

VIOLATION NON LITTÉRALE DU DROIT D'AUTEUR: UN COMMENTAIRE SANS PRÉTENTION SUR LE JUGEMENT ANGLAIS DANS L'AFFAIRE *THE DA VINCI CODE* ET SON AVATAR LE *SMITHY CODE*

Notes pour une présentation
2006-09-12

Laurent Carrière*
LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L.
Avocats, agents de brevets et de marques de commerce
Centre CDP Capital
1001, Square-Victoria – Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) H2Z 2B7
Tél: 514-987-6242 - Fax: 514-845-7874
info@robic.com – www.robic.ca

Introduction

Le 7 avril 2006, jugement était rendu par la division de Chancellerie de la Haute Cour de justice anglaise dans l'affaire du *The Code Da Vinci*¹. Cette décision² avait tout pour alimenter la frénésie des médias: un *thriller*³ à grand

© CIPS, 2006.

* Avocat et agent de marques de commerce, associé principal de LEGER ROBIC RICHARD, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques. Notes utilisées pour une présentation donnée le 2006-09-12 à l'Association des juristes pour l'avancement de la vie artistique (AJAVA) et l'Association du jeune barreau de Montréal (AJBM). Publication 358.

¹ *Baigent c. Random House Group Ltd* (2006) EWHC 719 (HCJ Ch.; 2006-04-07), le juge Peter Smith; permission d'en appeler refusée par le juge Smith; permission d'en appeler accordée par la Cour d'appel le 2006-07-11; audience d'appel prévue pour les 16 et 17 janvier 2007. À noter que pour les fins de l'appel, les demandeurs auraient acquitté le montant des dépens de première instance, à savoir 85% d'un montant évalué à 1,1 million de livres (leurs propres frais, selon les journaux, étant eux-mêmes estimés à 800 000 livres). Raisons additionnelles sur un possible outrage d'un journaliste pour avoir divulgué le projet de jugement disponible à (2006) EWHC 1131 (HCJ Ch; 2005-05-03), le juge Smith.

² La doctrine ne s'est pas encore emparée de cette décision mais on retrouvera dans les bulletins d'information de divers cabinets des capsules d'intérêt aux titres évocateurs: «Cracking the Da Vinci Code» par Daniel Gilchrist de *Baldwins* (2006-07-19); «The Da Vinci Code Case – Law or Laughter in Court?» de *Pipers*, «Copyrighting History? The Da Vinci Code Case» de David Hooper de *Reynolds Porter Chamberlain* (2006-08-14) et «The Truth Behind The Da Vinci Code: Original or Copied?» de Carl Steele de *Ashfords* (avril 2006). Voir également Uma Suthersanen «Le droit d'auteur au tribunal: Da Vinci Code» (juin 2006) 3 *Le magazine de l'OMPI*, aussi disponible à l'URL http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2006/03/article_0004.html

³ «Le *thriller* dans la tradition anglo-saxonne recouvre une grande partie du champ du polar. Jerry Palmer, en 1978 (*Thrillers: Genesis and Structure of a Popular Genre* (London, Arnold, 1978)) donne une définition synthétique du scénario: un héros, seul mais séduisant, érigeant le professionnalisme et la compétition en valeurs, s'oppose à un complot d'envergure (pas

succès⁴, une superproduction hollywoodienne⁵ à fond religieux⁶ dont le lancement à Cannes risquait d'être perturbé par le résultat du procès, la possibilité de dommages importants, des demandeurs locaux⁷ «underdogs» contre une grosse machine fortunée, un écrivain millionnaire solitaire dont on

nécessairement politique); ce héros reflète l'idéologie de l'individualisme compétitif libéral et les manichéismes politiques modernes, résurgences paranoïdes du vieux dualisme gnostique. Plus encore que la contrainte thématique du meurtre, ce serait la contrainte pragmatique d'égarer le lecteur qui unirait ces genres»: *Dictionnaire international des termes littéraires* à l'URL <http://www.ditl.info/arttest/art3545.php>.

⁴ Plus de quarante millions d'exemplaires dans sa première année alors que, publié vingt ans plus tôt, *HBHG* s'était lui-même vendu à plus de deux millions d'exemplaires, ce qui n'est quand même pas rien. Toutefois, avant l'institution des procédures, les ventes de *HBHG* étaient stagnantes et l'édition *paperback* de 496 pages était vendue à 7,99\$. En octobre 2005, une nouvelle version *hardcover* a été publiée et offerte à 35\$... permettant à un ouvrage oublié de refaire le top 40 en Angleterre. On notera que, lors de la sortie du *DVC*, *The Times* en faisait la critique suivante: «littered with misconceptions, howlers and location descriptions straight out of tourist guide books». Dans son jugement, au paragraphe 103, le juge en disait: «As is usual with books that attract a lot of publicity they have attracted the wrath of the literary experts of the world. Fortunately it is not part of my judgment to assess the literary worth of the books or even the truth behind them. I simply observe that the Observer for example in the style for which it and its sister publication the Grauniad (*The Guardian*, pour les intimes) is justly complimented in *Private Eye* provides both sides of the argument. "*I pity what led him to having to listen to such a load of tosh*" (Nick Cohen 12 March 2006). Contrast Viv Groskop "*pen a best seller and wait for the sneers*" (19th March 2006 *The Observer*). I suppose in the world of publication 40 million buyers cannot be wrong».

⁵ Mettant en vedette Tom Hanks dans le rôle du symbologiste Robert Langdon et Audrey Tautou dans celui de la policière-cryptologue Sophie Neveu.

⁶ Sur la réaction de l'Église au livre et au film, voir notamment le site du diocèse de Nanterre à l'URL http://catholique-nanterre.cef.fr/faq/fetes_saint_icons.htm#FILM. L'article de Carl E. Olson et Sandra Miesel «Décrypter le code anti-catholique de Da Vinci Code» publié dans l'édition de septembre 2003 de *Planet Envoy – Bringing Christ to the World* et traduit en français sur le site l'Opus Dei à l'URL <http://fr.opusdei.ca/art.php?w=59&p=8822> vaut également le déplacement.

⁷ Le demandeur Michael Baigent, quoique d'origine néo-zélandaise, habite Winchester et le co-demandeur Richard Leigh, originaire du New Jersey est établi à Londres, ville qui s'accordait davantage, nous dira le juge, à son *genteel bohemianism*.

attaquait la réputation⁸, un sujet titillant⁹, un juge se targuant d'érudition¹⁰ et deux *barristers*¹¹ sachant contre-interroger à en hanter vos nuits, tout était là.

Cette affaire¹² a sans doute suscité une frénésie dans les médias de nature à alimenter les nouvelles de midi, de 18 heures et même de 22 heures mais, pour ce qui est du droit, on repassera. En effet, de façon surprenante, si le jugement de soixante et onze pages¹³ contient une analyse savante des théories avancées dans *The Da Vinci Code*¹⁴ et beaucoup d'extraits d'autres décisions¹⁵, il fait cependant peu avancer le droit sur la question de la copie par appropriation d'un thème et de ses développements¹⁶, la copie non textuelle.

⁸ Dans son édition du 2006-05-17, le peu charitable The Guardian décrivait l'auteur Dan Brown comme suit: «The case became an international media circus thanks to the reclusive Dan Brown's daily appearance in court, as neat as if he had just been boil-washed and steam-ironed». Pour plus de potins sur Dan Brown, consulter le site The Red Pill à l'URL http://redpill.dailygrail.com/wiki/Dan_Brown ou son site officiel à <http://www.danbrown.com/>.

⁹ Ou hérétique: du mariage de Jésus et de Marie Madeleine, serait né un enfant dont la descendance aurait survécu jusqu'à aujourd'hui.

¹⁰ Au point de faire des commentaires et des jeux de mots de carabin. Son *Timeo Danaos et dona ferentes*, au paragraphe 138, témoigne de son passage dans quelque grande école britannique ou de sa consultation des pages roses du Larousse!

¹¹ Jonathan Rayner James QC pour les demandeurs et John Baldwin QC pour la défenderesse.

¹² Et pour nos fins, excluons l'affaire américaine *Perdue c. Brown* 2005 WL 1863673 (SDNY; 2005-08-04), le juge Daniels; confirmé 2006 WL 1026098 (deuxième Circuit; 2006-04-18), demande de certiorari produite à la Cour suprême des États-Unis le 2006-08-08. Excluons également la poursuite instituée à Springfield le 2006-08-16 par Jack Dunn qui estime que le *The Da Vinci Code* est un plagiat de son livre *The Vatican Boys*.

¹³ Réparties en 18 sections, 70 sous-sections et 360 paragraphes.

¹⁴ «The 71-page judgment contains a scholarly analysis of the theories of *The Da Vinci Code*»: David Hooper, «Copyrighting History? *The Da Vinci Code*» (2006-08-14) *International Law Office*.

¹⁵ Les pages 27 à 46 de la décision du juge Smith ont pour titre «Legal Matters». Le juge y cite les décisions *Hyperion* (2005) 1 WLR 3281, *Designers Guild* (2005) FSR 11, *IPC Media* (2005) FSR 20, *Harman* (1967) 1 WLR 723 et *Ravencroft*. (1980) RPC 193. Plus particulièrement, les extraits des décisions *Ravencroft* et *Designers Guild* font cinq pages de texte continu chacun...

¹⁶ À la décharge du juge, il pourrait toutefois être argumenté qu'il y avait peu à dire tellement la cause était faible et faiblement présentée par les demandeurs. Ce qui rappelle l'adage

- « If the facts are on your side argue the facts, if the facts are not on your side argue the law, if the law is not on your side, bang the table »

et ses variantes

- «If the law is not on your side, argue the facts; if the facts are not on your side, argue the law. If neither the law nor the facts are on your side, wear a wild necktie»,
- «If the facts are not on your side, try the case on the law. If the law is not on your side, try the case on the facts. If neither the facts nor the law are on your side, attack your opponent»,

Le contexte

Le contexte factuel de l'affaire peut être résumé brièvement comme suit¹⁷: les demandeurs, Michael Baigent et Richard Leigh (avec une troisième personne, Henry Lincoln, qui n'était toutefois pas partie à l'action) ont écrit en 1982 un livre intitulé *The Holy Blood and The Holy Grail (HBHG)*¹⁸.

Ce livre est décrit par les demandeurs comme de la conjecture historique, c'est-à-dire qu'ils ont entrepris des recherches, avancé des théories, soupesé légendes et folklore et étudié d'autres ouvrages littéraires pour donner une interprétation qui supporterait leur hypothèse.

Cette hypothèse c'est que Jésus¹⁹, un aristocrate, était marié à Marie Madeleine²⁰, dont il aurait eu descendance. Après la crucifixion²¹, Marie Madeleine se serait enfuie en France, où la lignée issue d'elle et de Jésus se serait perpétuée par des mariages avec des rois Francs et dont il aurait résulté la dynastie mérovingienne. Ce lignage aurait été protégé au cours des siècles par une organisation secrète connue comme le Prieuré de Sion. Les auteurs associent les Templiers et divers personnages historiques comme Léonard de Vinci à cette organisation et au secret qu'elle devait protéger, notamment contre l'Église qui aurait voulu occulter la nature humaine de Jésus, sa mort et sa descendance.

Si du point de vue de l'orthodoxie historique une telle hypothèse est, à tout le moins, contestable, il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue purement juridique, la mise en forme de celle-ci dans *HBHG* témoignait d'un

-
- «If the facts are not on your side, pound on the law, if the law is not on your side, pound on the table. But in this case, better advice would be: beg for forgiveness».

