

Sites Web contrefacteurs: les dangers de l'application rigoriste de la *Loi sur le droit d'auteur*

Mathieu Comeau et Sébastien Roy*

| | |
|--|-----|
| Introduction | 657 |
| 1. Les particularités du régime de droits d'auteur dans internet | 658 |
| 1.1 Détermination des limites du droit d'auteur eu égard au site Web | 658 |
| 1.1.1 Une définition du site Web | 658 |
| 1.1.2 Types de sites Web. | 660 |
| 1.1.2.1 Les sites non commerciaux | 660 |
| 1.1.2.2 Les sites commerciaux | 661 |
| 1.1.2.2.1 Les sites commerciaux actifs | 661 |

© Mathieu Comeau et Sébastien Roy, 2002

* Avocats, respectivement chez GAGNE LETARTE et FLYNN RIVARD à Québec. Le présent texte a été rédigé dans le cadre du cours «Sujets spéciaux en droit de l'entreprise: Droit du commerce électronique» à la maîtrise en droit de l'entreprise de l'Université Laval. Les auteurs tiennent à remercier les professeurs Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière.

| | | |
|-----------|---|-----|
| 1.1.2.2.2 | Les sites commerciaux passifs | 661 |
| 1.1.3 | Types d'œuvres. | 662 |
| 1.1.4 | Conditions nécessaires pour qu'un site Web soit protégé par la L.D.A. | 664 |
| 1.1.5 | Les droits exclusifs du titulaire des droits d'auteur sur un site Web | 665 |
| 1.2 | Les violations du droit d'auteur dans Internet | 668 |
| 1.2.1 | La contrefaçon «traditionnelle» | 668 |
| 1.2.1.1 | Le test de la contrefaçon | 670 |
| 1.2.1.1.1 | La titularité du droit d'auteur sur l'œuvre originale | 670 |
| 1.2.1.1.2 | La ressemblance entre l'œuvre originale et la supposée contrefaçon | 671 |
| 1.2.1.1.3 | La possibilité d'accès à l'œuvre originale par le défendeur | 674 |
| 1.2.2 | Les violations propres à l'Internet | 675 |
| 1.2.2.1 | Les hyperliens simples | 676 |
| 1.2.2.2 | Les hyperliens en profondeur. | 677 |
| 1.2.2.3 | Les insertions par hyperliens et le <i>framing</i> | 680 |
| 1.2.2.3.1 | Représentation illégale de l'œuvre | 681 |
| 1.2.2.3.2 | Reproduction illégale de l'œuvre. | 682 |
| 1.2.2.3.3 | Droits moraux | 682 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 1.2.2.4 | Les méta-tags et le droit d'auteur | 683 |
| 2. | Analyse de la situation: les solutions juridiques | 684 |
| 2.1 | Les moyens de défense possibles à l'encontre d'une action en contrefaçon. | 684 |
| 2.1.1 | Les moyens de défense <i>a priori</i> | 685 |
| 2.1.1.1 | Relativement aux violations traditionnelles. | 685 |
| 2.1.1.1.1 | Le site du plaignant n'est pas original | 686 |
| 2.1.1.1.2 | Il ne s'agit pas de l'appropriation d'une partie substantielle de l'œuvre. | 689 |
| 2.1.1.2 | Relativement aux violations propres à Internet | 693 |
| 2.1.1.2.1 | Il ne s'agit pas d'une œuvre originale | 693 |
| 2.1.1.2.2 | Il ne s'agit pas de la reproduction d'une partie substantielle. | 693 |
| 2.1.1.2.3 | Il ne s'agit pas d'une repro- duction ou d'une communication en public sans autorisation | 694 |
| 2.1.2 | Les défenses <i>a posteriori</i> | 695 |
| 2.1.2.1 | Le <i>fair dealing</i> ou l'utilisation équitable. | 695 |
| 2.1.2.1.1 | Critique et compte rendu d'une œuvre | 696 |
| 2.1.2.1.2 | Communication de nouvelles | 697 |
| 2.1.2.1.3 | Recherche et étude privée | 698 |

| | |
|--|-----|
| 2.1.2.1.4 Les autres exceptions et remarques | 699 |
| 2.2 Le <i>fair use</i> américain, un système plus souple | 700 |
| 2.3 Plaidoyer pour une réforme du droit canadien | 701 |
| Conclusion | 704 |

INTRODUCTION

La croissance du nombre d'utilisateurs de l'Internet ces dernières années a été spectaculaire. Une enquête révèle qu'à la fin de l'année 2001, la moitié des adultes québécois, soit trois millions de personnes, utilisaient l'Internet sur une base régulière¹.

Cette croissance est attribuable à la nature intrinsèque de l'Internet. En effet, tant la gratuité et la quantité de son contenu, que la facilité et la rapidité d'accès à l'information, font de la «cyber-toile» un outil fort populaire.

Les premiers utilisateurs du *Web*, des universitaires et des scientifiques, considéraient l'Internet comme une place publique et un lieu d'archives, une place où les gens collaboraient pour développer des programmes et partager de l'information². Puis, vint la génération des jeunes *branchés* pour qui l'Internet constituait un vaste terrain de jeux favorisant l'accès au divertissement. Plus récemment, ce sont les entreprises et les commerces qui ont vu dans l'Internet l'occasion de développer de nouveaux marchés et d'accroître leur marge de profits.

