

L'hyperlien : Mise à jour, mise à disposition et mise à mort

Yohan Benizri*

LES RÉSEAUX NE SONT RÉELLEMENT UTILES que pour la facilité avec laquelle l'on peut y trouver l'information que l'on cherche. Finie la recherche laborieuse, place à l'hyperlien. Les liens hypertextes permettent en effet de lier d'un simple clic les milliards de pages de l'internet, ils constituent autant de nœuds nécessaires au maintien et au fonctionnement de la toile. Selon le concepteur de l'internet, Berners-Lee, il s'agissait de créer un espace où tous les documents publiés auraient été à la portée de tous grâce à l'hyperlien. Il s'agira donc de dégager le régime actuellement applicable et ses écueils éventuels, mais surtout, de s'engager sur le droit de demain. Le projet de loi C-60 prévoyait, conformément aux traités OMPI, l'introduction du droit de mise à disposition. Ce droit, initialement institué pour répondre aux lacunes de la convention de Berne et s'adapter aux nouvelles technologies, apparaît problématique au regard des hyperliens. La thèse de cette étude est précisément que le simple établissement d'un lien pourrait engager la responsabilité de son auteur au regard du droit de demain. Nous nous efforcerons d'accueillir cette nouvelle réalité en étudiant les questions de politique juridique qu'elle soulève. Les intérêts divergents des acteurs seront pris en compte afin de dégager un régime viable. Particulièrement, nous étudierons la possibilité d'appliquer un mécanisme de corégulation pour résoudre le problème des hyperliens et permettre, par là, à l'internet de continuer à exister.

THE TRUE VALUE OF NETWORKS IS that they facilitate the finding of information. With the advent of hyperlinks, research is no longer as time consuming. With a simple click of the mouse, hyperlinks bring forth billions of webpages. Hyperlinks are therefore the very pith and substance of web maintenance and functioning. According to internet designer Tim Berners-Lee, the idea of the internet was to create a space where all published documents would become available to all by means of hyperlinks. This would entail freeing the currently applicable regime and its future hurdles and following the path of modern law. Bill C-60, in conformity with the WIPO conventions, provided for the introduction of a making available right. Initially conceived as a response to gaps in the Berne Convention and as a means of adapting to new technologies, this making available right seems problematic from the standpoint of hyperlinks. The underlying thesis in this article is precisely that the simple creation of a link could entail some responsibility on the part of its author under modern law. This article acknowledges this new reality and focuses on resulting legal policy issues, taking into consideration the divergent interests of the actors involved in order to come up with a viable regime. More specifically, the article examines whether a co-regulation mechanism could be used in order to resolve hyperlink problems and thereby ensure the continuation of the internet.

Copyright 2006 © by Yohan Benizri.

* L'auteur tient à remercier le professeur Sunny Handa pour la clarté et l'intelligence de l'enseignement qu'il prodigue ainsi que le professeur David Lametti pour sa disponibilité et son empressément au partage de sa connaissance encyclopédique. L'auteur reste seul responsable des erreurs éventuelles.

459	1. INTRODUCTION
460	2. LA TOILE D'AUJOURD'HUI : IMPRESSIONNISME ?
460	2.1. <i>Déclinaison</i>
462	2.2. <i>Responsabilité</i>
462	2.2.1. Reproduction
465	2.2.2. Communication au public par télécommunication
467	2.2.3. Droits moraux
468	3. LA TOILE DE DEMAIN : UNE NATURE MORTE ?
468	3.1. <i>La mise à disposition ou possibilité d'accès</i>
470	3.2. <i>Une toile sans fils ?</i>
472	4. LA CORÉGULATION OU LE PARTAGE DU POUVOIR
474	5. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

L'hyperlien : Mise à jour, mise à disposition et mise à mort

Yohan Benizri

1. INTRODUCTION

« [N]OUS SAVONS, QUE POUR RENDRE À L'ÉCRITURE son avenir, il faut en renverser le mythe : la naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur »¹. Ces mots de Roland Barthes ouvrent notre réflexion sur l'avenir du droit d'auteur sur les réseaux numériques. En effet, comment ne pas voir la naissance du lecteur dans l'avènement des nouvelles technologies, et spécialement l'internet ? Un lecteur qui a accès à tout, tout le temps, dans toutes les langues. Internet est devenu un outil, un esclave au service du lecteur. Mais l'auteur doit-il mourir pour autant ? La réponse est clairement oui, le sacrifice d'un certain auteur est nécessaire sur l'autel de l'information.

Celui dont nous parlons, c'est l'« auteur souverain », titulaire de tous les droits pour une période excessivement longue. Cet auteur ne cadre plus avec l'ère digitale. Il semble cependant qu'au Canada notamment, l'« auteur souverain » s'apprête à s'armer d'une nouvelle prérogative : la mise à disposition. Nous nous proposons d'étudier l'un des aspects de celle-ci.

Les réseaux ne sont réellement utiles que pour la facilité avec laquelle l'on peut y trouver l'information que l'on cherche. Finie la recherche laborieuse, place à l'hyperlien. Les liens hypertextes permettent en effet de lier d'un simple clic les milliards de pages de l'internet, ils constituent autant de nœuds nécessaires au maintien et au fonctionnement de la toile. Selon le concepteur de l'internet, Berners-Lee, il s'agissait de créer un espace où tous les documents publiés auraient été à la portée de tous grâce à l'hyperlien².

Nombreuses sont les questions juridiques soulevées par les liens hypertextes. Pensons notamment aux droits des marques, de la responsabilité aquilienne, ou encore de la concurrence ou des discours racistes. Nous choisissons cependant d'examiner la responsabilité du créateur de l'hypertexte qui pointe vers un contenu protégé par droit d'auteur car il nous semble illustrer

1. Roland Barthes, *Le bruissement de la langue*, Essais Critiques IV (Paris : Seuil, 1984) à la p. 67.

2. Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (New York : Vintage Books, 2002) à la p. 42.

parfaitement l'inadéquation de la législation, actuelle et proposée, pour encadrer certains phénomènes numériques.

Il s'agira d'abord de dégager le régime actuellement applicable et ses écueils éventuels, mais surtout, de s'engager sur le droit de demain. Le projet de loi C-60³ prévoyait, conformément aux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), l'introduction du droit de mise à disposition. Ce droit, initialement institué pour répondre aux lacunes de la convention de Berne et s'adapter aux nouvelles technologies, apparaît problématique au regard des hyperliens. La thèse de cette étude est précisément que le simple établissement d'un lien pourrait engager la responsabilité de son auteur au regard du droit de demain.

Nous nous efforcerons d'accueillir cette nouvelle réalité en étudiant les questions de politiques juridiques qu'elle soulève. Particulièrement, nous étudierons la possibilité d'appliquer un mécanisme de corégulation pour résoudre le problème des hyperliens et permettre, par là, à l'internet de continuer à exister.

★

2. LA TOILE D'AUJOURD'HUI : IMPRESSIONNISME ?

NOUS NOUS ATTACHERONS DANS CE CHAPITRE à déterminer les différentes formes de liens hypertextes et à souligner brièvement les questions juridiques posées par celles-ci. La deuxième partie de cette section sera consacrée à l'examen de la responsabilité du créateur d'un hyperlien qui pointe vers un contenu protégé par le droit d'auteur selon le droit canadien actuel.