¹⁷ L'analyse de *HBHG* que fait le juge se retrouve aux pages 7 à 14 de son jugement et elle ne me donne pas le goût de me procurer le livre. La jaquette de *HBHG* se lit comme suit: «About this book. Is the traditional, accepted view of the life of Christ in some way incomplete? • Is it possible Christ did not die on the cross? • Is it possible Jesus was married, a father, and that his bloodline still exists? • Is it possible that parchments found in the South of France a century ago reveal one of the best-kept secrets of Christendom? • Is it possible that these parchments contain the very heart of the mystery of the Holy Grail? According to the authors of this extraordinarily provocative, meticulously researched book, not only are these things possible — they are probably true! so revolutionary, so original, so convincing, that the most faithful Christians will be moved; here is the book that has sparked worldwide controversy».

¹⁸ En français: *L'énigme sacré – Le secret révélé sur la dynastie de Jésus* dans la collection J'ai lu.

¹⁹ De la tribu de David.

²⁰ De la tribu de Benjamin, Marie Madeleine étant elle-même de haut lignage.

²¹ Que Jésus soit mort sur la croix ou non, le témoignage de l'auteur Baigent semblant contredire la jaquette de son propre livre: paragraphe 41 du jugement.

effort considérable des auteurs dans l'écriture de *HBHG* qui, à ce titre, se qualifiait d'œuvre originale protégée.

The Da Vinci Code (DVC), lui, est un «crime thriller novel»²² que je traduirais, faute de mieux, par «polar»²³. Ce roman, publié en 2003²⁴, suit les deux personnages principaux, le symbologiste²⁵ Robert Langdon et la policière-cryptologue Sophie Neveu, qui tentent d'élucider le meurtre du grand-père de Sophie, le curateur du Musée du Louvre²⁶. L'action tourne autour de nombreux mystères, arcanes et intrigues²⁷ qui sont inextricablement liés aux secrets du Prieuré de Sion et de l'Église catholique.

Un autre des personnages importants dans *DVC* est Leigh Teabing, un riche aristocrate, érudit et infirme, spécialiste de la légende du Graal, qui exposera au couple Langdon/Neveu²⁸ certaines théories relatives au lignage du Christ et au Prieuré de Sion telles qu'entre autres exprimées par... *HBHG*, ouvrage auquel il est fait nommément référence dans *DVC*!

En fait, on l'aura sans doute noté, ce Leigh Teabing a pour prénom le nom de famille du co-demandeur Leigh et comme nom, l'anagramme du nom de famille du co-demandeur Baigent²⁹. Flatteur? Peut-être pas tant que cela lorsqu'on constatera, à la fin du livre, que c'est ce Teabing qui est le *méchant-méchant*.

Ultimement, pour découvrir la vérité³⁰, le héros Langdon devra faire appel à toute sa science de symbologiste pour trouver puis décoder un cryptex³¹.

²² Le style de *DVC* est celui est la «faction». Cela signifie qu'il combine des éléments fictifs avec des descriptions d'œuvres d'art, d'architecture, de documents et de rituels secrets qui sont présentés comme étant exacts. L'apparence de vérité rend le style plus crédible pour un lecteur ou un auditoire mais il peut s'avérer trompeur puisque certains lecteurs peuvent l'interpréter comme étant vrai.

²³ L'Office de la langue française du Québec suggère «roman à mystères».

²⁴ Dans la décision américaine précitée, le juge Daniels fait, en sept paragraphes, un excellent résumé du bouquin. Voir aussi l'excellent, quoique biaisé, reportage de Seth Mnookin dans le *Vanity Fair* du mois de juillet 2006 sous le titre de «Da Vinci Code or Da Vinci Clone».

²⁵ Sans doute un néologisme car le terme est absent des éditions 2007 du *Petit Larousse* et du *Petit Robert*!

²⁶ Et accessoirement grand maître du Prieuré de Sion.

²⁷ Et je saute ici le jeu promotionnel qui consistait à trouver les cinq énigmes cachées dans la jaquette de l'édition américaine de *DVC*: http://en.wikipedia.org/wiki/Da_vinci_code sous le titre «The mystery within the mystery».

²⁸ Et, par voie de conséquence, au lecteur ignorant de tous ces mystères!

²⁹ Paragraphes 71 et 76 du jugement.

³⁰ «Guidés par des indices laissés par Léonard de Vinci dans ses tableaux, Langdon et Sophie Neveu vont du Louvre au coffre-fort d'une banque parisienne, puis s'envolent pour l'Angleterre, Londres puis l'Écosse. Langdon dévoile peu à peu à Sophie le résultat de ses propres recherches savantes sur le Graal et le culte du «féminin sacré» dont Marie Madeleine

Le recours à au moins quatre sources³² principales de recherches, dont *HBHG*, pour l'écriture de *DVC* n'est d'ailleurs pas caché par l'auteur Brown³³, non plus que l'importance de *HBHG* dans cette écriture:

Teabing refers to what he describes as "*perhaps the best known tome*". He refers to the cover "*Holy Blood, Holy Grail the acclaimed international bestseller*". Sophie observes that she has never heard of it, Teabing explains that is because she is young and it all came out in the 1980s. He criticises the authors as making some dubious leaps of faith in their analysis but suggests that their fundamental premise is sound and to their credit "*they finally brought the idea of Christ's bloodline in to the mainstream*". This is really intended to be reflective of his condescending character.³⁴

serait une sorte de témoin»: «Le Da Vinci Code» (2006-04-26), disponible sur le site de l'Opus Dei à l'URL <http://www.opusdei.fr/art.php?p=15464>.

³¹ Cylindre qui cache un secret. «Cryptex est un néologisme utilisé par Dan Brown dans son roman *Da Vinci Code* pour désigner une sorte de coffre fort portable conçu pour cacher des messages secrets. Ce terme est issu de la combinaison des mots cryptologie et codex. Cet objet, dont la paternité est attribuée à Léonard de Vinci, utilise «la cryptologie pour protéger des informations elles-mêmes notées sur un rouleau de parchemin ou *codex*» (ch. 47 de la traduction française par Daniel Roche). L'auteur affirme que "la plupart des inventions de Léonard n'avaient jamais été étudiées ni même baptisées», d'où la nécessité de recourir à des néologismes pour désigner certaines des trouvailles du génie italien". Merci Wikipédia!

³² Ces sources principales étaient:

- *The Goddess in the Gospels; Reclaiming the Sacred Feminine* de Margaret Starbird (10,20\$),
- *Rule by Secrecy; The Hidden History that Connects the Trilateral Commission, the Freemasonry, and the Great Pyramids* de Jim Marrs (10,20\$),
- *The Templar Revelation – Guardian of the True Identity of Christ* de Lynn Picknett et al. (12,15\$),
- *The Woman with the Alabaster: Marie Magdalene and the Holy Grail* de Margaret Starbird (11,53\$, dont la nouvelle édition indique «as featured in the Da Vinci Code»!)

et, bien sûr,

- *The Holy Blood and the Holy Grail* de Richard Leigh et al. (7,99\$, dont la nouvelle édition française indique «Da Vinci Code – Les sources»).

Même en ajoutant:

- *The Hiram Key: Pharaohs, Freemasonry, and the Secrets Scrolls of Jesus* de Christopher Knight et al. (12,89\$)

auquel le juge fait aussi allusion dans son jugement, cela donne un investissement de 64,96\$ sur amazon.com!

³³ Par exemple, au paragraphe 73 du jugement: «It is self evident that Mr Brown looked at *HBHG* before *DVC* was finished (he accepts that). It is equally self evident that Blythe Brown looked at *HBHG* extensively. The original copy of *HBHG* as disclosed contains numerous annotations and markings mostly by her but also by Mr Brown. The date of these annotations and markings is in dispute. Of all the books used it is the most heavily annotated».

³⁴ Au paragraphe 75 du jugement.

Il est à noter que si c'est Dan Brown qui écrit, c'est sa femme Blythe qui s'occupe de toute la recherche³⁵.

Les demandeurs ont poursuivi non pas Brown mais son éditeur Random House pour violation de leurs droits d'auteur dans *HBHG*. Il est ici ironique de constater que, par le jeu des fusions et acquisitions, Random House se trouvait à être l'éditeur et du *The Da Vinci Code* et du *The Holy Blood and The Holy Grail*³⁶.

Le juge y est d'ailleurs allé, sans se prononcer toutefois, de certaines spéculations sur le fait que la poursuite, pour certains, relevait d'un coup monté publicitaire³⁷.

Il était donc de la prétention des demandeurs que *DVC* violait les droits d'auteur subsistant dans *HBHG*.

La procédure

³⁵ «He and his wife Blythe loved researching these subjects and it enabled them to work together as a husband and wife team in creating the novels», au paragraphe 62 du jugement. Par contre, une telle situation peut jouer des tours: «Dan Brown found himself assailed at numerous book signings. He found himself unable to answer these charges (because his wife had done all the research in reality). He revisited the research to arm himself against the onslaught», au paragraphe 100 du jugement.

³⁶ Dell Publishing Group, Inc. (éditeur d'origine de *HBHG*) est devenue par fusion Bantam Doubleday Dell Publishing Group, inc. qui, par fusion, est devenue Alfred A. Knopf Inc. ,qui est devenue la newyorkaise Random House, Inc. maison-mère de la défendresse The Random House Group Ltd. (Random House, Inc. est elle-même une filiale de l'allemande Bertelsmann AG). Et si les demandeurs espéraient que la pression médiatique amènerait l'éditeur Random House à régler pour des raisons purement commerciales (paragraphe 355 du jugement), ils ont vraiment mal évalué sa détermination à défendre l'auteur du *DVC* contre cette allégation de plagiat. Il faut également constater que l'éditeur y trouvait son profit puisqu'un tel procès ne manquerait pas de faire mousser la vente de *DVC* et de *HBHG*.

³⁷ Aux paragraphes 4 et 5 du jugement:

«(4) (...) It is a testament to cynicism in our times that there have been suggestions that this action is nothing more than a collaborative exercise designed to maximise publicity for both books. It is true that the book sales of both books have soared during the course of the trial (in the case of *HBHG* it is said to be a tenfold increase). (5) I am not in a position to comment on whether this cynical view is correct but I would say that if it was such a collaborative exercise Mr Baigent and Mr Brown both went through an extensive ordeal in cross examination which they are likely to remember for some time».

On s'en doute, *HBHG* est sorti de l'oubli suite à cette procédure (voir le commentaire au paragraphe 146 du jugement) et a moussé la sortie du film. Une question demeure: est-ce que l'augmentation de leurs redevances pour la vente de *HBHG* a permis aux demandeurs de payer tous les frais d'avocats liés au procès?

Dans leur mise en demeure initiale du 2004-02-05, les demandeurs alléguaient être les premiers à avoir développé cette conjecture historique de la survivance d'une lignée de Jésus³⁸, laquelle constituait le thème central de *HBHG* qu'aurait copié l'auteur Brown, s'appropriant ainsi le travail de recherche des demandeurs. Bref, le raccourci interdit:

(104) The Claimants made a first letter of complaint on 5th February 2004 (a year after the publication). It was asserted that the Claimants made a sequence of connections that no-one had made before drawing on expertise in a number of diverse areas and that for the first time they expressed a continuous linkage running from the tribe of Benjamin through the New Testament, the Merovingian dynasty and from there to Godfroi de Bouillon and the Crusades. It was asserted that this is the Central Theme also of *DVC* and had been copied by Mr Brown. In addition it was asserted that they were the first authors to propose the highly material thesis that the Holy Grail was a metaphor for Mary Magdalene rather than it being merely an artefact which concept again it was asserted had been copied by Mr Brown. It was then asserted that Mr Brown in effect "*shortened the way*" by lifting everything out of *HBHG* rather than doing his own research, and that he had appropriated the literary labour of the Claimants³⁹.