Vu la diversité d'utilisateurs et leurs intérêts divergents, et vu les caractéristiques inhérentes de l'Internet mentionnées ci-dessus, il en résulte un véritable choc des cultures. D'une part, nous retrouvons les *cyber-libertaires* réfractaires aux droits d'auteur, prônant un accès sans contraintes à l'information et à la culture. D'autre part, nous retrouvons les apôtres du *copyright* et du droit d'auteur prêchant en faveur d'une plus grande protection de leur propriété intellectuelle, voire de leur monopole³.

-
1. RADIO-CANADA, *Enquête par Léger Marketing et le Centre francophone d'information des organisations*, 2002, Montréal, [En ligne: <<http://radio-canada.ca/nouvelles/santeeducation/nouvelles/200201/25/006-internetquebec.html>>].
 2. D. JACKSON et T.L. TAYLOR, *The Internet Handbook for Canadian Lawyers*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1998, p. 209.
 3. C.C. MANN, «Who will own your next good idea?», *The Atlantic Online*, 1998 [En ligne: <<http://www.theatlantic.com/issues/98sep/copy.htm>>].

Considérant ce qui précède, comment la *Loi sur le droit d'auteur*⁴ traite-t-elle des situations conflictuelles eu égard à la titularité des droits d'auteur sur le contenu des sites Web? En effet, quel traitement la L.D.A., les conventions et la jurisprudence réservent-elles à l'allègre utilisation, à la copie et à la modification d'œuvres dans Internet?

Les caractéristiques de l'Internet et de ces éléments constitutifs rendent parfois ardue l'application des dispositions de la L.D.A. en raison de l'âge de leur rédaction.

Notre étude portera dans un premier temps sur la détermination des particularités du site Web en tant qu'œuvre ainsi que des violations particulières s'y rapportant. Dans un deuxième temps, nous ferons l'analyse des solutions juridiques relatives aux violations existantes.

1. LES PARTICULARITÉS DU RÉGIME DE DROITS D'AUTEUR DANS INTERNET

1.1 Détermination des limites du droit d'auteur eu égard au site Web

1.1.1 Une définition du site Web

Le site Web, ou le site Internet, est intimement lié à une adresse IP (*Internet Protocol*) par laquelle on accède à une page d'accueil (*home page*). À partir de ce hall d'entrée, l'amphitryon met à la disposition du visiteur un certain nombre de pages secondaires, ou vitrines, dont l'architecture diffère d'un endroit à l'autre.

D'un point de vue sémantique, plusieurs auteurs ont osé définir ce concept foncièrement informatique qu'est le site Web. Voici comment certains auteurs décrivent cette réalité plutôt abstraite aux yeux des profanes.

Tout d'abord, il est opportun de s'attarder à deux définitions avancées par l'Office de la langue française (OLF)⁵. Ainsi, l'OLF fait part qu'un *site Web* est un «site Internet où sont stockées des données accessibles par le Web» et qu'un *site Internet* est «le lieu où se trouve

4. L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après appelée «L.D.A.».

5. OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Références branchées en terminologie* [En ligne: <<http://w3.olf.gouv.qc.ca/banque/affichage.asp>>].

implanté un hôte Internet et qui est identifié par une adresse internet».

Pour notre part, nous retenons la définition suivante:

[...] on peut affirmer que la création d'un site Web consiste en la création d'un ou de plusieurs logiciels ayant pour but la diffusion, sur le Web, d'une page ou d'un ensemble de pages inter-reliées, lesquelles peuvent comporter des textes, des photos, des images, des œuvres d'art, des dessins animés, des films, des œuvres musicales, des annonces publicitaires, etc.⁶

Selon nous, la définition suivante est également tout aussi pertinente:

Each location on the Web is termed a "site" and may consist of one page or multiple pages arranged together. Each page contains the text and graphics that have been chosen and developed by the publisher [...]

[...] The main components of a Web page are: (1) the address, by which the user locates the page, (2) the content the user views or listens to, and (3) the links the site may contain to other sites which enable the user to find additional material of interest.⁷
(Les soulignés sont de nous)

Dans l'affaire *British Columbia Automobile Association c. O.P.E.I.U., Local 378*, les parties s'entendent sur les définitions suivantes:

The World Wide Web is comprised of electronic documents called "Webpages". Webpages are stored on computers known as "servers". A "Website" is a collection of related Webpages on a single server. A "homepage" is the front door of the Website.⁸

Il y a lieu de retenir des définitions qui précèdent qu'un site Web est un logiciel (ou un ensemble de logiciels) activé sur un ordina-

-
6. A. LEDUC, «Le contrat de création et le contrat d'hébergement d'un site Web: élément de négociation, de rédaction et d'interprétation», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 9.
 7. K. BEAL, «Linking on the Internet», (1998) *Brigham Young University Law Review*, 707.
 8. *British Columbia Automobile Association c. O.P.E.I.U., Local 378*2001, [2001] 3 W.W.R. 95; ci-après appelée «l'affaire B.C.A.A.».

teur appelé «serveur» lequel est branché en réseau avec une multitude d'autres ordinateurs et qui transmet une certaine quantité d'information et de contenu. Il est par ailleurs intéressant de constater que, parmi les définitions mentionnées ci-dessus, on considère que les «liens» ou «hyperliens» font partie du site Web.

