

LA RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES À L'ÉGARD DES VIOLATIONS DE DROIT D'AUTEUR COMMISES PAR DES TIERS SUR L'INTERNET

Marie-Hélène Côté [\[*\]](#)

INTRODUCTION

À l'instar de nombreux autres secteurs du droit, l'Internet soulève plusieurs interrogations en matière de propriété intellectuelle et, plus particulièrement, de droit d'auteur. Une de celles-ci porte sur l'imputation de la responsabilité aux différents intervenants relativement aux violations de droit d'auteur commises sur l'Internet. Cette question est compliquée par la technologie propre au médium. On a maintes fois répété que la numérisation permet la reproduction parfaite d'exemplaires d'une oeuvre en quantité théoriquement illimitée et leur communication à peu de frais. Ce phénomène, qui a certes favorisé la convergence des supports d'information (texte, son, image, vidéo), facilite cependant la contrefaçon d'oeuvres protégées [\[1\]](#). À cela s'ajoute le fait que la majeure partie des reproductions sur l'Internet est automatique et ne nécessite pas d'intervention humaine, tandis que la transmission d'oeuvres aux consommateurs, contrairement à la diffusion traditionnelle, se fait "sur demande".

Les environnements électroniques souffrent en outre du phénomène de la délocalisation des contenus, qui contribue à la difficulté de recourir à l'application des lois nationales, de situer géographiquement les violations et, partant, d'imputer la responsabilité aux personnes fautives [\[2\]](#). La dématérialisation des communications, de même que leur caractère transitoire, exacerbent les difficultés de preuve des violations. Par ailleurs, les environnements électroniques permettent plus facilement l'anonymat des communications, ce qui augmente de façon significative les problèmes liés à l'identification des expéditeurs des contenus [\[3\]](#). De plus, les réseaux informatiques supportent un volume de communication inégalé dans les environnements traditionnels, tout en permettant une échelle de dissémination hier encore inconcevable (ce qui est susceptible d'augmenter, le cas échéant, l'ampleur du préjudice). Enfin, l'Internet n'est contrôlé par aucune autorité centrale et son développement est issu d'une philosophie libertaire qui privilégie le libre arbitre des usagers.

La question de la responsabilité des divers intervenants à l'égard des violations de droit d'auteur commises sur l'Internet se pose donc avec acuité aujourd'hui. Pour la résoudre, d'aucuns tournent leur attention vers le membre de l'équation qui présente la plus grande stabilité, en plus d'offrir les meilleures garanties de solvabilité, soit les intermédiaires qui opèrent les réseaux de communication. Comme le souligne un auteur:

The nature of the technology makes the question of who is liable for on-line infringement a critical one. Obviously, the person who directly infringes a trademark or a copyright is subject to liability. However, that person may be extremely difficult to locate, and even more difficult to collect from should an infringement suit be successful. The aggrieved copyright holder may be faced with no other option than to pursue a claim against the entity that gave the infringer access. Therefore, what makes this issue particularly difficult is that it pits the interests of two (potentially) innocent parties against each other [\[4\]](#).

Certes, les intermédiaires font valoir que le volume des communications transmises au moyen de leurs ressources est trop important pour que ceux-ci puissent réalistement contrôler ou filtrer de façon contemporaine chaque message ou chaque fichier téléchargé par un utilisateur. Par ailleurs, même si un intermédiaire pouvait contrôler les communications sur son réseau, encore faudrait-il qu'il puisse identifier les contenus qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits d'auteur pour en prévenir la reproduction ou la dissémination. Or, rien n'est moins sûr, surtout si un document ne comporte pas de notice de *copyright*. On fait également valoir qu'imputer la responsabilité aux

intermédiaires serait susceptible d'affecter la disponibilité et la libre circulation de l'information, ce qui pourrait même, dans un scénario pessimiste, mener les intermédiaires hors d'affaires et inhiber le développement de l'Internet. Somme toute, les intermédiaires ne devraient voir leur responsabilité engagée que s'ils cautionnent volontairement les actes commis par leurs abonnés [5].

En novembre 1995, un jugement est venu dissiper certaines craintes exprimées par les fournisseurs d'accès à l'Internet au sujet de leur responsabilité potentielle, du moins aux États-Unis. Dans l'affaire *Religious Technology Center c. Netcom On-Line Communication Services Inc.* [6], un tribunal de la Californie a rendu une décision importante en matière de responsabilité des intermédiaires, non pas tant par sa valeur de précédent (il s'agit d'une décision d'un tribunal de première instance sur une procédure en jugement sommaire), mais parce qu'il s'agit du premier jugement qui analyse en détail les chefs de responsabilité des intermédiaires en droit d'auteur américain [7]. Dans cette affaire, l'Église de scientologie avait intenté un recours en contrefaçon contre un fournisseur d'accès à l'Internet et l'exploitant d'un babillard électronique sur lequel un abonné avait téléchargé des copies de textes de l'Église protégés par droit d'auteur. Le tribunal saisi a écarté la responsabilité des deux défendeurs pour violation directe des droits de reproduction, de mise en circulation et d'exécution publique. Il a toutefois renvoyé le dossier à procès sur la question de la violation contributoire de l'exploitant du babillard électronique et du fournisseur d'accès, aux fins de déterminer si leur responsabilité devait être engagée pour n'avoir prétendument pas effacé de leurs serveurs les reproductions litigieuses, après avoir été avisés qu'elles contrevenaient aux droits d'auteur détenus par l'Église de scientologie.

Plusieurs auteurs américains ont analysé, dans la foulée de l'affaire *Netcom*, la question de la responsabilité des intermédiaires à l'égard de violations de droit d'auteur commises par des tiers dans les environnements électroniques [8]. Au Canada, nous n'avons recensé qu'une seule décision en matière de responsabilité des intermédiaires [9] et deux commentaires doctrinaux [10]. Dans son rapport [11], le Sous-comité sur le droit d'auteur a analysé fort sommairement la responsabilité des intermédiaires; ses recommandations sur cette question ont été retenues par le Comité consultatif sur l'autoroute de l'information dans son rapport final [12]. Plus récemment, un groupe d'étude mandaté par Industrie Canada a étudié en profondeur la question de la responsabilité des divers intervenants en regard des contenus préjudiciables circulant sur l'Internet [13]. Cette étude consacre une section entière à la responsabilité des divers intervenants en matière de droit d'auteur [14]. Soulignons enfin l'adoption du Projet de loi C-32 [15] qui, s'il ne comporte pas de disposition touchant spécifiquement cette question, modifie sensiblement le droit actuel, notamment en énonçant plus clairement la distinction entre violation directe et indirecte et en élargissant l'exception d'utilisation équitable.

Dans les pages qui suivent, nous tenterons de circonscrire les paramètres du droit canadien encadrant la responsabilité des intermédiaires à l'égard de violations de droit d'auteur commises par des tiers sur l'Internet. Dans un premier temps, nous présenterons succinctement les principes de responsabilité applicables en droit d'auteur canadien. Nous analyserons, dans une deuxième partie qui constitue le coeur de notre étude, l'application de ces principes à l'Internet. Compte tenu de l'actualité de notre sujet, nous nous permettrons une incursion en droit d'auteur américain. Nous sommes consciente que notre analyse laisse en suspens de nombreuses interrogations, au premier plan celle du caractère transfrontière de l'Internet et de la détermination de la compétence des tribunaux et de la loi applicable aux violations. L'analyse de ces questions, qui ont déjà fait l'objet de plusieurs commentaires [16], déborde toutefois la portée du présent travail.

I. PRINCIPES DE RESPONSABILITÉ EN DROIT CANADIEN

Afin de déterminer l'étendue de la responsabilité des intermédiaires en droit canadien, il convient de présenter succinctement les principes généraux de responsabilité énoncés dans la *Loi sur le*

droit d'auteur [17]. Celle-ci édicte, à son article 27, un régime exhaustif, en ce sens où les violations au droit d'auteur doivent être appréciées selon les dispositions de la *Loi* plutôt qu'en fonction du droit commun de la responsabilité [18].

S'agissant d'établir le fondement de la responsabilité pour contrefaçon, il importe de faire une distinction entre la violation directe, énoncée au paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* et la violation indirecte, prévue au paragraphe 27(4) de la *Loi* [19]. Dans les sections qui suivent, nous analysons respectivement ces deux fondements. Nous présentons brièvement, dans une troisième section, les exceptions et recours édictés dans la *Loi*.

A. Responsabilité pour violation directe

Le régime de responsabilité pour violation directe du droit d'auteur est édicté au paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui énonce: "Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une oeuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'exécuter". Cette disposition renvoie donc aux prescriptions du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui énumère les droits conférés au titulaire du droit d'auteur. Cet article dispose:

Pour l'application de la présente loi, "droit d'auteur" s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une oeuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'oeuvre n'est pas publiée, de publier l'oeuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif:

- a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'oeuvre;
- b) s'il s'agit d'une oeuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre oeuvre non dramatique;
- c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre oeuvre non dramatique, ou d'une oeuvre artistique, de transformer cette oeuvre en une oeuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;
- d) s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'oeuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;
- e) s'il s'agit d'une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'oeuvre par cinématographie;
- f) de communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;
- g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une oeuvre artistique — autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique — créée après le 7 juin 1988;
- h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil.

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes [20].

Comme on le voit, l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* introduit la notion de communication au public par télécommunication [21]. Le vocable “télécommunication” est lui-même défini dans la *Loi*. Il renvoie à “toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique” [22]. Dans la mesure où l'acte reproché est qualifié de communication au public par télécommunication, d'autres qualifications sont alors exclues, afin d'éviter des chevauchements entre les différentes prérogatives accordées au titulaire du droit d'auteur [23].

La signification de l'expression “au public” n'est pas explicitée dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Certaines dispositions en circonscrivent toutefois la portée. Ainsi, le paragraphe 3(1.2) de la *Loi* précise que pour “l'application de l'alinéa (1)f), font partie du public les personnes qui occupent les locaux d'un même immeuble d'habitation, tel un appartement ou une chambre d'hôtel, et la communication qui leur est exclusivement destinée est une communication au public”.

Nous n'avons recensé aucun jugement portant spécifiquement sur l'interprétation des vocables “au public”. Plusieurs décisions se sont cependant penchées sur la signification de l'expression “en public”, laquelle est associée, notamment, aux droits de représentation et d'exécution d'une oeuvre. Cette jurisprudence est susceptible de nous apporter un certain éclairage sur la portée de l'expression “au public”.

Traditionnellement, les tribunaux ont retenu une interprétation restrictive de la notion de représentation ou d'exécution publique. Dans l'arrêt *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion, Inc.* [24], par exemple, la Cour de l'Échiquier avait conclu que la rediffusion d'émissions sportives dans des résidences privées n'était pas une représentation publique au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour a rejeté ainsi les arguments invoqués par la partie demanderesse:

Counsel for the plaintiff, however, submits that even if one such “view” in the privacy of the owner's home does not constitute a performance in public, that in cases where a large number of people, each having a terminal unit in his home, performs the work by operating the terminal units, that such would constitute a performance in public. He says that from the point of view of the owner, a large number of such performances would constitute an interference with the owner's right of making copies of his work and might cause him to lose part of his potential market. I am unable to agree with that submission. I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances. The character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore not “in public”. Moreover, in telecasting the films, I think the plaintiff desired to have the telecasts seen by as many people as were within range and possessed the necessary receiving equipment in order that they might be informed of its product; so that I do not think that what was done by the defendant in so far as the private homes and apartments are concerned, interfered with his potential market in any way. It was stated and not denied that the films, including the commercial announcements of the plaintiff, were rediffused as a whole [25].

Heureusement, cette interprétation fort restrictive de l'expression “en public” a par la suite été écartée, notamment dans l'affaire *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* [26]. En jugeant que les membres de l'association s'adonnaient à la représentation en public d'oeuvres musicales lorsqu'ils transmettaient des émissions par câbles à leurs abonnés, le juge Létourneau refusait de prêter à l'expression “en public” une signification aussi restrictive:

Avec déférence pour l'avis contraire, je partage plutôt le point de vue exprimé par les tribunaux britanniques, indiens et australiens, lequel est compatible avec notre *Loi*. Ces tribunaux se sont en effet prononcés de manière réaliste quant aux effets de l'essor technologique, et leurs conclusions

sont compatibles avec le sens courant de l'expression "en public", c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. [...].

Voici ce que dit le juge Cussen, au nom du tribunal, dans *Chappell & Co. Ltd . v. Associated Radio Co. of Australia Ltd* .:

[TRADUCTION] Selon nous, une exécution n'est pas moins publique parce que les auditeurs ne peuvent communiquer entre eux ou ne sont pas rassemblés en une même enceinte, non plus que dans un stade, un parc ou un autre lieu public. Nous ne croyons pas non plus qu'une exécution soit réputée privée du seul fait que chaque auditeur puisse se trouver seul dans l'intimité de son foyer. La radiodiffusion vise à atteindre et, dans les faits, atteint une plus grande partie du public, au moment de la prestation, que tout autre moyen de communication [27]. (Nous soulignons)

En première instance [28], la Cour fédérale avait déclaré: "In my view the phrase "to the public" is distinctly different from "in public". It is entirely conceivable to me that one may communicate *to the public* by a series of simultaneous individual communications to numerous people in different locations" [29]. De même, dans l'affaire *Réseau de télévision CTV c. Canada (Commission du droit d'auteur)* [30], la Cour d'appel écrivait: "Je conviens que l'expression "au public" est plus large qu'"en public"" [31]. Une telle interprétation nous semble conséquente avec l'objet des droits accordés.