Par la suite, le 2004-03-12, les demandeurs ont précisé leur pensée:

(105) (...) put simply Mr Brown used *HBHG* as the basis for *DVC* and at regular intervals the plot comes to a halt and Mr Brown reveals pellets of information concerning a centuries old conspiracy. These pellets are not available it is asserted from public sources but are rather the result of years of research undertaken by the Claimants which form the basis of *HBHG* and these have been lifted from *HBHG* and Mr Brown has thereby used all of the Claimants skill and labour expanded in creating *HBHG*⁴⁰.

Le 2004-10-01, des procédures en violation de droits d'auteur étaient instituées contre l'éditeur de *DVC* pour reproduction non autorisée d'une partie importante de *HBHG*: injonction, destruction des contrefaçons et dommages étaient réclamés.

³⁸ Et, comme corollaire, que le Graal soit une métaphore pour désigner Marie Madeleine. Bref, le «féminin sacré».

³⁹ Au paragraphe 104 du jugement.

⁴⁰ Au paragraphe 105 du jugement.

De requêtes en précisions en requêtes en radiation, d'amendements en précisions volontaires, il en a résulté que les demandeurs ne plaident plus, à l'audience, que la contrefaçon du thème central tel qu'exprimé en quinze points⁴¹:

(115) It is important to note that in the struck out general statements (paragraph 2) it was asserted that HBHG consisted of more than just a sequence of suggestions, contentions, arguments and hypothesis but also consisted of copiously researched documented evidence to support the suggestions, contentions, arguments and hypothesis. It was asserted that there was a unique and specific manner in which these were connected to each other and the manner whereby they were assembled in a coherent organisation was a structure ("*an architectural edifice of ideas*"). The manner in which the material was assembled was asserted to constitute the books design and that while some of the elements of design might be in the public domain the design itself was not. It was then asserted that Mr Brown appropriated the various components of a massive jigsaw puzzle but in addition the altogether original way in which those components were fitted together and he plundered not only the facts but more importantly the relationship between the facts, the evidence that supports such relationships, the interpretation of such relationships and the conclusions to be drawn from such relationships.

(116) That disappeared from the Claim by virtue of paragraph 1(C) of Lewison J's order⁴².

Cette ordonnance interlocutoire du juge Lewison sera lourde de conséquences sur l'orientation du débat ainsi défini, limité. Au moment du

⁴¹ Le juge Smith est très critique de ce découpage d'un thème central qui sera exprimé de façons différentes tout au long des procédures et qui passera de 19 à 15 points, lesquels eux-mêmes ne seront pas toujours exprimés avec une même cohérence. Disons que cela n'était pas très habile pour qui voulait convaincre le juge que les points développés dans le thème central formaient une présentation unique et étaient indissociables... Voir les paragraphes 120 et 122 du jugement:

- «It follows that there are in my view significant changes to the Central Theme exhibited by the change of heart of the Claimants»;
- «I have a little difficulty with this given the changes to the Central Theme made during the course of this action» .

⁴² Paragraphes 115 et 116 du jugement du 2006-04-07 du juge Smith, lequel faisait référence à un jugement rendu le 2005-10-27 par le juge Lewinson. On aura beau dire que «La procédure n'est pas la maîtresse du droit» c'est quand même une servante bien utile pour circonscrire un débat et éviter un «épivardage» coûteux.

procès, les demandeurs Baigent et Leigh plaident donc *uniquement* que DVC s'était approprié le thème central de HBHG tel qu'exprimé en quinze points⁴³. Il n'était donc pas question de violation textuelle ou d'autres formes de copie. Le juge Smith soulignera d'ailleurs cette contrainte procédurale dans son jugement:

(227) It is therefore not enough to point to ideas or facts that exist in the Central Themes that are to be found in HBHG and DVC. It must be shown that the architecture or structure is substantially copied. The only structure that has been identified in this case is the presentation of the 15 Themes in a chronological order. A single textual theme has no structure; it is just a piece of text which is the way the Claimants ultimately suggested the Central Themes should be considered.

(228) The Claimants themselves in this case chose to dissect their Central Themes ultimately into 15 component parts. Having done that in effect they invited the Defendants to attack those component parts on an individual basis. *This is not dissection as such in my view; it is a matter of responding to*

⁴³ Les quinze points du thème central se retrouvent aux pages 70 à 71 du jugement: (1) Jésus aurait été de sang royal et héritier du trône de Palestine. (2) Comme tout juif pratiquant de son temps et de son statut, Jésus aurait été marié. (3) Comme pour tout juif de son temps, Jésus aurait eu des enfants. (4) Quelque temps après la crucifixion de Jésus, sa femme Marie Madeleine aurait trouvé refuge dans une communauté hébraïque du sud de la France et elle y aurait accouché de l'enfant de Jésus: le Graal, en fait, dérive plutôt de *sang réal*, soit sang royal. (5) Le Graal serait soit le vase sacré, soit le ventre ou les entrailles de Marie Madeleine, sinon elle-même. (6) Dans la communauté hébraïque du sud de la France la lignée de Jésus et de Marie Madeleine se serait perpétuée pendant cinq siècles. (7) À la fin du 5^e siècle, la lignée de Jésus se serait croisée avec une lignée royale de Francs et il en aurait résulté la dynastie mérovingienne. (8) En parallèle, au 4^e siècle, l'empire romain, sous Constantin, a adopté le christianisme comme religion officielle. L'Église bénéficiait alors du soutien séculier. (9) Avec l'affaiblissement des mérovingiens après les successeurs de Clovis, l'Église aurait renié une entente et a comploté pour l'assassinat de Dagobert II, le dernier des mérovingiens. Son fils Sigisbert aurait néanmoins survécu et aurait perpétué la lignée des mérovingiens. À la fin du 11^e siècle, Godefroi de Bouillon serait émergé de cette lignée. (10) Lorsque Godefroi s'est embarqué pour la première croisade en 1099, c'était en fait pour demander son héritage, savoir le trône de Palestine. (11) Godefroi aurait été entouré d'un groupe de conseillers, éventuellement connu comme le Prieuré de Sion. (12) Le Prieuré de Sion aurait créé l'Ordre du Temple pour être son bras administratif et armé. (13) Au milieu du 12^e siècle le Prieuré de Sion aurait été principalement établi en France. (14) Le Prieuré de Sion aurait continué d'agir comme protecteur et gardien de la lignée des mérovingiens. (15) Au début et jusqu'au 14^e siècle, les grands maîtres du Prieuré de Sion seraient aurait originé de familles qui pouvaient se targuer d'une ascendance mérovingienne. À partir du 14^e siècle toutefois les grands maîtres n'auraient plus été membres de cette parentèle immédiate et on y trouverait des noms célèbres comme ceux de Léonard de Vinci, Botticelli, Newton, Hugo, Debussy et Cocteau. Ces quinze points sont reproduits en annexe B.

*how the Claimants chose to present their case*⁴⁴. (Les italiques sont miennes.)

La défense

La défenderesse a nié contrefaçon mais a admis l'emploi, en association avec d'autres sources, de *HBHG* de façon à générer des idées pour *DVC*. L'auteur Brown a témoigné à l'effet que ni lui ni sa femme n'avait employé *HBHG* dans la création du synopsis⁴⁵ initial de *DVC*, ce synopsis comportant déjà les éléments clés de la version finale de *DVC*.

De plus, la défenderesse a plaidé que, dans les faits, le thème central qu'alléguaient les demandeurs ne se trouvait ni dans *HBHG* ni dans *DVC*! La demanderesse allait plus loin: le thème central passait sous silence des éléments d'importance qui se trouvaient dans l'un et l'autre des ouvrages.

Enfin, la défenderesse prétendait que, même s'il y avait des similarités entre les deux ouvrages, on ne pouvait en tirer une inférence de copie puisque cela aurait donné un monopole aux demandeurs sur des faits historiques, des idées ou des théories. Les idées et les faits dont se réclamaient les demandeurs ne pouvaient, plaidait la défenderesse, faire l'objet de protection par droit d'auteur.

Droit d'auteur – ce qui est protégé

Au Royaume-Uni, tout comme au Canada, le titulaire des droits d'auteur dans une œuvre a, entre autres, le droit exclusif de produire ou de reproduire l'œuvre ou une partie importante de celle-ci.

On se souviendra que dans *Hyperion*⁴⁶, la Cour d'appel anglaise, par le juge Mummery, avait rappelé que l'originalité, pour les fins de la loi, ne voulait pas dire nouveauté:

(A work) need only be "original" in the limited sense that the author originated it by his efforts rather than slavishly copying it from the work produced by the efforts of another person⁴⁷.

⁴⁴ Aux paragraphes 225 et 228 du jugement.

⁴⁵ «Récit très bref qui constitue un schéma de scénario». Merci Robert!

⁴⁶ *Hyperion Records Limited c. Sawkins* (2005) EWCA CIV 565 (CA d'Angl.; 2005-05-19) aux paragraphes 27 à 36.

⁴⁷ Cité au paragraphe 143 du jugement. Le *locus classicus* se trouve dans l'affaire *Hogg c. Scott* (1874) LJ Ch 422:

Le droit d'auteur se veut protéger le talent et l'effort d'un auteur dans la recherche de ses sources *et la présentation subséquente du fruit de ses recherches*. Le droit d'auteur, entend-on souvent, protège l'expression des idées plutôt que les idées elles-mêmes. Par conséquent, le droit d'auteur ne peut, à lui seul⁴⁸, empêcher l'utilisation de simples idées, concepts, projets, systèmes ou procédés⁴⁹, informations, réflexions, pensées ou faits.

Dans le cas d'une œuvre qui n'est pas de fiction⁵⁰,

- l'auteur ne pourra réclamer le droit exclusif aux faits qu'il présente et
- les faits qui sont présents dans de tels ouvrages pourront être employés par d'autres auteurs aux fins de leur propre ouvrage de fiction.

Or, le principal problème d'un livre comme *HBHG* c'est qu'il en est d'abord un de faits et d'idées plutôt que d'une expression littéraire particulière⁵¹. Comme le juge Mummery s'en était exprimé dans l'affaire *Hyperion*⁵²:

The important point is that copyright can be used to prevent copying of a substantial part of the relevant form of expression, *but it does not prevent use of the information, thoughts or emotions expressed in the copyright work*. It does not prevent another person from coincidentally creating a similar work by

«The true principal in all these cases is that the defendant is not at liberty to use or avail himself of the labour which the plaintiff has been apt for the purpose of producing his work, that is, in fact, merely take away the result of another man's labour or, in other words, his property».

⁴⁸ Attention à l'abus de confiance tel que prévu, par exemple, par l'article 89 de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada.

⁴⁹«In dealing with the question of copying, there should be borne in mind the well established principle that there is no copyright in mere ideas, concepts, schemes, systems or method. Rather, the object of copyright is to prevent the copying of the particular form of expression in which these things are conveyed. If the expression is not copied, copyright is not infringed. Thus, to be liable, the defendant must have made a substantial use of the form of expression; he is not liable if he has taken from the work the essential idea, however original, and expressed the idea in his own form, or used the idea for his own purposes»: Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2005), au §7-13.

⁵⁰ *HBHG* se présente comme étant une œuvre littéraire non romanesque rapportant des faits historiques alors que *DVC* est clairement présenté comme un roman à mystères classique et fictif, composé de faits et de lieux pour lui donner une allure d'authenticité et pour susciter l'intérêt des lecteurs. Dans sa présentation d'origine en 1983, *HBHG* était classé dans la section «Histoire»; dans sa présentation 2005, *HBHG* est catégorisé comme «Religion – Christianity». S'il s'était agi d'une œuvre de *fiction* plutôt que de *non-fiction*, est-ce que cela aurait vraiment changé l'approche? On peut en douter mais uniquement à cause de la mauvaise présentation de la théorie de la demande.

