalité imposée par la loi sur le *copyright* produit le désir excessif d'être reconnu comme l'origine d'une œuvre. Dans certains cas, le système juridique gère cet excès en démontrant que la mémoire de l'artiste a été contaminée ou altérée par son ambition. Il corrige alors les souvenirs faussés en les ajustant à la réalité « objective » que révèlent les enregistrements et d'autres preuves matérielles. Pris dans une position intenable, entre la paternité de l'œuvre et son plagiat, le compositeur peut être tenté de conformer des preuves matérielles à ses souvenirs. L'affaire *Gondos* offre peut-être le meilleur exemple de ce processus qui est à l'œuvre au sein de la jurisprudence canadienne.
- 25 Les poursuites engagées par Gondos contre Hardy et Toth se sont retournées contre lui lorsqu'on a commencé à le soupçonner d'avoir falsifié les preuves. La décision du juge ne l'affirme pas explicitement, mais il semblerait que Gondos ait modifié son morceau *Variations* afin que les similarités superficielles qu'il partageait avec les œuvres incriminées se transforment en des similarités *frappantes*. Gondos a basculé dans ce que Beverly Haviland appelle une « relation entre le sujet et l'abject — ce double "inhabitable" d'une subjectivité normalement développée²⁰ ». Les compositeurs qui, ayant assimilé les principes de la loi sur le *copyright*, entendent des similitudes entre leur œuvre et celles d'autres artistes sont susceptibles de contracter la manie de prouver une violation de leur droit, puisque la position alternative du sujet — l'espace entre l'auteur et le plagiaire — est « inhabitable ». La loi sur le *copyright* ne prévoit aucune place pour les œuvres partiellement plagiées ni pour les plagiaires partiels. On est l'auteur légitime d'une œuvre ou rien.
- 26 Bien des compositeurs ne parviennent pas à vivre de leur travail. Gondos devait compléter les revenus que lui procuraient ses obscures compositions en se produisant comme pianiste dans un bar à cocktail et en enseignant le piano. Les auteurs d'œuvres auxquelles on ne reconnaît pas de valeur particulière vivent dans une société où la musique populaire suit généralement des formules de composition strictes et des modes de production rationalisés. Dans ces circonstances, les compositeurs qui n'ont jamais été considérés comme des auteurs légitimes peuvent tomber dans une méfiance extrême à l'égard des autres musiciens lorsqu'ils reconnaissent des similarités entre leurs œuvres et les leurs. Gondos semble être passé de la paranoïa au plagiat, deux phénomènes que Haviland caractérise par « une déstabilisation dans la reconnaissance et le respect des

frontières qui séparent le soi des autres²¹ ». Gondos et ses témoins étaient convaincus qu'on le copiait, que sa création était originale et que les œuvres qui lui ressemblaient ne pouvaient qu'en dériver. Cette affaire tragique illustre bien comment l'exigence d'originalité en tant qu'élément de preuve peut « contrecarrer l'auteur lorsqu'il tente de négocier sa relation complexe avec ses propres origines ». La valorisation de l'originalité promue par la loi sur le *copyright* semble avoir déclenché chez Gondos la manie de présenter les œuvres similaires aux siennes comme des versions plagiées, avec une série de tentatives pour rendre la mémoire représentative conforme à son souvenir incarné, selon lequel il est bien lui-même le compositeur.

27 À mesure que le tribunal tentait d'établir les faits dans cette affaire, la mémoire de Gondos apparaissait de plus en plus incompatible avec le déroulement des événements tel que le reconstituaient les témoins experts et les technologies de reproduction. Ainsi, Gondos n'est pas parvenu à convaincre le tribunal qu'une photocopie de la partition de *Variations* représentait son œuvre. Lors du procès, il a soutenu avoir donné cette photocopie à l'un de ses étudiants « il y a de nombreuses années, vers 1965 ; je ne me souviens plus quand exactement ». Or les experts ont démontré que les « signes de reproduction » — qui incluaient les marques imprimées sur le papier ainsi que son format — étaient l'œuvre de machines Xerox mises en circulation entre 1974 et 1975, non en 1965 (Gondos, § 8 et § 13). Gondos a également affirmé avoir enregistré *Variations* en août 1974, avant d'avoir pu entendre *The Homecoming* dans la publicité Salada qui montrait une église. Or cette version de la publicité avait cessé d'être diffusée en juillet de la même année. Le souvenir de ses propres actions ne correspondait donc pas à la circulation réelle des enregistrements et des autres médias qu'il avait soumis comme preuves, à savoir : la photocopie donnée à l'un de ses étudiants de piano ; l'enregistrement audio de *Variations*, qui ne contenait pas la variation que Hardy et Toth étaient censés avoir copiée ; les dates auxquelles certaines variantes de la publicité Salada ont été diffusées à la télévision ; le dépôt d'une série de ses œuvres auprès de Broadcast Music, Incorporated (BMI) en 1965, parmi lesquelles *Variations* ne figurait pas ; et enfin, l'expertise musicologique qui a conclu que les quatre folios de *Variations* contenaient « l'œuvre d'une autre personne » (Gondos, § 23).