2.1. Déclinaison

Les hyperliens connaissent différentes formes et peuvent être classés en fonction de plusieurs paramètres. Les distinctions ainsi opérées ont une importance marginale en fait mais capitale en droit. Nous verrons en effet que les régimes juridiques et leurs applications jurisprudentielles diffèrent.

L'hyperlien peut être défini comme « un système d'établissement structuré de liens entre des informations diverses [...] publiées sur le World Wide Web »⁴. Les liens hypertextes peuvent être classés en deux grandes catégories essentielles : le lien interne, par l'intermédiaire duquel l'internaute traverse un site donné, et le lien externe, qui permet à l'internaute de passer d'une page à une autre facilement. L'on comprend à ce stade déjà que les considérations doctrinales en général et notre étude en particulier se concentrent exclusivement sur les liens externes car il s'agit évidemment de la source des revendications juridiques.

3. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Première session, trente-huitième législature, 2005, <www.parl.gc.ca/pdf/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60_1.pdf> [Projet de loi C-60]. Notons que ce projet de loi n'existera plus comme tel du fait de la chute récente du gouvernement. Il n'en demeure pas moins que l'introduction du droit de mise à disposition dans la loi sur le droit d'auteur est inéluctable au regard des obligations internationales du Canada.

4. Alain Strowel, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. À propos des hyperliens » (1998) 4 *Auteurs et Média* 296 aux pp. 296-297 [Strowel, « Liaisons dangereuses »].

Le lien activable permet de lier une page à une autre par l'intermédiaire du clic d'un utilisateur. Il s'agit d'une simple ligne de code HTML, apparaissant le plus souvent en bleu et soulignée. Le lien simple (« *surface link* ») a pour caractéristique essentielle de ne renvoyer qu'à la page d'accueil du site que l'on se propose de visiter. Le lien profond (« *deep link* »), quant à lui, renvoie à une page secondaire d'un site donné. Cette distinction est primordiale lorsque l'on envisage la responsabilité extracontractuelle du créateur d'un lien hypertexte. En effet, du lien profond peut résulter un manque à gagner pour le titulaire du site cible lorsque l'on sait que les publicités se trouvent le plus souvent sur sa page d'accueil⁵. Cela dit, en matière de droit d'auteur, le fait que le lien soit profond ou simple importe peu, il s'agira plutôt de savoir si le contenu de la page liée comprend une ou plusieurs œuvres protégées.

Le lien intégré (« *inlining* ») permet au créateur d'une page web d'insérer un objet (image, texte, son) existant sur une autre page, elle-même située sur un autre serveur⁶. À moins de révéler le code source de la page visitée, l'internaute n'a aucun moyen de savoir qu'il s'agit d'un objet importé⁷. Ceci est évidemment intéressant au regard du droit d'auteur ; nous étudierons plus loin si l'un ou l'autre des droits exclusifs de l'auteur est violé par ce procédé.

De manière quelque peu différente, le cadrage (« *framing* ») s'entend lorsqu'un hyperlien est activé mais que la page demandée se trouve encadrée par le site web qui fournit le lien hypertexte. Il s'agit d'un lien qui est traditionnellement activé par l'utilisateur. Le titulaire de la page ainsi liée peut invoquer de nombreux moyens. Le professeur Takash résume ceux mis en exergue dans l'affaire *Washington Post Co. v. Total News Inc.*⁸ en ces termes : « misappropriation [...], trade-mark dilution, trade-mark infringement, copyright infringement, false advertising, and unfair competition [notes omises] »⁹. Il faut souligner, avec Sableman, qu'il n'est pas question d'hyperliens à proprement parler, mais plutôt de la manière dont Total News a usé de ceux-ci¹⁰.

On peut encore différencier les liens hypertextes en fonction de leur mode d'activation respectif. Les liens activables nécessitent l'intervention de l'internaute tandis que les liens automatiques s'enclenchent sans intervention de l'utilisateur. Enfin, on notera encore que les créateurs d'hyperliens se classent en deux grandes catégories : les créateurs automatiques, tels les moteurs de recherche, et les créateurs manuels¹¹.

-
5. Alain Strowel et Nicolas Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens. Deuxième partie : la responsabilité en matière d'hyperliens. » (2001), <www.droit-technologie.org> à la p. 10 [Strowel et Ide, « La responsabilité »]; Voir aussi les griefs dans l'affaire *Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp.* No 3055 DDP (C.D. Cal.), disponible à <<http://legal.web.aol.com/decisions/dlip/tickcomp.html>>, au para. 16 (Les parties ont finalement transigé); voir encore *Shetland Times v. Wills* (1996), [1997] S.L.T. 669; et *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, 54 U.S.P.Q. 2d 1344 (C.D. Cal. 2000), disponible à <<http://www.linksandlaw.com/decisions-2.htm>> [Ticketmaster 1].
 6. Le fait que l'objet soit en réalité situé sur un autre serveur pose un intéressant problème au niveau du droit de reproduction. Voir nos développements plus bas.
 7. Strowel, « Liaisons dangereuses », *supra* note 4 à la p. 298; Mark Sableman, « Link Law Revisited : Internet Linking Law at Five Years » (2001) 16:3 Berkeley Technology Law Journal 1273, <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/sableman/sableman.pdf>> à la p. 1297 [Sableman, « Link Law »].
 8. *Washington Post Co. v. Total News Inc.*, No 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D. N.Y. 1997), disponible à <<http://legal.web.aol.com/decisions/dlip/washcomp.html>>, cité dans Sableman, « Link Law », *supra* note 7 à la p. 1299.
 9. George S. Takach, *Computer Law*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2003) à la p. 204.
 10. Sableman, « Link Law », *supra* note 7 à la p. 1299 ou à la p. 28 en ligne.
 11. Recommandation du forum des droits sur l'Internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ? » (23 octobre 2003), <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-resphyli-20031023.pdf>> aux pp. 7 et 9.

2.2. Responsabilité

Avant de nous concentrer sur les dispositions pertinentes de la loi sur le droit d'auteur¹², il nous faut déterminer ce que l'on entend par contenu illicite. Il s'agit généralement de toute œuvre protégée, ce qui peut inclure, dans le cas qui nous occupe et sans prétention d'exhaustivité, le site internet lié lui-même, indépendamment de son contenu¹³, les textes, images et les sons qui le constituent. Il est intéressant de noter, déjà à ce niveau superficiel de notre réflexion, qu'un hyperlien pointe toujours vers un contenu protégé par droit d'auteur. En effet, même le site qui ne propose que des œuvres tombées dans le domaine public est protégé en tant que programme à moins bien sûr qu'il ne soit lui-même tombé dans le domaine public, ce qui, au vu de la relative jeunesse du réseau et de l'extension récente dans plusieurs pays de la durée du droit d'auteur, semble impossible. Une distinction importante peut toutefois être dressée entre le contenu protégé par droit d'auteur mais effectivement mis en ligne par l'auteur ou ses ayant droits et celui qui est mis en ligne par une tierce partie. Ceci nous permettra en effet de prendre en compte la théorie de la licence implicite.

Il nous faut maintenant examiner les droits exclusifs de l'auteur susceptibles d'être violés par le lien hypertexte sous le régime de la loi C-42, savoir, la reproduction, la communication au public par télécommunication et leurs autorisations respectives ainsi que les droits moraux.