⁵¹ Et loin de moi la pensée qu'un ouvrage d'idées ne peut être joliment écrit. Il s'agit plutôt d'une référence au genre: *fiction* or *non-fiction*.

⁵² Au paragraphe 29 du jugement.

his own independent efforts. It is not an intellectual property monopoly in the same sense as a patent or registered design. There is no infringement of copyright in the absence of a direct or indirect casual link between the copyright work and the alleged copy. (Les italiques sont miennes.)

Il faut cependant se méfier des formules toutes faites. Si les idées et les faits sont de libre parcours, il n'en demeure pas moins que l'architecture ou la structure ou la façon dont certains faits ou idées sont présentés sont susceptibles de protection:

The correct position is that although copyright cannot prevent the copying of a general idea, where the idea has been worked out in detail in the form of writing, drawings, etc. it will be an infringement if the labour which went into the expression of the idea is appropriated. In such a case, *it is not the idea which has been copied but its detailed expression*⁵³. (Les italiques sont miennes.)

Bref, si l'idée est suffisamment développée et exprimée, il pourra y avoir subsistance du droit d'auteur.

La violation non textuelle

Il est utile de rappeler que, dans l'arrêt *Designers Guild*⁵⁴, la Chambre des Lords avait réitéré le principe à l'effet que la question de l'importance de l'emprunt s'évaluait par rapport à l'œuvre contrefaite et non par rapport à l'œuvre contrefactrice:

An action for infringement of artistic copyright, however, is very different. *It is not concerned with the appearance of the defendant's work but with its derivation.* The copyright owner does not complain that the defendant's work resembles his, his complaint is that the defendant has copied all or a substantial part of the copyright work. The reproduction may be exact or it may introduce deliberate variations--involving altered copying

⁵³ Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2005), au §7-13. Au même effet, voir *Courtenay c. Polksosnik* (1983), 77 C.P.R. (2d) 140 (HCJ d'Ont; 1983-11-25), le juge Ewanschuk aux pages 142-143, d'où l'on peut tirer que «la trame dramatique d'une œuvre est susceptible de faire l'objet de protection quand elle représente plus qu'une simple idée»: Normand Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, 6^e éd. (Toronto, Thomson/Carswell, 2003), à la page 247. Au même effet, quoique dans un autre contexte, voir *Productions Avanti Cinévidéo inc. c. Favreau*, 1999 IJCan 13259 (CA Qué; 1999-08-04).

⁵⁴ *Designers Guild Limited c. Russel Williams (Textiles) Limited* (2000) UKHL 58 (Chambre des Lords; 2000-11-23), Lord Millet au paragraphe 38.

or colourable imitation as it is sometimes called. Even where the copying is exact, the defendant may incorporate the copied features into a larger work much and perhaps most of which is original or derived from other sources. *But while the copied features must be a substantial part of the copyright work, they need not form a substantial part of the defendant's work*: see *Warwick Film Productions Ltd v. Eisinger* (1969) Ch. 508. Thus the overall appearance of the defendant's work may be very different from the copyright work, but it does not follow that the defendant's work does not infringe the plaintiff's copyright. (Les italiques sont miennes.)

Il s'agissait donc, pour les demandeurs, de prouver que ce qui avait été copié dans *DVC* était une partie *significative* de l'œuvre *HBHG* mais pas nécessairement une partie importante de l'œuvre *DVC*.

Deux situations se présentent quant à la copie d'une partie substantielle d'une œuvre.

Dans la première, classique, une portion importante ou significative d'une œuvre a été copiée littéralement mais les ouvrages sont différents. On fait généralement référence à ce type de copie comme étant de la copie textuelle.

La seconde, plus complexe, survient lorsque le contrefacteur présumé est accusé d'avoir fait un usage abusif, excessif de l'œuvre protégée ou d'une partie importante de celle-ci et ce, même si l'œuvre contrefaite n'a pas été copiée telle quelle. Par son appropriation de la substance de l'œuvre, le défendeur aura donc créé une «altered copy» contrefactrice⁵⁵. C'est sur une telle violation non textuelle que les demandeurs faisaient reposer *toute* leur cause d'action.

La clé de voûte d'une action en contrefaçon réside dans la possibilité de prouver un ensemble de similarités entre les œuvres, que cela soit par copie

⁵⁵ Voir, par exemple, quoiqu'il s'agissait d'une affaire de compilation, *British Columbia Jockey Club c. Standen (Winbar Publications)* 73 CPR (2d) 164 (CS CB; 1983-04-14), le juge Legg aux pages 173 et 175 (confirmé 8 CPR (3d) 283 (CA CB; 1985-09-25)): «Copyright may be infringed by appropriating a substantial amount of the material published by the original author, although the language employed by the infringer be different and the material be altered» et «Although he adopted that information to his own style and added information of his own, the defendant nevertheless appropriated a substantial amount of the work, skill, judgment and knowledge of the Club. The copyright of the Club does not reside solely in the order of the information which it has compiled. Although the defendant has rearranged and republished that information in a different style, he nevertheless continued to appropriate a substantial part of the Club's original work».

textuelle ou une analyse des agencements d'incidents, de lieux ou de personnages qui démontrera que le défendeur a pompé une partie substantielle de l'œuvre du demandeur. Or, on le verra, de telles similarités n'existaient pas dans les œuvres en cause.

La question de la copie par l'appropriation des idées plutôt que l'expression de celles-ci présente de multiples difficultés, comme le rappelait d'ailleurs le juge Laddie dans l'affaire *IPC Media*⁵⁶:

The need to prove copying involves showing a design nexus between the defendant's and the claimant's works. However, it is a mistake to believe that any nexus will do. The law of copyright has never gone as far as to protect general themes, styles or ideas. (...) Even someone who is inspired by Monet to paint water lilies or by Seurat to paint using coloured dots would not infringe copyright. Such general concepts are not put out of bounds to others by the law of copyright. Needless to say, it is impossible to define the boundary between the mere taking of general concepts and ideas on the one hand and copying in the copyright sense on the other. (Les italiques sont miennes).

En l'absence de copie littérale, déterminer si une partie importante d'une œuvre a été copiée est donc un exercice beaucoup plus laborieux pour le juge⁵⁷.

La question de la contrefaçon par imitation désignée ou «non textual copying» a fait l'objet de plusieurs décisions dont on peut conclure qu'elles tournent toutes sur les faits particuliers de l'espèce:

In each case, it will be a matter of degree whether the line which divides the copying of an idea from copying its expression has been overstepped⁵⁸.

Et en pareil cas, nous indique le juge Smith⁵⁹:

⁵⁶ *IPC Media Limited c. Highbury-Leisure Publishing Limited* (2004) EWHC 2985 (Ch; 2004-12-21), le juge Laddie au paragraphe 14.

⁵⁷ «The claim is of non-textual infringement in literary work. It is conceded that such a claim is unusual and because of its nature presents a greater difficulty of analysis than a textual infringement claim» admettront les demandeurs en argumentation: au paragraphe 140 du jugement.

⁵⁸ Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2005), au §7-13.

⁵⁹ Au paragraphe 153 du jugement.

The line to be drawn is to enable a fair balance to be struck between protecting the rights of the author and allowing literary development. That seems to me a fair stance to take.

On l'a vu plus tôt, les demandeurs ne plaidaient pas qu'il y avait eu copie littérale mais plutôt contrefaçon par appropriation du thème central de *HBHG*. Pour ce faire, les demandeurs devaient donc prouver:

1. que le thème central qu'ils alléguaient se retrouvait vraiment exprimé dans leur œuvre *HBHG*;
2. que le thème central de *HBHG* était susceptible de protection en vertu de la loi anglaise;
3. que *DVC* non seulement empruntait au thème central de *HBHG* mais empruntait une partie importante de celui-ci.

Il n'était donc pas suffisant aux demandeurs d'indiquer les idées ou les faits du thème central qui se retrouvaient et dans *HBHG* et dans *DVC*: les demandeurs devaient également prouver que l'expression en quinze points de ce thème central avait été copiée de façon importante dans *DVC*.

L'accès

L'accès de l'auteur Dan Brown à *HBHG* n'était pas nié, bien au contraire. La nature et l'étendue de l'utilisation faite de *HBHG* était cependant contestée. S'agissait-il de la seule source de référence? Était-ce la source principale? Était-ce la source initiale à partir de laquelle Dan Brown aurait concocté *DVC*? Quand et comment a-t-elle été utilisée⁶⁰?

Par conséquent, le moment auquel l'auteur Dan Brown aurait eu accès à l'œuvre *HBHG* et l'emploi qu'il en aurait fait devenaient critiques dans l'établissement de la théorie des demandeurs⁶¹. Si, pour les fins du synopsis

⁶⁰ Au paragraphe 320: «As I have said I am firmly of the view that Blythe Brown at least had access to *HBHG* before the Synopsis was written. It does not actually matter when she used it or had access to it or when Mr Brown saw it or had access to it. The real question to be answered is the extent to which it was used. I have already set out my finding as to when *HBHG* was used by Blythe Brown».

⁶¹ Comment se prouve la contrefaçon directe? Le degré de similitude entre deux oeuvres a pour effet de répartir le fardeau de preuve entre les parties:

- s'il y a un fort degré de similitude, il appartiendra au défendeur de prouver création indépendante;
- s'il y a un faible degré de similitude entre l'oeuvre originale et l'oeuvre dite copiée, il appartiendra au demandeur de prouver copie.

de *DVC* remis à son éditeur, Dan Brown avait eu recours à *HBHG*, l'appropriation du fameux thème central rendait plausible leur théorie.

À la lecture du jugement, on constate que les demandeurs ont consacré beaucoup de temps et d'énergie afin de déterminer le moment exact où l'auteur Dan Brown et son épouse-documentaliste Blythe Brown avaient obtenu un exemplaire de *HBHG* et comment cet exemplaire avait été employé dans le cadre de l'écriture de *DVC*.

Malheureusement sans succès, puisque le juge a, entre autres, déterminé que si Dan Brown avait consulté *HBHG*, il l'aurait indiqué dans la bibliographie accompagnant le synopsis, question de démontrer à son éditeur le sérieux de sa démarche⁶². Le juge de conclure⁶³ que c'était donc subséquemment à la remise du synopsis et des 190 premières pages de son roman que Dan Brown avait puisé dans *HBHG*⁶⁴.

Et si la rédaction du synopsis de *DVC* était antérieure à l'utilisation de *HBHG*, il devenait difficile de soutenir que l'architecture de *DVC* procédait de celle de *HBHG*!

L'argument du thème central

Il restait à déterminer si le recours subséquent à *HBHG* par l'auteur Dan Brown pour la rédaction de *DVC* constituait une violation des droits d'auteurs des demandeurs dans *HBHG*. Il leur fallait, pour cela, identifier quelque chose

Cette preuve de copie est difficile et les tribunaux généralement s'en reporteront à une preuve circonstancielle: le demandeur tentera de prouver que le défendeur a eu accès à son oeuvre alors que le défendeur tentera de prouver, lui, qu'il n'a fait que consulter des sources communes. Encore une fois, écrira le juge Smith au paragraphe 320, ce n'est pas tant l'accès à *HBHG* qui était important mais l'utilisation qui en avait été faite.