28 Les avocats des deux défendeurs ont demandé le rejet de l'action sur la base de ces inconsistances, comme en fait état la décision du juge Carruthers (§ 28) : « Dans leur argumentaire final sur les raisons pour lesquelles toutes les prétentions et assertions du plaignant doivent être rejetées, les avocats de la défense ont requis qu'aucune crédibilité ne soit accordée aux preuves soumises par le plaignant car elles altèrent les questions portées à l'attention de ce tribunal. » Le juge Carruthers a approuvé cette requête, accusant Gondos d'être le « pire coupable » parmi tous les témoins « qui se sont retrouvés à soutenir la cause du plaignant, au point de perdre une grande part de l'objectivité dont ils auraient pu faire montre à propos des objets en litige » (§ 29). Le juge a estimé que le plaignant et ses témoins avaient été aveuglés par leur désir d'aider Gondos à prouver que son œuvre avait été plagiée. Toutefois, il est clair que *quelque chose* a poussé Gondos, comme ses témoins, à agir et il me semble que ce *quelque chose* ne peut se résumer à un avantage pécuniaire. Les similarités que présentaient les œuvres de Gondos, Hardy et Toth étaient sans doute « frappantes » pour le plaignant et ses témoins, qui avaient entendu le morceau de Gondos avant les autres. Il ne leur semblait pas concevable que cette ressemblance soit le fruit d'une coïncidence. Par la suite, l'avocat de Gondos a tenté de convaincre le tribunal qu'il existait une relation causale entre ces œuvres et que Hardy

et Toth avaient commis un plagiat *inconscient*. Après avoir entendu plusieurs experts sur la question et s'être référé à plusieurs cas où la possibilité d'un plagiat *inconscient* avait été évoquée, le juge Carruthers a maintenu que ces similarités étaient accidentelles et qu'elles n'émanaient pas de la même source.

- 29 Les assertions du système juridique sur la mémoire sont plus visibles ou plus faciles à déchiffrer dans les cas de cryptomnésie que dans les cas « flagrants » de plagiat. La cryptomnésie révèle combien il est difficile de maintenir une division nette entre l'esprit et la matière au moyen de la dichotomie de l'idée et de l'expression établie par le *copyright*. Bien plus, la figure de l'auteur victime de cryptomnésie fait apparaître la manière dont le *copyright* affronte, d'une part, l'idée selon laquelle la production artistique impliquerait fréquemment de « copier de mémoire » et, d'autre part, le fait que la mémoire, loin de consister en des impressions ou des idées ordonnées, convoquées et racontées de manière propre à chacun, fonctionne plutôt comme une machine qui accumule et transmet des expériences « enregistrées » de façon indiscriminée. La jurisprudence en matière de cryptomnésie représente donc un terrain particulièrement riche pour examiner comment le *copyright* domestique les relations potentiellement perturbatrices qu'entretiennent la mémoire, la technologie et la conscience.