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit en outre un régime d'exception pour les entités qui, bien qu'ayant participé à la communication d'une oeuvre au public par télécommunication, voient leur contribution limitée à la fourniture du support technique à cette transmission. Le paragraphe 3(1.3) de la *Loi* prévoit, à cet égard, que n'"effectue pas une communication au public au titre de l'alinéa (1)f) la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue". Cette disposition vise, par exemple, les compagnies de téléphone qui n'exercent présumément aucun contrôle sur le contenu des communications qui empruntent leurs réseaux.

Le paragraphe 3(1) *in fine* de la *Loi sur le droit d'auteur* énonce que le titulaire du droit d'auteur dispose en outre du droit d'autoriser l'exercice de l'un ou l'autre des droits prévus au paragraphe 3 (1). Il s'agit d'une faculté distincte, qui s'ajoute aux autres droits conférés par la *Loi* [32]. En introduisant la notion d'autorisation, le paragraphe 3(1) *in fine* élargit le champ de responsabilité en permettant de retenir, outre la responsabilité de celui ou celle qui a *personnellement* commis la violation, celle d'un tiers qui y a contribué en lui donnant son aval.

La jurisprudence a circonscrit la portée du concept d'autorisation. Dans l'affaire *Underwriters' Survey Bureau Ltd . c. Massie & Renwick Ltd* . [33], la Cour de l'Échiquier a statué que l'on devait prêter au vocable autorisation son sens habituel: "sanctions, approves, or countenances" [34]. Si l'autorisation peut s'inférer des circonstances propres à chaque instance, incluant les omissions, les tribunaux ont néanmoins interprété la notion d'autorisation restrictivement, en jugeant que pour être responsable à ce titre, un défendeur devait faire plus que simplement mettre à la disposition d'un tiers l'équipement permettant d'effectuer une contrefaçon. Par exemple, dans l'affaire *Canadian Performing Rights Society c. Vigneux* [35], le Conseil privé a jugé que le propriétaire d'un gramophone payant installé dans un restaurant n'avait pas pour autant autorisé l'exécution de musique en public du simple fait d'avoir loué son équipement au restaurateur. De même, dans l'affaire *CBC Songs Ltd . c. Amstard Plc* . [36], la Cour d'appel anglaise a jugé que la mise en marché d'un magnétophone permettant de copier des cassettes ne constituait pas une autorisation de reproduction, même si le matériel était conçu pour être utilisé ainsi. La Cour a noté que le fabricant n'avait pas de contrôle sur l'usage de l'appareil par les consommateurs et qu'il était possible de l'utiliser de manière à ne pas contrevenir aux droits d'auteur [37]. Mentionnons enfin l'affaire *de Tervagne c. Beloeil (Town)* [38], où la Cour fédérale fait une analyse

approfondie de la jurisprudence portant sur le concept d'autorisation. Refusant de retenir la responsabilité de la ville qui avait loué à des tiers une salle pour la production d'une pièce, le juge Joyal écrit:

The question of authorization is a question of fact in each case. In this case, the producer of the play, Mr. Bossac, alone had control over the play. The other defendants were not in such position as would have enabled them to authorize the infringement. The mere fact that the Town of Beloeil and Les productions dela Coullisse rented the hall to Mr. Bossac, even though this in a way made possible or facilitated the infringement, does not support a finding that they authorized the performance of a play in a lawful manner. Much more would be needed, according to the reasoning set out in Vigneux or in Muzak, for us to find the defendants liable [39].

Par ailleurs, en référant à l'expression "quiconque", le paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* vise indéniablement toute personne ayant participé à la contrefaçon, incluant une personne morale. À cet égard, tant une personne physique qu'une personne morale pourront être tenues responsables d'actes de contrefaçon commis par leurs employés ou mandataires dans l'exercice de leurs fonctions [40].

Aucune preuve d'intention n'est requise dans une action fondée sur la violation directe du droit d'auteur en application du paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. En d'autres termes, le demandeur n'a pas besoin d'apporter la démonstration d'une intention de contrefaire ou de la connaissance de l'existence d'un droit d'auteur sur l'oeuvre contrefaite. Cette interprétation, maintes fois confirmée par la jurisprudence [41] et la doctrine [42], est tirée du libellé même du paragraphe 27(1), lorsque lu en parallèle avec le paragraphe 27(4). Aussi, une fois la contrefaçon prouvée, le défendeur ne peut s'exonérer qu'en invoquant l'une ou l'autre des exceptions prévues dans la *Loi*. Certes, la notion d'intention ou de connaissance est pertinente quant au remède disponible, comme nous le verrons.

B. Responsabilité pour violation indirecte

C'est le paragraphe 27(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui énonce les chefs de violation indirecte:

Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quiconque, selon le cas:

- a) vend ou loue, ou commercialement met ou offre en vente ou en location;
- b) met en circulation, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
- c) expose commercialement en public;
- d) importe pour la vente ou la location au Canada,

une oeuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada.

Ces chefs de responsabilité sont autonomes en ce sens où ils ne sont pas subordonnés à la démonstration de la violation de l'un ou l'autre des droits conférés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme on le voit, outre l'élément de "commerce", c'est la notion de connaissance de la violation du droit d'auteur qui distingue fondamentalement la violation directe de la violation indirecte. C'est au demandeur qu'incombe le fardeau de prouver la connaissance. Le cas échéant, cette preuve peut être déduite des circonstances.

C. Exceptions et recours

Au chapitre des exceptions que peut faire valoir une personne en défense à un recours en contrefaçon, celles-ci sont énumérées aux paragraphes 27(2) et 27(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'alinéa 27(2)a) dispose que l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Il en est de même de l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de résumé destiné aux journaux [43]. De plus, la publication de courts extraits d'une oeuvre littéraire protégée ou d'un compte rendu d'une conférence dans un journal est, dans certaines conditions, réputée ne pas violer le droit d'auteur [44]. L'expression "utilisation équitable" n'est pas définie dans la *Loi*.

Les articles 34 et 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* énumèrent l'éventail des recours disponibles. Celui-ci est très large. Il comprend le recours en injonction, en dommages-intérêts et en reddition de compte. En outre, la *Loi* permet au tribunal d'ordonner la restitution des profits réalisés par le contrefacteur. Cependant, l'article 39 de la *Loi sur le droit d'auteur* limite la disponibilité de ces recours lorsque le défendeur ignorait l'existence d'un droit d'auteur sur l'oeuvre au moment de la contrefaçon, pourvu qu'un droit d'auteur n'ait pas été enregistré sous le régime de la *Loi*. Lorsque les conditions de l'article 39 sont satisfaites, le titulaire du droit d'auteur ne peut obtenir qu'une injonction:

Lorsque, dans une action exercée pour violation du droit d'auteur sur une oeuvre, le défendeur allègue pour sa défense qu'il ignorait l'existence de ce droit, le demandeur ne peut obtenir qu'une injonction à l'égard de cette violation, si le défendeur prouve que, au moment de la commettre, il ne savait pas et n'avait aucun motif raisonnable de soupçonner que l'oeuvre faisait encore l'objet d'un droit d'auteur; mais si, lors de la violation, le droit d'auteur sur cette oeuvre était dûment enregistré sous le régime de la présente loi, le défendeur est réputé avoir eu un motif raisonnable de soupçonner que le droit d'auteur subsistait sur cette oeuvre.

Des infractions sont par ailleurs édictées à l'article 42 de la *Loi sur le droit d'auteur*. S'agissant de dispositions pénales, ces infractions doivent être interprétées restrictivement [45]. Le fardeau de preuve requis est celui du droit criminel, soit une preuve hors de tout doute raisonnable. Selon la classification des infractions retenue par la Cour suprême du Canada [46], il s'agit d'infractions de responsabilité stricte, à l'égard desquelles la défense de diligence raisonnable est admissible.

La responsabilité des intermédiaires relativement aux violations de droit d'auteur n'est pas un phénomène nouveau. Des intermédiaires favorisent depuis toujours la relation entre créateurs et consommateurs. Certains ont vu, dans les circonstances appropriées, leur responsabilité engagée. C'est le cas, par exemple, d'institutions d'enseignement [47] ou de libraires [48]. Dans la section qui suit, nous tentons de déterminer dans quelle mesure l'Internet modifie la dynamique actuelle.

II. RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES SUR L'INTERNET

Dans les paragraphes qui suivent, nous analyserons, dans la perspective du droit canadien, les principes de responsabilité des intermédiaires sur l'Internet. Nous évoquerons, ce faisant, le système de droit d'auteur des États-Unis, où ces questions ont déjà fait l'objet de décisions judiciaires. Nous entamerons notre analyse par une présentation de la spécificité de l'Internet, d'une part, en décrivant la nature des communications sur l'Internet et, d'autre part, en présentant le profil des intermédiaires du réseau. Par la suite, nous réfléchirons sur les diverses hypothèses susceptibles d'engager la responsabilité des intermédiaires dans les environnements électroniques. Enfin, nous présenterons succinctement les exceptions disponibles.

A. Spécificité de l'Internet

L'Internet est un médium de communication dont les caractéristiques dominantes ne sont pas sans incidence sur la protection des droits d'auteur. Ces caractéristiques se rapportent, d'une part, à la manière dont l'information est conservée et communiquée et, d'autre part, aux entités qui participent à sa transmission.

1. Nature des communications sur l'Internet

Afin d'apprécier les situations susceptibles de donner ouverture à la responsabilité des intermédiaires sur l'Internet, il importe de décrire brièvement l'architecture des environnements électroniques. Comme le souligne A. Dufour, les réseaux informatiques présentent trois composantes: matérielle, logicielle et humaine [49]. En ce qui a trait à la composante matérielle, elle comprend les noeuds (commutateurs, routeurs, passerelles, ordinateurs hôtes, etc.), de même que les liens entre les noeuds (câbles, fibres optiques, ondes radios, satellites, etc.). En ce qui a trait à la composante logicielle, elle englobe les différentes applications (ou programmes) qui assurent le fonctionnement et la gestion des réseaux. Il s'agit, par exemple, des logiciels qui contiennent les informations relatives aux protocoles de communications. Nous analysons la composante humaine dans la section portant sur les intermédiaires.

Les services disponibles sur l'Internet sont variés. Pour les fins de notre discussion, nous les avons regroupés autour de deux axes dominants: d'une part, les services de communication et, d'autre part, les services d'information [50]. Les services de communication sont divers: forums de discussion asynchrone (ex. groupes de nouvelles USENET), listes de distribution, courrier électronique, communication en temps réel (ex. Internet Relay Chat, Multi-User Dungeon), etc. Lors de la transmission de communications par le biais de l'un ou l'autre de ces services, une copie des messages échangés entre expéditeur et destinataire est habituellement sauvegardée sur l'ordinateur qui fait office de serveur de courrier électronique, de nouvelles USENET ou de forums de discussion en temps réel. Il s'agit, le plus souvent, d'un ordinateur opéré par un fournisseur d'accès ou de services en-ligne, ou encore par un exploitant de babillard électronique.

En ce qui a trait aux services d'information, il s'agit principalement de l'accès aux fichiers électroniques (bases de données, éditions en-ligne, etc.), de même que le transfert de fichiers ("téléchargement" [51]). Les services d'information sont accessibles par le biais d'applications diverses: Telnet, FTP (File Transfer Protocol), Gopher et, plus récemment, le World Wide Web. Contrairement aux médias de masse, la personne qui désire accéder aux services d'information sur l'Internet doit initier la transmission, qui se fait pour ainsi dire "sur demande". Ainsi, les fichiers d'information sont conservés dans leur ordinateur hôte jusqu'à leur téléchargement par le destinataire, soit pour fins de visualisation [52], soit pour fins de sauvegarde. Au moment de la transmission des fichiers, ceux-ci ne sont habituellement pas reproduits dans l'ordinateur des fournisseurs d'accès à l'Internet.

Il n'y a aucun doute que l'Internet est aujourd'hui l'environnement électronique le plus populaire. Toutefois, avant sa récente explosion, et en parallèle à son développement, existait une multitude de réseaux informatiques, régionaux ou internationaux, tels des services en-ligne commerciaux (par exemple America Online, Prodigy et CompuServe [53]) et des babilards électroniques [54], qui offraient et offrent toujours un ou plusieurs des services que nous venons de décrire. L'analyse qui suit s'applique à ces réseaux, tout comme à l'Internet, sous réserve des distinctions que nous évoquerons, le cas échéant.

2. Profil des intermédiaires du réseau

S'il y a toujours eu des intermédiaires en droit d'auteur (qu'ils soient imprimeurs, éditeurs, distributeurs ou diffuseurs), il convient de noter que les intermédiaires dans les environnements électroniques ont un tout autre visage. Parce que l'Internet permet aux créateurs et aux consommateurs de communiquer directement entre eux, les intermédiaires du cyberspace sont

ceux qui fournissent les moyens de cette communications [55]. Dans les paragraphes qui suivent, nous tentons de circonscrire la portée du concept d’“intermédiaire” [56].

Dans une de ses acceptions courantes, le vocable “intermédiaire” s’entend d’une “personne qui met en relation deux personnes ou deux groupes” [57]. Dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, H. Reid propose la définition suivante, qui est étroitement associée au monde du courtage: “personne qui fait profession de mettre en relation deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d’une entente” [58]. Afin de situer plus précisément le concept d’“intermédiaire” dans les environnements électroniques, il importe de revenir brièvement sur leur composante humaine. Selon A. Dufour, celle-ci se regroupe autour de trois axes: les gestionnaires réseau (au premier plan ceux qui sont impliqués dans la fourniture d’accès à l’Internet), les producteurs de services (incluant les fournisseurs d’accès qui offrent des services à valeur ajoutée) et les utilisateurs de services (ces dizaines de millions d’“internauts”) [59]. D’aucuns regroupent les différents acteurs qui participent aux réseaux informatiques sous trois chapeaux, selon le rôle dominant qu’ils occupent: opérateurs de réseaux, fournisseurs d’information et transporteurs d’informations [60].

