Winkler c. Hendley : la Cour fédérale introduit un critère de subjectivité dans la notion d'« histoire »

3 août 2021

Auteurs

Alain Y. Dussault

Associé, Agent de marques de commerce Associé, et Avocat

Ghiles Helli

Avocat

Les « faits historiques »[1] ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Citer la prise de la Bastille ou la bataille des Plaines d'Abraham ne mènera pas un auteur à être poursuivi devant la Cour fédérale. Mais pour être qualifiés de « faits historiques », les évènements doivent-ils s'être réellement produits? La Cour fédérale vient de se prononcer récemment sur cette question dans la décision *Winkler* c. *Hendley*[2].

Dans cette décision, la Cour fédérale affirme que si l'auteur présente son œuvre littéraire comme un livre d'histoire[3], pour peu que cette affirmation soit plausible, il faut traiter les évènements qu'il y décrit comme constituant des « faits historiques » et ce même s'ils n'en sont pas. Dès lors, l'auteur ne peut revendiquer leur originalité lors du test de la reproduction d'une partie importante de son œuvre. L'originalité ne demeure que quant à la sélection et l'arrangement des faits.

Contexte

Cette affaire traite de trois livres écrits sur la famille Donnelly dont les crimes ont défrayé la chronique vers la fin du 19e siècle en Ontario :

> « *The Black Donnellys* » (ci-après : *The Black Donnellys*) est un livre d'Histoire publié en 1954 par Thomas P. Kelley (ci-après : Kelley)
> « *Vengeance of the Black Donnellys* » (ci-après : *Vengeance*) est une œuvre de fiction publiée en 1962 par Kelley (le même auteur)
> « *The Black Donnellys: The Outrageous Tale of Canada's Deadliest Feud* (ci-après : *The Outrageous Tale*) est un livre d'Histoire publié en 2004 par Nate Hendley (ci-après : Hendley)

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Jon Winkler (ci-après : Winkler), héritier de Kelley et titulaire du droit d'auteur, accuse Hendley d'avoir reproduit dans *The Outrageous Tale* une partie importante des deux œuvres littéraires *The Black Donnellys* et *Vengeance*. Il fait valoir que ces deux œuvres sont des fictions, car plusieurs évènements qui y sont décrits sont objectivement faux. En premier lieu, Winkler prétend que Hendley a reproduit les mêmes erreurs. En second lieu, il prétend que Hendley a reproduit la structure, le ton, le thème, l'atmosphère et les dialogues dans la narration des évènements.

Pour sa part, Hendley admet avoir utilisé les deux œuvres littéraires de Kelley à titre de référence pour écrire *The Outrageous Tale.* Toutefois, il maintient que *The Black Donnelly* devrait être considéré comme un livre d'Histoire, car Kelley l'a originellement décrit et présenté comme tel. Puisque les « faits historiques » ne sont pas protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*[4] (la « loi »), Hendley nie avoir reproduit les œuvres de Kelleyet affirme que *The Outrageous Tale* est une œuvre littéraire originale.

Au soutien leurs requêtes pour jugement sommaire, les deux parties ont produit des affidavits. De plus, Winkler a produit deux rapports d'experts. Le premier compare des extraits soit de *The Black Donnelly*,soit de *Vengeance* à des extraits de *The Outrageous Tale.* Le second consiste en une analyse sur le caractère factuel de *The Black Donnelly*.

Les conclusions de la Cour fédérale sont les suivantes :

> Les faits qui sont présentés de manière plausible par l'auteur comme constituant des « faits historiques » doivent être exclus de la protection du droit d'auteur. Dès lors, l'auteur ne peut revendiquer leur originalité lors du test de la reproduction d'une partie importante de son œuvre.
> Hendley n'a pas violé le droit d'auteur Winkler sur *The Black Donnelly* en utilisant des « faits historiques » sans reproduire dans leur narration la structure, le ton, le thème, l'atmosphère ou les dialogues dans *The Outrageous Tale*.
> Hendley n'a pas violé le droit d'auteur de Winkler sur *Vengeance* bien qu'il ait reproduit de manière non littérale les caractéristiques d'un personnage fictif dans *The Outrageous Tale.* Cette reproduction ne concerne pas une partie importante de l'œuvre littéraire *Vengeance* prise dans son ensemble.