Les représentations de la mémoire dans le discours de la cryptomnésie

- 30 Le rôle du *copyright* dans la gestion de l'innovation, du travail créatif et du potentiel perturbateur des technologies de reproduction a conduit de nombreux chercheurs à émettre l'hypothèse que ce corpus de lois serait un dispositif idéologique servant essentiellement les intérêts des grands gestionnaires de droits. Pourtant, les cas de plagiat inconscient ou de cryptomnésie suggèrent fortement que la loi sur le droit d'auteur peut également agir comme un régime de mémoire quasi thérapeutique, lorsqu'elle reconnaît qu'un souvenir perçu à tort comme une invention peut entraîner une détérioration de l'intégrité ou de la personnalité de l'auteur. Le tribunal cautionne ce phénomène en concédant que, dans les cas de plagiat commis par inadvertance, le défendeur comme le plaignant ont perdu ou perdront (quoique sous l'effet d'une perception faussée) une partie intégrante de leur identité lorsque sera rendue la décision du juge.
- 31 C'est le juge Owen qui s'est montré le plus favorable à la reconnaissance de cette double perte dans sa décision venue clore le procès *ABKCO Music contre Harrison*. Après avoir reconnu que la chanson de George Harrison *My Sweet Lord* (et son appogiature distinctive) était étonnamment « similaire » au morceau des Chiffons intitulé *He's So Fine*, il déclare²² :

Que s'est-il passé ? J'en conclus qu'en cherchant le matériau musical qui habillerait ses pensées, le compositeur a travaillé à des possibilités variées. En les essayant l'une après l'autre, une certaine combinaison de sons qui lui a plu et qu'il a crue capable de séduire un auditeur potentiel a surgi à la surface de son esprit. En d'autres termes, il a pensé que cette combinaison de sons fonctionnerait. Pourquoi cela ? Parce que son subconscient savait déjà qu'elle avait fonctionné dans une œuvre que sa conscience ne se rappelait pas. Il a donc enregistré cette combinaison plaisante de sons, puis il a procédé à son dépôt légal et la chanson a rencontré un immense succès. Harrison a-t-il délibérément utilisé la musique du morceau *He's So Fine* ? Je ne le pense pas. Toutefois, il est clair que *My Sweet Lord* est exactement la même chanson, mais avec des paroles différentes. Or Harrison a eu accès à cette

chanson. Au regard de la loi, il s'agit d'une violation du *copyright* et ce n'est pas parce que son auteur s'en est rendu coupable inconsciemment qu'elle perd de sa gravité.

- 32 Les avocats des musiciens qui doivent répondre à des accusations de plagiat se réfèrent fréquemment au jugement final du procès *Harrisongs* et, plus particulièrement, au passage où le juge Owen reconnaît que la cryptomnésie n'est pas seulement possible mais qu'elle représente l'explication la plus plausible de ce cas de similarité frappante. La décision du juge Owen a forcé ses confrères canadiens et américains à se former une opinion sur la notion de cryptomnésie. Elle a donné naissance à une littérature substantielle dans le domaine des analyses juridiques et psychologiques de la cryptomnésie et de ses conséquences sur le droit d'auteur.
- 33 Les juges montrent régulièrement qu'ils développent des manières de plus en plus nuancées d'évaluer le plagiat d'une œuvre et, lorsque celui-ci est avéré, de juger s'il s'agit ou non d'un acte répréhensible²³. Cet élargissement des éléments de preuve nécessaires dans certains procès inaugure la possibilité d'une défense fondée sur « la copie d'après un souvenir ». La juriste Carolyn Crowe inclut, par exemple, « la copie subconsciente (la copie d'après un souvenir) » à une liste de défenses envisageables. Elle estime que ces défenses devraient accompagner l'approche plus nuancée que développe la jurisprudence en matière d'évaluation de l'accès à une œuvre et de sa contrefaçon : « Le plagiat subconscient résulte de l'impression qu'une œuvre initiale aura laissée sur l'esprit d'un auteur postérieur. Cette impression est si forte que l'auteur crée sous son influence, oubliant bien involontairement où il a pu voir ou entendre cette première œuvre²⁴. » Barbara Green se réfère quant à elle à la théorie jungienne selon laquelle la cryptomnésie fait partie intégrante de la subjectivité créative : « Certaines preuves physiologiques expliquent comment il est possible qu'une personne puisse puiser dans les ressources d'un souvenir "oublié". Le cerveau n'oublie aucune impression, aussi légère soit elle. La physiologie du cerveau rend possible la reproduction d'un souvenir ancien, bien qu'il ait pu rester dormant durant nombre d'années²⁵. »
- 34 Les opinions divergent quant à la durée qui peut s'écouler entre l'« accès » à une œuvre et la « reproduction [inconsciente] d'un souvenir ancien », mais les juristes semblent reconnaître de plus en plus souvent le principe général avancé en 1924 par le juge Hand : « Toute chose s'inscrit quelque part dans notre mémoire et personne ne peut dire ce qui évoquera son souvenir. » En outre, la jurisprudence suggère que cette représentation de la mémoire en tant que réceptacle de tout ce dont on fait l'expérience rend incertaine l'indépendance du processus de composition. Personne ne peut dire *quand* un objet de la mémoire sera évoqué au cours du processus créatif.
- 35 Le juge Hand considérait que l'intervalle de temps qui sépare l'« accès » à une œuvre de sa « copie » est relativement court. Or la décision du juge Owen suggère un délai bien plus long entre l'exposition supposée de Harrison à la chanson des Chiffons et le plagiat inconscient qu'il a subséquemment commis. Dans le procès intenté par The Isley Brothers contre Michael Bolton pour violation de leur *copyright* sur la chanson *Love is a Wonderful Thing*, le tribunal a dévolu une attention considérable à l'exposition de l'adolescent à cette chanson dont il a été prouvé qu'il l'a inconsciemment copiée au cours de sa carrière professionnelle, une fois devenu adulte²⁶. Bolton a fait appel, arguant du fait que si lui-même et son co-auteur Andrew Goldmark avaient effectivement copié cette chanson de manière subconsciente, il s'agirait d'une « accusation-de-plagiat-subconscient-vingt-cinq-ans-après-les-faits²⁷ ». En cour d'appel, la juge Nelson a soutenu la prétention des Isley