2.2.1. Reproduction

Pour analyser le droit de reproduction, il est tentant de mettre en exergue la différence entre le lien intégré et le cadrage d'une part et les autres types de liens d'autre part. Cette manière de voir est erronée. Comme nous l'avons expliqué, le lien intégré, tout comme le cadrage d'ailleurs, est simplement une manière d'atteindre le serveur que l'on lie. Il n'est pas question de dupliquer l'œuvre sur le serveur du site lieur¹⁴. Or, dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, la Cour suprême du Canada a dégagé le principe selon lequel « la «reproduction» est généralement définie comme l'action de produire des copies supplémentaires »¹⁵. Le créateur de l'hyperlien sera donc logiquement exonéré puisque son action ne crée pas de copies supplémentaires. Le lien créé, quelque soit sa forme, apparaît tout au plus comme une fenêtre par laquelle il

12. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, <<http://lois.justice.gc.ca/fr/C-42/index.html>> [LDA].

13. Le site internet est en effet un programme d'ordinateur et ceux-ci sont protégés par droit d'auteur. Voir Sunny Handa, « Focus on Computer Programs : "Understanding the Business of Copyright" », Présentation à l'institut de propriété intellectuelle du Canada, Montréal, Août 2005 à la p. 22 [non publiée] [Handa, « Focus on Computer programs »]. Voir aussi la définition du programme d'ordinateur dans la LDA, art. 2 : « Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier ».

14. Catherine Bate, « What a Tangled World Wide Web We Weave, An Analysis of Linking under Canadian Copyright Law » (2002) *University of Toronto Faculty of Law Review* 60 à la p. 26 [Bate, « What a Tangled World »].

15. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc34/2002csc34.html>>, [2002] 2 R.C.S. 336, para. 42 [Théberge]; voir aussi *Ticketmaster 1*, *supra* note 5 où l'on peut lire « hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act [...] since no copying is involved ».

est possible de voir l'œuvre¹⁶. Cela étant, il nous faut préciser ici que certains auteurs canadiens ont considéré que l'utilisation du titre de l'œuvre, tel qu'il serait éventuellement reproduit dans l'hypertexte, pourrait être constitutive de contrefaçon. Cependant, la jurisprudence semble pencher vers une interprétation différente¹⁷.

Nous nous sommes concentrés au paragraphe précédent sur la responsabilité du créateur d'hyperliens. Mais il est possible que l'activation de l'hyperlien par l'utilisateur entraîne la responsabilité de ce dernier. Cette question nous intéresse pour déterminer si le créateur de l'hyperlien a autorisé¹⁸ la reproduction. Dans l'état actuel du droit canadien, il pourrait être considéré que le seul fait d'afficher la page lié dans un navigateur est constitutif de contrefaçon. En effet, l'internaute effectue plusieurs copies dans la mémoire vive (« random-access memory ») de l'ordinateur, c'est d'ailleurs là le siège de la controverse existante à propos de la mise en antémémoire (« caching »)¹⁹. La commission du droit d'auteur, dans l'affaire Tarif 22²⁰, a décidé que cette activité était couverte par l'exception prévue par l'article 2.4(1) b) de la loi sur le droit d'auteur qui ne vise d'ailleurs que le droit de communication au public. La mise en antémémoire ne servant qu'au bon fonctionnement du réseau, elle ne peut être considérée comme illicite. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême²¹. Le projet de loi C-60 prévoyait encore l'exonération de principe des « fournisseurs d'outils de repérage » qui aurait été tributaire de certaines conditions dont l'absence de connaissance du caractère illicite d'une œuvre²².

Quant aux internautes eux-mêmes, la question est plus délicate. Certains jugements de par le monde, ainsi que de nombreux auteurs, ont plaidé pour une interprétation extensive du concept de reproduction²³. La directive européenne

-
16. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934 (9^{ème} Cir. 2002), <[http://www.ca9.uscourts.gov/coa/newopinions.nsf/038AD9E9A70DB15188256B5700813AD7/\\$file/0055521.pdf?openelement](http://www.ca9.uscourts.gov/coa/newopinions.nsf/038AD9E9A70DB15188256B5700813AD7/$file/0055521.pdf?openelement)>.
 17. Laurent Carrière, « Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion » (1997) 3 Cahiers de propriété intellectuelle 9 à la p. 467 <www.robic.ca/publications/Pdf/205-LC.pdf> [Carrière, « Hypertextes et hyperliens »].
 18. LDA, *supra* note 12, art. 3(1) in fine; Pour un commentaire exhaustif du droit d'autoriser, voir Ysolde Gendreau, « Authorization Revisited » (2001) 48 Journal of the Copyright Society 341.
 19. Ignacio J. Garrote, « Linking, Framing and Copyright : A Comparative Law Approach » (2001), <<http://ssrn.com/abstract=280596>>; Simona Kiritsov, « Can Millions of Users Be Breaking the Law Everyday ? An Intellectual Property Analysis of Linking and Framing and the Need for Licensing » (2000).
 20. *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, (Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998)*, Commission du droit d'auteur, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m27101999-b.pdf>> [Tarif 22].
 21. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc45/2004csc45.html>>, [2004] 2 R.C.S. 45 [SOCAN].
 22. Projet de loi C-60, *supra* note 3, art. 40.3. Notons ici qu'il s'agit d'une forme de corégulation : l'autorité étatique prévoit une exonération de principe mais si certains acteurs préviennent le fournisseur d'outils de repérage de l'illicéité du contenu repéré, ceux-ci devront prendre les mesures appropriées. Il s'agit donc d'une conjonction entre l'autorité étatique et l'efficacité des acteurs privés.
 23. *MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d. 511 (9^{ème} Cir. 1993); André Lucas, *Droit d'auteur et numérique* (Paris : Litec, 1998); Bruce A. Lehman and Information Infrastructure Task Force, *The report of the working group on intellectual property rights* (Washington D.C. : Library of Congress, 1995), <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>>; IHAC Copyright Subcommittee Final Report, Information Highway Advisory Council, *Copyright and the Information Highway : Final Report of the Copyright Subcommittee* (Ottawa: Information Highway Advisory Council, 1995); contra voir : Pamela Samuelson, « The Copyright Grab » (1996) 4:1 Wired, <http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html>; Jaap H. Spoor, « The Copyright Approach to Copying on the Internet : (Over)Stretching the Reproduction Right ? » dans P. Bernt Hugenholtz, (dir.), *The Future of Copyright in a Digital Environment* (La Haie : Kluwer Law International, 1996) 67-80; voir encore l'analyse de l'arrêt MAISystem Corp dans David Nimmer, *Copyright, Sacred Text, Technology and the DMCA* (La Haie : Kluwer Law International, 2003) aux pp. 22 et suivantes.

du 22 mai 2001 « société de l'information »²⁴ a toutefois tranché en sens contraire en son article 5.1 en disposant

Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite

d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

La question est complexe mais une solution traditionnelle existe : la copie en antémémoire est bien une reproduction au sens de la loi sur le droit d'auteur.

Cependant, cette copie ne constitue pas une violation du droit exclusif de l'auteur lorsque son œuvre a été mise en ligne de par son propre fait. Il sera en effet considéré dans ce cas que l'auteur a donné une licence implicite de reproduction aux internautes²⁵. Encore, il pourrait être défendu que la reproduction temporaire relève de la doctrine canadienne du « fair dealing »²⁶. Ici nous retrouvons la distinction importante entre les contenus liés. Si le site ne contient que du contenu qui appartient à l'auteur de la page Web, la reproduction est autorisée. Dès lors, il ne sera pas question d'engager la responsabilité du créateur de l'hypertexte, celui-ci n'ayant finalement autorisé qu'une copie légitime. Il faudra remarquer que cette solution est satisfaisante parce que le médium sur lequel l'œuvre a été placée nécessite intrinsèquement une reproduction. L'auteur savait qu'en mettant en ligne son œuvre, cette dernière serait reproduite dans l'antémémoire de tous les ordinateurs connectés à sa page Web, il est donc possible d'induire son consentement à cet état de fait.