Une définition qui rend compte de la fonction assumée par chaque participant à une communication donnée nous semble préférable. Dans cette perspective, il convient de distinguer les créateurs/auteurs de contenus, des transporteurs/diffuseurs d’information, des destinataires/utilisateurs. La deuxième catégorie englobe les intermédiaires, à l’égard desquels on peut appliquer la définition suivante: l’intermédiaire, dans un environnement électronique, est un *agent dont le rôle est d’établir des relations et de faciliter les échanges entre les divers utilisateurs des réseaux* [61]. En pratique, les intermédiaires correspondent aux entités que A. Dufour classe, dans le marché commercial de l’Internet, sous les rubriques suivantes: fournisseurs de services à valeur ajoutée (informations, produits et services en ligne, entreprises ayant intégré l’Internet dans leurs stratégies commerciales); fournisseurs d’accès à l’Internet [62]; opérateurs de réseaux de télécommunications [63]. Dans le rapport préparé pour Industrie Canada, M.S. Hayes précise ainsi le concept d’intermédiaire:

Les intermédiaires se composent d’une vaste gamme d’individus et d’organismes ayant une fonction commune: ils servent de lien entre les expéditeurs et les destinataires. Il peut s’agir de sociétés d’exploitation de télécommunications, d’exploitants de babillards électroniques, de FAI, de services en ligne et de divers autres fournisseurs techniques. Les intermédiaires sont les propriétaires et les exploitants du matériel et des systèmes dont se servent les expéditeurs et les destinataires pour communiquer entre eux [64].

Comme on le voit, les intermédiaires ne constituent pas un groupe monolithique. En outre, leurs rôles ont tendance à se recouper sur l’Internet. Ainsi, un intermédiaire peut, à l’égard d’une communication donnée, agir à titre d’expéditeur ou de destinataire. C’est donc l’étude de la fonction spécifique assumée par un intermédiaire lors de la communication litigieuse qui est déterminante aux fins d’établir sa responsabilité. Dans les sections qui suivent, nous revenons sur les principes de responsabilité évoqués dans la première partie, mais en mettant l’accent sur les difficultés particulières que soulève leur application aux environnements électroniques. Nous tenons pour acquis que les violations, le cas échéant, ont lieu au Canada, et sont donc assujetties aux dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur* [65].

B. Responsabilité pour violation directe

Nous avons choisi de discuter de la responsabilité pour violation directe en abordant trois prérogatives du droit d’auteur qui sont susceptibles d’être le plus fréquemment invoquées dans les environnements électroniques: droit de reproduction, droit de communiquer au public par télécommunication et autorisation de tels actes [66].

1. Droit de reproduction

Suivant le raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.* [67], la copie d'une oeuvre sur support électronique serait suffisamment "fixée" pour mettre en cause le droit de reproduction [68]. Toutefois, il importe de déterminer si la copie éphémère d'une oeuvre numérique (sur un serveur ou un noeud du réseau), incidente à sa communication à une adresse électronique ou à un groupe de nouvelles, est suffisamment "permanente" pour constituer une reproduction au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* [69]. Dans l'affaire *Bishop c. Stevens* [70], la Cour suprême du Canada a jugé qu'un enregistrement sonore éphémère constituait une violation du droit de reproduction et ce, même si le défendeur détenait une licence pour la radiodiffusion de l'oeuvre. En outre, dans son rapport final, le Sous-comité sur le droit d'auteur s'est dit d'avis que la copie numérique d'une oeuvre dans la mémoire vive d'un ordinateur pour fins de consultation constituait une reproduction au sens de la *Loi* [71].

Si l'on accepte que des copies numériques, même transitoires, sont des reproductions au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une telle conclusion ne résoud pas la question de la responsabilité des intermédiaires, puisqu'il faut encore déterminer s'ils sont effectivement à l'origine de la reproduction et, partant, s'ils doivent en supporter les conséquences. Il n'y a aucun doute qu'un intermédiaire qui reproduit lui-même une oeuvre protégée, par exemple en la téléchargeant sur son serveur pour la mettre à la disposition de ses abonnés, commet personnellement un acte de contrefaçon susceptible d'engager sa responsabilité. Nous nous intéressons plutôt aux hypothèses où l'acte de reproduction est initié par un tiers, par exemple lors du téléchargement d'une oeuvre sur le serveur d'un intermédiaire ou encore lors de la transmission d'un courrier électronique ou d'un message destiné à un groupe de nouvelles contenant une oeuvre contrefaite. Comme nous l'avons souligné, une telle transmission suppose la copie temporaire du courrier ou du message sur le serveur de l'intermédiaire.

La question de la responsabilité des intermédiaires pour des actes initiés par des tiers n'a pas encore retenu l'attention de nos tribunaux. Toutefois, les tribunaux américains ont eu à trancher, à quelques reprises, la question de savoir si la responsabilité de propriétaires d'équipement informatique devait être engagée à l'égard de reproductions (sur leurs serveurs) incidentes à une transmission initiée par un tiers [72]. Dans l'affaire *Sega Enterprises Ltd. c. MAPHIA* [73], le tribunal a fait droit à un recours en injonction préliminaire à l'encontre d'un exploitant de babillard électronique, jugeant qu'il était directement responsable de la violation du droit de reproduction de jeux vidéos Sega qui avaient été téléchargés sur le babillard électronique par des usagers, à sa connaissance, voire à son invitation, et moyennant une contribution des abonnés souhaitant tirer copie de ces jeux. Le tribunal s'est exprimé en ces termes:

Sega has established a *prima facie* case of direct copyright infringement under 17 U.S.C. § 501. Sega has established that unauthorized copies of its games are made when such games are uploaded to the MAPHIA bulletin board, here with the knowledge of Defendant Scherman. These games are thereby placed on the storage media of the electronic bulletin board by unknown users [74].

Dans l'affaire *Netcom*, la Cour a toutefois diminué la valeur de précédent de l'affaire *Sega*, jugeant que les conclusions du tribunal se rapportaient davantage à la détermination de l'existence d'une violation contributoire commise par l'exploitant du babillard électronique plutôt que d'une violation personnelle, en raison de l'insistance qu'il avait placée sur sa connaissance de la violation [75].

L'affaire *Netcom* présente, quant à elle, une analyse détaillée de la question de la violation directe par un intermédiaire du droit de reproduction d'une oeuvre téléchargée sur son serveur par des

tiers. Après avoir déterminé que ni Netcom ni l'exploitant du babillard électronique n'avaient initié la reproduction des oeuvres et que les systèmes de l'un et de l'autre pouvaient fonctionner sans intervention humaine, la Cour a conclu que Netcom et l'exploitant du babillard électronique n'avaient pas *causé* la reproduction. Selon la Cour, “[a]lthough copyright is a strict liability statute, there should still be some element of volition or causation which is lacking where a defendant’s system is merely used to create a copy by a third party” [76]. Élaborant sur les conclusions du tribunal dans l'affaire *Playboy Enterprises Inc. c. Frena*[77], la Cour fut d'avis qu'il n'y avait pas de violation directe du droit de reproduction dans les circonstances suivantes: “the storage on a defendant’s system of infringing copies and retransmission to other servers is not a direct infringement by the BBS operator of the exclusive right to reproduce the work where such copies are uploaded by an infringing user” [78]. En refusant de retenir la responsabilité des défendeurs, la Cour démontre sa compréhension de la technologie qui sous-tend l'Internet:

Where the infringing subscriber is clearly directly liable for the same act, it does not make sense to adopt a rule that could lead to the liability of countless parties whose role in the infringement is nothing more than setting up and operating a system that is necessary for the functioning of the Internet. Such a result is unnecessary as there is already a party directly liable for causing the copies to be made. [...] The court does not find workable a theory of infringement that would hold the entire Internet liable for activities that cannot reasonably be deterred [79].

En somme, la Cour fut d'avis qu'il était préférable d'analyser la responsabilité des intermédiaires sous la rubrique de la responsabilité contributoire, comme c'est le cas, par exemple, de la responsabilité du propriétaire d'un photocopieur. Le droit d'auteur canadien ignore la doctrine de la responsabilité contributoire, mais la faculté d'autoriser l'une ou l'autre des prérogatives du droit d'auteur, que l'on retrouve au paragraphe 3(1) *in fine*, lui fait écho. Nous analysons la portée de ce droit plus loin.

La conclusion du tribunal dans l'affaire *Netcom* relativement à la responsabilité des intermédiaires pour violation directe du droit de reproduction nous semble bien fondée. Les principes retenus par la Cour au soutien de sa décision peuvent du reste être transposés en droit canadien, puisque celle-ci s'appuie sur une description de la technologie sous-jacente à l'Internet et de son incidence sur les participants à la communication plutôt que sur des principes juridiques spécifiques au droit d'auteur américain.

L'étude de la responsabilité des intermédiaires pour la reproduction d'oeuvres sur l'Internet ne serait pas complète sans discuter de la pratique du “caching” [80]. Celle-ci se fait à deux niveaux. Premièrement, la plupart des logiciels de navigation sur l'Internet (tel Netscape) procèdent automatiquement et à l'insu de l'utilisateur à la reproduction des sites “survolés” sur le disque dur de son ordinateur. Lorsque l'utilisateur visite un site pour une seconde fois, le logiciel de navigation affiche la copie sauvegardée dans la “cache” au lieu de télécharger une nouvelle copie. Nous ne nous attarderons pas à cette forme de reproduction, qui met davantage en cause la responsabilité de l'utilisateur plutôt que celle des intermédiaires.

Certains intermédiaires s'adonnent également à la pratique du “caching”. C'est le cas, notamment, des fournisseurs de services en-ligne commerciaux, tels Prodigy, America Online et CompuServe. Ceux-ci sauvegardent dans une “cache” des copies des sites les plus populaires, afin de réduire l'engorgement des lignes de communication causé par l'étroitesse des bandes passantes. Ainsi, lorsqu'un utilisateur réquisitionne l'accès à un site, il télécharge, de fait, une copie du site reproduite sur le serveur de son fournisseur de services plutôt qu'une copie du site hébergé dans le serveur d'origine [81].

Ni la *Loi sur le droit d'auteur* ni le Projet de loi C-32 ne contiennent de dispositions susceptibles de nous éclairer sur le statut d'une telle pratique. Comme nous l'avons souligné, une copie

numérique, même temporaire, est néanmoins assujettie au droit de reproduction. Même si le “caching” se fait automatiquement en programmant des logiciels à cet effet, sa pratique est tributaire d’une décision volontaire de l’administrateur du réseau. En outre, contrairement au téléchargement d’une oeuvre par un abonné ou à sa communication par courrier électronique ou dans un groupe de nouvelles, la reproduction d’une oeuvre pour fins d’antémémorisation n’est pas le fait d’un tiers, mais celui de l’intermédiaire. Enfin, le “caching” n’est pas indispensable au fonctionnement de l’Internet. Pour ces raisons, nous sommes d’avis que la pratique du “caching” est assujettie au droit de reproduction. Nous partageons en cela l’opinion d’un auteur canadien, qui opine, au surplus, que cette pratique est susceptible de violer d’autres prérogatives du titulaire du droit d’auteur:

More importantly, however, is the fact that web caching without authorization is tantamount to copyright infringement. As discussed above, IHAC has taken a position that browsing alone constitutes the exercise of the reproduction right. In fact, caching by ISPs could also constitute infringement of the distribution right, public display and performance of such content [82].

Si les intermédiaires risquent de voir leur responsabilité engagée par la pratique du “caching”, ils ne manqueront pas d’invoquer l’exception d’usage équitable ou de plaider l’existence d’une licence implicite. Nous analysons ces défenses dans une autre section. Dans les paragraphes qui suivent, nous abordons la problématique du droit de communiquer une oeuvre au public par télécommunication sur l’Internet.

2. Droit de communiquer au public par télécommunication

Les messages transmis par courrier électronique entre deux individus soulèvent peu de problèmes de qualification. Bien qu’il s’agisse de communications par télécommunication au sens de l’article 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, il ne s’agit manifestement pas de communications “au public” au sens de l’article 3 de la *Loi*. Ces communications s’apparentent à une conversation téléphonique privée entre deux personnes [83]. Toutefois, les communications échangées entre les membres d’une liste de distribution ouverte sont probablement destinées “au public”. M.S. Hayes fait également valoir que dans certaines circonstances, des communications par courrier électronique pourront être qualifiées d’“au public”, selon la manière dont les destinataires sont sélectionnés. Par exemple, si un expéditeur transmet un message à plusieurs adresses électroniques choisies arbitrairement (par exemple en utilisant un nom de domaine commun), ou encore si une personne s’adonne à la sollicitation commerciale, les communications qui en résultent pourront être qualifiées d’“au public” au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* [84].

De même, la publication d’un message dans un groupe de nouvelles USENET ou dans un forum de discussion en temps réel est indiscutablement une communication par télécommunication destinée “au public”. Dans une telle hypothèse, les destinataires ne sont pas individuellement ciblés, bien au contraire: le message est publié à l’attention de toutes les personnes qui fréquentent le groupe ou le forum et il est, de fait, théoriquement accessible par n’importe quelle personne qui est raccordée au réseau Internet. Cette proposition n’est pas modifiée, à notre avis, même si le forum de discussion limite la participation à un groupe d’abonnés disposant de codes d’accès.