Brothers. « Il est tout-à-fait plausible que deux adolescents originaires du Connecticut [Bolton et Goldmark] obnubilés par le rhythm & blues aient pu se souvenir d'une chanson des Isley Brothers qui a été jouée à la radio et à la télévision pendant plusieurs semaines et qu'ils l'aient inconsciemment copiée vingt ans plus tard », écrit-elle dans sa décision²⁸.

- 36 Les tribunaux canadiens ont été plus réticents à accepter cette conception de la mémoire inconsciente, qui déguiserait activement les souvenirs de « combinaisons plaisantes de sons » en inventions. Il arrive pourtant que ce concept soit évoqué, comme dans l'affaire *Gondos*, quand le plaignant ou le défendeur rappellent des cas semblables à celui de *Harrison* au bon souvenir du juge. Lorsqu'un défendeur répondant à une accusation d'atteinte au *copyright* admet avoir peut-être plagié une œuvre mais qu'il affirme l'avoir fait inconsciemment, le tribunal est confronté à la possibilité qu'un compositeur puisse prendre à tort ses souvenirs pour des créations qui lui sont propres. Toutefois, les tribunaux américains et canadiens ne vont pas jusqu'à admettre que les relations floues entre le soi et les autres, la mémoire et l'invention, la mémoire incarnée et la mémoire représentative puissent faire partie du processus « normal » de création musicale.
- 37 Aux États-Unis et au Canada, les juristes ont élaboré divers raisonnements pour pouvoir utiliser la cryptomnésie comme une défense partielle contre les accusations d'atteinte au *copyright*²⁹. Nombre de ces propositions se fondent sur l'idée que le modèle de processus créatif présupposé par la loi sur le *copyright* est obsolète ou idéaliste et ne reconnaît pas le rôle de la mémoire, de la technologie et de la normalisation, ni les différents contextes qui donnent du sens à la musique. Pour cette raison, il n'est pas surprenant que des similarités étranges, frappantes ou « obsédantes » apparaissent entre les œuvres de deux ou de plusieurs individus³⁰. Toutefois, le compositeur doit endosser seul la responsabilité pénale de la production inconsciente de ces similarités.
- 38 Pour évaluer de manière plus nuancée les similarités, plagiats, dommages et réparations, les juristes conseillent d'affiner l'étude des cas d'atteinte au *copyright* par l'examen le plus détaillé possible des contextes de production. Cela implique que le tribunal accorde une plus grande attention aux changements de contexte afin de déterminer si deux œuvres sont bien les mêmes, plutôt que de déduire d'une comparaison note-à-note une relation causale entre l'original et l'œuvre incriminée. Comme le soutient Aaron Keyt :
- Un compositeur crée plus qu'un enchaînement d'événements acoustiques. L'objet qu'il façonne devrait plutôt être considéré comme une structure de relations. Parce que la signification des sons au sein d'une composition dépend de leurs relations les uns aux autres, la signification musicale n'est qu'une fonction du contexte. *La préservation du contexte est donc un élément déterminant de plagiat*³¹.
- 39 Afin de déterminer si le contexte a changé — et donc si la signification d'une œuvre a changé —, Keyt propose que les tribunaux modifient leurs pratiques historiographiques et procèdent à une analyse des œuvres qui prêterait autant d'attention aux considérations d'ordre contextuel que musical.
- 40 Barbara Green va plus loin en soutenant que « toutes les œuvres artistiques plagient inconsciemment des œuvres plus anciennes³² ». Elle rappelle que les tribunaux partent souvent du principe qu'il est possible d'établir une ligne de distinction nette entre les idées (partagées et abstraites) et les expressions (individuelles et fixées sur un support) mais, dans la pratique, ils déplacent cette ligne au cas par cas pour pouvoir valider la dichotomie idée / expression inscrite dans la loi sur le *copyright*. Toutefois, l'infléchissement qu'opère la jurisprudence vers la normalisation de la cryptomnésie tel qu'on peut l'observer dans le commentaire juridique confère également une autonomie à