Les faits qui sont présentés de manière plausible par l'auteur comme des « faits historiques » doivent être considérés comme tels

La Cour fédérale statue que le *The Black Donnelly* est un livre d'Histoire, et le considère à toutes fins pratiques comme l'exposé de « faits historiques ». D'abord, la Cour s'appuie sur la déclaration de Kelley qui a présenté *The Black Donnelly* dès sa publication comme étant « le véritable récit de la querelle la plus barbare de l'histoire canadienne »[5]. Ensuite, la Cour renvoie à l'introduction de l'édition originale de 1954, où Kelley déclare avoir tiré les renseignements utilisés d'anciens journaux, d'archives de la police et de tribunaux, de voyages dans la région ainsi que d'autres « sources irréprochables »[6].

La Cour détermine qu'elle n'a pas à considérer les conclusions du rapport d'expert voulant que l'œuvre soit « à deux tiers une fiction ». La loi ne constitue pas un outil visant à s'assurer de la précision des différentes versions historiques et son rôle n'est pas de les départager selon un critère objectif [7]. Il s'ensuit que la notion de « faits historiques » doit nécessairement comprendre ceux que l'auteur présente de manière plausible comme tels [8]. La Cour introduit ainsi un critère subjectif dans l'évaluation du caractère factuel d'un livre d'Histoire.

La Cour fédérale juge donc que Hendley était justifié de se fier à la version des faits présentée dans *The Black Donnelly*. L'objet de la loi est de maintenir un juste équilibre entre, d'une part, la protection du talent et du jugement des auteurs et, d'autre part, le fait de laisser des idées et des éléments relever du domaine public afin que tous puissent s'en inspirer. Or, permettre à Kelley de présenter une chose comme un constituant un « fait historique », pour ensuite permettre à Winkler de poursuivre un auteur subséquent en alléguant que le «&nbfait historique » est faux nuirait

[9]

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

indûment à la circulation des idées et romprait ce juste équilibre . En conclusion, Winkler ne peut pas chercher à réfuter le caractère historique du livre de Kelley et revendiquer le droit d'auteur sur les « faits inventés » qu'il contient [10]. Dès lors qu'ils sont considérés comme des « faits historiques », Winkler ne peut revendiquer leur originalité dans le cadre du test de la reproduction d'une partie importante de son œuvre.

Hendley n'a pas reproduit une partie importante des œuvres de Kelley

La Cour Fédéral rappelle que la loi protège toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale. Ainsi, la protection du droit d'auteur existe, que l'œuvre littéraire soit un livre d'Histoire ou de fiction. Cependant, dans le cas d'un livre d'Histoire, la protection ne s'étend pas aux « faits historiques » ou à leurs chronologies[11]. L'originalité de l'œuvre de Kelley repose uniquement sur les moyens d'expression et donc, sur la sélection et l'arrangement des faits. Conséquemment, la Cour analyse la reproduction de la structure, du ton, du thème, de l'atmosphère et des dialogues dans la narration des « faits historiques », et non pas les faits eux-mêmes.

La Cour suprême préconise une approche holistique et globale afin de déterminer si une partie importante de l'œuvre du demandeur est reproduite par le défendeur[12]. Toutefois, étant donné le format du rapport d'expert, la Cour Fédérale juge nécessaire d'analyser chaque extrait, puis d'évaluer si leur effet cumulatif constitue la reproduction d'une partie importante des œuvres de chacune des œuvres de Kelley[13].