⁶² Au paragraphe 204 du jugement: «(...) He makes the very good point that he was trying to impress the publishers with the depth of the knowledge that had gone into the book and its research and that it would have been of great assistance to him if he had the book at that time to have mentioned it. (...)».

⁶³ Au paragraphe 210 du jugement: «Nevertheless the overall position in my view is that the most compelling pointer to the fact that Mr Brown did not use *HBHG* to write the Synopsis is his well made point that if he had it would have been in the Bibliography for the reasons that he gave».

⁶⁴ Voir sous la § N du jugement «References to *HBHG* in sources used by Dan and Blyth (sic) Brown» mais le juge de conclure, aux paragraphes 330 et 331:

- «(...) I accept that these are instances which show the text of *HBHG* was copied by Blythe Brown when she prepared research material for Mr Brown to write the second part of *DVC*» et
- «However these are not relied upon by the Claimants as evidence of textual infringement».

dans *HBHG* qui allait au-delà de simples idées ou d'information et qui aurait été copié.

Pour ce faire, les demandeurs ont concocté un thème central de *HBHG*, lequel était exprimé en 15 points et que les demandeurs, bien sûr, estimaient critique à leur œuvre. *C'est le développement de ce thème central qui constituait le pont entre HBHG et DVC* et permettait aux demandeurs de plaider contrefaçon.

Les demandeurs ont reconnu que, pour qu'il y ait violation, le thème central devait être présent et dans *HBHG* et dans *DVC*.

Cependant, ce qui n'était certes pas pour aider leur cause, en cours de procédure les demandeurs ont dû réviser à plusieurs reprises ce en quoi consistait ce fameux thème central. De fait, en cours de procès, et surtout de contre-interrogatoires musclés, les demandeurs ont laissé tomber certains des points qu'ils avaient d'abord présentés comme fondamentaux au thème central de *HBHG* alors que de nouveaux points étaient introduits.

En bout de course, le thème central final sur lequel se fondaient les demandeurs était considérablement différent de la version originale. Bonjour la cohérence⁶⁵!

It seems to me that if the Claimants as authors are going to assert in their case what the Central Theme of their book is and give evidence of that the Defendants are bound to respond by testing that evidence in cross examination. Further I am entitled to see whether or not the Claimants evidence about their Central Theme is credible. At the end of the day if they are unable to say in a coherent way what their Central Theme is that is strongly supportive of the proposition that there is no such Central Theme as alleged. In addition by dividing their Central Theme up they invited dissection and attempts at elimination of parts by the Defendants⁶⁶. (Les italiques sont miennes.)

Le droit

Dans son jugement le juge Smith a considéré trois questions propres au droit d'auteur: la distinction entre les idées et les expressions, l'originalité et l'importance de l'emprunt.

⁶⁵ «38. Change of Course by the Claimants», «40. Claimants' Difficulties of Formulation».

⁶⁶ Au paragraphe 240 du jugement.

Idée et expression

Au risque de redite, il est de commune renommée que le droit d'auteur protège l'expression des idées mais non les idées elles-mêmes:

- plus une idée est abstraite et générale, moins il sera probable que de l'habileté et des efforts d'un auteur en résultera une expression couverte par le droit d'auteur;
- plus précise et détaillée sera l'expression d'une idée et plus probable sera la protection du droit d'auteur sur celle-ci.

Un thème central original exprimé en quinze points originaux pouvait donc constituer une œuvre protégée par le droit d'auteur et permettre les redressements prévus par la loi dans le cas de violation.

Originalité

Une œuvre sera considérée originale dans la mesure où celle-ci aura été créée par les efforts mêmes d'un auteur, par opposition à la copie servile d'une œuvre produite par les efforts d'un autre.

Ainsi, il devenait peu pertinent que *HBHG* soit lui-même dérivé ou le résultat de la consultation de diverses sources. Ce qui était protégé était l'effort des demandeurs dans leurs recherches et, ultimement, la présentation adoptée pour *HBHG*. De fait, que le droit d'auteur subsistait dans *HBHG* n'était pas vraiment remis en question par les parties⁶⁷.

Importance de l'emprunt: la substantialité

⁶⁷ J'ai, par contre, une première difficulté avec le fait qu'il y avait trois coauteurs de *HBHG* et que seuls deux d'entre eux avaient été assez téméraires pour instituer des procédures. Cela remet en question la question de l'intérêt pour poursuivre dans le cas d'une œuvre collective où il y a des «joint holders of copyright». Le débat ne s'est cependant pas fait là-dessus. J'éprouve aussi quelques difficultés, du moins de la façon dont le juge a expliqué la genèse créative de *HBHG*, à conclure qu'il y avait vraiment trois auteurs puisque Leigh était le seul qui écrivait, sur la base d'informations émanant de Baigent et de trois films de Lincoln. Ça aussi, c'est pour un autre débat.

Si la copie est prouvée, la question cruciale sera alors de déterminer si ce qui a été copié constitue une partie substantielle. Référence peut ici être faite à l'affaire *Ravenscroft*⁶⁸.

Longuement citée par le juge Smith, cette affaire identifiait quatre facteurs à considérer pour déterminer si l'emprunt avait été substantiel:

- i) l'importance du matériel pris, la qualité primant sur la quantité⁶⁹;
- ii) la partie du matériel ainsi copiée qui était protégé par le droit d'auteur⁷⁰;
- iii) l'intention du défendeur de s'approprier le travail d'un autre de façon à s'éviter lui-même du travail;
- iv) la mesure dans laquelle les ouvrages étaient en concurrence l'un avec l'autre.

Toutefois, annonçant sans doute ses conclusions, le juge Smith fait référence aux commentaires dans l'affaire *Harman*⁷¹:

*One must, however, be careful not to jump to the conclusion that there has been copying merely because of similarity of stock incidence, or of incidence which are to be found in historical or semi-historical and fictional literature about characters in history (...). In such cases, the plaintiffs (...) are in an obvious difficulty because of the existence of common sources*⁷². (Les italiques sont miennes.)

Décision⁷³

⁶⁸ *Ravenscroft c. Herbert* (1980) R.P.C. 193 (HCJ ChDiv; 1979-07-25), le juge Brightman à la page 203. Il s'agissait d'une contrefaçon du roman *The Reason Why* par le film *The Light Brigade*.

⁶⁹ Le critère de qualité de l'emprunt prédominera sur celui de la quantité de l'emprunt; si l'emprunt permet de reconnaître une œuvre comme provenant d'une autre, c'est probablement qu'il s'agit de l'emprunt d'une partie substantielle. Même si la loi utilise le terme «partie importante», je lui préfère le terme «partie substantielle» car il rend mieux l'aspect qualitatif.

⁷⁰ Ce n'est pas aujourd'hui que je vais discuter de la réception en droit canadien du test américain du «Abstraction – Filtration – Comparison». Voir John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e éd. (Toronto, Thomson, Carswell, 2006), au §21:3(g).

⁷¹ *Harman Pictures NV c. Osborne* (1967) 1 WLR 723, le juge Goff; affaire relative à une contrefaçon de *The Spear of Destiny*, un compte-rendu mi-historique mi-mystique des pérégrinations de la lance qui aurait percé le flanc du Christ.

⁷² Dans cette affaire toutefois, il est bon de noter que, au vu des faits particuliers à l'espèce, le juge Goff avait émis l'injonction.

⁷³ Un sommaire du jugement est reproduit en annexe A.

The Code Da Vinci, de dire le juge Smith, est un «classic thriller work of fiction dressed up with *facts* to give it an air of authenticity and to arouse the interest of the readers»⁷⁴. Avec raison, le juge Smith a insisté sur l'importance qu'il y avait, dans le cadre d'une œuvre littéraire qui faisait état d'événements réels, de distinguer ce qui était protégeable de ce qui était contrefait.

Le droit d'auteur ne permet pas d'empêcher l'emprunt d'une idée dans une œuvre. Décider, c'est tirer un trait entre ce qui doit être protégé et ce qui doit être permis pour le développement de la littérature.

Le juge Smith a conclu que, contrairement à ce que prétendaient les demandeurs, *HBHG* ne recelait pas le thème central mis de l'avant *tel qu'exprimé par la procédure*. Il y avait beaucoup plus dans *HBHG* que ce que résumait le thème central. Le thème central, dira le juge, «is an artificial creation dovetailed to what can be found in the DVC» et créé de toutes pièces par les demandeurs pour la seule fin de donner substance à une réclamation qui n'en avait pas.

This too demonstrates the falsity of the central theme and provides clear indication that they are *artificial creations simply to provide a platform for the present litigation*. The claimants know that their idea of the merger of the two lines of itself is not protectable. Equally, they know that mere statements of ideas and facts are not protectable. *It is necessary therefore to create a pretence for a structure to found the cause of action. That is what the Central Theme is about and their repeated re-drafting of it is demonstrative again of its falsity*⁷⁵. (Les italiques sont miennes.)

Et plus loin, le juge d'expliquer:

The conclusion I draw from this is that the claimants start with DVC to find things in it and worked backwards from that exercise to create the central theme in *HBHG* rather than identifying the central theme in *HBHG* and seeing whether it was to be found in DVC⁷⁶.

Et plus loin:

Once again this demonstrates that the chronological order (alleged by the Claimants) is a lame attempt to find an

⁷⁴ Ou, comme énoncé moins gentiment par le juge Brightman dans l'affaire *Ravenscroft*: «one must not underestimate the commercial attraction of the rubbish which I have attempted to described».

⁷⁵ Au paragraphe 262 du jugement

⁷⁶ Au paragraphe 263 du jugement.

architectural structure to protect something which is otherwise not protectable⁷⁷.

Le juge Smith a décidé que le thème central procédait d'une simple sélection de faits généraux, d'idées et de théories artificiellement extraites de *HBHG* pour le seul but du litige. Certaines de ces idées ont été qualifiées de *incredibly general*⁷⁸ ou de trop bas niveau d'abstraction pour être protégées par droit d'auteur, même si elles avaient été copiées.

En fait, le seul thème original de *HBHG* est que la lignée mérovingienne se serait alliée à la lignée de Marie Madeleine et de Jésus. Ça, ce n'est qu'une idée et, encore une fois, d'un niveau d'abstraction trop général pour mériter protection.

La cause des demandeurs a été grandement affaiblie par leur incapacité d'établir que, quatre sinon même cinq, des points majeurs repris dans leur «central theme» se retrouvaient dans *DVC* ou même dans *HBHG*⁷⁹:

What the Defendants are saying is that if what is asserted to be infringed is so general that it cannot be certain that would lead to a conclusion that it is such a level of abstraction that no protection should be afforded to it. It is important to appreciate the context in which the Defendant raised this issue, namely the uncertainty created by the Claimants' own

⁷⁷ Au paragraphe 265 du jugement.

⁷⁸ Au paragraphe 257 du jugement, par exemple.

⁷⁹ Voir, entres autres,

- au paragraphe 338: «The destruction of Mr Baigent's evidence shows that the Claimants have not in my view created the Central Theme as alleged as a substantial part of *HBHG* by their time and effort (as opposed to writing *HBHG* generally). It is true that the determination of that issue is for me and not Mr Baigent but the destruction of his evidence reinforces my own view that the Central Themes are not a substantial part of *HBHG* and they have not been substantially copied by Mr Brown in *DVC*»;
- au paragraphe 231 «Mr Baigent was a poor witness. Those are not my words: they are the words of his own Counsel in his written closing submissions (paragraph 111). Those words do not in my view do justice to the inadequacy of Mr Baigent's performance. His evidence was comprehensively destroyed by the thorough and searching cross examination of Mr Baldwin QC for the Defendant»;
- au paragraphe 232: «I make allowances for the fact that Mr Baigent performed so badly he plainly missed obvious points when answering questions (these were mostly revived by Mr Rayner James QC in re-examination). Nevertheless the Defendants are right in their submissions even when taking in to account the factors mentioned above to submit that he was a thoroughly unreliable witness. They say that they do not know whether he was deliberately trying to mislead the court or was simply deluded and that he is either extremely dishonest or a complete fool. I do not need to decide that issue; it does not matter why he said what he did. I can place no reliance on any part of his evidence».

inability clearly to state what the Central Theme is by reason of their changes of the Central Theme. *The point is that if the Claimants do not know with certainty what their Central Theme is how can anybody else possibly know*⁸⁰? (Les italiques sont miennes.)