la mémoire. Cette dernière contrôle alors le processus de création musicale, car elle fonctionne indépendamment de la psyché ou de la volonté de l'individu. Le sujet créatif se trouve ainsi reconfiguré et sa mémoire inconsciente devient sa force motrice.

Conclusion : le droit d'auteur en situation difficile

- 41 On associe souvent le *copyright* à la régulation de la reproduction, qui permettrait d'encourager la créativité. Or la manière dont les tribunaux répondent aux invocations de cryptomnésie lors des procès intentés pour plagiat montre que le *copyright* impose également un cadre disciplinaire à l'écoute et à la mémoire. Les juges peuvent bien témoigner occasionnellement de la sympathie pour les défenseurs qui auront pris des remémorations inconscientes d'expériences musicales pour des expressions créatives ; et les tribunaux peuvent bien reconnaître que les technologies et les pratiques de création et de consommation musicales sont souvent entrelacées dans le milieu où se déroule le travail créatif, il reste que, en définitive, la créativité se retrouve isolée du large spectre des modes possibles de se rapporter au son et l'on observe une normalisation de ce qu'on pourrait appeler la modalité attributive ou de « contrôle des sources » dans les processus perceptuels, signifiants, représentatifs et reproductifs. De plus, le discours juridique sur la cryptomnésie, conçue comme une aberration plutôt qu'un constituant normal de la créativité, responsabilise le sujet créatif, le rend responsable de la gestion des risques légaux et financiers résultant de son imbrication dans le nœud formé par les technologies de reproduction imprimée, électronique ou numérique qui permettent aux sons d'être séparés de leurs sources.
- 42 Le *copyright* discipline l'écoute à l'intérieur comme à l'extérieur du tribunal. Michael Mopas et Amelia Curran remarquent qu'au Canada et aux États-Unis, les modes d'analyse quantitative et qualitative des similarités substantielles se sont peu à peu modifiés au cours de ces dernières décennies³³. Alors que l'on examinait auparavant si l'« auditeur profane » était susceptible d'entendre les similarités que partagent deux œuvres, on se fie désormais aux analyses visuelles et acoustiques menées par des musicologues. Lorsqu'elle s'intéresse à la mélodie (et néglige de fait le timbre, le rythme ou d'autres éléments musicaux), lorsqu'elle recourt à l'expertise musicologique, lorsqu'elle se méfie de l'« auditeur lambda » et, plus important encore, lorsqu'elle considère que l'écoute, la remémoration et la création sont des processus fondamentalement distincts, la jurisprudence canadienne en matière de cryptomnésie semble indiquer que des logiques plus générales traversent la régulation juridique de la création et de la mémoire. Le recours de plus en plus fréquent à l'analyse comparative des représentations visuelles des expressions musicales dont on évalue les similarités substantielles semble suggérer que le *copyright* maintient l'écoute et la mémoire (les résonances et les filiations entre les œuvres en question et les centaines de créations qui les ont précédées) à la place qu'il leur a dévolue : celle d'éléments secondaires et supplémentaires pour la créativité. Dans le contexte des procédures judiciaires, il les traite comme des modes visuels de production d'un savoir sur le statut ontologique de l'œuvre musicale, qui est soit un original, soit un dérivé. La méfiance à l'égard de l'écoute et de la mémoire incarnée, ainsi que l'empressement à déployer des techniques visuelles de représentation et d'analyse musicale, deviennent particulièrement prégnants dans les cas de cryptomnésie.
- 43 Le plagiat inconscient n'est pas encore considéré comme une défense acceptable contre les accusations de contrefaçon, mais le tribunal endosse son rôle thérapeutique en