A) *The Outrageous Tale* ne reproduit pas une partie importante de *The Black Donnelly*

La Cour Fédérale en vient à la conclusion qu'aucune ressemblance importante n'a été démontrée par le rapport d'expert dans la comparaison entre une vingtaine d'extraits de *The Black Donnelly* et d'extraits prétendument analogues de *The Outrageous Tale*. Winkler allègue que la simple reproduction des « faits factices sous-jacents » dans *The Outrageous Tale* constitue une reproduction non autorisée. La Cour rejette cet argument, car considérer *The Black Donnelly* comme un livre d'Histoire suppose que les « faits historiques » qu'il contient ne font pas partie de l'originalité de l'œuvre[14]. Conséquemment, la Cour fédérale exclut cette vingtaine d'extraits car ils ne font que mentionner les mêmes « faits historiques »[15].

Pour les extraits qui démontrent une certaine ressemblance importante, la Cour Fédérale reproche à l'expert sa méthode qui consiste à analyser des mots isolés et hors contexte pour démontrer une plus grande similarité entre les deux textes. La Cour choisit donc plutôt de s'appuyer sur des passages plus complets tirés directement des œuvres pour évaluer les ressemblances dans la sélection et l'arrangement des faits.

La reproduction d'un « fait inventé » est plus facilement décelable. En effet, décrire les mêmes « faits historiques » fait en sorte qu'une certaine ressemblance importante est inévitable. Comme l'exprime la Cour Fédérale concernant la description d'une bataille de rue :

> « In the foregoing passage, the linguistic similarity—references to Flanagan, the gun, the road, the 17 men— are all important parts of the factual aspect of the event. There may be a vast number of ways in which to recount facts. However, it would be difficult if not impossible to describe an event in which Flanagan, carrying a shotgun, went down the road with 17 men without using those terms. Here, the lack of copyright in "facts," whether actually factual or simply asserted to be factual, becomes particularly important. If these descriptions of a fight were found in two works of fiction, there would be a stronger case that copying these elements contributed to a substantial taking. In a work of nonfiction, these factual elements are not part of the work's originality.'[16]

La Cour fédérale rejette les allégations de reproduction dans les autres passages en se fondant sur

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

le même argument. Elle conclut que l'analyse effectuée en fonction de la structure, du ton, du thème, de l'atmosphère et des dialogues ne démontre pas que Hendley ait reproduit dans *The Outrageous Tale* une partie importante de *The Black Donnelly*.

Cette décision est étonnante en ce que la protection accordée aux œuvres en vertu du droit d'auteur et le test de la reprise d'une partie importante, devrait être un test objectif : Est-ce qu'on a repris une partie importante de l'œuvre première quant à sa qualité dans l'œuvre seconde. Un fait est historique, ou il ne l'est pas. Qu'un auteur puisse raisonnablement penser que ce fait est historique ne devrait pas influencer l'originalité de l'œuvre première, ni influencer la question de reprise importante dans l'œuvre seconde. On comprend le résultat en équité auquel le juge veut arriver, on peut cependant se demander si les moyens juridiques adopté étaient adéquats.

---

1. Dans ce texte les « faits historiques » renvoient à des évènements qui revêtent un caractère factuel.
2. 2021 FC 498
3. Dans ce texte, la notion de « livre d'histoire » renvoie à un livre de la discipline « Histoire » entendue comme la discipline qui étudie le passé et cherche à reconstituer les « faits historiques ».
4. *L.R.C., 1985*, ch. C-42
5. *Winkler* c. *Hendley,* préc. note 2*,* par. 71
6. *Id.* par. 73
7. *Id.* par. 96
8. *Id.* 92
9. *Id.* par. 92
10. *Id.* par. 95
11. *Id.* par. 56
12. *Cinar Corporation c. Robinson,* 2013 CSC 73; *Loi sur le droit d'auteur, préci. note 6, art.3*
13. *Id.* par. 113
14. *Winkler* c. *Hendley,* préc. note 2*,* par. 58
15. *Id.*
16. *Id.* par. 122

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.