Par contre, si un lien est établi vers un site qui propose un contenu contrefait, il y aura reproduction illicite et l'auteur de l'œuvre (et non du site) sera fondé à introduire une action en justice contre l'internaute. Peut-il aussi poursuivre le créateur de l'hyperlien pour avoir autorisé la reproduction ? Nous pensons que les enseignements combinés de l'arrêt *CCH*²⁷ et de l'arrêt *Muzak*²⁸ pointent en

24. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 2001, [2001] O.J.L. 167/10, <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32001L0029&model=guichett&lg=fr> à la p. 16.

25. Carrière, « Hypertextes et hyperliens », *supra* note 17; Bate, « What a Tangled World », *supra* note 14 à la p. 27.

26. Jeremy F. deBeer, « Canadian Copyright Law in Cyberspace : An Examination of the Copyright Act in the Context of the Internet » (2000) 63:2 Saskatchewan Law Review 503 à la p. 511 [deBeer, « Canadian Copyright »].

27. *CCH Canadian Ltd. c. Law Society of Upper Canada*, 2004 CSC 13, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc13/2004csc13.html>>, [2004] 1 S.C.R. 339, spécialement au para. 38 [CCH].

28. *Muzak Corp. v. Composers, Authors*, [1953] 2 S.C.R. 182.

sens contraire. En effet, l'autorisation est définie comme l'action de sanctionner, d'approuver ou de soutenir l'activité illicite. Le simple fait de fournir un moyen de violer le droit d'auteur ne suffit pas, en tant que tel, à constituer une autorisation²⁹. Cependant, notons que la Cour d'appel, dans l'affaire *BMG Canada c. John Doe*³⁰, nuance quelque peu cette affirmation en décidant que la notion d'autorisation devrait être analysée plus avant dans le contexte de l'internet.

En définitive, nous pensons que ni la reproduction ni son autorisation ne sont donc un fondement à la responsabilité du créateur de l'hyperlien qui pointe vers un contenu protégé, qu'il soit mis en ligne par son auteur ou une tierce partie.

2.2.2. Communication au public par télécommunication

L'article 3(1)(f) de la loi sur le droit d'auteur accorde au titulaire de ce droit la prérogative exclusive de communiquer son œuvre au public par télécommunication³¹. L'affaire *Tarif 22* a dégagé les critères nécessaires à la compréhension de ce droit. Pour les besoins de cette étude, l'on retiendra essentiellement qu'une communication est l'action de « faire connaître ou transmettre des renseignements »³² et qu'elle est « au public » lorsqu'elle est « ouverte, sans dissimulation, et au su de tous »³³.

Il nous faut maintenant tracer la ligne qui sépare ce droit du droit de mise à disposition. Bien qu'il ait été affirmé que ce dernier était déjà compris dans le droit de communication au public³⁴, les cours et tribunaux ne l'appliquent pas comme tel. Ils ne lui donnent, tout au plus, qu'une valeur d'indication³⁵. Il existe donc une différence entre le droit existant et le droit proposé³⁶. Elle tient aux notions d'accès et de temps. Le droit de communication au public par télécommunication ne comprend pas encore le droit de donner accès à l'œuvre et la communication n'a lieu qu'au moment où l'œuvre est effectivement transmise³⁷ alors que le droit de mise à disposition s'applique précisément dès qu'une personne octroie un accès à l'œuvre protégée et il ne nécessite aucune transmission. Nous verrons, dans la suite de cet exposé, l'importance que revêtent ces différences.

Lorsqu'un utilisateur accède à une œuvre et qu'elle lui est transmise sur l'internet, il est effectivement question de communication *au public* par télécommunication. En effet, suivant les observations du professeur deBeer,

29. Carrière, « Hypertextes et hyperliens », *supra* note 17 à la p. 14; Daniel Gervais, « Canadian Copyright Law Circa 2005 », The Ninth Annual Canadian IT Law Association Conference, The Ritz-Carlton Montreal, 27 octobre 2005 à la p. 6 [non publiée].

30. *BMG Canada inc. c. John Doe*, 2004 FC 488, <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2004/2004fc488/2004fc488.html>>, [2004] 3 R.C.F. 241 [BMG (FC)]; *BMG Canada inc. c. Doe* (2005), 2005 FCA 193, <<http://decisions.fca-cf.gc.ca/en/2005/2005fca193/2005fca193.html>>, [2005] 4 F.C.R. 81 [BMG (FCA)].

31. LDA, *supra* note 12.

32. *Tarif 22*, *supra* note 20 à la p. 28.

33. *Ibid.* à la p. 29.

34. David Fewer, « Making Available : Essential Inquiries » dans M. Geist (dir.), *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2005) 267–284, <http://www.irwinlaw.com/PublicInterest/Two_06_Fewer.pdf> à la p. 270 [Fewer, « Making Available »].

35. SOCAN, *supra* note 21 au para. 150.

36. *Tarif 22*, *supra* note 20 aux pp. 34 à 36 « Une œuvre est communiquée non pas au moment où elle est rendue disponible, mais au moment où elle est transmise ».

37. *Ibid.* à la p. 36; pour le détail des éléments constitutifs de la mise à disposition, voir la partie 3.1, ci-dessous.

Regardless of the fact that all members of the public may receive the transmission at their own convenience, the SubCommittee is of the view that the Copyright Act must be interpreted to include such transmissions. In fact, a variety of interpretations exists to the same effect. The Copyright Board independently reached a similar conclusion and decided that "a communication may be to the public when it is made to individual members of the public at different times, whether chosen by them...or by the person responsible for sending the work". The telecommunication takes place not at the time it is made available, but at the time when any member of the public uses a browser to access the work from the source computer, whether or not the work is viewed immediately on receipt³⁸ [notes omises].

S'il y bien un public, la décision de la commission du droit d'auteur, telle qu'elle a été confirmée par la Cour suprême, éclairera les autres pans de la situation en matière d'hyperliens.

En effet, elle dispose que pour identifier celui qui communique l'œuvre au public, il faut déterminer la source de la transmission³⁹. Lorsque l'utilisateur accède, même au moyen d'un hyperlien, à une œuvre protégée, la source de la transmission est le serveur du site lié. De ce fait, il ne peut être soutenu que le créateur de l'hyperlien est responsable de cette communication au public. Même un moteur de recherches, tel Google, qui crée une copie en cache pour un accès plus rapide, est exonéré de responsabilité d'après la commission⁴⁰.

Il y a cependant une nuance importante dans l'affaire *Tarif 22*. En effet, la commission opère une distinction entre les liens simples et liens intégrés. La création de ces derniers reviendrait à autoriser la communication au public par télécommunication. La commission dispose :

[L]e fournisseur de contenu qui inclut dans une page Web un lien automatique chargé d'effectuer la transmission d'une œuvre musicale vers le destinataire, sans autre intervention de la part de ce dernier, se présente comme responsable du matériel qui se trouve sur les site chaînés en en autorise donc la communication⁴¹.