reconnaissant la détérioration du soi ou de son expression, qu'il exprime la plupart du temps dans son discours sur les pertes et les dommages financiers. Bien que le *copyright* soit en grande partie un régime économique, les doctrines, les principes, les règles et les analyses de ce corpus de lois ne peuvent être réduits au seul objectif d'efficacité ou à d'autres justifications utilitaires de la protection qu'il offre. En recourant à une version adaptée du concept de cryptomnésie avancé par Jung, les tribunaux canadiens et américains font respecter les valeurs de l'unicité et de l'originalité, tout en renforçant un système de production musicale caractérisé par la normalisation. Ils protègent de même le personnage abstrait de l'auteur, tout en morcelant ses droits, qu'ils distribuent à des entités diverses et variées. L'indiscipline de la mémoire et, en particulier, son indifférence à l'égard des frontières de la propriété peuvent potentiellement brouiller la division nette qui sépare les idées des expressions. Toutefois, la loi sur le *copyright* continue de gouverner la mémoire musicale en restreignant les moyens d'accès aux œuvres du passé et en exigeant de la mémoire humaine qu'elle soit aussi précise, fixée et « objective » que les technologies représentatives et les reconstitutions des événements musicaux auxquelles se livrent les experts.

- 44 L'apparition de la notion de cryptomnésie dans les tribunaux qui font respecter le *copyright* pourrait également être interprétée comme l'expression d'une angoisse au sujet de la médiatisation de la musique et des changements qui s'en suivent dans l'expérience corporelle, les habitudes de perception ou de mémorisation ainsi que les systèmes de signification et de représentation. À l'image des évolutions récentes (telle que la culture du *mash-up*), qui font naître des débats sur le lieu de la créativité à une époque où un programme informatique peut « écouter » et « jouer » de la musique pour ou avec des utilisateurs humains, les cas de cryptomnésie signalent les difficultés que posent la définition d'un rôle créatif « proprement » humain au sein de la composition musicale qui, en cette fin du XX^e siècle, se caractérise par des logiques industrielles de gestion du risque prévalant à sa production et par des outils de création de plus en plus automatisés. L'intégrité de la mémoire et de la créativité humaines se trouve remise en question lorsque l'attention des tribunaux se tourne vers l'intimité grandissante entre les êtres humains et les machines au regard de la production, la reproduction, la perception et la mémorisation sonores ou musicales. La cryptomnésie met en lumière la difficulté d'extraire une subjectivité auctoriale du réseau des radios, photocopieuses, phonographes et autres médias qui exploitent cette imbrication sonore entre la mémoire humaine et celle des machines. Elle aide à « justifier » des similarités substantielles mais amplifie la tension entre les différentes missions du tribunal, qui renforce discursivement un modèle de la créativité humaine fondé sur des notions esthétiques d'originalité, tout en garantissant la production industrielle d'œuvres musicales interchangeableables. Cette tension entre les divers rôles du *copyright*, en tant qu'institution reconnaissant la subjectivité de l'auteur tout en favorisant la production (de *jingles* pour les publicités télévisées, par exemple) est particulièrement manifeste dans les cas de cryptomnésie. Or cette même tension se retrouve dans le discours sur l'informatique ou la créativité algorithmique, dont les outils — qu'utilisent également les grands gestionnaires de droits (et les universités) pour automatiser le processus d'identification d'œuvres plagiées — peuvent aussi être utilisés pour créer des œuvres visuelles, des compositions musicales ou des textes littéraires nouveaux. La mobilisation précautionneuse et sélective de la notion de cryptomnésie par les juristes lors des procès intentés pour plagiat musical révèle combien ce concept peut exacerber plutôt qu'apaiser les tensions qui règnent au sein de la loi sur le *copyright* et qui proviennent de la dispersion de l'écoute, de la mémorisation

et de la création au sein d'un réseau constitué de compositeurs, de musiciens, d'institutions et de machines disséminés.