La détermination du caractère “public” de la communication est plus problématique dans le cas du téléchargement de fichiers d’information hébergés sur un serveur accessible par l’une ou l’autre des applications Internet (Telnet, FTP, Gopher ou Web). Dans cette hypothèse, non seulement la réception d’une oeuvre se fait-elle en privé, à l’instar de la réception des émissions diffusées sur les ondes ou transmises par câble, mais la transmission et la réception d’une oeuvre ne sont pas simultanées, puisque chaque destinataire choisit le moment de la réception. Cette caractéristique est-elle susceptible de faire échec au caractère “public” de la communication? En se fondant sur la jurisprudence portant sur l’interprétation de l’expression “en public”, S. Martin exprime l’opinion

qu'“une télécommunication serait ”publique” alors même qu'elle serait reçue à des moments différents, par une multiplicité de personnes éloignées les unes des autres” [85]. Cette opinion est partagée par le Sous-comité sur le droit d'auteur, qui est d'avis que “l'expression ”au public” doit être interprétée de façon à englober les transmissions du type décrit ci-dessus [babillard électronique], même si chacun des membres du public peut recevoir cette transmission à sa guise et à son gré” [86]. De même, dans ses recommandations, le Sous-comité précisait que le droit d'auteur visait “la communication au public d'une oeuvre, peu importe si cette oeuvre est rendue accessible ”sur demande”” [87]. Enfin, l'article 8 du récent Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur [88] prévoit, à l'égard du droit de communiquer au public, que:

[...] les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs oeuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. (Nous soulignons)

Tenant pour acquis que plusieurs communications sur l'Internet sont des communications par télécommunication “au public” au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, encore faut-il identifier l'intervenant à l'origine de la communication et, partant, le responsable de la violation des droits d'auteur. S'agit-il de l'expéditeur ou du destinataire, chacun ayant téléchargé le contenu (“*uploading*” pour le premier et “*downloading*” pour le second), ou s'agit-il plutôt de l'intermédiaire qui a permis sa transmission en exploitant une partie du réseau de communication?

Une fois de plus, les tribunaux américains ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dans l'affaire *Playboy Enterprises Inc. c. Frena*, le tribunal a jugé que l'exploitant d'un babillard électronique s'était livré à la mise en circulation et à la représentation publique [89] de plus d'une centaine de photographies dont les droits d'auteur étaient détenus par Playboy et ce, même si ces photographies avaient été téléchargées sur le babillard électronique par un tiers abonné à l'insu de l'exploitant. Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques [90].

Par contraste, dans l'affaire *Netcom*, la Cour a refusé de conclure que des intermédiaires s'étaient livrés à la mise en circulation ou à la représentation publique d'oeuvres à la suite du téléchargement de textes de l'Église de scientologie par un abonné sur un babillard électronique. Il s'agit toutefois d'une conclusion mentionnée en passant, parce que l'argumentation de la partie demanderesse était principalement fondée sur la violation du droit de reproduction. Évoquant le *ratio* du tribunal dans l'affaire *Playboy*, la Cour écrit:

The court is not entirely convinced that the mere possession of a digital copy on a BBS that is accessible to some members of the public constitutes direct infringement by the BBS operator. Such a holding suffers from the same problem of causation as the reproduction argument. Only the subscriber should be liable for causing the distribution of plaintiff's work, as the contributing actions of the BBS provider are automatic and indiscriminate [91]. (Nous soulignons)

À l'instar de sa conclusion portant sur le droit de reproduction, la Cour a considéré que la contribution essentiellement technique de l'intermédiaire à la contrefaçon et son caractère “automatique” étaient des éléments déterminants dans l'appréciation de sa responsabilité. L'opinion de la Cour reflète une juste compréhension de la technologie sous-jacente à l'Internet et de l'importance de ne pas tout bonnement transposer les schèmes d'analyse développés en fonction d'autres médias: “Every Usenet server has a role in the distribution, so plaintiff's argument would create unreasonable liability. Where the BBS merely stores and passes along all messages sent by its subscribers and others, the BBS should not be seen as causing these works to be publicly distributed or displayed” [92].

Aux fins de distinguer l'instance de l'affaire *Playboy*, la Cour précise que sa conclusion s'impose à l'égard d'entités qui, à l'instar de *Netcom*, ne font que fournir l'accès à l'Internet et qui,

contrairement à d'autres intermédiaires, tels les services en-ligne commerciaux, n'hébergent pas de contenu sur leurs ordinateurs. Aussi, l'étendue du contrôle que peut (ou non) exercer un intermédiaire sur des contenus hébergés sur des ordinateurs opérés par des tiers est importante dans l'appréciation de la contrefaçon:

No purpose would be served by holding liable those who have no ability to control the information to which their subscribers have access, even though they might be in some sense helping to achieve the Internet's automatic "public distribution" and the users' "public" display of files [93].

Comme on le voit, même si la responsabilité pour violation directe n'est pas subordonnée, en droit américain, à la preuve de l'intention ou de la connaissance, la Cour introduit implicitement une telle exigence par les références répétées qu'elle fait aux éléments de "volonté", de "causalité" et de "contrôle". Ces références sont le reflet d'une politique judiciaire qui répugne à retenir la responsabilité d'un tiers qui n'a aucunement participé à l'infraction.

Au Canada, la question de la responsabilité des intermédiaire relativement à la violation du droit de communiquer au public par télécommunication n'a pas encore été abordée en regard des transmissions sur l'Internet. On peut toutefois postuler qu'un intermédiaire dont le rôle se limite à transporter un message, sans en modifier la teneur, n'effectue pas une communication au public [94]. Selon M.S. Hayes, le fait que les communications sur l'Internet ne soient pas acheminées directement de l'expéditeur au destinataire, mais transitent, parfois pendant un certain temps, sur l'équipement d'un intermédiaire, ne modifie pas ce postulat:

Il ressort aussi d'analogies faites avec d'autres situations relatives à la violation du droit d'auteur qu'il n'y a pas de "communication au public" de la part d'un intermédiaire Internet quand celui-ci transmet les messages d'un utilisateur. Par exemple, en dehors du domaine de la diffusion, nul n'a jamais laissé entendre que des transporteurs (comme la Société canadienne des postes ou une entreprise de camionnage) qui acheminent à leur insu des copies d'une oeuvre violant le droit d'auteur sont responsables de pair avec l'auteur principal de la violation. Il semble que les personnes qui s'adonnent à une "communication par télécommunication" sont censées être l'auteur et le destinataire de la communication. Il n'a jamais été jugé qu les transporteurs intermédiaires qui agissent comme point de transit aient violé un droit d'auteur à l'égard des renseignements et des messages qu'ils transportent, soit au Canada soit au Royaume-Uni, et il est difficile de dire logiquement qu'ils communiquent avec qui que ce soit [95].

Un autre auteur suggère d'appréhender la détermination de la responsabilité des intermédiaires relativement à la violation du droit de communiquer au public par télécommunication sous l'angle de la notion d'"exécution", que recèle l'article 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Selon cet auteur, ce vocable devrait être interprété de telle sorte que les intermédiaires dont le rôle dans la communication est essentiellement passif soient exonérés de toute responsabilité. En effet, lorsque la communication est initiée par un tiers et que la transmission, du point de vue de l'intermédiaire, est automatique, on ne peut vraisemblablement conclure que l'intermédiaire a "exécuté" un acte en violation des prérogatives conférées aux titulaires du droit d'auteur:

On constate à la lecture de [l'article 27(1)] que la notion d'exécution est essentielle à la contrefaçon. Selon son acception commune, le verbe "exécuter" est un verbe d'action qui nécessite de la part de son sujet un rôle actif.

Jusqu'à tout récemment, les incidences de cette exigence quant au droit d'auteur étaient insignifiantes. En effet, le contrefacteur agissait soit personnellement, tel que le ferait par exemple un imprimeur, ou confiait l'exécution de l'acte répréhensible à un tiers.

La situation d'un serveur rattaché au réseau Internet s'avère très différente. Comme il a déjà été maintes fois souligné, les services informatiques de l'Université n'exercent aucun contrôle sur le

flux d'informations transitant sur le réseau. La reproduction sur support informatique est automatique et la transmission des données est initiée par les usagers du réseau [96].

Selon l'auteur, il est difficile de concevoir que l'université exécute, par la simple exploitation d'un serveur Internet, un acte de violation au sens du paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Soulignons en terminant que si les points de vue de ces deux auteurs s'imposent presque d'emblée à l'égard d'intermédiaires qui, à l'instar de Netcom ou d'une université, mettent simplement à la disposition de leurs abonnés ou usagers le support à la communication, l'analyse est probablement différente à l'égard d'intermédiaires qui fournissent à leurs clients de nombreux services à valeur ajoutée, comme c'est le cas des grands services en-ligne commerciaux. À tout événement, chaque situation doit être appréhendée en fonction du rôle spécifique que joue l'intermédiaire dans la communication litigieuse. Sa responsabilité dépendra, ultimement, du contrôle effectif qu'il exerce sur celle-ci.

Avant de conclure notre discussion de la question de la communication au public par télécommunication, il convient de déterminer si les intermédiaires peuvent se prévaloir de l'exception énoncée au paragraphe 3(1.3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme nous l'avons vu, cette disposition vise à exempter de toute responsabilité les entités dont la participation à la transmission se limite à la fourniture des moyens de communication. Dans son rapport, le Sous-comité sur le droit d'auteur tient pour acquis, sans en apporter la justification, que cette disposition ne s'applique qu'aux entreprises de télécommunications [97]:

Les obligations découlant du droit d'auteur doivent s'appliquer aux propriétaires et exploitants de babillards électroniques étant donné que ceux-ci ne sont pas des exploitants d'entreprise de télécommunications. Toutefois, il conviendrait de prévoir un mécanisme de défense pour les cas où il peut être démontré que l'exploitant ignorait réellement et ne pouvait soupçonner que des abonnés portaient atteinte au droit d'auteur, et qu'il a pris des mesures raisonnables pour corriger les abus [98].

Curieusement, le Sous-comité sur le droit d'auteur ne mentionne, à titre d'intermédiaire, que les exploitants de babillards électroniques. Il n'évoque pas l'hypothèse du simple fournisseur d'accès, ou encore celle de l'entreprise de télécommunications qui offre à ses abonnés d'autres services à valeur ajoutée, comme c'est le cas, par exemple, de Bell ou de Vidéotron. Comme le souligne si justement M.S. Hayes, le concept d'entreprise de télécommunications auquel réfère le Sous-comité dans son rapport est un emprunt malheureux à la doctrine américaine de la responsabilité fondée sur la faute [99]. Or, le libellé du paragraphe 3(1.3) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne limite aucunement la disponibilité de l'exception aux entreprises de télécommunications ou aux transporteurs publics. Il n'y a donc aucune raison d'en restreindre ainsi la portée, bien au contraire [100].

Compte tenu, d'une part, de la convergence des médias et des supports de communication sur l'Internet et, d'autre part, des services hybrides que sont appelées à rendre les entreprises qui occupent une position intermédiaire, il est préférable d'adopter une démarche fonctionnelle, aux fins de déterminer si le paragraphe 3(1.3) de la *Loi sur le droit d'auteur* trouve application et ce, à l'égard de chaque communication incriminée, plutôt que de procéder, dans l'abstrait, à la qualification d'un intermédiaire selon son rôle dominant. Une telle interprétation du paragraphe 3(1.3) de la *Loi* nous semble conforme tant à sa lettre qu'à son objet.

Dans la mesure où un intermédiaire se limite à fournir le support de la communication, par exemple par l'exploitation d'un noeud du réseau, sa responsabilité devrait être exclue en application du paragraphe 3(1.3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il devrait en être de même dans le cas d'un intermédiaire qui, bien qu'hébergeant des fichiers ou exploitant des serveurs de courrier

électronique ou de nouvelles USENET, n'a prêté qu'un concours technique à la transmission du contenu litigieux. M.S. Hayes adopte un point de vue semblable:

La meilleure façon d'interpréter le paragraphe 3(1.3) semblerait être que le mot "nécessaire" renvoie à la relation qui existe en général entre les "moyens" et la "communication", et cela requiert seulement que ce que le FAI fait à l'égard de la communication individuelle en question fasse partie de la façon générale dont il fournit les moyens par lesquels sont transmises les communications. En conséquence, un FAI pourrait se fonder sur le paragraphe 3(1.3) et ne "communiquerait pas au public par télécommunication" en agissant comme point de transit des transmissions Internet à destination et en provenance de ses clients [\[101\]](#).

Comme nous l'avons souligné, l'exemption énoncée au paragraphe 3(1.3) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège les intermédiaires qu'à l'égard des violations du droit de communiquer au public par télécommunication. Ceux-ci pourraient donc voir leur responsabilité engagée à d'autres titres. Par exemple, si, lors de la transmission d'un fichier, un intermédiaire en fait la reproduction, par la pratique du "caching" ou autrement, sa responsabilité pourra être retenue pour la violation du droit de reproduction dans la mesure où cette reproduction n'est pas "nécessaire" à la communication.

Somme toute, la détermination de la responsabilité des intermédiaires en droit canadien pour des violations du droit de reproduire ou de communiquer au public par télécommunication se conçoit probablement mieux en fonction de la notion d'"autorisation" à laquelle réfère au paragraphe 3(1) *in fine* de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est ce que nous nous proposons d'analyser dans la section qui suit.