Cela étant, cette autorisation sera problématique si et seulement si le propriétaire du site lié n'est pas le titulaire des droits sur les œuvres qu'il communique. Dans le cas contraire, la communication au public serait licite et, si l'on suit l'enseignement de l'arrêt *CAPAC*, l'autorisation de cette communication ne pourrait être tenue pour une violation du droit d'auteur. De cette affaire en effet, il est possible d'induire que lorsque le titulaire d'un droit a permis à une personne d'exercer l'une de ses prérogatives, en l'occurrence son droit de représentation, le titulaire ne peut s'opposer à ce qu'un tiers autorise cet exercice⁴².

38. deBeer, « Canadian Copyright », *supra* note 26 aux pp. 516–517.

39. *Tarif 22*, *supra* note 20 à la p. 37.

40. Comme mentionné plus haut, cette solution est retenue par le projet de loi C-60, voir *supra* note 3.

41. *Tarif 22*, *supra* note 20 à la p. 48.

42. *CAPAC v. CTV Television Network*, [1968] S.C.R. 676 à la p. 680.

2.2.3. Droits moraux

Nous savons qu'au Canada, le droit moral de l'auteur se décompose en deux prérogatives distinctes : le droit à la paternité et le droit à l'intégrité⁴³. Ils peuvent être violés de différentes façons du fait des hyperliens. Sans la prétention d'être exhaustif, il est déjà possible de voir dans le lien intégré ou le cadrage une violation manifeste des deux composantes du droit moral. D'une part, le site lui-même, protégé par droit d'auteur, est décomposé⁴⁴ et d'autre part, il pourrait ne pas être fait mention de l'origine de l'œuvre « empruntée »⁴⁵.

Même les liens les plus simples pourraient violer le droit moral de l'auteur si son droit d'aval lui était reconnu pleinement. Le titulaire des droits pourrait ne pas vouloir être associé à un site déterminé⁴⁶.

Cela étant, il ne nous est pas apparu de jugements canadiens traitant de la question. Il semble hasardeux de tenter d'engager la responsabilité du créateur pour deux raisons. La première tient au fait que l'on pourrait parfaitement induire le consentement de l'auteur aux us et coutumes de l'internet ou plaider pour un usage « raisonnable »⁴⁷ du droit moral sur l'internet. La seconde concerne plus spécifiquement l'imputabilité de la faute. La faute incombe-t-elle au créateur de l'hyperlien ou à l'internaute qui donne vie, par l'intermédiaire de son logiciel de navigation, à l'œuvre prétendument violée ?

L'examen du régime actuel appelle quelques observations : il semble que la responsabilité du créateur d'un lien hypertexte au regard du droit d'auteur soit limitée, si l'on exclut les droits moraux, à un cas précis, savoir, la création d'un lien intégré vers une œuvre mise illégalement en ligne. La création d'hyperlien est donc encore une activité viable.

Nous pouvons aussi constater que la composante technologique du problème est importante et qu'elle conditionne, dans une certaine mesure, l'examen de la situation juridique. Les distinctions toutes arbitraires que l'on opère entre les différents types de liens ne sont qu'un moyen de capturer la nature fugitive de la technique. De même que les peintres impressionnistes tentaient de reproduire le caractère éphémère des choses sur une toile fixe dans le temps et dans l'espace, le droit tente d'encadrer le phénomène numérique.

Le problème vient très précisément du fait que la technologie se marie mal avec le droit, ou, à tout le moins, que ce dernier souffre d'un retard important. Si l'on ne peut que souhaiter des lois technologiquement neutres, la loi sur le droit d'auteur présente de singulières imperfections. C'est à ce défi technologique, et précisément à l'avènement de l'internet, que les traités OMPI ont entendu répondre. Nous en arrivons par là à la seconde partie de notre étude.

43. LDA, *supra* note 12, art. 14.1.

44. Ce qui pourrait constituer une mutilation ou, à tout le moins, une modification. Voir l'article 28(2) de la LDA, *supra* note 12.

45. Strowel et Ide, « La responsabilité », *supra* note 5 à la p. 23; Bate, « What a Tangled World », *supra* note 14 aux pp. 31–33.

46. Carrière, « Hypertextes et hyperliens », *supra* note 17.

47. Michel Vivant, « Droit d'auteur et Copyright : quelles relations ? » dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet* (Bruxelles : Bruylant, 2003), <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Vivant_M.pdf> aux pp. 451–452.

★

3. LA TOILE DE DEMAIN : UNE NATURE MORTE ?

NOUS ANALYSERONS ICI LE DROIT DE MISE à disposition tel qu'il est proposé de l'introduire. Sa nature, ainsi que l'idée générale qui sous-tend son introduction seront discutées. La deuxième partie traitera des conséquences possibles de la mise à disposition sur le régime des hyperliens.

3.1. La mise à disposition ou la possibilité d'accès

Afin de dégager la *ratio legis* du droit de mise à disposition, nous commencerons par en établir l'origine. Le droit en question, tel qu'attaché au droit de communication au public, est apparu avec les traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), savoir, le WCT (« *WIPO Copyright Treaty* »⁴⁸) et le WPPT (« *WIPO Performances and Phonograms Treaty* »⁴⁹) signés en 1996. Ceux-ci, surnommés « *Internet Treaties* » avaient précisément pour objet de moderniser le droit d'auteur tel qu'il était connu et appliqué sous le régime de la convention de Berne. L'on s'était en effet rendu compte de l'inadéquation et de la possible inapplicabilité de certains droits dans le nouvel environnement numérique, soit qu'ils fussent incomplets, soit qu'ils ne soient applicables que dans le monde physique⁵⁰.

Le droit de mise à disposition est apparu comme la solution au problème des communications « à la demande »⁵¹. Il a été conçu comme un complément aux droits exclusifs de l'auteur et il a semblé généralement admis qu'il serait greffé sur le droit de communication au public par télécommunication⁵². L'article 8 du WCT dispose :

[...] authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public *may access these works from a place and at a time individually chosen by them* [italiques ajoutées par l'auteur]⁵³.

Au Canada, l'affaire tarif 22 ainsi que les récentes décisions dans l'affaire BMG Canada ont créé les conditions d'urgence nécessaires à l'introduction du nouveau droit. En effet, le Canada semblait alors avoir légitimé l'usage des réseaux peer-to-peer en ce qui concerne les enregistrements sonores⁵⁴. Le

48. *WIPO Copyright Treaty*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 6 mars 2002), <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html> [WCT].

49. *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 20 mai 2002), <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>>.

50. Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (New York : Oxford University Press, 2002) aux pp. 496–500 [Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*].

51. Sur les problèmes soulevées par les communications « à la demande » et les réseaux peer-to-peer, voir *Tarif 22*, *supra* note 20; *BMG (FC)*, *supra* note 30; *BMG (FCA)*, *supra* note 30; Fewer, « Making Available », *supra* note 34; Yohan Benizri, « Les mécanismes de la licence légale—De la technique au droit et du droit à la technique : la licence légale comme solution » (2005) 17:3 C.P.I. 463 [Benizri, « De la technique au droit et du droit à la technique »].

52. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, *supra* note 50 à la p. 497.