NOTES

1. RABINOVICH, Lauren et GEIL, Abraham, « Introduction », in *Memory Bytes : History, Technology, and Digital Culture*, L. Rabinovitz et A. Geil (dir.), Durham and London, Duke University Press, 2004, p. 12.
2. Les corrélations entre l'histoire du droit d'auteur et celle de la subjectivité ont été étudiées à travers une variété d'approches, incluant l'économie politique du droit d'auteur (EDELMAN, Bernard, *Ownership of the Image: Elements for a Marxist Theory of Law*, London, Routledge and KEGAN Paul, 1979) et la notion romantique d'auteur ou ce que David Saunders (*Authorship and Copyright*, London and New York, Routledge, 1992) appelle les « études centrées sur le sujet », qui s'inspirent des analyses poststructuralistes du concept d'auteur chez Barthes ou Foucault : cf. ROSE, Mark, « The author as proprietor : *Donaldson vs. Becket* and the genealogy of modern authorship », *Representations*, n° 23, 1988, p. 51-85; et *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, WOODMANSEE, Martha et JASZI, Peter (dir.), Durham, Duke University Press, 1994.
3. On peut citer quelques exceptions notables. Celia Lury a ainsi étudié le rôle des prothèses mnésiques (et de la photographie en particulier) dans la construction des notions contemporaines de personnalité (*Prosthetic Culture: Photography, Memory and Identity*, London, Routledge, 1998), tandis que Lisa Gitelman s'est intéressée aux « significations matérielles » des rouleaux de pianos mécaniques et au transfert des compétences et de la mémoire musicales vers les cartes perforées (« Media, materiality, and the measure of the digital ; or, The case of sheet music and the problem of piano rolls », *Memory Bytes*, *op. cit.*, p. 199-217).
4. RADSTONE, Susannah, et HODGKIN, Katharine, « Regimes of memory : An introduction », in *Memory Cultures : Memory, Subjectivity, and Recognition*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2006, p. 1.
5. *Ibid.*, p. 3.
6. *Ibid.*
7. *Ibid.* L'auteur souligne.
8. *Ibid.*, p. 4.
9. GREEN, Barbara, « Haven't I heard this song before ? : Subconscious plagiarism in pop music and the infringement of copyright — towards a partial defense of cryptomnesia », *Intellectual Property Journal*, n° 13, 1998, p. 53-81.
10. *Fred Fisher, Inc. v. Dillingham*, 298 F. 145 (S.D.N.Y. 1924) (ci-après *Dillingham*).
11. BANNERMAN, Sara, « Canadian Copyright: History, Change, and Potential », *Canadian Journal of Communication*, vol. 36, n° 1, 2011, p. 32.
12. *Ibid.*, p. 34.
13. *Ibid.*, p. 40.
14. *Grignon v. Roussel* (1991), 38 C.P.R. (3d) 4, 44 F.T.R. 121, F.C.J. No. 557 (QL) (ci-après *Grignon*), § 9.
15. SCOLLON, Ron, « Plagiarism and ideology: Identity in intercultural discourse », *Language in Society*, vol. 24, n° 1, 1995, p. 19-20.
16. *Ibid.*, p. 4.