Pour notre part, nous considérons qu'un site Web est un type de logiciel ou programme d'ordinateur abrité par un serveur qui met de l'information à la disposition des utilisateurs du réseau Internet. Avec les liens, le site Web constitue une des composantes principales de l'Internet. Le site Web peut contenir des textes, des images, des sons, d'autres programmes informatiques, etc.

1.1.2 Types de sites Web

La communauté d'internautes a accès à différents types de sites Web lesquels varient selon la finalité poursuivie par les personnes qui les exploitent. Comme nous l'avons explicité en introduction, les internautes explorent le Web à des fins ludiques, informatives ou à des fins de consommation et cela se reflète dans la diversité des sites Web qui leur sont offerts.

La catégorisation des sites Web s'avère utile eu égard aux défenses d'utilisation équitable qui pourront être invoquées dans l'éventualité de la contrefaçon d'un site. Toutefois, cet exercice ne peut pas toujours relever de la science exacte puisque certains sites appartiennent à plus d'une catégorie.

1.1.2.1 Les sites non commerciaux

L'Internet ayant tout d'abord pris de l'expansion dans le milieu de l'éducation et de la recherche, il est tout à fait normal de retrouver des sites qui ont comme dessein d'être des plates-formes de transmission du savoir, des lieux d'échange, de discussion et de critique. Ainsi, dans cette catégorie, on retrouve notamment les sites d'institutions d'enseignement, de bibliothèques, d'organismes à but non lucratif, certains sites gouvernementaux, certains sites de jeux, les «blogues»⁹, etc. Évidemment, il y aura des exceptions.

9. A., FORGUES, «La modes des blogues n'est-elle qu'une blague?», *Le Soleil*, 8 avril 2002: «[...] Un blogue est un site Web qui a la forme d'un journal personnel. Techniquement, il est très facile de créer son propre *blogue* et encore plus facile d'y ajouter du contenu à chaque jour et même plusieurs fois par jour ou sur une base régulière. Pas besoin de maîtriser une technique particulière ou être un as du HTML...»

Comme nous l'examinerons ci-dessous, la L.D.A. sera plus indulgente lorsque de tels sites seront taxés de constituer de la contrefaçon.

1.1.2.2 Les sites commerciaux

Ayant été pris d'assaut par une multitude d'entreprises privées au milieu des années 1990, Internet regorge maintenant de sites commerciaux qui ont su conférer au domaine «.com»¹⁰ le statut de superstar du Web.

1.1.2.2.3 Les sites commerciaux actifs

Ces sites permettent d'effectuer des transactions commerciales en ligne. On n'a qu'à penser aux sites de vente de biens de consommation tels que «amazon.com», «indigo.ca» et «archambault.ca», ou les sites de vente aux enchères dans Internet tels que «ebay.com» ou encore, les sites d'institutions financières telles les banques, les compagnies d'assurance, les maisons de courtage, etc.

En outre, on considérera notamment dans cette catégorie des pages Web consacrées à un artiste qui, en plus d'offrir une foule d'informations sur celui-ci, permettent l'achat de ses créations via l'Internet. Il en sera de même pour certains sites gouvernementaux à caractère informatif qui laisseront place à l'élaboration de transactions par Internet. Par exemple, un internaute pourra obtenir ou renouveler un permis ou une licence en ligne.

1.1.2.2.4 Les sites commerciaux passifs

Ces sites, bien qu'ils ne permettent pas la conclusion de transactions commerciales par Internet, peuvent tout de même être considérés comme des sites commerciaux. Dans ce cas, on fera appel à la notion de site Web commercial «passif».

La vente en ligne de certains produits, marchandises, mais surtout de certains services, ne se prête pas bien aux caractéristiques de l'Internet comme, par exemple, les soins médicaux, les services professionnels, etc. C'est pour cette raison que ces entreprises utiliseront plutôt l'Internet comme un outil de marketing ou de publicité.

10. Faisant référence à ce type de domaine de tête générique sous la responsabilité de «Internet Corporation for Assigned Names and Numbers» (I.C.A.N.N.).

1.1.3 Types d'œuvres

Pour obtenir l'assistance de la L.D.A., un site Web doit se qualifier à titre d'«œuvre»¹¹ au sens de la L.D.A. Comme nous en avons fait part ci-dessus, le site Web original sera sans difficulté protégé par la Loi étant donné l'ouvrage de création qu'il nécessite.

Par ailleurs, force est de constater que la définition d'œuvre précitée est très large ou même plutôt incomplète, voire imprécise. Cela découle du fait que pour déterminer en quoi consistent les éléments constitutifs d'une œuvre, la L.D.A. prévoit qu'il faille consulter les autres définitions de la Loi et de la jurisprudence. Ainsi, indépendamment du sens que revêt ce mot dans le langage courant, est une œuvre ce qui est désigné comme tel dans la Loi¹².

Or, bien que l'article 2 L.D.A. définisse l'œuvre d'une façon peu loquace, cette même disposition offre à l'opposé des définitions beaucoup plus explicites selon qu'une œuvre s'inscrit dans l'une des catégories particulières prévues par la Loi.

En effet, comme le prévoit le paragraphe 5(1) L.D.A., pour jouir de la protection de la Loi, une œuvre doit tout d'abord s'insérer dans l'une ou l'autre des catégories d'œuvres prévues à la L.D.A. qui sont les suivantes: œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique.