53. WCT, *supra* note 48.

54. *BMG (FC)* et *BMG (FCA)*, *supra* note 30; Fewer, « Making Available », *supra* note 34, aux pp. 271–272.

problème vient du fait que sa mise en application risque d'avoir des conséquences beaucoup plus importantes que d'encadrer le phénomène du peer-to-peer, si tant que cela soit possible, car ce droit fait encore l'objet de nombreuses incertitudes⁵⁵.

Le Canada s'acquitte donc de ses obligations internationales en introduisant ce nouveau droit dans sa législation suivant les termes du traité⁵⁶. Nous ne nous attarderons pas sur les voies que le gouvernement aurait pu adopter pour se mettre en conformité avec les traités OMPI, nous voudrions plutôt mettre l'accent sur la définition exacte de ce droit.

La caractéristique essentielle de celui-ci, telle qu'elle ressort clairement du traité et du projet de loi C-60, semble être la notion d'accès à l'œuvre⁵⁷ et il s'agira précisément de se concentrer sur celle-ci dans nos développements ultérieurs. Dans l'affaire *IFPI c. Beckers*, un tribunal belge a particulièrement mis en exergue ce critère d'accès. Le jugement dispose :

A hyperlink is not just a footnote. By activating a link of this kind, access is obtained to a site. To obtain access to a site, it must be possible to locate and activate it. *Creating a hyperlink has precisely the aim of granting the potential user this service*⁵⁸ [italiques ajoutés par l'auteur].

Si la possibilité d'accès est la condition d'application du nouveau droit, la seule question à poser pour déterminer s'il y a oui ou non mise à disposition d'un contenu est « l'usage en question rend-t-il l'œuvre accessible au public à l'endroit et au moment qu'il choisit ? ». Par ailleurs, il appert inutile d'attendre la moindre transmission effective, le moment de la violation est celui de la mise à disposition⁵⁹.

Dans le monde numérique, un tel droit a de quoi faire peur, tout le réseau étant basé sur cette notion d'accès : accès à la page par un logiciel de navigation, accès à l'internet, accès physique. D'aucuns ont voulu écarter le problème des intermédiaires simplement en se basant sur l'« *agreed statement* » de l'article 8 du WCT qui dispose : « it is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not itself amount to communication »⁶⁰. Comme le note le professeur Ginsburg, cette provision n'exclut la responsabilité que des intermédiaires fournissant les moyens physiques et non celle des fournisseurs de contenu⁶¹. Le droit de mise à disposition engendre donc un contrôle beaucoup plus large que celui auquel il était destiné. Voyons comment celui-ci influera sur le régime des hyperliens.

55. Fewer, « Making Available », *supra* note 34 à la p. 284.

56. Projet de loi C-60 *supra* note 3 à l'article 2.4 a). Nous attirons l'attention du lecteur sur la différence entre les termes du traité qui rapprochent plus la mise à disposition d'une autorisation de communication au public et le projet canadien qui inclut cette prérogative dans la définition même de la communication.

57. Fewer, « Making Available », *supra* note 34 à la p. 280.

58. ARK no. 99/594/C (Cour de premier instance, Antwerp, 21 décembre 1999), <http://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/text/ifpi_v_beckers.pdf> à la p. 4.

59. Fewer, « Making Available », *supra* note 34 à la p. 280.

60. WCT, *supra* note 48 à la p. 9.

61. Jane C. Ginsburg, « The (New ?) Right of Making Available to the Public » dans David Vaver et Lionel Bently (dir.), *Intellectual Property in the New Millennium* (Cambridge : Cambridge University Press, 2004) 234–247 aux pp. 242–243 [Ginsburg, « The (New ?) Right of Making Available »].

3.2. Une toile sans fils ?

À en juger par les réticences doctrinales et jurisprudentielles au niveau mondial, la nouvelle prérogative de l'auteur telle qu'elle pourrait être appliquée aux hyperliens fait peur. Les professeurs Strowel et Ide, par exemple, considèrent que

l'œuvre étant déjà disponible à l'adresse du site relié [...], il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition du public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL). Juger qu'il y a une nouvelle communication au public ne serait pas justifié (*et causerait des difficultés importantes en matière de gestion de ce droit*)⁶² [italiques ajoutés par l'auteur].

Pour les mêmes raisons, dans la récente affaire *Universal Music Australia Pty Ltd v. Cooper*⁶³ portée devant la Cour fédérale australienne, l'applicabilité du droit de mise à disposition aux hyperliens a été écartée.

Ces analyses nous semblent procéder d'une mauvaise compréhension du droit de mise à disposition.

Il n'est aucunement question, ni dans les traités OMPI, ni dans le projet de loi C-60, d'une première mise à disposition à la façon d'une mise en circulation. Il serait peu cohérent d'adopter une telle interprétation au Canada lorsque l'on sait que le nouveau droit a notamment pour objet de rendre la mise à disposition de fichiers sur les réseaux peer-to-peer⁶⁴. Viser uniquement l'acte initial serait contreproductif et inefficace. Comment en effet déterminer l'auteur de la première mise à disposition ? Quoiqu'il en soit, même au niveau purement théorique, l'attachement du nouveau droit au droit de communication au public semble plaider pour une interprétation large. Il faudra considérer que ce droit s'applique aussi longtemps que l'œuvre est protégée, de la même manière que s'applique le droit de communication au public. La confusion est peut-être née de ce que la mise à disposition est historiquement reliée au concept de publication⁶⁵.

L'argument selon lequel le lien n'élargit pas le public d'une œuvre nous semble aussi problématique car sans l'hyperlien, les sites internet seraient réservés au cercle de connaissances de leurs auteurs. Peu de gens connaissent l'adresse <www.linksandlaw.com>, mais le monde entier y a accès grâce à Google. Les professeurs Strowel et Ide reconnaissent d'ailleurs qu'il faut encore connaître l'URL du site lié pour y accéder or on admettra aisément, sous peine de méconnaître la réalité de l'internet, que l'URL d'un site serait presque impossible à trouver sans les moteurs de recherches dont l'activité est précisément de fournir des liens. Partant, le lien ne donne pas seulement lieu à une nouvelle mise à disposition, ce qui serait déjà suffisant pour engager la

62. Strowel et Ide, « La responsabilité », *supra* note 5 aux pp. 19–20; dans le même sens, Michael Pendleton, « Reforming Copyright for the Digital Age—Everyone's Horse on the Wrong Course » (1997) 4:4 E-Law, <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v4n4/pendle44.html#t6>>; Lionel Bently et Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, 2^{ème} éd. (New York : Oxford University Press, 2004) à la p. 146.

63. *Universal Music Australia Pty Ltd v. Cooper* (with Corrigendum dated 19 September 2005), 2005 FCA 972, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2005/972.html>.

64. Fewer, « Making Available », *supra* note 34 aux pp. 271–272.

65. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, *supra* note 50 aux pp. 166–169.

responsabilité de son créateur, mais il est souvent le vecteur de la première mise à disposition du public.

Si, comme nous l'avons dégagé, l'élément essentiel d'applicabilité du droit de mise à disposition dans le monde numérique est la possibilité d'accès, la toile risque de se déchirer car elle perdrait les nœuds que forment les hyperliens. Le lien apparaît en effet clairement comme une porte vers un autre contenu et donne donc accès à ce dernier. Ceci est spécialement vrai dans l'exemple donné par le professeur Ginsburg : Un utilisateur active un lien sur un site web et obtient une boîte de dialogue lui demandant s'il désire télécharger une œuvre protégée par droit d'auteur. Techniquement, le fichier se trouve sur un autre site, du point de vue de l'utilisateur cependant, l'accès qu'il a obtenu lui vient du site lieu⁶⁶. Dès lors, la responsabilité du créateur de l'hyperlien pourrait être engagée sur la base du droit de mise à disposition.