17. CROWE, Carolyn, « The song you write may not be your own ! Proving musical copyright infringement : A review of *Gondos v. Hardy* », *Intellectual Property Journal*, vol. 1, n° 1, 1984, p. 33.
18. *Gondos v. Hardy* (1982), 64 C.P.R. (2d) 145, 38 O.R. (2d) 555 (ci-après *Gondos*).
19. JUNG, C. G., « Cryptomnesia » (1909), in *The Collected Works of C. G. Jung*, vol. 1, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 95-106.
20. HAVILAND, Beverly, « Passing from paranoia to plagiarism : The abject authorship of Nella Larsen », *Modern Fiction Studies*, vol. 43, n° 2, 1997, p. 297.
21. *Ibid.*, p. 296.
22. *ABKCO Music Inc. v. Harrisongs Music Ltd.*, 722 F.2d 988 (2d Cir. 1983) (ci-après *Harrisongs*) ; cite dans *Gondos*, § 35.
23. THEBERGE, Paul, « Technology, creative practice and copyright », in *Music and Copyright*, FRITH, S. and MARSHALL, L. (dir.), Edinburgh, University of Edinburgh Press, 2004, p. 150-152.
24. CROWE, Carolyn, « The song you write may not be your own ! », p. 57.
25. GREEN, Barbara, « Haven't I heard this song before ? », p. 64.
26. *Three Boys Music Corp v. Michael Bolton*, 212 F. 3d 477 (U.S. App. 2000) (ci-après *Bolton*).
27. *Ibid.*, p. 484.
28. *Ibid.*, p. 484.
29. Voir notamment CROWE, Carolyn, « The song you write may not be your own ! » ; GREEN, Barbara, « Haven't I heard this song before ? » ; KEYT, Aaron, « An improved framework for music plagiarism litigation », *California Law Review*, n° 76, 1988, p. 421-464 ; et LITMAN, Jessica, « Copyright as myth », *University of Pittsburgh Law Review*, n° 53, 1991, p. 235-249.
30. ADORNO, Theodor Wiesengrund, « A social critique of radio music » (1945), in *Mass Communication and American Social Thought : Key Texts 1919-1968*, John Durham Peters et Peter Simonson (dir.), Oxford, Rowman and Littlefield Publishers, 2004, p. 212.
31. KEYT, Aaron, « An improved framework for music plagiarism litigation », p. 347 (souligné par l'auteur).
32. GREEN, Barbara, « Haven't I heard this song before ? », p. 65.
33. MOPAS, Michael and CURRAN, Amelia, « Translating the Sound of Music : Forensic Musicology and Visual Evidence in Music Copyright Infringement Cases », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31, n° 1, 2016, p. 25-46.

RÉSUMÉS

Malgré le grand nombre d'études sur le *copyright* musical, rares sont les travaux qui explorent de manière directe et approfondie le rôle du droit dans la régulation de la mémoire musicale. En considérant l'enregistrement sonore comme une technologie mémorielle, il s'agit de comprendre la manière dont les lois régissant le *copyright* tentent de gérer l'impact d'une telle technologie sur les concepts juridiques de mémoire musicale et de subjectivité auctoriale. L'article analyse la jurisprudence concernant la « cryptomnésie » ou le plagiat inconscient aux Etats-Unis et au Canada, c'est-à-dire des cas où la défense consiste à démontrer l'impossibilité d'un accès à l'œuvre originale et donc l'impossibilité de sa copie. Ces similitudes contestées font apparaître la dispersion de la mémoire et de la créativité dans un réseau hétérogène comprenant non seulement les compositeurs, les musiciens et les producteurs, mais aussi les institutions et les machines : le sujet auctorial des discours et des pratiques juridiques s'en trouve radicalement

décentré. Les procès de la fin du XX^e siècle sur le plagiat inconscient anticipent les récentes campagnes juridiques contre le remix en forme de *mash-up*, le partage de fichiers en *peer-to-peer* et les autres pratiques populaires de reproduction de la musique en ligne. Ils annoncent les préoccupations actuelles concernant les subjectivités des créateurs ou consommateurs lorsqu'elles se trouvent entrelacées avec des technologies numériques. Le *copyright* est le lieu de surveillance et de normalisation de certains modes d'écoute et de mémorisation des enregistrements sonores, afin de désamorcer les tensions inhérentes au champ de la reproduction musicale capitaliste.

INDEX

Mots-clés : copyright ; plagiat musical ; cryptomnésie ; enregistrement sonore ; subjectivité créatrice ; mémoire musicale

AUTEURS

JOHN SHIGA

John Shiga est Assistant Professor dans le département de communication à l'université de Ryerson (Toronto), où il dirige également le Graduate Program. Il a soutenu sa thèse à Carleton University (School of Journalism and Communication), avant d'être Postdoctoral Fellow au département d'histoire de l'art et de communication à l'université McGill de Montréal. Il a publié des travaux sur le son numérique, la propriété intellectuelle, la théorie des médias et la communication entre espèces. Il mène actuellement des recherches en vue d'une histoire culturelle du sonar, en explorant le rôle des senseurs acoustiques sous-marins dans la construction des subjectivités auditives et des espaces océaniques.