3. Concept d'autorisation

Le droit canadien présente certaines similarités avec le droit américain, qui connaît également le concept d'"autorisation". Aux États-Unis, la jurisprudence a toutefois développé deux doctrines spécifiques en rapport avec cette notion, qui n'ont pas de pendant en droit canadien. Dans son rapport, le groupe de travail américain sur la propriété intellectuelle de la Information Infrastructure Taskforce écrivait:

Direct participation in infringing activity is not a prerequisite for infringement liability, as the Copyright Act grants to copyright owners not only the right to exercise the exclusive rights, but also the right "to authorize" the exercise of those rights. The inclusion of the right "to authorize" was "intended to avoid any questions as to the liability of contributory infringers" — those who do not directly exercise the copyright owner's rights, but "authorize" others to do so. Other than the reference to a copyright owner's right "to authorize" exercise of the exclusive rights, however, the Copyright Act does not mention or define "contributory infringement" or "vicarious liability", the standards for which have developed through case law [\[102\]](#).

Dans l'affaire *Netcom*, la Cour a analysé en détail l'application de ces deux doctrines aux intermédiaires. En ce qui a trait à la théorie de la responsabilité contributoire, qui requiert la démonstration de la connaissance et du contrôle, la Cour a jugé que les faits de l'instance soulevaient des questions qui méritaient d'être débattues à procès, plus particulièrement en ce qui concerne la connaissance de la violation par les défendeurs, une fois que l'existence des droits d'auteur eût été dénoncée. Cependant, la Cour a rejeté la théorie de la responsabilité pour le fait d'autrui, au motif que les défendeurs ne tiraient pas de bénéfices directs de la contrefaçon des oeuvres de l'Église de scientologie.

Comme nous l'avons souligné, la jurisprudence américaine sur cette question est d'une utilité relative. D'une part, les critères de la responsabilité contributoire en droit américain pourraient ne pas être suffisants pour constituer l'autorisation d'une violation au sens du paragraphe 3(1) *in fine*

de la *Loi sur le droit d'auteur* [103]. Selon M.S. Hayes, “d’après la loi canadienne, ni la connaissance ni la capacité d’éviter la violation ne paraissent suffisantes. En conséquence, il semblerait que l’on ne considérerait pas que la plupart des intermédiaires Internet autorisent les violations de leurs utilisateurs” [104]. D’autre part, l’interprétation du concept d’“autorisation” en droit canadien ne subordonne pas la responsabilité d’une personne pour le fait d’autrui à la démonstration de sa participation dans les bénéfices.

Dans le Rapport national du Canada présenté à l’occasion de la conférence de l’ALAI portant sur les droits d’auteurs dans le cyberspace, M. Racicot et L. Guibault écrivaient, au sujet de la responsabilité des intermédiaires relativement à la violation du droit d’autoriser l’une ou l’autre des prérogatives du droit d’auteur

À notre avis, le fait pour un exploitant de babillard électronique ou un fournisseur d’Internet qui met son équipement et de l’espace mémoire à la disposition de ses abonnés, de n’avoir recouru à aucune mesure, sous forme d’avis, de politique, etc. pour dissuader des activités illégales pourrait être suffisant pour engager sa responsabilité à ce titre. L’autorisation serait encore plus flagrante si les actes de violation ne sont pas accomplis à l’insu de l’exploitant, mais plutôt avec sa tacite bénédiction [105].

Cette conclusion n’est toutefois pas partagée par d’autres auteurs qui se sont penchés sur la question. S. Martin fait valoir que les opérateurs d’un serveur Internet ne devraient pas voir leur responsabilité engagée pour des actes de contrefaçon commis par des tiers et ce, en raison du contrôle limité qu’ils exercent sur l’utilisation de leur réseau [106]. De même, M.S. Hayes exprime l’avis que:

L’étroitesse relative de la notion d’“autorisation” en droit canadien est d’une très grande importance dans le milieu Internet. Une grande part des violations commises sur Internet résultera du fait que des utilisateurs donnent des instructions qui amènent à reproduire ou à communiquer des oeuvres protégées au moyen de matériel fourni par des FAI et d’autres intermédiaires. Il est évident que ce matériel peut être utilisé — et il l’est effectivement — à des fins qui ne constituent pas une violation. Par conséquent, en l’absence de but commun avec les utilisateurs, les FAI, en tant que fournisseur de ce matériel, ne devraient pas être responsables des violations que commettent leurs utilisateurs, pas plus que le vendeur de magnétophones [107].

En somme l’interprétation prêtée jusqu’à maintenant à la notion d’autorisation en droit canadien est susceptible d’exonérer les intermédiaires de toute responsabilité dans la plupart des situations. Toutefois, ceux-ci demeureront responsables des actes de contrefaçon commis par leurs préposés, tandis que leur responsabilité pourra être retenue si leur contribution à la contrefaçon laisse entrevoir une participation plus qu’incidente à l’acheminement des communications. Enfin, les intermédiaires qui ignorent la dénonciation de violations commises sur leur réseau pourraient voir leur responsabilité engagée au titre de violation indirecte. C’est ce chef de responsabilité que nous analysons dans la prochaine section.

C. Responsabilité pour violation indirecte

Comme le prévoit le libellé de l’alinéa 27(4)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la mise en circulation d’une oeuvre contrefaite est susceptible d’engager la responsabilité d’un intermédiaire, si celui-ci connaissait l’existence d’un droit d’auteur sur l’oeuvre. Dans l’affaire *R. c. M.(J.P.)* [108] — la seule que nous ayons recensée sur la question de la responsabilité d’un intermédiaire en matière de droit d’auteur — un exploitant de babillard électronique a été reconnu coupable d’avoir mis en circulation des exemplaires de logiciels en contravention de l’alinéa 42(1)c) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette disposition reprend, en substance, les chefs de responsabilité civile énoncés au paragraphe 27(4), mais sous forme d’infractions pénales. Dans cette affaire, l’exploitant du babillard électronique, un mineur, avait créé un espace sur son ordinateur, qui

portait le nom de “Hackers Delight”, auquel il limitait l’accès à certains abonnés. Une fois autorisés, ces derniers pouvaient télécharger des copies de logiciels protégés par droit d’auteur. Maintenant la condamnation du mineur, la Cour d’appel déclarait:

Since computer programs are expressly protected by the Act as literary works, and the owners of the copyrights have the sole right to communicate the work to the public by telecommunication, there can be no doubt that the appellant created infringing copies of the software by placing them on the bulletin board in such a way that they were available to be used and copied by the 16 “special” users.

It is also clear that when he accessed his computer by modem from his friends’ homes and downloaded the programs onto their computers, he was “distributing” the infringing copies.

Furthermore, by controlling the means and manner by which the users of the bulletin board accessed area 20, and providing the software to assist in the downloading by modem of those users, the appellant was also distributing, that is giving out, or sharing the infringing copies [109].
(Nous soulignons)

Comme on le voit, la fourniture de l’équipement nécessaire pour télécharger des oeuvres protégées est susceptible de constituer une mise en circulation au sens du paragraphe 42(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* et, par extension, au sens du paragraphe 27(4) de la *Loi*.

Par ailleurs, si l’hypothèse de la violation contributoire analysée dans l’affaire *Netcom* appert insuffisante pour engager la responsabilité d’un intermédiaire en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, compte tenu de l’interprétation restrictive prêtée à la notion d’autorisation, sa responsabilité pourrait fort bien être retenue en vertu des chefs de violation indirecte énoncés au paragraphe 27(4) de la *Loi*. Par exemple, un intermédiaire avisé qu’un fichier sauvegardé sur son serveur porte atteinte à des droits d’auteur pourrait avoir la connaissance requise au sens du paragraphe 27(4) de la *Loi sur le droit d’auteur* et, s’il ne prend aucune mesure pour suspendre l’accès au fichier ou le détruire, enfreindre l’un ou l’autre de ses sous-paragraphes. Cette situation est analogue à celle d’un libraire, dont on a considéré que le commerce s’inscrivait en violation du paragraphe 27(4) de la *Loi*, étant présumé connaître l’existence des droits d’auteur sur des livres importés qui contenaient une notice de *copyright* [110]. La suffisance de la dénonciation de l’existence d’un droit d’auteur sera déterminante aux fins de présumer la connaissance et, partant, d’imputer la responsabilité à un intermédiaire. Comme le souligne M.S. Hayes, cette question est fort complexe [111]. Par exemple, l’intermédiaire peut-il se satisfaire de la déclaration du tiers ou doit-il exiger une preuve concluante de l’existence d’un droit d’auteur sur l’oeuvre? Dans l’affaire *Netcom*, la Cour a conclu qu’on ne pouvait inférer la connaissance requise lorsque le message ne contient pas de notice de *copyright* ou lorsque le prétendu titulaire du droit d’auteur n’est pas en mesure de fournir les renseignements s’y rapportant [112].

Enfin, compte tenu du format dans lequel sont conservées les oeuvres dans les environnements électroniques, ce ne sont pas tous les chefs de violation indirecte qui sont susceptibles d’engager la responsabilité des intermédiaires sur l’Internet. Ainsi, il est improbable que l’interdiction d’importation d’oeuvres édictée à l’alinéa 27(4)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* soit invoquée. Comme le fait remarquer M.S. Hayes:

Il est peu vraisemblable que l’interdiction d’importation prévue à l’alinéa 27(4)d), ainsi que les dispositions détaillées en matière d’importation des articles 44, 44.1 et 45 s’appliquent aux copies numériques d’oeuvres en plus des copies physiques de ces dernières. Le Sous-comité sur le droit d’auteur du CCAI était d’avis que “l’importation électronique est [...] impossible” puisque l’original de l’oeuvre n’est pas importé; c’est plutôt une nouvelle copie qui est faite au Canada lorsque l’oeuvre en question est téléchargée par un destinataire vers un serveur ou un babillard électronique situé au Canada [113].

En somme, la responsabilité des intermédiaires sur l'Internet est davantage susceptible d'être engagée, à l'égard d'actes commis en leur qualité d'intermédiaire, dans les circonstances prévues au paragraphe 27(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que dans l'hypothèse de violation directe envisagée au paragraphe 27(1). L'imputation de la connaissance sera centrale à cette détermination. Dans les paragraphes qui suivent, nous présentons succinctement les différents arguments susceptibles d'être invoqués par les intermédiaires en défense à une action en contrefaçon commise sur l'Internet.

D. Exceptions

Un intermédiaire responsable *prima facie* d'une violation de droit d'auteur commise sur l'Internet, en application des paragraphes 27(1) ou (4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, peut-il limiter sa responsabilité? Rappelons, dans un premier temps, que l'étendue de la responsabilité des intermédiaires sera tempérée par les prescriptions de l'article 39 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette disposition pourra en effet trouver application dans les cas où l'intermédiaire ignorait l'existence du droit d'auteur et ainsi limiter la disponibilité des recours au seul recours en injonction. Toutefois, la portée de cette disposition est limitée par la présomption de connaissance qu'elle édicte dans le cas où l'oeuvre est enregistrée au moment de la violation.

Deuxièmement, un intermédiaire pourrait invoquer en défense à une action en contrefaçon l'existence d'une licence implicite [114]. Il ne s'agit pas d'une exception au sens propre, mais plutôt d'un élément de preuve que peut apporter un défendeur pour démontrer qu'un des éléments essentiels de la contrefaçon, soit l'absence d'autorisation du titulaire du droit d'auteur, est absent. Cette possibilité a été considérée par plusieurs auteurs, notamment pour excuser les cas de survol et de "caching" [115]. M.S. Hayes fait valoir, à cet égard:

Cette notion de licence implicite revêt une certaine importance pour la question de l'antémémorisation à laquelle procède les FAI quand leurs utilisateurs téléchargent des pages Web. Si le titulaire du droit d'auteur a permis que l'oeuvre figure dans le Web, on peut faire valoir qu'il a implicitement consenti aux activités de copie ou de reproduction de l'oeuvre qui sont nécessaires pour permettre d'accéder à la page Web et de la lui transmettre. Évidemment, il ne peut y avoir de licence implicite lorsque l'oeuvre protégée a été expédiée ou mise dans une page Web sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur [116].

Au chapitre des exceptions, un intermédiaire pourrait invoquer la défense d'utilisation équitable, qui est consacrée au paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* [117]. S'agissant d'une exception, elle doit être interprétée restrictivement. Il est donc permis de douter que cette exception trouve application dans le cas, par exemple, du "caching", à moins que cette pratique ne soit faite dans le cadre des usages énumérés au paragraphe 27(2). Aux États-Unis, où l'exception est plus généreuse, la Cour a néanmoins rejeté, dans l'affaire *Netcom*, l'application de la défense de "fair use" qu'invoquaient les défendeurs:

Here, plaintiffs never gave either Erlich or Netcom permission to view or copy their works. Netcom's use has some commercial aspects. Further, Netcom's copying is not for the purpose of getting to the unprotected idea behind plaintiff's works. [...] Accordingly, the court does not find that Netcom's use was fair as a matter of law [118].

Fait intéressant à souligner, la Cour a déclaré, en *obiter*, que la pratique du survol par les utilisateurs constituerait probablement un usage équitable au sens de la doctrine américaine [119]. D'aucuns partagent le point de vue de la Cour sur cette question:

The World Wide Web is, in one sense, a collection of materials made publicly accessible by their owners. While there is no doubt that almost all of the material available to the public on the Web is protected by copyright, it is almost certainly the case that the doctrine of non-exclusive implied

license and fair use protect individuals browsing the Web who act in ways which would otherwise be considered infringement. For instance, in order to view a document on the Web at all, a copy must be transmitted to the viewer's computer, placed in memory, interpreted by browsing software, and displayed on the viewing party's video display. Taken out of context, this process, in and of itself, seems to constitute a number of infringements. But these activities are central to the functionality of the Web in the first place. Finding that they are infringements would prohibit anyone from using the materials in the way the owner surely intended [120].