Une étude des différentes catégories d'œuvres définies à l'article 2 L.D.A. révèle qu'un site Web présente une affinité et une parenté certaine avec la catégorie des œuvres littéraires¹³. À l'intérieur même de la définition d'œuvre littéraire, on mentionne les concepts de programmes d'ordinateur¹⁴ et de compilations¹⁵ qui font tous les deux l'objet de définitions spécifiques à l'article 2 L.D.A.

S'agissant d'un programme d'ordinateur, le site Web est en fait l'application d'un logiciel informatique pour lequel les données,

11. Art. 2 L.D.A.

12. N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 57.

13. À cet article, on assimile à la notion d'œuvre littéraire les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvre littéraire.

14. «Programme d'ordinateur» Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés, ou emmagasinés, à être utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier.

15. «Compilation» Les œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires dramatiques, musicales, artistiques ou de données.

applications et séquences sont inscrites dans un code source. C'est ce programme source qui, une fois exécuté par un ordinateur, prend forme à l'écran. En fait, le programme est converti en langage machine, soit en programme objet¹⁶, pour ensuite être visualisé sur l'écran d'ordinateur de l'internaute.

Nous sommes d'avis qu'on peut assimiler le site Web à une œuvre littéraire. Après tout, ne parlons-nous pas de «pages Web» à l'égard desquelles on peut créer des «signets»?

Cela étant dit, un bref voyage dans le cyberspace suffit pour nous convaincre qu'un site Web est bien plus qu'une œuvre littéraire. Ne serait-ce que de mentionner le site du légendaire groupe PINK FLOYD¹⁷ qui allie images, dessins, musique, montage vidéo et commentaires littéraires, ou encore, du site de la multinationale «Warner Brothers» mettant en valeur le désormais célèbre personnage «Harry Potter». Ce dernier site comprend, en plus de sa boutique, de l'animation, des vidéos, des photos, des dessins, des jeux vidéos, des extraits de films, des entrevues, etc.¹⁸.

Il appert manifestement que le site Web emprunte également aux catégories des œuvres dramatiques (vidéo-clips, films), œuvres musicales (compositions musicales avec ou sans paroles), œuvres artistiques (peintures, dessins, photographies, etc.). Incidemment, cela fait du site Web l'exemple par excellence de ce qu'est une compilation telle que définie par la L.D.A.¹⁹.

Conséquemment, il est permis de considérer certains sites Web comme étant de véritables «œuvres multimédias», lesquelles ne font toujours pas l'objet d'une définition spécifique à la L.D.A.:

The Act does not refer to multimedia works on CD-ROM but this material can be protected as a "compilation": The "mode" or "form" in which works are expressed is irrelevant and a mixture of different forms – literary, musical and so on melted into a composite whole – is expressly mentioned as being protectable as a compilation.²⁰

16. *Dynabec ltée c. Société d'informatique R.D.G. inc.* (1985), 6 C.I.P.R. 185 (C.A. Qué.).

17. <<http://www.pinkfloyd.co.uk>>.

18. <<http://harrypotter.warnerbros.com/home.htm>>.

19. *Supra*, note 15.

20. D. VAVER, *Intellectual Property Law*, Concord, Irwin Law, 1997, p. 24-25.

En ce qui concerne les œuvres multimédias, Industrie Canada fait part qu'il est généralement admis que le créateur d'une compilation puisse revendiquer la propriété de la compilation, mais la propriété des œuvres protégées incorporées dans la compilation demeure la propriété des créateurs de l'œuvre en question. Toutefois, ce principe n'est pas énoncé explicitement dans la L.D.A.²¹.

À ce sujet, il y a lieu de noter que, selon l'article 2.1 de la L.D.A., une compilation d'œuvres regroupant des œuvres de plus d'une des catégories mentionnées ci-dessus est réputée constituer une compilation de la catégorie représentant la partie la plus importante.

Il est permis de considérer qu'un site Web est à la fois une œuvre dans son ensemble ainsi que le regroupement d'une multitude d'œuvres distinctes.

1.1.5 Conditions nécessaires pour qu'un site Web soit protégé par la L.D.A.

Pour qu'une œuvre puisse profiter des bienfaits de la *Loi sur le droit d'auteur*, elle doit satisfaire à certaines conditions extrinsèques et intrinsèques. Voyons ces conditions eu égard à un site Web.

Tout d'abord, l'auteur doit répondre à une condition extrinsèque, c'est-à-dire que son œuvre doit avoir un lien avec le Canada ou avec un des pays signataires de la *Convention de Berne*²² ou un pays membre de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.)²³. Par conséquent, l'auteur devra être un ressortissant de l'un des pays mentionnés ci-dessus ou avoir procédé à la première publication de son site dans l'un de ces pays. À cet égard, nous tenons à préciser au lecteur que la question de déterminer l'emplacement ou le domicile d'un site ne sera pas abordé dans le présent exposé.

Ensuite, l'œuvre doit satisfaire à deux conditions intrinsèques, soit les conditions de fixité et d'originalité²⁴. Ce n'est pas l'idée de

21. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Cadre de révision du droit d'auteur* <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/rp01101f.html>>.

22. Art. 2 L.D.A.: «pays partie à la Convention de Berne» Pays partie à la convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, conclue à Berne le 9 septembre 1886, ou à l'une de ses versions révisées, notamment celle de Paris de 1971.

23. Art. 2 L.D.A.: «membre de l'O.M.C.» Membre de l'organisation mondiale du commerce au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l'accord de l'organisation mondiale du commerce*, 1994, c. 47.