Le fardeau reposait sur les demandeurs de prouver que ce qui restait des points copiés constituait une partie substantielle de *HBHG*, ce qu'ils n'ont pas fait⁸¹. Par conséquent, il ne pouvait y avoir violation d'une partie substantielle de *HBHG* par le biais d'une copie non textuelle d'un thème central autrement inexistant.

Malgré le fait que des parties de *HBHG* se retrouvaient dans *DVC*, ces extraits ne constituaient pas, selon la procédure telle que rédigée, une appropriation d'une partie du thème central. La copie littérale, faut-il le rappeler, n'était pas plaidée!

Par conséquent, il n'y avait pas lieu de condamner pour violation du droit d'auteur.

Le juge Smith a également été très critique du témoignage du demandeur Baigent qui a été même incapable de décrire ce en quoi consistait le thème central de son œuvre. «A poor witness» dont le témoignage avait été, pour employer les termes les plus charitables du juge «comprehensively destroyed in cross-examination»⁸².

⁸⁰ Au paragraphe 156 du jugement.

⁸¹ «I am not sure what Mr Leigh thought was the purpose of his evidence. He seemed to want to have a fight over something and was clearly disappointed at the relative shortness of his cross examination. I did not find his evidence of any significant use in the case save the telling observations that I have already referred to, namely that there is one theme only of *HBHG* and that he will lift textual matters if he likes them and it suits him», au paragraphe 340.

⁸² Par exemple:

- au paragraphe 5: «Mr Baigent and Mr Brown both went through an extensive ordeal in cross examination»;
- au paragraphe 231: «Mr Baigent was a poor witness»;
- au paragraphe 231: «His evidence was comprehensively destroyed by the thorough and searching cross examination»;
- au paragraphe 232: « They say that they do not know whether he was deliberately trying to mislead the court or was simply deluded and that he is either extremely dishonest or a complete fool»;
- au paragraphe 233: « the comprehensive destruction of his evidence»;
- au paragraphe 235: « Mr Baigent did not confine his wild evidence to matters concerning the subject matter of the litigation»;
- au paragraphe 238: «(...) of the way in which Mr Baigent exaggerated his evidence for effect»;
- au paragraphe 239: « Faced with the patent inadequacy of Mr Baigent's evidence (...)»;

Le juge a été tout aussi critique de l'absence remarquée de Blythe Brown au procès⁸³. Dans la mesure où c'est elle qui était la recherchiste et que c'est elle qui avait vraiment consulté *HBHG*, le juge a tiré des inférences négatives du fait qu'elle n'ait pas été appelée à titre de témoin pour expliquer certains des éléments et, plus particulièrement, l'origine d'extraits de *HBHG* auxquels il était fait référence dans *DVC*.

Le juge Smith a également déterminé que Dan Brown⁸⁴ n'avait pas employé *HBHG* pour écrire le synopsis de *DVC* mais qu'il avait utilisé un nombre important d'autres sources que lui avait fournies⁸⁵ son épouse-documentaliste Blythe Brown⁸⁶.

Cependant la prétention de Dan Brown à l'effet que ni lui ni sa femme n'avaient acheté ou lu *HBHG* avant que le processus d'écriture de *DVC* ne soit très avancé a été jugé non crédible par le tribunal qui a conclu que

-
- au paragraphe 245: « (...) to recover their position following the destruction of Mr Baigent's supporting evidence»;
 - au paragraphe 273: « I place no reliance on Mr Baigent's evidence as it was in the light of the destructive cross examination completely useless»;

au paragraphe 338: « The destruction of Mr Baigent's evidence (...)».

⁸³ «Accordingly I conclude that her absence is explicable only on the basis that she would not support Mr Brown's assertion as to the use made of *HBHG* and when that use occurred in that evidence», au paragraphe 215 du jugement. Voir la § 32 du jugement «Absence of Blythe Brown from the Trial» et les paragraphes 306 et 307 du jugement.

⁸⁴ Lui aussi a souffert pendant son contre-interrogatoire: voir les paragraphes 211, 328, 343 et 345 du jugement. Le juge semblait toutefois l'avoir à *la bonne*: voir paragraphe 350.

⁸⁵ Aux paragraphes 216, 217 et 306 du jugement:

- «(216) «With that in mind however I accept Mr Brown's evidence that he did not *use* *HBHG* when he wrote the Synopsis.(Les grasses italiques sont dans le jugement.)»,
- «(217) He is supported in my view by an examination of the theme of the Synopsis. It seems to me that the theme of the Synopsis is clearly derived from WAJ, TR, HK and GG. It concentrates on the artistic elements of Leonardo da Vinci and the Sacred Feminine Line. I accept that this was down to Blythe Brown's beliefs in this area and I can see and determine in my view that those were the sources for the Synopsis» et
- «(306) I do not believe Mr Brown used it, as I have said, for the Synopsis, but it was deployed at this later stage when these lectures were written».

⁸⁶ Le synopsis ayant été respecté dans *DVC*, il en résultait que la structure de *DVC* n'avait pas été pompée de *HBHG*. En fait, dans son témoignage, Dan Brown a indiqué que si, lors de la remise de son synopsis, il avait pu inclure *HBHG* comme source, il l'aurait fait car plus il y avait de sources et mieux c'était pour l'éditeur. Voir le paragraphe 344 du jugement:

«The Claimants in cross examination also in my view as I have said established that *HBHG* was possessed by the Browns far earlier than Mr Brown was stating in his evidence. However I do not believe that those failures of Mr Brown's evidence lead me to conclude that I must reject everything he says. For the reasons already set out for example I have accepted his evidence concerning the books he had when he wrote the Synopsis».

Au même effet, voir le paragraphe 216 du jugement.

HBHG était la source première employée dans *DVC* pour toutes les explications «historiques» données par les personnages Langdon/Teabing⁸⁷.

Conclusion

Cette décision pourrait à d'aucuns être considérée comme un résumé utile de l'état du droit anglais et sans doute canadien quant à la copie non littérale mais⁸⁸ nous laisse sur notre faim relativement à cette zone grise qu'est la contrefaçon par appropriation de développements.

La littérature, diront certains, a une longue tradition d'emprunts d'idées, d'inspiration d'ouvrages antérieurs de prédécesseurs et de contemporains.

Le principe à l'effet que le droit d'auteur ne protège que l'expression des idées plutôt que les idées n'est pas nouveau et ne fait pas l'objet d'un grand contentieux. Il demeure cependant difficile de déterminer quand la ligne entre l'inspiration et la copie est franchie.

Le résultat de cette affaire démontre qu'il n'y a pas de monopole sur les idées, particulièrement lorsque ces idées sont fondées sur des événements⁸⁹. Même si ces événements historiques sont présentés avec beaucoup de spéculations et de conjectures, c'est uniquement la façon dont ces théories et informations historiques sont exprimées qui sera protégée, le cas échéant, par droit d'auteur.

Même si cela demeure une question de faits et de degré dans chaque cas, le thème d'un livre sera habituellement trop général pour être protégé par lui-même. C'est l'expression de ce thème qui le sera. Cela veut dire qu'un romancier demeure libre de dramatiser des événements historiques auxquels il est fait référence dans des ouvrages qui ne sont pas de fiction⁹⁰.

⁸⁷ Même si le juge croit que Dan Brown a bien écrit le synopsis et les 190 premières pages de *DVC* sans avoir employé *HBHG*, ces explications, selon la preuve, n'avaient été écrites qu'à la fin du processus d'écriture de *DVC* et étaient largement inspirées de *HBHG*: aux paragraphes 306 et 346 du jugement.

⁸⁸ Mais cela tient plutôt aux faits très particuliers de l'espèce et à la théorie judiciaire adoptée par les demandeurs.

⁸⁹ Ou que l'on présente comme tels! Mais en se rappelant que «Although there is no monopoly in historical facts, protection will be given to a work which is the result of skill and effort in researching and presenting the material»: Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 2005), au §7-45(h).

⁹⁰ Avec le caveat «While the fundamental idea of a dramatic work is not protected, the combination of incidents or situations, the sequence of events and the mode in which the ideas are worked out may be protected apart from the language in which they are

Il y a donc, pour le plus grand bien de la création et des créateurs⁹¹, une «fair balance between protecting the right of the non-fiction author on the one hand and allowing literary development on the other».

En effet, si, au vu de la preuve, les demandeurs avaient eu gain de cause cela aurait eu des conséquences importantes –néfastes même, avanceront certains– pour tous les auteurs car la protection conférée par la loi aurait été grandement élargie:

Authors know well enough that they copy the text of another's work at their peril, as views may well differ on whether their copying is substantial. However, structure and central themes are more intangible, raising questions about the central theme of the original work and involving scholarly analysis of the concept of the book rather than an examination of the text. Using and adapting the ideas and themes of others is the meat and drink of creative writers and is, after all, how Shakespeare wrote his plays.⁹²

Et le Smithy Code⁹³ dans tout cela?

expressed»: John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e éd. (Toronto, Thomson/Carswell, 2006), au §8:7(g).

⁹¹ Au paragraphe 348 du jugement: «Mr Brown is a fiction writer. As a device to writing fiction he is perfectly entitled to dress up factual scenarios to give an illusion that supports his fiction. He is not (contrary to the complaints of the Claimants) going into deep and detailed research for these factual matters. Indeed as he said in his evidence that would be counterproductive; he wishes to create "grey" areas not black and white. He simply needs therefore a mystery and a series of unanswered questions. He can do that without deep research and that he has done. As he has taken matters at a general and low level of abstraction and he has only taken ideas and facts without any of the architecture (if any) he has done nothing wrong. It would be quite wrong if fictional writers were to have their writings pored over in the way DVC has been pored over in this case by authors of pretend historical books to make an allegation of infringement of copyright. I accept that if that was allowed to happen it would have a serious impact on writing. This case whatever its result would not have that impact in my view. However cases can be used for improper purposes».

⁹² David Hooper, *Copyrighting History? The Da Vinci Code* (2006-08-14) International Law Office.

⁹³ Pour ceux qui sont vraiment férus de cryptage, voici quelques sites d'intérêt: *The Smithy Code*, à l'URL <http://www.thesmithycode.com/>; *Smithy code* à l'URL http://en.wikipedia.org/wiki/Smithy_code, *How judge's secret Da Vinci code was cracked* par Dan Tench dans l'édition du 2006-04-28 du *The Guardian* à l'URL <http://books.guardian.co.uk/news/articles/0,,1763533,00.html>; *How I cracked the Smithy code (with a little help from the judge)* de Ben Hoyle dans l'édition du 2006-04-28 du *Times* à l'URL <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,200-2156137,00.html>; *The Cryptex* à l'URL <http://www.thecryptex.com/node/50> et le *Kriptos Group Report* à l'URL <http://www.elonka.com/SmithyCode.html>.

Les codes et les énigmes ont toujours fasciné. C'est sans doute ce qui, pour partie, explique le succès populaire du *The Da Vinci Code*. Même les juges ne sont pas à l'abri du phénomène.