Comme on le voit, dans l'hypothèse où un intermédiaire est présumé avoir violé un droit d'auteur sur l'Internet, il pourra difficilement se soustraire à sa responsabilité statutaire autrement qu'en limitant, dans les circonstances appropriées, la portée des recours qui peuvent être entrepris contre lui.

CONCLUSION

En droit canadien, les hypothèses susceptibles d'engager la responsabilité des intermédiaires sont somme toute assez limitées. Au chapitre des violations directes, leur responsabilité n'est susceptible d'être retenue que s'ils ont personnellement participé à la violation, par exemple en reproduisant une oeuvre protégée sur leur serveur, afin de la mettre à la disposition de leurs abonnés pour fins de téléchargement. Si les tribunaux canadiens font preuve de compréhension à l'endroit de la technologie qui sous-tend l'Internet, ils ne devraient pas retenir la responsabilité des intermédiaires pour une contribution à la contrefaçon qui est essentiellement technique et intimement liée au fonctionnement du réseau, telle que la reproduction temporaire de messages sur un serveur de courrier électronique ou de nouvelles ou le support à la transmission de fichiers en réponse à une requête initiée par un usager. Comme le souligne S. Martin, il est "difficilement concevable de retenir la responsabilité d'une personne qui n'a d'aucune manière participé à la commission de l'infraction et dont la bonne foi ne peut être mise en doute" [121]. En ce qui a trait à un éventuel partage de responsabilité, le concept d'autorisation, qui a reçu jusqu'à maintenant une interprétation restrictive, est susceptible de limiter les hypothèses de responsabilité aux situations où les intermédiaires ont eu une participation volontaire et effective dans la contrefaçon, laquelle se doit de dépasser la simple fourniture d'équipement.

Devant ce constat, on peut se demander s'il est souhaitable de solliciter l'intervention du législateur pour augmenter le degré de responsabilité des intermédiaires sur l'Internet. À cet égard, plusieurs font valoir qu'entre deux parties innocentes (le titulaire des droits d'auteur et les intermédiaires), il est de bonne politique que les seconds soient tenus responsables. En permettant à leurs abonnés de télécharger des fichiers, les intermédiaires attirent un volume d'affaires dont ils profitent directement; il est naturel qu'ils assument les risques liés à leurs activités. Ayant intégré ces risques dans leurs coûts d'opérations, les intermédiaires adopteront tout simplement des mesures pour les partager: clauses d'indemnisation, assurance, licence, etc. [122]. Par ailleurs, malgré le volume des communications, les intermédiaires peuvent prendre des dispositions pour minimiser les risques de contrefaçon, lorsqu'informés de l'existence de violations commises sur leurs réseaux [123]. Enfin, parce qu'ils entretiennent une relation d'affaires avec leurs abonnés, les intermédiaires sont dans une position privilégiée pour connaître leur identité et la nature des activités qui se déroulent sur leurs réseaux et, partant, y mettre fin.

À notre avis, il serait prématuré d'intervenir pour encadrer la responsabilité des intermédiaires. L'Internet est encore jeune: des solutions issues du milieu commencent à peine à prendre forme. Par exemple, les fournisseurs d'accès à l'Internet canadiens, réunis sous la bannière de la *Canadian Association of Internet Providers*, ont récemment adopté un code de conduite [124]. Il est vrai que ce code est fort laconique: il ne fait, en substance, qu'affirmer que les fournisseurs d'accès accepteront de se soumettre aux lois applicables. D'autres intermédiaires ont individuellement adopté des mesures de règlement des différends. Il s'agit, par exemple, du cas de

la société Netcom, qui, en plus de prévoir des stipulations contractuelles interdisant la mise en circulation d'œuvres contrefaites sur son réseau, a adopté une procédure de résolution des conflits en matière de propriété intellectuelle [125]. D'autres développements sont à prévoir dans un avenir rapproché, notamment au niveau technologique. Enfin, la réflexion concernant la responsabilité des intermédiaires n'est qu'amorcée, notamment dans les forums internationaux [126]. Elle mérite certes d'être approfondie.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur , L.C. 1997, c. 2

Loi sur le droit d'auteur , L.R.C., c. C-42

2. Jurisprudence

Amusements Wiltron Inc . c. Mainville, [1991] R.J.Q. 1930

Apple Computer c. Mackintosh Computers , [1988] 1 C.F. 673

Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers) , [1936] 2 All E.R. 1496

Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) , [1993] 2 C.F. 138

Australasian Performing Right Society Ltd. c. Telstra Corp. Ltd. , [1994] R.P.C. 299

Bishop c. Stevens, [1990] 2 R.C.S. 467

Canadian Admiral Corp. Ltd . c. Rediffusion, Inc ., [1945] R.C. de l'É. 382

Canadian Cable Television Association c. Canada (Copyright Board) (1991), 34 C.P.R. (3d) 521

Canadian Performing Rights Society c. Vigneux, [1945] A.C. 106

Canadian Performing Rights Society c. Yee, [1943] 4 D.L.R. 732

CBC Songs Ltd. c. Amstard Plc. , [1986] F.S.R. 201

Compo Co . c. Blue Crest Music Inc ., [1980] 1 R.C.S. 357

de Tervagne c. Beloeil (Town) (1993), 50 C.P.R. (3d) 419

Dictionnaires Robert Canada SCC c. Librairie du Nomade Inc. (1987), 16 C.P.R. (3d) 319

Electric Dispatch Co . c. Bell Telephone Co . (1891), 20 R.C.S. 83

MAI Systems Corp . c. Peak Computer Inc ., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

Moorehouse c. University of New South Wales , [1976] R.P.C. 151

Muzak Corp . c. Composers, Authors & Publishers Assn. (Canada) , [1953] 2 R.C.S. 182

Performing Rights Society c. Mitchell & Booker , [1924] 1 K.B. 762

Playboy Enterprises Inc. c. Frena, 839 F.Supp. 1552 (M.D.Fla. 1993)

R. c. M.(J.P.) (1996), 67 C.P.R. (3d) 152 (N.S.C.A.)

Reine c. Ville de Sault Ste-Marie , [1978] 2 R.C.S. 1299

Religious Technology Center c. Netcom On-Line Comm. Services , 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995)

Réseau de télévision CTV c. Canada (Commission du droit d'auteur) , [1993] 2 C.F. 115

Roy Export Company Establishment Black Inc. A.G. c. Gauthier, (1973), 10 C.P.R. (2d) 11 (C.F.)

Sega Enterprises Ltd. c. MAPHIA, 857 F.Supp. 679 (N.D.Cal. 1994)

Simon & Schuster Inc. c. Coles Book Stores Ltd. (1975), 9 O.R. (2d) 718 (Ont. H.C.J.)

Sony Corporation c. Universal City Studios. , 464 U.S. 417 (1984)

Underwriters' Survey Bureau Ltd. , c. Massie & Renwick Ltd ., [1938] R.C. de l'É. 103

3. Doctrine

Monographies et recueils

DREIDGER, E.A., *Construction of Statutes* , 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983

DUFOUR, A., *Internet*, 2e éd., Coll. Que sais-je, Paris, P.U.F., 1996

FOX, H.G., *Canadian Law of Copyright and Industrial Design* , 2e éd., Toronto, Carswell, 1967

HUGHES, R.T., *Hughes on Copyright and Industrial Design* , Markham, Buttersworths (édition à feuilles mobiles)

MARTIN, S., "L'exploitation d'un serveur Internet: droits et obligations des institutions à l'égard des créateurs, du public et des étudiants", dans *Développements récents en droit de l'éducation* (1996), Cowansville, Yvon Blais, 1996

NIMMER B.M. et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright* , Matthew Bender (édition à feuilles mobiles)

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien* , Montréal, Wilson & Lafleur, 1994

REY, A. et J. REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert* , Paris, Le Robert, 1989

RICHARD, H.G. et L. CARRIÈRE, *Canadian Copyright Act Annotated* , Toronto, Carswell (édition à feuilles mobiles)

TAMARO, N., *La Loi sur le droit d'auteur commentée et annotée* , Montréal, Éd. Thémis, 1990

Articles de revues

—, "Online Service Providers and Copyright Law: the Need for Change" (1995) 1 Syracuse J. Legis. & Policy 197

BLOOM, G.A. et T.J. DENHOLM, "Research on the Internet: Is Access Copyright Infringement?" (1995-1996) 12 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 337

CANGIALOSI, C., "The Electronic Underground: Computer Piracy and Electronic Bulletin Boards" (1989) 15 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 265

CAVAZOS, E.A. et G. CHIN CHAO, "System Operator Liability for a User's Copyright Infringement" 4 *Tx. Int. Prop. L.J.* 13 (1995)

COHEN, B., "A Proposed Regime for Copyright Protection on the Internet" (1996) 22 *Brook J. Int'l L.* 401

DOBBINS, M.D., "Computer Bulletin Board Operator Liability for Users' Infringing Acts" (1995) 94 *Michigan L.R.* 217

EISEN, M.B., "Copyright and the World Wide Web" (1995-1996) 12 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 405

ELKIN-KOREN, N., "Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: the Case against Copyright Liability of Bulletin Board Operators" (1993) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 346

FREELING, K. et J.E. LEVI, "Will Provider Liability Unravel the Web?" dans *The New York Law Journal*, 21 janvier 1997,
http://www.ljextra.com/cgi-bin/f_cat?prod/ljextra/data/texts/012197s6.html

GINSBURG, J.C., "Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace" (1997) 15 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 153

GINSBURGH, J.C., "Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace" (1995) 95 *Colum. L. Rev.* 1466

HAILS, R.L., "Liability of On-Line Service Providers Resulting from Copyright Infringement Performed by their Subscribers" (1996) 18 *European Intellectual Property Review* 304

KUHN, B.R., "A Dilemma in Cyberspace and Beyond: Copyright Law for Intellectual Property Distributed over the Information Superhighways of Today and Tomorrow" (1996) 10 *Temple Int'l & Comp. L.J.* 171

KULWIN, J., "Copyright and the Protection of Information on Computer Networks: Speed Bumps for the "Information Superhighway"?" (1996) 44 *Drake L.R.* 851

KURTZ, L.A., "Copyright and the National Information Infrastructure in the United States" (1996) 18 *European Intellectual Property Review* 120

LOUNDY, D.J., "Revising the Copyright Law for Electronic Publishing" (1995) 14 *J.Marshall J. Computer and Info. L.* 1

MACKAAY, E., "L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet" (1997) 9 *Cahiers de propriété intellectuelle* 281

MARCHANT, B.F., "On-Line on the Internet: First Amendment and Intellectual Property Uncertainties in the On-Line World" (1996) 39 *Howard L.J.* 477

REED, C. et I. WALDEN, "Legal Problems of Electronic Bulletin Board Operators" (1994) 2 International Journal of Law and Information Technology 287

RICHARDSON, M., "Intellectual Property and the Internet" (1996) 18 European Intellectual Property Review 669

STANBURY, W.T., "Aspects of Public Policy Regarding Crown Copyright in the Digital Age" (1996) 10 Intellectual Property Journal 131

TAITZ, A.B., "Removing Road Blocks Along the Information Superhighway: Facilitating the Dissemination of New Technology by Changing the Law of Contributory Copyright Infringement" (1995) 64 George Washington L.R. 133

TICKLE, K., "The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Boards" (1995) 80 Iowa L.Rev. 391

TROTTER HARDY, I., "The Proper Legal Regime for "Cyberspace"" (1994) 55 University of Pittsburgh L.R. 993

VINJE, T.C., "A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still Be Room For Copyright?" (1996) 18 European Intellectual Property Review 431

Conférences

CAVAZOS, E.A., *Recent Developments in System Operator Liability*, conférence prononcée dans le cadre du colloque "Communicating and Conducting Business On-Line, Washington, 16- 17 mai 1996

ERICKSON, C.E., *Managing your Intellectual Property while Doing Business on the Internet*, conférence présentée dans le cadre du colloque "Business Strategies for Managing Intellectual Property", Toronto, 11-12 décembre 1996

TRUDEL, P., Allocution, Colloque "Pertinence de l'inforoute", Montréal, 8 novembre 1996

Divers

COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Le défi de l'autoroute de l'information*, Rapport final, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1995, <http://www.ic.gv.ca/info-highway/final.report/fra>

GLOBE AND MAIL (The), "Internet group strikes conduct code", 2 novembre 1996, B3

INFORMATION INFRASTRUCTURE TASKFORCE, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, Septembre 1995

LOUNDY, D.J., *E-Law: Computer Information Systems Law and System Operator Liability in 1995*, <http://www.leepfrog.com/E-Law/E-Law/Contents.html>

LUPO, A.V., *Potential Liability for On-Line Service Providers*, Novembre 1995; <http://www.webcom.com/lewrose/article/online.html>

PERRITT, H.H., *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, Université d'Oslo, Octobre 1995

PERRITT, H.H., *Jurisdiction in Cyberspace: the Role of Intermediaries*, Université Harvard, Kennedy School of Government, Janvier 1996;
<http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm>

RACICOT, M. et L. GUIBAULT, *Les droits patrimoniaux et l'autoroute de l'information*, dans "Le droit d'auteur en cyberspace", Amsterdam, Cramwickel, 1997, pp. 71-95.