24. Art. 3 et 5 L.D.A.

concevoir tel site Web qui est protégée, mais plutôt son expression qui le sera. Par ailleurs, au niveau de l'originalité, le site Web doit être le fruit du travail personnel de son auteur, c'est-à-dire que le site ne doit pas avoir été copié sur un autre. La conception du site Web doit aussi avoir nécessité un certain effort intellectuel représentant un minimum d'habileté, de jugement ou de travail²⁵.

Nous verrons au chapitre des défenses *a priori* dans quels cas un présumé usurpateur de droit d'auteur pourra se défendre en plaidant que le site d'origine ne remplit pas la condition d'originalité requise par la loi.

Pour sa part, le juge Tessier de la Cour supérieure envisage le critère d'originalité de la façon suivante:

Quels sont les critères déterminatifs de l'originalité d'une œuvre? De toute évidence, elle doit d'abord résulter d'un travail de création sans constituer une copie. Cette création exige chez l'auteur un certain effort personnel, des connaissances, de l'habileté, du temps, de la réflexion, du jugement et de l'imagination. L'auteur y consacre ses énergies intellectuelles à la mesure de la nature et du contenu anticipé de l'œuvre [...] ²⁶

Pour remplir la condition d'originalité requise par la L.D.A., un site Web n'a pas à être conçu à partir d'idées nouvelles, pas plus qu'il ne lui est nécessaire d'être inventif. De plus, un site Web, comme toute compilation, tel un babillard d'emplois²⁷, composé d'idées et de données provenant du domaine public, pourra faire l'objet de la protection de la L.D.A.²⁸.

1.1.6 Les droits exclusifs du titulaire des droits d'auteur sur un site Web

Les droits d'auteurs sont des droits de nature patrimoniale²⁹. Ils confèrent une exclusivité d'exercice et d'autorisation d'exercice au titulaire lui permettant une exploitation économique de son œuvre.

25. M. BARIBEAU, *Principes généraux de la Loi sur le droit d'auteur*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 2000, p. 3 et 4.

26. *Éditions Hurtubise c. Cégep André Laurendeau*, [1989] R.J.Q. 1003, 1010.

27. *La société Havas numérique, S.N.C. et al. c. La société Keljob, S.A.*, Tribunal de commerce de Paris, 26 décembre 2000.

28. *Beauchemin c. Cadieux*, (1900) C.B.R. 270.

29. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, REJB 2002-29761 (C.S.C.).

La L.D.A. établit les droits exclusifs de l'auteur d'une œuvre de la façon suivante:

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de *produire* ou *reproduire* la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en *exécuter* ou d'en *représenter* la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en *publier* la totalité ou une partie importante; [...] ³⁰ [Les italiques sont nôtres.]

À cela, la L.D.A. ajoute aussi des droits spécifiques se rattachant à des œuvres particulières telles que le droit de *transformer* une œuvre dramatique en roman ou de *faire l'enregistrement* sonore d'une œuvre littéraire.

Il est reconnu, comme nous l'avons démontré ci-dessus, qu'un site Web et son contenu peuvent constituer des œuvres au sens de la L.D.A. Le titulaire des droits d'auteur est donc la seule personne à pouvoir exécuter ou autoriser que soient exécutées les actions ci-dessus mentionnées.

Cependant, qu'en est-il de ces droits à partir du moment où une œuvre est légitimement «mise» dans le réseau Internet? S'agit-il d'une renonciation pure et simple aux bénéfices conférés par la L.D.A., considérant qu'une fois l'œuvre sur le Web, sa reproduction est simplifiée à l'extrême et sa représentation semble perpétuelle?

Le cadre juridique qui permet de bien cerner les implications de la «mise en réseau» d'une œuvre protégée se retrouve à l'alinéa 3(1)f L.D.A.

Cette disposition établit le droit exclusif du titulaire d'un droit d'auteur de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Ce droit est par ailleurs précisé par l'article 2.4 de la L.D.A. De plus, il comprend également celui d'autoriser la communication au public.

Le processus de communication des œuvres dans Internet, en raison des particularités de ce moyen de communication, a nécessité une réflexion de la part de la Commission sur le droit d'auteur afin de concilier les concepts de la L.D.A. avec cet outil désormais extrêmement répandu.

30. Art. 3 L.D.A.

Dans l'affaire du *Tarif 22*³¹, la Commission sur le droit d'auteur a tranché qu'une personne qui «plaçait» une œuvre dans Internet permettait sa communication au sens de la Loi³². Ainsi, il va de soi que seul le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre peut «placer» celle-ci sur le Web sans commettre de violation à la L.D.A.

La Commission sur le droit d'auteur établissait que la communication proprement dite de l'œuvre au public n'avait lieu qu'au moment de la transmission de l'œuvre. Il a aussi été établi que la notion de «public» incluait les cas où l'œuvre était transmise à un seul utilisateur à la fois³³.

C'est précisément au moment de la transmission, aussi appelée *browsing*, que l'on rencontre la première problématique liée à la protection du droit d'auteur sur le Web. En effet, la transmission d'une œuvre nécessite en pratique une copie de celle-ci dans la mémoire RAM (temporaire) de l'ordinateur de celui à qui elle est transmise³⁴. Pourtant, le titulaire d'une œuvre, en autorisant sa communication au moyen de l'Internet, ne désire pas nécessairement autoriser à l'ensemble des utilisateurs du Web sa reproduction illimitée sur leur ordinateur personnel.