Nous pensons plus généralement que le nouveau droit s'applique même aux hyperliens simples.

Pour étayer nos dires, nous noterons deux jugements français rendus en matière d'hyperliens. Le premier a été rendu par le tribunal de grande instance de St-Etienne⁶⁷. Il s'agissait de déterminer si un site proposant des liens vers des fichiers musicaux violait le droit d'auteur⁶⁸. Le tribunal décide dès lors que le prévenu a reproduit, diffusé et mis à disposition du public des œuvres protégées. Il faut toutefois constater que la personne qui créait les liens se trouvait être la même que celle qui chargeait les œuvres sur le serveur du site lié. Cette affaire n'est donc pas, à elle seule, tout à fait probante de notre propos. Toutefois, le second jugement se trouve être plus clair au niveau factuel. Devant le tribunal de grande instance d'Épinal⁶⁹, il n'était en effet question que de l'établissement de liens vers des fichiers musicaux mis à disposition par d'autres exploitants. Le jugement tient tout de même le créateur de liens responsables de la mise à disposition des œuvres⁷⁰.

D'aucuns se sont étonnés de voir les prévenus dans ces deux jugements français tenus directement responsables de la mise à disposition⁷¹. Il faut pourtant noter que la mise à disposition se prête mal à une analyse qui distingue la violation directe de la violation indirecte. En effet, il est difficilement concevable de donner *partiellement* accès à une œuvre, même s'il est possible de donner accès à une œuvre partielle. Quoiqu'il en soit, si l'engagement de la responsabilité du créateur d'hyperliens est possible, que sa base soit la complicité ou la violation directe, il vaut mieux selon nous s'interroger sur les solutions à apporter à ce problème.

66. Ginsburg, « The (New ?) Right of Making Available », *supra* note 61 à la p. 242.

67. Trib. Gr. Inst. St-Etienne, 6 décembre 1999, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-ste19991206.pdf>>.

68. *Ibid.* à la p. 5.

69. Trib. Gr. Inst. Épinal, 24 octobre 2000, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-epi20001024.pdf>>.

70. *Ibid.* à la p. 4.

71. Lionel Thoumyre, « De la responsabilité arachnéenne sur Internet : quelle issue pour les tisseurs de liens en France » (2005) 10:1 Lex Electronica, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm>> [Thoumyre, « De la responsabilité »]; Cyril Rojinsky, « Sens interdit—La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible » (17 décembre 2002), Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/documents/resp20021217.pdf>>.

Et problème il y a. La distinction entre les différents types de liens n'a plus qu'une importance marginale. Le lien intégré, le cadrage et le lien automatique sont des exemples évidents de mise à disposition comprise comme *possibilité* d'accès. Mais la mise à disposition suppose simplement une possibilité d'accès, à un endroit et un moment choisi par l'utilisateur. Les liens activables, simples ou profonds, sont donc visés⁷². Il est stupéfiant de noter que les fournisseurs d'outils de repérage bénéficient d'une exonération de principe pour la mise en antémémoire⁷³ mais que rien n'est prévu pour garantir la liberté de lier.

On peut facilement imaginer les conséquences désastreuses de l'application du droit de mise à disposition sur l'internet de manière générale. En effet, comme nous l'avons esquissé plus haut, la totalité des liens pointent vers des contenus protégés par droit d'auteur : textes, images, sons mais plus simplement les programmes que sont les sites web⁷⁴. Nous avons par ailleurs tenté de démontrer que l'hyperlien n'était finalement que l'octroi d'un accès à l'endroit et au moment choisi par l'internaute. La conjugaison de ces deux idées amène donc à considérer tous les liens hypertextes comme violant le droit d'auteur.

S'il n'est plus possible de lier, il conviendra de requalifier le réseau des réseaux : la toile représentera alors une nature morte. Et ceci à défaut d'un régime stable et cohérent tant pour les moteurs de recherches que pour les créateurs manuels d'hyperliens.

★

4. LA CORÉGULATION OU LE PARTAGE DU POUVOIR

NOUS AVONS TENTÉ DE MONTRER QUE L'INTRODUCTION du droit de mise à disposition dans la loi sur le droit d'auteur canadienne risque d'avoir notamment pour conséquence de rendre les hyperliens illégaux, ceci à moins de prévoir un régime d'exception. Cette dernière partie tentera de résoudre le problème souligné dans notre étude. Pour y parvenir, nous détaillerons le mécanisme de corégulation tel qu'il pourrait être appliqué aux hyperliens et nous tracerons les contours d'un régime spécifiquement taillé pour ceux-ci.

Deux aspects doivent être explorés afin de dégager un système viable. Le premier tient à la politique juridique et le second à assurer l'applicabilité du système en prenant en compte la nature de l'internet.

Nous savons que le droit d'auteur à travers le monde tente d'équilibrer les droits de l'auteur avec l'intérêt du public⁷⁵. Il s'agit donc de dessiner un système où cet équilibre sera respecté. Pour ce faire, il faudra se dégager tant de la position de l'« auteur souverain » que d'une conception exclusivement axée sur les utilisateurs.

72. Tarif 22, *supra* note 20 à la p. 21 où l'on peut lire « Un lien est activé par l'utilisateur lorsque celui-ci doit cliquer avec le bouton de la souris sur l'hyperlien pour obtenir l'accès à l'information » [italiques ajoutés par l'auteur].

73. Voir la partie 2.2.1 (« reproduction »), ci-dessus.

74. Thoumyre, « De la responsabilité », *supra* note 71 (« responsabilité »).

75. Au niveau théorique, voir William Fisher, « Theories of Intellectual Property » dans Stephen Munzer (dir.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge : Cambridge University Press, 2001) 168-200; Timothy Wu, « Copyright's Communications Policy » (2004) 103:1 Michigan Law Review 278, <<http://ssrn.com/abstract=532882>>. Pour la vision canadienne, voir également *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, *supra* note 15; *SOCAN*, *supra* note 21; *CCH*, *supra* note 27.

Par ailleurs, il faudra répondre au problème d'applicabilité du droit sur internet. Si les titulaires de droit poursuivent allégrement dans presque toutes les juridictions, l'utilisation de masses de leurs œuvres ne s'arrête pas pour autant⁷⁶. Pensons notamment au peer-to-peer qui fait l'objet d'incessantes revendications sans jamais pouvoir être correctement réglementé.

L'exercice du pouvoir étatique, ou supra-étatique, peut prendre plusieurs formes : il s'agit essentiellement de la réglementation pure, où l'autorité commande et punit, de l'autorégulation, où l'autorité n'intervient pas au bénéfice des échanges entre acteurs privés, et de la corégulation⁷⁷. Celle-ci est définie par la Commission européenne comme « [associant] des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique »⁷⁸.

Cette approche, telle que le forum des droits sur l'internet l'adapte au problème des hyperliens⁷⁹, est particulièrement adaptée pour rééquilibrer les relations entre auteurs et utilisateurs. L'on peut en effet prévoir le système dans un instrument législatif, ce qui permettra à l'auteur, le cas échéant, de faire appliquer ses droits, tout en laissant une marge de liberté aux utilisateurs. La corégulation assure l'applicabilité du droit d'une manière équitable. Cependant, la question est ici plus large. Comme nous l'avons montré, l'application du droit de mise à disposition aux hyperliens pose un grave problème, un système qui ne reviendrait qu'à rendre applicable celui-ci n'est donc pas en phase avec notre propos.