Le juge Smith n'a pas résisté à la tentation et a incorporé dans son jugement un code secret.

Dans la version officielle du jugement⁹⁴ des lettres étaient étrangement en grasses italiques. Par exemple, au paragraphe 1, le «s» du mot «claimants» était en italiques, au paragraphe 2, c'était le «m» du mot «claimant», au paragraphe 4, le «c» de «cynicism», etc. Erreurs typographiques? Problème avec le logiciel de traitement de texte? Nenni, c'était la clé d'un message.

Indice supplémentaire, le paragraphe 52 du jugement se concluait ainsi: «The key to solving the conundrum posed by this judgment is in reading HBHG and DVC».

Les lettres en grasses italiques se trouvaient dans des mots contenus dans les paragraphes 1 à 43 du jugement, savoir:

Claimants claimant is that his reality cynicism for preceeded templar Jersey able research this techniques extinguished technical story was the something groups used was documents being eradicated elsewhere Templars Claimants sequence with of key Plantard introduced manuscripts ultimately questions emblazoned prevalent

Extraites, ces lettres donnaient la séquence:

smithycodeJaeiextostgpsacgreamqwfkadpmaqzv

Le début était facile: les dix premières lettres se démarquaient et donnait SMITHY CODE.

⁹⁴ «Approved Judgment. I direct that pursuant to CPR PD 39A para 6.1 no official shorthand note shall be taken of this Judgment and that copies of this version as handed down may be treated as authentic». Version disponible à l'adresse URL http://www.hmcourts-service.gov.uk/images/judgment-files/baigent_v_rhg_0406.pdf#search=%22%22%5B2006%5D%20EWHC%20719%22%22.

Évidemment, si, comme moi, on affectionne les banques de données gratuites comme BAILII, le jugement rapporté à <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/719.html> ne révélera pas les grasses italiques et j'apprendrais qu'il y a un code en recevant, comme certains d'entre vous, l'invitation à cette présentation (qui contenait d'ailleurs le code «À ne pas manquer»)! Voir annexe C.

La signification des 31 autres lettres était moins évidente⁹⁵ quoiqu'on pouvait y soupçonner un code relevant de la substitution polyalphabétique.

Après trois semaines⁹⁶, le juge Smith a commencé à donner des indices à qui les lui demandait⁹⁷, indiquant que le code était fondé sur la suite Fibonacci⁹⁸, une progression mathématique fondée sur l'addition des deux chiffres précédents: 1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21 et ainsi de suite. Pour ceux qui ont lu le livre *The Da Vinci Code* (ou vu le film!), la suite Fibonacci était un élément essentiel de l'intrigue⁹⁹.

Après quelques essais¹⁰⁰, il en est ressorti la séquence¹⁰¹:

JACKIEFISHERWHOAREYOU DREADNOUGHT

Jackie Fisher who are you? Dreadnought

Une vérification au *Who's Who* britannique donna la clé manquante pour la signification du message: le juge Smith est un fêru d'histoire navale¹⁰² et la

⁹⁵ Si les mots initiaux «Smithy Code» étaient faciles de compréhension, la séquence restante constituait du charabia. «It was enough to send this Sudoku-crazed nation into frenzy». Et c'est sans doute pourquoi *The Daily Mail* offrait une récompense de 1,000 livres à qui briserait le code.

⁹⁶ Certains diront que trois semaines c'est quand même moins long que les 2000 ans qu'il aura fallu pour déchiffrer le code dans le DVC!

⁹⁷ Dan Tench du *The Guardian* et Dan Hoyle du *The Times*. Ce dernier raconte même «He (Justice Smith) e-mailed me back during the lunchtime break suggesting: «Try letter substitution letter by letter applying the Fibonacci Sequence (incorrect form)» suivi d'un « If you can't solve it now, you should be sacked».

⁹⁸ Pas le délateur dans la série télévisée *The Prison Break* mais plutôt le mathématicien italien (1170-1250).

⁹⁹ Voir annexe D.

¹⁰⁰ Y compris une erreur, volontaire ou non, du juge, puisque la version correctement déchiffrée donnait plutôt JACKIEFISTERWHOAREYOU DREADNOUGH, soit «FISTER» plutôt que «Fisher». En fait, nous indique le rapport du groupe Kriptos, il y avait trois erreurs dans le code du juge: «One of the ciphertext letters is wrong. The second "T" should've been an "H". The last letter did not get enciphered into the legal document. That 3rd line in the grid/matrix was shifted right by two instead of left by one. Either a deliberate obfuscation, or the Judge got confused. It is not uncommon for cryptographers to accidentally insert errors into ciphertext messages -- the amount of detail is considerable. Consider the likelihood that there will be typos and spelling errors even in any plaintext English document, and it is easy to understand how errors are even harder to catch when dealing with encrypted text».

¹⁰¹ On aura compris que je n'ai pas, mais alors absolument pas, l'intention de discuter de plus près la mise en opération de ce décryptage. Pour ceux que cela intéresse, il y a plusieurs sites consacrés au sujet et même, pour les paresseux/efficaces, un site de démonstration de l'algorithme Vignère utilisé par le juge à l'adresse <http://islab.oregonstate.edu/koc/ece575/02Project/Mun+Lee/VigenereCipher.html>. Pour ma part, je passe.

¹⁰² Sans doute un nostalgique de l'époque du *Rule Britannia!*

biographie de l'amiral britannique Jackie Fisher¹⁰³ son dada. On peut présumer que dans les soirées mondaines, le juge s'est fait demander plusieurs fois qui était cet obscur Jackie Fisher, pourtant responsable de la modernisation de la marine de guerre britannique. Et la réponse la plus aisée pour lui était sans doute de faire référence au HMS Dreadnought¹⁰⁴, le premier navire de guerre de l'ère moderne¹⁰⁵.

On connaît les jugements lyriques, les jugements à premier paragraphe racoleur¹⁰⁶, on connaît quelques jugements en rimes et en vers¹⁰⁷. En voilà un avec code. *And so what!*

Est-ce que c'est là faire preuve pour autant d'irresponsabilité? Est-ce que cela mine vraiment la dignité de la magistrature? En fait, y a-t-il vraiment là sujet à controverse? Le juge a succombé à une pulsion narcissique. Voilà tout.

¹⁰³ John Arbuthnot Fisher, 1841-1920 : URL <http://www.answers.com/topic/john-fisher-1st-baron-fisher>. C'est aussi, ironiquement, l'une des premières personnalités britanniques à avoir admis que, durant la Première Guerre mondiale, les Anglais avaient eu accès aux messages chiffrés des Allemands et les avaient décodés. Le juge donne cependant une autre explication: «The question 'Jackie Fisher, who are you?' is not my question," Mr Justice Smith said. "It is a quote from Fisher's rival Beresford." Admiral Beresford, the naval commander preferred to Fisher by George V, used the words as an insult during an argument with his great rival, the judge said», tel que rapporté dans l'édition du 2006-04-28 du *The Times* sous le titre «Da Vinci judge delivers verdict on code cracked by The Times» de Ben Hoyle.

¹⁰⁴ Turbines à vapeur, six batteries puissantes de canons de douze pouces et autres «joyeuses» innovations qui ont fait que le terme «dreadnought» est devenu le terme générique pour ce type de navire: [http://en.wikipedia.org/wiki/HMS_Dreadnought_\(1906\)](http://en.wikipedia.org/wiki/HMS_Dreadnought_(1906)). Voir aussi The Dreadnought Project à l'adresse URL http://www.dreadnoughtproject.org/models/ships/HMS_Dreadnought/ «Dreadnought was the influential conception of the mercurial Jackie Fisher. She broke the evolutionary pattern of battleship design by eliminating a diverse collection of weaponry in favor of an outfit of guns that combined as many of the largest guns as possible with an anti-torpedoboat battery composed of the lightest guns deemed sufficient to ward off these small attackers. Additionally, she heralded the first use of turbines to powering major warships, and this gave her a 3 knot speed advantage over her predecessors. The result was a clean design with 10 12-inch guns disposed such that 8 could fire over either broadside». Voir aussi: [http://www.reference.com/browse/wiki/HMS_Dreadnought_\(1906\)](http://www.reference.com/browse/wiki/HMS_Dreadnought_(1906)). Et ça se prononce: drɛd'nɔt.

¹⁰⁵ On pourrait ajouter que le baptême du HMS Dreadnought eut lieu le 10 février 1906 et que le procès s'était ouvert le 27 février 2006.

¹⁰⁶ Voir Marie-France Albert, *Le style de la Common Law* (Bruxelles, Bruylant, 2005), à la page 53: «Lord Denning lui-même disait dans ses jugements qu'il racontait une histoire». Le juge Shore de la Cour fédérale semble se faire une spécialité de ces paragraphes introductifs où les enjeux se trouvent résumés à une échelle humaine.

¹⁰⁷ Par exemple, le jugement rendu par le juge Politan de la Cour de district du New Jersey dans l'affaire *John Hand Promotions c. Sports Page Cafe Inc.* 940 F. Supp. 102; 1996 U.S. Dist. LEXIS 11915; 36 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 250 rejetant une requête pour sanctions vu la disparition de certains éléments de preuve dans une affaire de droits d'auteur.

Certains pourraient aussi conclure que cela prouve, tout simplement, que les juges sont humains¹⁰⁸ et que «Aussi surprenant que cela puisse paraître, l'humour anglais existe. Il s'agit simplement de le dégeler»¹⁰⁹.

En fait, la vraie énigme dans cette affaire c'est pourquoi «diable», dans les circonstances, les demandeurs ont-ils institué¹¹⁰ une action qui était si mal fondée¹¹¹?

ROBIC + DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

¹⁰⁸ Pour citer le juge dans un communiqué «I can't discuss the judgment but I don't see why a judgment should not be a matter of fun». Le juge Smith de poursuivre qu'il lui avait fallu environ 40 minutes pour créer le code, et encore 40 minutes pour l'introduire dans le texte du jugement. Et pourtant, assure-t-il, il déteste les mots croisés et il ne fait pas de Sudoku.

¹⁰⁹ André Hallée, *Sauver la face*. «L'humour provient d'un excès de sérieux»: Tristan Bernard, *Dictionnaire humoristique de A à Z* (Paris, Cherche-Midi, 2002) ou «Où il n'y a pas d'humour, il n'y a pas d'humanité, où il n'y a pas d'humour il y a le camp de concentration»: Eugène Ionesco, *Notes et contre-notes* (Paris, Gallimard, 1966). Le titre qui précède la conclusion du jugement: «End Game» n'est pas mal non plus!

¹¹⁰ Ou maintenu.

¹¹¹ Au paragraphe 268 du jugement, le juge se pose lui-même la question: «Why do the Claimants bring the claim I conjecture? ». «Leigh and Baigent were unwise to bring a claim when they could not prove direct textual copying. Where the original work is historical, as in the case of *Holy Blood, Holy Grail*, there is an added difficulty that is derivative; there are other sources which the second author can research. Additionally, there is no copyright in the facts and ideas in the public domain. Ironically, the case might have been stronger had *Holy Blood, Holy Grail* been a work of fiction»: David Hooper, *Copyrighting History? The Da Vinci Code* (2006-08-14) International Law Office.