À ce sujet, le parlement européen a adopté en 2001 une directive visant à clarifier la question du *browsing* face au régime du droit d'auteur. En effet, la *Directive 2001/29/CE* est intervenue afin de légaliser ce type précis de copie dans la mémoire RAM d'un ordinateur, considérant qu'elle est éphémère et qu'elle s'efface complètement une fois la consultation des données correspondantes terminée³⁵.

Au Canada, en attendant l'adoption de la *phase III* de la L.D.A.³⁶, certains auteurs et plaideurs tenteront ou pourraient être tentés de démontrer la légalité du *browsing* en inférant de l'autorisation accordée par la communication de l'œuvre faite par l'auteur, l'octroi d'une licence implicite de copie temporaire³⁷.

31. Commission du droit d'auteur du Canada, *Tarif 22 SOCAN* (1996 à 1998), 27 octobre 1999.

32. *Supra*, note 2, p. 207.

33. *Ibid.*

34. V. GRYNBAUM, «Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information», *Juriscom.net*, 13 décembre 2001 [En ligne: <<http://www.juriscom.net>>].

35. *Id.*

36. Voir notamment: M. GEIST, «Net copyright reform. It's deep in policy agenda», 17 octobre 2002 [En ligne: <<http://www.lawbytes.com>>].

37. L. CARRIÈRE, «Hypertextes et Hyperliens au regard du droit d'auteur: Quelques éléments de réflexion», *Léger Robic*, 8 novembre 1996 [En ligne: <<http://www.robic.ca>>].

Cependant, bien que l'article 1385 *C.c.Q.* mentionne que le contrat se forme par le seul échange de consentements, il mentionne également que l'on doit respecter les conditions de forme édictées par d'autres lois. En droit d'auteur, le paragraphe 13(4) L.D.A. mentionne expressément qu'un contrat de licence ou de cession n'est valable que s'il est rédigé par écrit et signé par le titulaire du droit³⁸.

Nous sommes d'opinion que la théorie des licences implicites ne peut avoir d'application en matière de droit d'auteur canadien³⁹. Cela étant dit, le *browsing* pose donc problème. Ainsi, il y a déjà lieu de noter une incongruité entre la L.D.A. et l'utilisation de l'Internet et ce, au niveau le plus élémentaire de la navigation sur le Web.

Nous croyons cependant qu'il serait difficile d'envisager un titulaire de droits d'auteur qui refuserait à des internautes de consulter son œuvre par simple «browsing», même si cette opération implique une copie temporaire de l'œuvre dans la mémoire «RAM» de l'ordinateur de ceux-ci. En effet, quel serait l'intérêt de «placer» une œuvre sur le Web tout en interdisant sa consultation?

Des solutions juridiques devront être mises en place pour légaliser le *browsing* et amarrer les vaisseaux législatifs à la dérive qui font douter de l'autorité de Sa noble Majesté sur les «cyber-océans».

Ainsi, le titulaire de droits d'auteur qui autorise la communication au public de son œuvre dans Internet autorise les internautes à la consulter mais sans plus. Il faut, pour l'instant faire abstraction de l'illogisme qui découle de la copie éphémère en raison du *browsing* et prendre pour acquis qu'elle est aussi permise.

Le titulaire est donc de prime abord justifié de réclamer les mêmes bénéfices de la L.D.A. que n'importe quel autre titulaire de droits d'auteur. Tous les autres droits exclusifs provenant de la L.D.A. (tel le droit de reproduire) demeurent à son bénéfice et le fait de placer son œuvre dans Internet ne démontre pas qu'il y a renoncé.

1.2 Les violations du droit d'auteur dans Internet

1.2.1 La contrefaçon «traditionnelle»

Après avoir déterminé dans quels cas une œuvre «cyber-spatiale» est protégeable, il est opportun de considérer les situations

38. *Supra*, note 25, p. 70.

39. Sous réserves des principes dégagés en matière «d'œuvres architecturales». Voir notamment à ce sujet: *Netupsky c. Dominion Bridge*, [1972] R.C.S. 368.

conflictuelles où un tiers viendra empiéter sur le monopole de l'auteur. Dans ce cas, s'il s'agit d'une appropriation ou d'une utilisation illégale de l'œuvre, on parlera notamment de contrefaçon⁴⁰, de plagiat, de copie, etc.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le monopole de l'auteur comporte la jouissance de plusieurs droits économiques sur l'œuvre⁴¹. Incidemment, constituera une violation du droit de l'auteur d'un site Web, l'accomplissement par un tiers, sans le consentement de l'auteur, d'un acte qu'en vertu de la loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir⁴².

De plus, comme le mentionne Normand Tamaro, le même fait matériel peut être constitutif de plusieurs atteintes aux droits d'auteur⁴³. Par exemple, l'individu qui décide de communiquer sur un site Web un dessin provenant d'un autre site Web sera coupable de plusieurs actes de contrefaçon distincts. Tout d'abord, il y aura violation du droit de reproduire l'œuvre puisque, pour être visualisée sur le site Web, l'œuvre devra être reproduite dans le code source et dans les paramètres du site. Il y aura également une violation au droit d'autoriser la reproduction puisque la personne qui reproduit l'œuvre doit obtenir l'autorisation du titulaire des droits sur cette œuvre, ou de toute autre personne habilitée à donner cette autorisation⁴⁴. Puis, il y aura violation du droit de communiquer une œuvre en public par télécommunication⁴⁵.