Il s'agit plutôt d'assurer la liberté de lier des acteurs afin d'assurer la pérennité de l'internet. L'auteur d'un site web ne devrait pas avoir le droit, à partir du moment où le site est disponible, d'en interdire l'accès. Il nierait par là la nature profonde du réseau⁸⁰. Il faudra prévoir une liberté de principe tout en admettant l'intérêt légitime des titulaires de droits. Le système que nous proposons se décomposerait donc comme suit :

- 1) Quant aux contenus volontairement mis en ligne par leur auteur, il faudrait prévoir une liberté totale de lier au regard du droit d'auteur. Ceci permettrait déjà d'exclure les actions de chacun des opérateurs de sites web et de garantir la libre accessibilité des contenus sur l'internet.
- 2) Quant aux contenus contrefaits, c'est-à-dire ceux dont le titulaire des droits n'a pas voulu la mise sur le réseau, la corégulation peut être d'une grande utilité. En prévoyant un système comparable à celui mis en place en Espagne⁸¹ par exemple, l'on préviendrait de nombreuses actions en justice.

76. Alex Colangelo, « Copyright Infringement in the Internet Era : The Challenge of MP3s » (2002) 39:4 Alberta Law Review 891.

77. Pour une revue exhaustive des modes de régulation dans le monde numérique, voir Rolf H. Weber, *Regulatory Models for the Online World* (Zurich : Schulthess, 2002) aux pp. 56-100.

78. Commission européenne, « Gouvernance européenne. Un livre Blanc », COM(2001) 428 final <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf> à la p. 25.

79. Recommandation du Forum des droits sur l'Internet, « Hyperliens : Statut juridique » (3 mars 2003), <www.foruminternet.org>.

80. *Ibid.* à la p. 24.

81. Dans la loi sur les services de la société de l'information espagnole citée dans Thoumyre, « De la responsabilité », *supra* note 71 aux pp. 5-6, on peut lire que les fournisseurs d'hyperliens sont exonérés de responsabilité lorsqu'« ils n'[ont] pas une connaissance effective que l'activité ou l'information vers laquelle ils renvoient ou recommandent est illicite ou qu'elle porte préjudice à des biens ou droits d'un tiers susceptible d'indemnisation » et qu'ils « agissent avec diligence pour supprimer ou rendre inutilisable le lien en question ».

Il s'agirait de prévoir une exonération de principe affublée d'un mécanisme de « notice and notice », moins définitif que le système de « notice and take-down »⁸² habituellement utilisé en matière de corégulation.

Outre sa clarté, un tel système aurait pour avantage de respecter la nature de l'internet tout en excluant l'usage abusif d'une œuvre. Pour interdire un lien pointant vers un contenu illicite, et par là protéger le titulaire des droits, il suffirait de notifier au créateur du lien son illicéité. Afin de garantir les droits des utilisateurs et des fournisseurs d'outils de repérage⁸³, ceux-ci pourraient choisir d'effacer l'hyperlien ou de notifier qu'ils assumeraient les conséquences d'une action en justice. Ce système est aussi redoutablement efficace, car l'État ne fait que mettre en place les jalons de la régulation, les acteurs privés s'occupent alors de son application.

★

5. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

LE DROIT DE MISE À DISPOSITION présente de nouveaux défis pour son application. Il s'agit essentiellement de mesurer les conséquences de son utilisation par ses titulaires. Insérer un tel droit dans la législation canadienne est probablement nécessaire au vu des obligations internationales de ce pays. Cependant, les incertitudes qui entourent sa nature même en font une arme dangereuse à plusieurs égards.

Nous avons choisi d'étudier son impact sur les hyperliens. L'importance de ceux-ci sur l'internet ne doit pas être démontrée. Ils en forment tout simplement l'essence. Il est bien certain qu'une totale liberté de lier ferait pencher la balance du côté des utilisateurs de manière déraisonnable. Mais réglementer leur utilisation revient à donner la clé du réseau des réseaux aux titulaires de droit d'auteur. Le droit de mise à disposition, comme nous avons essayé de le démontrer dans cette étude, menace les hyperliens comme aucun autre des droits exclusifs de l'auteur ne l'a fait jusqu'à présent.

Comme nous le notions en introduction, la naissance du lecteur doit se solder par la mort de l'auteur tout puissant. Il n'en revient évidemment pas à dire qu'il se voie privé de tous ses droits, il s'agit plutôt de modaliser leur exercice dans un monde de démocratie latente⁸⁴. Pour ne pas frustrer cette idée démocratique, nous avons déjà plaidé pour la mise en place d'une licence légale pour résoudre le problème du peer-to-peer⁸⁵. Pour la même raison, dans le cas

82. Pour une analyse du système de « notice and take-down » et de ses conséquences néfastes, voir Christian Ahlert, Chris Marsden et Chester Young, « How Liberty Disappeared from Cyberspace : The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation » (2004), <<http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/text/liberty.pdf>>; Benoît Frydman, « Coregulation : A Possible Legal Model for Global Governance » dans Bart de Schutter (dir.), *About Globalisation* (Bruxelles: VUB University Press, 2004) 227–242, <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/coregulation_a_possible_legal_mode_for_global_governance-2.pdf> aux pp. 235–241.

83. À cet égard, notons que Google notamment semble tout à fait disposé à un tel système. Voir Jonathan Zittrain et Benjamin Edelman, *Documentation of Internet Filtering Worldwide*, <<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/>>.

84. William W. Fisher III, *Promises to Keep* (Stanford: Stanford University Press, 2004), <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChapter6.pdf>> à la p. 202. Voir aussi B. Frydman, « Quel droit pour l'Internet » dans *Internet sous le regard du droit* (Bruxelles: Jeune Barreau de Bruxelles, 1997) 279–316, <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/quel_20droit_20pour_20internet.pdf> aux pp. 299–301.

85. Benizri, « De la technique au droit et du droit à la technique », *supra* note 51.

des liens hypertextes, un régime d'exception, né du souci de l'intérêt général, doit selon nous être élaboré.

Nous avons introduit dans cette étude le concept de corégulation. Encore peu connu et utilisé, cet instrument normatif, bien qu'imparfait, permet la prise en compte de l'intérêt du public sans sacrifier les acquis de l'auteur. L'intérêt essentiel d'un tel système est donc l'égalité de moyens créée entre les utilisateurs et les titulaires de droits. Une telle entreprise peut soulever d'importantes questions de mise en œuvre. Cependant, si la solution technique fait défaut, et que le renfort législatif dessert, la corégulation est peut-être l'alternative à ces modes traditionnels de réglementation, une manière de prendre en compte la totalité des intérêts en jeu.

Pour ces raisons, un régime spécial pour les hyperliens doit être défendu. La liberté de lier a un prix : celui d'un changement d'attitude quant à la position de l'auteur et aux mécanismes normatifs habituels.

Pour l'internet, en tant qu'espace particulier de lecture, l'auteur, en tant que producteur auquel doivent être reconnus certains droits et les utilisateurs, qui ne sont finalement que la projection du lecteur dont parle Barthes, passons du gouvernement à la gouvernance, à une approche multipartite pour une liberté encadrée.