RACICOT, M., M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Rapport préparé pour Industrie Canada, Février 1997

RONAN, J.P., *Internet Service Provider Liability for Users' Copyright Infringement*, Avril 1996;
<http://www.libraries.wayne.edu/~jlitman/pronan.html>

ROSENOER, J., *Notice of Infringement*, CyberLaw, 1996;
http://www.miken.com/mar96/mf_legal.htm

SCHENCK, A.M., *Alt.binaries.warez.*: The Case for the Internet Service Providers' Liability for Third Party Usenet Posts*, 1996;
<http://www.law.miami.edu/~fromkin/seminar/parpers/schenck1.htm>

SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Rapport final, Mars 1995

SPOOR, J.H., *The Economic Rights Involved — General Report*, dans "Le droit d'auteur en cyberspace", Amsterdam, Cramwickel, 1997, pp. 41-53.

© 1998 Marie-Hélène Côté.

*Avocate chez McCarthy Tétrault (Montréal). Ce texte a remporté le Prix 1997-1998 des *Cahiers de propriété intellectuelle*. La recherche et la rédaction de ce texte ont été entreprises avant la publication du rapport de février 1997 d'Industrie Canada sur la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet: de nombreuses références à ce rapport ont cependant été subséquemment intégrées au texte. Une version antérieure de ce texte a été préparée dans le cadre d'un séminaire de maîtrise: l'auteure remercie la professeure Ysolde Gendreau de ses précieux conseils.

[1] Cette problématique doit être distinguée d'une autre question qui est intimement liée, soit la difficulté d'implanter, sur l'Internet, un système de rémunération adéquat pour les créateurs d'oeuvres qui, combinée à la philosophie libertaire qui a présidé à l'implantation de l'Internet, explique pourquoi la majorité des oeuvres qui circulent sur l'Internet sont, à l'heure actuelle, disponibles gratuitement.

[2] Voir, à cet égard, H.H. PERRITT, *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, Octobre 1995.

[3] H.H. PERRITT, *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, *ibid.*, écrit, à cet égard: "The Internet tradition of allowing anonymity makes it even more difficult to immunize intermediaries based on the reasoning that a victim's remedy should lie against the originator of harmful information. If the victim cannot identify the originator because she is anonymous, immunizing an intermediary leaves a faultless victim bearing the loss".

[4] J.P. RONAN, *Internet Service Provider Liability for Users' Copyright Infringement*, Avril 1996,
<http://www.libraries.wayne.edu/~jlitman/pronan.html>.

[5] La plupart de ces arguments sont recensés dans le rapport du INFORMATION INFRASTRUCTURE TASKFORCE, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Septembre 1995.

[6] 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995) (ci-après "Netcom")

[7] D'autres décisions ont été rendues aux États-Unis portant sur la responsabilité des exploitants de babillards électroniques, mais de moindre intérêt. Ces décisions sont discutées en détail dans l'affaire *Netcom*. Il s'agit, notamment, des affaires *Playboy Enterprises Inc. c. Frena*, 839 F.Supp. 1552 (M.D.Fla. 1993) et *Sega Enterprises Ltd. c. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679 (N.D.Cal. 1994).

[8] Voir, notamment, M.D. DOBBINS, "Computer Bulletin Board Operator Liability for Users' Infringing Acts" (1995) 94 *Michigan L.R.* 217; E.A. CAVAZOS et G. CHIN CHAO, "System Operator Liability for a User's Copyright Infringement" (1995) 4 *Tx. Int. Prop. L.J.* 13; K. TICKLE, "The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Boards" (1995) 80 *Iowa L.R.* 391 ; R.L. HAILS, "Liability of On-Line Service Providers Resulting from Copyright Infringement Performed by their Subscribers" (1996) 18 *European Intellectual Property Review* 304.

[9] *R. c. M.(J.P.)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 152 (C.A.N.-É.). Dans cette affaire, l'exploitant d'un babillard électronique a été reconnu coupable d'avoir mis en circulation des exemplaires contrefaits de logiciels.

[10] S. MARTIN, "L'exploitation d'un serveur Internet: droits et obligations des institutions à l'égard des créateurs, du public et des étudiants", dans *Développements récents en droit de l'éducation* (1996), Cowansville, Yvon Blais, 1996; M. RACICOT et L. GUIBAULT, *Les droits patrimoniaux et l'autoroute de l'information* (inédit), Rapport national du Canada présenté dans le cadre de la conférence de l'ALAI "Le droit d'auteur en cyberspace", Amsterdam, Cramwickel, 1997, pp.71-95.

[11] SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Rapport final, Mars 1995.

[12] COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Le défi de l'autoroute de l'information*, Rapport final, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1995, <http://www.ic.gc.ca/info-highway/final.report.fra>.

[13] M. RACICOT, M.S. HAYES, A.R. SZIBBO et P. TRUDEL, *Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Rapport préparé pour Industrie Canada, Février 1997. Le chapitre portant sur le droit d'auteur, intitulé "La violation du droit d'auteur sur Internet: la responsabilité relative au contenu des transmissions", a été rédigé par M.S. HAYES.

[14] L'étude est d'ailleurs exhaustive sur cette question. Soulignons que nous avons commencé la recherche et la rédaction du présent texte avant la parution de cette étude. Bien que nous en ayons pris connaissance depuis, notre texte est basé en majeure partie sur des recherches et une réflexion indépendantes.

[15] Le Projet de loi C-32 a été sanctionné le 25 avril 1997. Voir la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24.

[16] Voir, par exemple, J.C. GINSBURG, "Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace" (1997) 15 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 153.

[17] L.R.C., c. C-42.

[18] N. TAMARO, *La Loi sur le droit d'auteur commentée et annotée*, Montréal, Éd. Thémis, 1990 à la p. 271; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

[19] H.G. RICHARD et L. CARRIÈRE, *Canadian Copyright Act Annotated*, Toronto, Carswell (édition à feuilles mobiles) à la p. 27-6. Le Projet de loi C-32 consacre cette distinction entre violation directe et indirecte. Le paragraphe 27(1) énonce la "règle générale" ("infringement generally"), tandis que le paragraphe 27(2) énumère les chefs de "violation à une étape ultérieure" ("secondary infringement"). Cette distinction diffère sensiblement des théories de responsabilité élaborées en droit américain, où l'on reconnaît trois fondements: la responsabilité directe, la responsabilité contributoire (*contributory liability*) et la responsabilité pour le fait d'un tiers (*vicarious liability*). Voir, pour une présentation de ces théories, K. TICKLE, *supra*, note 8. Bien que ces deux dernières théories n'existent pas en droit canadien, leur substance se retrouve, comme nous aurons l'occasion de le voir, dans la notion d'"autorisation" que recèle l'article 3.

[20] La *Loi sur le droit d'auteur* confère également aux créateurs des droits moraux; voir les articles 14.1 et 14.2 de la *Loi*. Nous ne discutons toutefois pas de cette problématique dans le présent texte.

[21] Ce paragraphe a été introduit dans la *Loi* en 1931, puis amendé en 1988 dans la foulée des modifications apportées par l'Accord de libre-échange.

[22] Article 2 de la *Loi*.

[23] Le paragraphe 3(4) énonce: "Pour l'application du paragraphe (1), le fait de communiquer une oeuvre au public par télécommunication ne constitue ni le fait de représenter, d'exécuter ou de débiter celle-ci en public ni leur

autorisation”. Cette disposition réduit l’intérêt de ces autres droits dans le cas de violations commises sur l’Internet, où la plupart, sinon toutes les communications, seront qualifiées de communications par télécommunication. Soulignons que l’article 2.3 du Projet de loi C-32 modifie cette disposition: “Quiconque communique au public par télécommunication une oeuvre ou un autre objet du droit d’auteur ne les exécute ni ne les représente en public de ce fait, ni n’est réputé, du seul fait de cette communication, autoriser une telle exécution ou représentation en public” (nous soulignons). Cet amendement semble admettre, dans certaines circonstances, la superposition de différents droits. Notons que le droit de reproduction n’est, en tous les cas, aucunement affecté.

[24][1954] Ex. C.R. 382.

[25]*Ibid.*, p. 408.

[26][1993] 2 C.F. 138.

[27]*Ibid.*, pp. 153-154.

[28]*Canadian Cable Television Assn c. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (C.F.).

[29]*Ibid.*, p. 537. Les italiques sont dans l’original.

[30][1993] 2 C.F. 115.

[31]*Ibid.*, p. 131. Voir également la décision australienne *Australasian Performing Right Society Ltd . c. Telstra Corp. Ltd .*, [1994] R.P.C. 299.

[32]*Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers)* , [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.). Voir également *Compo Co . c. Blue Crest Music Inc .*, *supra*, note 18.

[33][1938] Ex. C.R. 103.

[34]*Ibid.*, p. 122. Voir également *Muzak Corp . c. Composers, Authors & Publishers Assn. (Canada)* , [1953] 2 R.C.S. 182 à la p. 193.

[35][1945] A.C. 106.

[36][1986] F.S.R. 201.

[37]Dans cette affaire, la Cour a écarté les conclusions de la High Court australienne, qui avait jugé qu’une université avait autorisé des actes de contrefaçon en mettant un photocopieur à la disposition de ses usagers; voir *Moorehouse c. University of New South Wales* , [1976] R.P.C. 151. La conclusion du tribunal anglais dans l’affaire *Amstard*, *supra* note 36, est similaire à celle à laquelle en était arrivé un tribunal américain, qui avait jugé qu’un fabricant de magnétophones permettant l’enregistrement d’émissions sur cassette vidéo n’était pas responsable de négligence contributoire; voir *Sony Corporation c. Universal City Studios* , 464 U.S. 417 (1984).

[38](1993), 50 C.P.R. (3d) 419.

[39]*Ibid.*, p. 437.

[40]Voir, à cet égard, les affaires *Apple Computer c. Mackintosh Computers* , [1988] 1 C.F. 673; *Performing Rights Society c. Mitchell & Booker* , [1924] 1 K.B. 762; *Canadian Performing Rights Society c. Yee*, [1943] 4 D.L.R. 732. Voir également H.G. RICHARD et L. CARRIÈRE, *supra* , note 19 à la p. 27-9. En common law, ce chef de responsabilité est désigné par l’expression “ *vicarious liability* ”. En droit civil, l’article 1463 du *Code civil du Québec* prévoit: “Le commettant est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de ses préposés dans l’exécution de leurs fonctions; il conserve néanmoins ses recours contre eux”.

[41]Voir l’arrêt de principe *Compo Co. Ltd . c. Blue Crest Music et al.* , *supra*, note 18 à la p. 375: “Cependant l’article 3 et le paragraphe 17(1) n’exigent pas la preuve de la connaissance de l’existence du droit d’auteur ni du fait que l’acte constituait une contrefaçon. La contrefaçon consiste simplement en l’exécution d’un acte que ”seul le titulaire [du droit d’auteur] a la faculté d’exécuter”.

[42]Voir, notamment, H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Design* , 2e éd., Toronto, Carswell, 1967 à la p. 331; R.T. HUGHES, *Hughes on Copyright and Industrial Design* , Markham, Butterworths (édition à feuilles mobiles) à la p. 543.3.

[43]Alinéa 27(2)a.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[44]Voir, respectivement, les alinéas 27(2)d) et e) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[45]E.A. DRIEDGER, *Construction of Statutes* , 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983.

[46] *Reine c. La Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

[47] Voir, par exemple, l'affaire *Moorehouse c. University of New South Wales*, *supra*, note 37.

[48] Voir, par exemple, *Dictionnaires Robert Canada SCC c. Librairie du Nomade Inc.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (C.F.).

[49] A. DUFOUR, *Internet*, 2e éd., Coll. Que sais-je, Paris, P.U.F., 1996.

[50] A. DUFOUR, *ibid.*, utilise ces deux catégories. D'autres auteurs distinguent communication et documentation: voir, par exemple, S. MARTIN, *supra*, note 10 à la p. 176 et s.

[51] Ce vocable est un néologisme qui traduit les expressions anglaises "uploading" et "downloading".

[52] Certaines applications ne permettent pas la visualisation des fichiers. C'est le cas, par exemple, du protocole FTP. Le fichier doit d'abord être sauvegardé dans l'ordinateur du destinataire avant de pouvoir être consulté.

[53] A. DUFOUR en recense plusieurs autres: Delphi Internet, InternetMCI, Microsoft Network, Apple eWorld, Well, Genie, Télétel, IBM GlobalNetwork, AT&T ImagiNation Network et Sprint; *supra*, note 49, aux pp. 33-34.

[54] Voir, par exemple, le réseau FidoNet. Soulignons que la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence traitant de la responsabilité des intervenants dans les environnements électroniques porte plus particulièrement sur la responsabilité des "system operators" de ces "bulletin boards"; voir, par exemple, les textes de M.D. DOBBINS, *supra*, note 8; N. ELKIN-KOREN, "Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: the Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators" (1993) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 346; K. TICKLE, *supra*, note 8.

[55] C'est d'ailleurs ce phénomène qui incite un auteur à remettre en question l'exemption de "copie privée" que l'on retrouve dans plusieurs pays européens: "the entire concept of "private copying" makes little sense in a world where the work is predominantly marketed directly toward the end user. Much copying in cyberspace will be "private", because intermediaries, such as traditional publishers (and booksellers and librarians) who reproduce, package and distribute copies to end users, will no longer be necessary. As a result, the market for, or "normal exploitation of", the work will by and large be the private copying market"; voir J.C. GINSBURG, "Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace" (1995) 95 *Columbia L.R.* 1466 aux pp. 1477-1478.

[56] Nous empruntons le vocable "intermédiaire" à H.H. PERRITT, *Computer Crimes and Torts in the Global Information Infrastructure: Intermediaries and Jurisdiction*, *supra*, note 2; voir également, du même auteur, *Jurisdiction in Cyberspace: the Role of Intermediaries*, Université Harvard, Kennedy School of Government, Janvier 1996, <http://www.law.vill.edu/harvard/article/harv96k.htm>. Si H.H. PERRITT utilise ce terme en rapport avec les environnements électroniques, il ne le définit pas spécifiquement. Il le distingue toutefois de l'expression "content originator". Le vocable "intermédiaire" a été repris par plusieurs commentateurs, dont les auteurs du récent rapport d'Industrie Canada.