Par voie de conséquence, on est en présence de contrefaçon d'un site Web lorsqu'un tiers contrevient à l'un des droits exclusifs du

40. *Supra*, note 11: «contrefaçon»

À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

À l'égard d'une prestation sur laquelle existe un droit d'auteur, toute fixation ou reproduction de celle-ci qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

À l'égard d'un enregistrement sonore sur lequel existe un droit d'auteur, toute reproduction de celle-ci, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

À l'égard d'un signal de communication sur lequel existe un droit d'auteur, toute fixation ou reproduction de la fixation qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi, [...].

41. *Supra*, section 1.1.5.

42. Art. 27(1) L.D.A.

43. *Supra*, note 12, p. 378.

44. *Ibid.*, p. 380 et art. 3(1) *in fine* L.D.A.

45. Art. 27(2) L.D.A.

titulaire. Encore faut-il que cette violation porte sur une «partie importante» ou «substantielle» de ce site. Bref, l'auteur du site tentera notamment de prouver que le site contrefacteur constitue une copie ou une imitation déguisée de sa création personnelle.

À ce sujet, on parle d'une appropriation importante d'une œuvre même si le contrefacteur tente de camoufler l'utilisation illégale de l'œuvre. Dans l'affaire *British Columbia Automobile Association*, le juge cite un passage pertinent sur le fait que la partie substantielle de l'œuvre contrefaite n'a pas à être identique:

Copyright may be infringed by appropriating a substantial amount of the material published by the original author although the language employed by the infringer and the material be altered [...] ⁴⁶.

1.2.1.1 Le test de la contrefaçon

Le titulaire de droits d'auteur, pour réussir dans son recours, doit démontrer les éléments suivants:

- la titularité du droit d'auteur sur l'œuvre originale⁴⁷;
- la ressemblance entre son œuvre originale et la supposée contrefaçon⁴⁸;
- la possibilité d'accès à l'œuvre originale par le défendeur (pour déterminer si la ressemblance entre les deux œuvres pourrait être le fruit du hasard)⁴⁹.

1.2.1.1.1 La titularité du droit d'auteur sur l'œuvre originale

La condition de la titularité du droit d'auteur sur l'œuvre ne représente pas une problématique particulière sous réserve des concepts sous-jacents à l'article 13 L.D.A. qui traitent du sujet. Ainsi, il faut vérifier si le concepteur du site Web original est lié à l'exploitant du site par un contrat de travail ou par un contrat de service. Il faut aussi s'assurer du contenu du contrat de cession ou de licence des droits d'auteur sur le site Web, s'il y a lieu.

46. *British Columbia Jockey Club c. Standen (Winbar Publications)* (1983), 73 C.P.R. (2d) 164 (B.C. S.C.), p. 36.

47. *Addison Wesley Publishers Ltd. c. Kinko Copies Canada Ltd.*, 13 C.P.R. (3d) 369.

48. *Hutton c. C.B.C.*, 41 C.P.R. (3d) 45 et *Arbique c. Gabriele*, J.E. 99-352.

49. *Gondos c. Hardy et al.*, 38 O.R. 555 et *Grignon c. Roussel*, 38 C.P.R. (3d) 4.

Par ailleurs, le fardeau de prouver l'originalité du site Web sera relativement facile à rencontrer. En effet, pour l'exploitant d'un site victime de contrefaçon, il ne s'agit que d'établir *prima facie* que le contenu de son site émane de lui (ou de ses employés) et qu'il y a consacré un degré minimum d'efforts et de talent. Une fois cette preuve minimale satisfaite, le titulaire des droits sur le site bénéficiera de la présomption de «propriété» prévue au paragraphe 34.1(1) de la L.D.A. Par la suite, il incombera à la partie en défense de démontrer que le site présumément contrefait n'est pas original en ce sens que celui-ci n'est qu'un collage peu original d'éléments qui émanent du domaine public ou que le site du demandeur constitue lui-même une copie du site d'un tiers, etc.

1.2.1.1.2 La ressemblance entre l'œuvre originale et la supposée contrefaçon

Par la suite, le tribunal se penchera sur le degré de ressemblance entre le site original et le site contrefacteur. Cela revient à déterminer s'il y a appropriation d'une partie importante de l'œuvre originale. Ce critère est de loin celui qui pose la plus grande difficulté d'analyse.

Relativement à cette notion, la Cour suprême de Colombie-Britannique dans une affaire de contrefaçon d'un site Web a appliqué le test de l'affaire *Slumber-Magic Adjustable Bed Co.*⁵⁰. La Cour à ce sujet s'exprime ainsi:

It is the overall arrangement of the components that is important to determining whether the plaintiff has copyright in an original work. Substantial copying cannot be defined precisely. The question is whether on a qualitative not simply a quantitative basis there has been substantial copying. It is said to be a matter of fact and degree. The Court must exclude portions of work that are not subject to copyright, such as ideas or information. I recognize that the characteristics of Websites to some degree must be dictated by function. Additionally, the constraints imposed by technology or the nature of the product may not indicate copying. However, it should be recognized that the overall arrangement of commonplace elements such as colours, shapes and designs can obviously result in an original artistic

50. *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep King Adjustable Bed Co.* (1964), 3 C.P.R. (3d) 81 (B.C. S.C.).

work for which the author is entitled to copyright protection, such a work cannot be copied without the author's consent.⁵¹

Ce passage exprime bien la difficulté à laquelle est confronté un tribunal qui doit déterminer la présence d'un emprunt substantiel à une œuvre originale. La partie substantielle repose-t-elle sur un critère qualitatif ou quantitatif?