ANNEXE A

Extrait de http://www.hmccourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j4008/baigent_v_rhg_0406.htm

Neutral Citation Number: (2006) EWHC 719 (Ch)

Case No: HC04C03092

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION

Royal Courts of Justice
 Strand, London, WC2A 2LL
 Date: 07/04/2006

Before :

MR JUSTICE PETER SMITH

Between :

1. Michael Baigent

Claimants

2. Richard Leigh

- and -

The Random House Group Limited

Defendant

Mr Jonathan Rayner James QC and Mr Andrew Norris (instructed by **Orchard Brayton Graham LLP**) for the **Claimants**

Mr John Baldwin QC and Mr James Abrahams (instructed by **Arnold & Porter(UK) LLP**) for the **Defendant**

Hearing dates: 27th, 28th February, 7th, 8th, 9th, 10th, 13th, 14th, 15th, 17th and 20th March 2006

Complete Judgment (PDF 403kB)

Peter Smith J :

SUMMARY OF JUDGMENT

1. The Claimants' Claim fails and is dismissed.
2. The reasons for the dismissal are as follows:
 - 2.1 Holy Blood Holy Grail does not have a Central Theme as contended by the Claimants: it was an artificial creation for the purposes of the litigation working back from the Da Vinci Code.
 - 2.2 Holy Blood Holy Grail has much more to it than the Central Themes as expressed so that the Claimants contention that HBHG has very little apart from the Central Themes is not correct.
 - 2.3 Even if the Central Themes were copied they are too general or of too low a level of abstraction to be capable of protection by copyright law.
 - 2.4 The Central Themes are merely a selective number of facts and ideas artificially taken out of HBHG for the purpose of the litigation.
 - 2.5 There is no "Architecture" or "Structure" to be found in HBHG or the Central Themes as contended by the Claimants nor has Dan Brown infringed any such Architecture or Structure or substantially copied HBHG when he wrote DVC although it is clear it was used to write the Langdon/Teabing lectures.
 - 2.6 The Claimants have failed to establish at least 4 or possibly 5 of the Themes are either in HBHG or in DVC which further weakened their case.

3. Accordingly there is no copyright infringement either by textual copying or non textual copying of a substantial part of HBHG by means of copying the Central Themes.
4. The majority of the language copying Claims were established but they are not claimed to be textual infringement of the copyright in HBHG and so do not assist the Claimants.
5. A comparison of the language of the Central Themes with the text of HBHG and DVC compared by reference to the VSS shows copying of the text from HBHG into DVC. However this is not alleged to a copyright infringement either so does not assist the Claimants. Such copying cannot amount to substantial copying of the text of HBHG and the Claimants have never said it does.
6. When Dan Brown wrote the Synopsis for DVC he did not use HBHG but used other sources provided to him by Blythe Brown. However his contention that neither he nor his wife acquired or read HBHG until very late in the writing process is rejected. Blythe Brown probably acquired it no later than November 2000 and was using it for research although Dan Brown either did not know that or did not use the material when writing the Synopsis.
7. Dan Brown did not use HBHG when he wrote the first 190 Pages delivered in March 2002 but Blythe could still have been working with it then (whether he knew or not).
8. When the final part of HBHG was worked on from March - August 2002 the historical lectures by Langdon/Teabing were written. The character of Teabing was created then plainly from HBHG and the annotations on the Brown copy of HBHG are the most extensive of all the books and the text can be traced through into several research items of Blythe Brown and the text of DVC. The lectures were written using HBHG mainly but possibly with the assistance to a lesser degree of the earlier books. HBHG was the primary book used for these lectures.
9. No good reason for not calling Blythe Brown was given. Her evidence could have assisted significantly in explaining how various documents were created and how the text of DVC in respect of the lectures came to be written. Any doubts that could have been explained by her were accordingly to be resolved in favour of the Claimants. However her evidence was not crucial to the primary decision on infringement of copyright.
10. None of this amounts to copying of HBHG or substantial copying of it (whether textual or non textual) nor of the Central Themes and does not amount to an infringement of the claimants copyright in the book.
11. This case has not been about Mr Brown's skill and reputation as a thriller writer and should have no impact on it whatsoever.
12. A full copy of the judgment will be found on the Court Service website www.hmcourts-service.gov.uk

The Hon Mr Justice Peter Smith
7th April 2006

ANNEXE B

Extrait de <http://www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/719.html>

R THE CENTRAL THEME

Central Theme Point
1. Jesus was of royal blood, with a legitimate claim to the throne of Palestine
2. Like any devout Jew of the time, and especially like a Rabbi and any royal or aristocratic claimant, he would have been married.
3. As expected of any Jew at the time, he would have children.
4. At some time after the crucifixion, Jesus' wife, the figure known as Mary Magdalene, fled the Holy Land and found refuge in one of many Judaic communities then scattered around the south of France. When she fled the Holy Land, the Magdalene might have been pregnant with Jesus' offspring, or such offspring might already have been born and brought with her. We concluded from studying the Grail Romances and early manuscripts that Mary Magdalene fled the Holy Land with the Sangraal and that by turning Sangraal into 'Sang Raal' or 'Sang Réal' we suggested that Mary Magdalene fled with the royal blood.
5. We considered what the Holy Grail was, whether the Holy Grail was a cup or whether the Grail was in some way related to Mary Magdalene and the Sang Real. We concluded that the Grail would have been at least two things simultaneously. On the one hand it would have been Jesus's bloodline and descendants and it would have been quite literally the vessel that contained Jesus's blood. In other words it would have been the womb of the Magdalene and by extension the Magdalene herself.
6. In a Judaic community in the South of France, the bloodline of Jesus and the Magdalene would have been perpetuated for some five centuries - not a particularly long time, so far as royal and aristocratic blood lines are concerned.
7. Towards the end of the 5th century, Jesus' bloodline intermarried with that of the royal line of the Franks. From this union, there issued the Merovingian dynasty.
8. In the meantime, the Roman Empire in the fourth century AD, under the auspices of Constantine, had adopted "Pauline" Christianity as its officially sanctioned and tolerated form of Christianity. This was done as a matter of convenience to foster unity; and once "Pauline" Christianity became the official orthodoxy, all other forms of Christianity became, by definition, heresies. By the end of the century Christianity had become the official religion of the Roman Empire. The Church's dogmatic religious stance thus benefited from the support of secular authority.
9. When the Merovingian dynasty grew weaker under Clovis' successors, the Church reneged on its pact and colluded in the assassination of Dagobert II, last of the Merovingian rulers. Although Dagobert died and the Merovingians were deposed, Dagobert's son, Sigisbert, survived and perpetuated the Merovingian bloodline through a number of noble houses. Towards the end of the 11th century, the Merovingian blood line emerged on the central stage of history in the person of Godfroi de Bouillon, Duke of Lorraine.
10. When Godfroi embarked on the first crusade in 1099, he was, in effect seeking to reclaim his birthright and heritage, the throne of Palestine to which his ancestors had possessed a claim a thousand years before.

11. Godfroi surrounded himself with a circle of counsellors, who were endowed with the Abbey situated on Mount Sion in Jerusalem and became known as the Ordre de Sion, or, subsequently, the Prieuré de Sion (Priory of Sion).

12. The Ordre or Prieuré de Sion created the Knights Templar as their administrative and executive arm.

13. In the mid-12th century, members of the Ordre de Sion established themselves in France, from where they subsequently spread out to own properties across the whole of Europe. When the Holy Land was lost, France became the Prieuré's primary base and headquarters.

14. The Prieuré continued to act as protectors and custodians of the Merovingian bloodline, the "blood royal" or "sang réel", the so-called "Holy Grail".

15. During its early history - until the 14th century - the Grand Masters of the Prieuré were drawn from a network of interlinked families, all of whom could claim Merovingian descent. From the 14th century on, the Prieuré (according to its purported statutes, which Brown would appear not to have seen) would, for complicated reasons, move outside the family. Grand Masters would then be, on occasion, illustrious names - Leonardo, for example, Botticelli, Sir Isaac Newton, Victor Hugo, Debussy, Cocteau. Sometimes, however, the names would be rather more obscure, like Charles Nodier. In any case, all "outsiders" listed as Grand Masters still have close connections with the network of families claiming Merovingian descent.

ANNEXE C

Extrait de http://www.hmcourts-service.gov.uk/images/judgment-files/baigent_v_rhg_0406.pdf#search=%22%22%5B2006%5D%20EWHC%20719%22%22.

MR JUSTICE PETER SMITH
Approved Judgment

Baigent & Leigh v Random House

Peter Smith J :

A SETTING THE SCENE

1 Introduction

1. The two **Claimants** Michael Baigent and Richard Leigh claim that the novel The Da Vinci Code (“DVC”) is an infringement of their copyright in their book The Holy Blood and The Holy Grail (“HBHG”).
2. The Claimants are two of the three authors of HBHG. The third author, Henry Lincoln is not a **claimant** and does not participate in the claim. No point is taken about his non participation. Nor is there any claim that the Claimants’ title to sue in respect of their interests in that copyright by reason that they had been two of the three joint holders copyright.
3. DVC was written by Dan Brown who lives and works in America. The Claimants’ case **is that** in writing DVC he produced a book which is an infringing copy of HBHG. The Defendant to the proceedings is The Random House Group Ltd (“Random”) which is responsible for the publication of DVC in the United Kingdom. Dan Brown is not a Defendant, but Random relied upon **his** witness statements and his evidence in this action. In **reality** Mr Brown is on trial over the authorship of DVC.
4. By virtue of various mergers and acquisitions Random publishes both HBHG and DVC. Further a film production of DVC is apparently in the offing starring Tom Hanks with a scheduled release in May 2006. It is a testament to **cynicism** in our times that there have been suggestions that this action is nothing more than a collaborative exercise designed to maximise publicity for both books. It is true that the book sales of both books have soared during the course of the trial (in the case of HBHG it is said to be a tenfold increase).
5. I am not in a position to comment on whether this cynical view is correct but I would say that if it was such a collaborative exercise Mr Baigent and Mr Brown both went through an extensive ordeal in cross examination which they are likely to remember **for** some time.

2 The Claimants

6. The Claimants together with Mr Lincoln spent 5 years researching HBHG between 1976 and 1981 leading to its publication in 1982. As will be seen later in this judgment HBHG was **preceded** by a number of television documentaries. Mr Baigent said that he had spent 75% of his waking hours during that period researching various points underpinning HBHG.
7. He was born in New Zealand and moved to England in 1976 and had an interest in religion “esoteric” thought. After completing studies at university culminating in a BA in psychology with comparative religion and philosophy he developed a private interest in the Knights **Templar**.
8. Mr Leigh was born in New **Jersey** and after secondary education completed a BA in English Literature at Tufts University Boston. He became interested in the Grail Romances whilst an undergraduate and also steeped himself in comparative religions. Thereafter he completed an MA at the University of Chicago in comparative literature

ANNEXE D

Extrait de www.thesmithycode.com

Decoding Smithy

The first part of the Smithy code is "Jaeiexto". The first 8 Fibonacci numbers are given above. To apply the code, we count forwards in the alphabet using the Fibonacci numbers:

- The first Fibonacci number is "1", so "J" is unchanged.
- The second Fibonacci number is "1", so "a" is unchanged.
- Let's skip "e" for now because the code is very strange on the third letter, just believe me that "e" becomes "c".
- The fourth Fibonacci number is "3", so looking at the alphabet ...,g,h,i,j,k,l,m,... we see "i" becomes "k".
- The fifth Fibonacci number is "5", so "e" becomes "j".
- The sixth Fibonacci number is "8", so "x" becomes "e" (we looped around back to the beginning of the alphabet here)
- The next Fibonacci is "13", so "t" becomes "F".
- Next Fibonacci is "21", so "o" becomes "i".

There we have it:

Jaeiexto -----> Jackiefi

Then the sequence starts all over at 1,1,2,... (The real Fibonacci Sequence would keep getting bigger, but the Smithonacci sequence resets after hitting 21). The next 8 letters decode to "sherwhoa".