[57] A. REY et J. REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert*, Paris, Le Robert, 1989, *verbo*: intermédiaire à la p. 1022.

[58] H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, *verbo*: intermédiaire à la p. 309.

[59] A. DUFOUR, *supra*, note 49 aux pp. 20-21.

[60] P. TRUDEL, Allocution, Colloque "Pertinence de l'inforoute", Montréal, 8 novembre 1996. L'auteur reconnaît que ces rôles se recoupent souvent.

[61] Cette définition paraphrase une définition tirée du dictionnaire *Le Robert*, *supra* note 57, *verbo*: intermédiaire (II, 3°) (à la p. 793): "Agents dont le rôle est d'établir des relations et de faciliter les échanges entre les diverses entreprises participant à la distribution des biens (producteurs, grossistes, détaillants)".

[62] A. DUFOUR, *supra*, note 49 à la p. 121, définit ainsi les fournisseurs d'accès, qui sont sans contredit un des acteurs au centre de nos préoccupations: "entreprise qui loue des connexions Internet. Les ISP [Internet Service Provider] sont connectés aux grands *backbones* nationaux, continentaux et internationaux. Ils offrent également des services à valeur ajoutée, du conseil, de la formation ou du support technique". Les fournisseurs d'accès peuvent être des organismes commerciaux ou sans but lucratif (ex. "FreeNets").

[63] Voir A. DUFOUR, *ibid.*, p. 79.

[64] M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 280. Les initiales "FAI" sont pour Fournisseur d'Accès Internet.

[65] Cette prémisse fait en soit l'objet d'un débat. Par exemple, s'il est relativement facile de déterminer où a lieu un acte de reproduction, il n'en est pas de même pour la communication d'une oeuvre au public; voir, à cet égard, M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 254 et s., qui discute de cette question en détail.

[66] D'autres droits pourraient également être mis en cause. Ainsi, M.S. HAYES est d'avis qu'une communication par courrier électronique qui n'enfreindrait pas le droit de communication au public pourrait néanmoins enfreindre le droit de publication, s'il s'agit d'une "mise à la disposition du public d'exemplaires de l'oeuvre" (paragraphe 4(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*): "Il est possible qu'un message électronique soit à la fois la confection de copies "à la disposition du public" et non une "communication au public" puisque, dans le premier cas, il faut une communication directe, tandis que dans le second, on ne semble viser que la possibilité que le public mette effectivement la main sur des copies"; *ibid.*, pp. 244-245.

[67] *Supra*, note 40.

[68] Citons, au passage, le paragraphe 3(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui assouplit la notion de fixation: "Dans le cadre d'une communication effectuée au titre de l'alinéa (1)f), une oeuvre est fixée même si sa fixation se fait au moment de sa communication".

[69] Aux États-Unis, il ne fait aucun doute, après les décisions *MAI Systems Corp. c. Peak Computer Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) et *Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1368, que des copies numériques, qu'elles soient faites dans la mémoire vive d'un ordinateur ou qu'elles transitent pendant quelques jours seulement sur un serveur, sont des reproductions au sens de la loi américaine.

[70] [1990] 2 R.C.S. 467.

[71] Dans son rapport, le SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR déclarait que "la consultation d'une oeuvre sur l'autoroute électronique suppose la copie de cette oeuvre; pour la consulter, en effet, il faut d'abord y avoir accès. Le Sous-comité estime que le fait d'accéder à une oeuvre équivaut à la reproduire, même si c'est à titre temporaire ou passager. L'action de parcourir une oeuvre, ou une partie importante de celle-ci, devrait donc être assujettie au droit de reproduction" (nous soulignons); *supra*, note 11 à la p. 15. Ce type de reproduction met toutefois davantage en cause la responsabilité du destinataire que celle de l'intermédiaire.

[72] Nous paraphrasons la question formulée par la Cour dans l'affaire *Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1368.

[73] *Supra*, note 7.

[74] *Ibid.*, p. 686.

[75] *Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1371.

[76] *Ibid.*, p. 1370.

[77] *Supra*, note 7.

[78] *Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1371.

[79] *Ibid.*, p. 1372.

[80] Ce concept est traduit par l'expression "antémémorisation" dans le rapport d'Industrie Canada.

[81] Cette pratique soulève une série d'interrogations, notamment concernant à la mise à jour des informations et des publicités diffusées dans le site, de même que la détermination des revenus publicitaires, puisque le "caching" occulte le calcul du nombre d'utilisateurs qui accèdent au site. Il s'agit toutefois d'une toute autre problématique.

[82] C.E. ERICKSON, *Managing Your Intellectual Property While Doing Business on the Internet*, Conférence présentée dans le cadre du Colloque "Business Strategies for Managing Intellectual Property", Toronto, 11-12 décembre 1996 à la p. 10. Il s'agit également de l'opinion de M.S. HAYES: "Dans la mesure où le FAI de l'utilisateur met en antémémorisation les éléments de la page Web, cette opération constituera une reproduction de l'oeuvre protégée"; *supra*, note 13 à la p. 249. Des commentateurs américains sont également d'avis que la pratique du caching emporte violation du droit de reproduction; voir, notamment, E.A. CAVAZOS, *Recent Developments in System Operator Liability*, conférence prononcée dans le cadre du colloque "Communicating and Conducting Business On-Line", Washington, 16-17 mai 1996 à la p. 50.

[83] Si de telles communications ne violent pas le droit de communiquer au public par télécommunication, elles peuvent, il va sans dire, violer d'autres droits, par exemple celui de reproduction, notamment lors du téléchargement de l'oeuvre protégée en aval de sa communication. C'est ce que souligne le SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR dans son rapport: "La communication point à point entre deux personnes au moyen du courrier électronique, même si elle porte sur une oeuvre protégée, ne constitue pas une communication de l'oeuvre au public,

- ni une exécution ou une représentation de cette oeuvre en public. Toutefois, le téléchargement d'une oeuvre protégée transmise par courrier électronique est soumis au droit de reproduction"; *supra*, note 11 à la p. 11.
- [84] M.S. HAYES, *supra*, note 13 aux pp. 220-221.
- [85] S. MARTIN, *supra*, note 10 à la p. 220.
- [86] Rapport du SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR, *supra*, note 11 à la p. 12.
- [87] *Ibid*, p. 14.
- [88] Adopté par la Conférence Diplomatique à Genève, le 20 décembre 1996.
- [89] *Supra*, note 7: " *Distribution*" et " *public display*" respectivement. La loi américaine ne contient pas de droit de communiquer au public par télécommunication.
- [90] Voir, notamment, les commentaires de M.D. DOBBINS, *supra*, note 8 à la p. 222; D.J. LOUNDY, "Revising the Copyright Law for Electronic Publishing" (1995) 14 *Journal of Computer & Information Law* 1 à la p. 21 et s.
- [91] *Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1372.
- [92] *Id*.
- [93] *Id*.
- [94] Voir, par analogie, *Electric Despatch Co . c. Bell Telephone Co.* (1891), 20 R.C.S. 83.
- [95] M.S. HAYES, *supra*, note 13 aux pp. 294-295.
- [96] S. MARTIN, *supra*, note 10 à la p. 222. L'auteur souligne que cette interprétation n'a pas été considérée par les tribunaux américains. Il rappelle toutefois, à juste titre, que le libellé de la loi américaine diffère du libellé de la loi canadienne.
- [97] La version anglaise du rapport du SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR utilise l'expression " *common carriers* ".
- [98] Rapport du SOUS-COMITÉ SUR LE DROIT D'AUTEUR, *supra*, note 11 à la p. 18.
- [99] M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 286. La doctrine américaine de " *common carrier s*" est traduite, dans le rapport d'Industrie Canada, par l'expression "transporteurs publics".
- [100] Mentionnons que le C.R.T.C. a exempté les entreprises de télécommunications de toute responsabilité pour violation de droit d'auteur à l'égard des contenus qu'elles transportent sur leurs réseaux.
- [101] M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 303.
- [102] INFORMATION INFRASTRUCTURE TASKFORCE, *supra*, note 5.
- [103] M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 305.
- [104] *Ibid.*, p. 306.
- [105] M. RACICOT et L. GUIBAULT, *supra*, note 10 à la p. 28.
- [106] S. MARTIN, *supra*, note 10 à la p. 226.
- [107] M.S. HAYES, *supra*, note 13 à la p. 277.
- [108] *Supra*, note 9.
- [109] *Ibid.*, p. 156.
- [110] Voir, par exemple, l'affaire *Simon & Schuster Inc . c. Coles Book Stores Ltd .* (1975), 9 O.R. (2d) 718. Voir également *Roy Export Company Establishment Black Inc. A.G. c. Gauthier*, (1973), 10 C.P.R. (2d) 11 (C.F.).
- [111] M.S. HAYES, *supra*, note 13 aux pp. 307-308.
- [112] *Netcom*, *supra*, note 6. Pour un commentaire de cette décision, voir R.L. HAILS, *supra*, note 8 à la p. 306.
- [113] *Ibid.*, p. 245.

[114]Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* prescrit une exigence de forme seulement pour la concession d'un intérêt dans un droit d'auteur; voir *Amusements Wiltron Inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 aux pp. 1937-1938. La doctrine et la jurisprudence admettent ainsi la notion de licence implicite, dans certaines circonstances; voir R.T. HUGHES, *supra*, note 42 à la p. 450; H.G. RICHARD et L. CARRIÈRE, *supra*, note 19 à la p. 27-7.

[115]Voir, notamment, P.S. HAYES, *supra*, note 13 aux pp. 316-137. Pour une perspective de droit américain, voir E.A. CAVAZOS, *supra*, note 82 à la p. 50 et s.

[116]M.S. HAYES, *supra*, note 13 aux pp. 316-317.

[117]Soulignons que le Projet de loi C-32 élargit l'exception d'utilisation équitable.

[118]*Netcom*, *supra*, note 6 à la p. 1381.

[119]Selon la Cour, "Absent a commercial or profit-depriving use, digital browsing is probably a fair use; there could hardly be a market for licensing the temporary copying of digital works onto computer screens to allow browsing. Unless such a use is commercial, such as where someone reads a copyrighted work online and therefore decides not to purchase a copy from the copyright owner, fair use is likely. Until reading a work online becomes as easy and convenient as reading a paperback, copyright owners do not have much to fear from digital browsing and there will not likely be much market effect; *ibid.*, p. 1378.

[120]E.A. CAVAZOS, *supra*, note 82 à la p. 53.

[121]S. MARTIN, *supra*, note 10 à la p. 224.

[122]Dans son rapport, la INFORMATION INFRASTRUCTURE TASKFORCE écrivait: "Exempting or reducing the liability of service providers prematurely would choke developments of marketplace tools that could be used to lessen their risk of liability and the risk to copyright owners, including insuring against harm caused by their customers, shifting responsibility for infringement to the infringing subscriber through indemnification and warranty agreements, licensing (including collective license agreements), educating their subscribers about infringement and using technological protections, such as tracking mechanisms"; *supra*, note 5. J.C. GINSBURG rappelle toutefois les difficultés d'implanter un système de licences collectives sur l'Internet; voir "Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace", *supra*, note 55 à la p. 1492. Voir également M.S. HAYES, qui identifie ainsi les mesures préventives que peuvent adopter les intermédiaires: "les limites contractuelles, les avertissements faits aux utilisateurs susceptibles de commettre une violation, l'assurance-responsabilité, l'évitement des activités à risque élevé, les mesures de contrôle techniques et les mesures de vigilance"; *supra*, note 13 à la p. 319.

[123]On avance cet argument surtout aux États-Unis, qui connaissent la théorie du "innocent infringer". Cette théorie permet à un tribunal de n'accorder aucun dommages-intérêts lorsque le défendeur ignore l'existence d'un droit d'auteur.

[124]Le code est disponible à l'adresse suivante: <http://www.caip.ca/caipcodf.htm>.

[125]Cette procédure a été adoptée à la suite des poursuites intentées par l'Église de scientologie. La procédure est la suivante:

1. The complainant shall provide NETCOM and the posting party with notice of the alleged violation with enough specific detail to allow NETCOM to locate the posting. The complainant shall ask the posting party to remove the material, pending NETCOM's investigation.
2. Complainant shall substantiate its claim by providing NETCOM with:
 1. The copyright or trademark registration number;
 2. A copy of the underlying work; and
 3. A good faith certification, signed under penalty of perjury, that the original work is the property of complainant, that a significant portion of that work has been copied, and that the use of the work is not defensible.
3. Upon receipt of notice from the complaining party, the posting party may provide NETCOM with a response to the complaint.
4. Upon receipt of the information identified in item 2 above, NETCOM will initiate an investigation. While NETCOM is investigating the complaint, NETCOM will temporarily remove or deny access to the challenged material, to protect the rights of all involved.

5. If NETCOM concludes that complainant has raised a legitimate claim, it will continue to deny access to the challenged material. If NETCOM concludes that complainant has not raised a legitimate claim, NETCOM will restore access to the challenged material.

[126] Par exemple, le rapport général préparé à l'occasion de la conférence de l'ALAI "Copyright in Cyberspace", tenue à Amsterdam en juin 1996, ne contient que des commentaires fort généraux sur la question de la responsabilité des intermédiaires; voir SPOOR, J.H., *The Economic Rights Involved — General Report*, dans "Le droit d'auteur en cyberspace", Amsterdam, Cramwickel, 1997, pp. 41-53