La L.D.A. ne définit pas ce que constitue une partie importante ou substantielle d'une œuvre. Mais, puisqu'il importe, selon la Loi, de réserver à l'auteur ou au titulaire du site les fruits du travail personnel et original effectué, il faut envisager les critères quantitatif et qualitatif de façon concurrente. D'ailleurs, les tribunaux apprécient les deux critères à la lumière de toutes les circonstances⁵².

Cependant, il est maintenant bien reconnu en droit canadien que la question de déterminer s'il s'agit de la reproduction d'une partie substantielle d'une œuvre répond davantage du critère de la qualité de l'emprunt qu'à celui de la quantité⁵³.

De plus, en présence d'un cas présumé de contrefaçon d'un site Web, certains se pencheront sur «les assises» du site, soit son code source, tandis que d'autres privilégieront davantage le résultat obtenu, soit les pages Web et la résultante visible à l'écran.

Par contre, dans l'éventualité où le tribunal chercherait à trancher un différend en évaluant la substantialité de l'emprunt en comparant les logiciels des sites respectifs, les tests pourront différer sensiblement. D'ailleurs, l'auteur Sookman a tôt fait de mentionner la problématique toute particulière aux «programmes d'ordinateurs»:

In the context of computer programs, the task is more difficult because many of the familiar tests for determining similarity prove to be inadequate, having been developed historically, in the context of artistic and literary, rather than utilitarian, works.⁵⁴

51. *Supra*, note 8, p. 37.

52. *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818 (C.A.); confirmé en appel: [1933] 1 D.L.R. 353 (P.C.).

53. *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465.

54. B. SOOKMAN, «Copyright and technology», dans *Copyright and confidential information law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994, p. 304.

À ce sujet, d'un point de vue utilitaire, la copie d'une instruction contenue dans un programme d'ordinateur qui en contient plusieurs pourra être considérée comme «essentielle» à l'œuvre, mais cette instruction ne sera pas considérée comme étant une «partie substantielle» de l'œuvre suivant le critère traditionnel. Pour régler ce problème, on propose de considérer la portion contrefaite et de soupeser son importance en relation avec l'ouvrage dans son ensemble⁵⁵.

Cela étant dit, la jurisprudence canadienne au sujet de la contrefaçon de sites Web vient toutefois démontrer que les tribunaux sont plutôt portés à trancher les litiges en se concentrant sur l'œuvre Internet en tant que résultat, c'est-à-dire, en examinant l'interface usager plutôt que le code source du site contrefacteur⁵⁶.

Par exemple, dans l'affaire *Sotramex*⁵⁷, la compagnie demanderesse qui œuvre dans le domaine du réaménagement de sites forestiers et miniers, a poursuivi une compagnie concurrente étant donné que cette dernière avait utilisé sur son site Web un texte semblable à celui apparaissant sur le site de la demanderesse. Le tribunal, avant de donner raison à la demanderesse, a procédé à une étude comparative en juxtaposant les deux textes comme s'il s'agissait de simples œuvres littéraires.

Également, considérant qu'un site Web constitue une compilation d'œuvres, la preuve de la contrefaçon d'un site Web pris dans son ensemble sera beaucoup plus difficile à démontrer puisque l'étendue de la protection accordée à de tels types d'œuvres est beaucoup plus limitée. À ce sujet, l'auteur John S. McKeown nous apprend:

The extent of protection for a compilation may be limited. Another person may originate a work in the same general form without infringing the copyright in the first work, so long as the work is the result of original labour and industry bestowed upon it.⁵⁸

55. *Supra*, note 53, p. 304.

56. Voir, à cet égard, *British Columbia Automobile Association c. O.P.E.I.U.*, précité, note 8; *Sotramex inc. c. Sorenviq Inc.*, REJB 1998-07735 (C.S.); *Saskatoon Star-Phoenix Group Inc. c. Norton*, S.J. No. 275, Q.B. No. 2865 (2000).

57. *Sotramex inc. c. Sorenviq Inc.*, précité, note 56.

58. J.S. McKEOWN, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd., Toronto, Carswell, p. 150 et 151.

À l'opposé, la preuve de contrefaçon d'une œuvre spécifique ou d'une composante spécifique d'un site Web sera plus facile à concevoir⁵⁹.

Certaines nuances doivent cependant être apportées quant à l'application du critère de la ressemblance en fonction des différents types de site Web.

Ainsi, afin de prouver qu'il y a contrefaçon d'une partie substantielle d'un site commercial «actif», le demandeur aura à satisfaire davantage au critère quantitatif qu'au critère qualitatif étant donné la nature plus fonctionnelle et utilitaire d'un tel site.

Au contraire, dans le cadre d'une action en contrefaçon d'un site commercial «passif», par exemple le site officiel d'un artiste (musicien, peintre, écrivain, etc.), où le contenu de ces pages Web est lui-même composé d'œuvres protégées par la L.D.A., on s'attachera davantage à la qualité de l'emprunt qu'à la quantité.

Au sujet de la qualité de l'emprunt, il est reconnu que transférer 60 lignes du code source d'un programme, qui en contient 14 000, ne sera pas considéré comme la reproduction d'une partie substantielle d'une œuvre. À l'inverse, l'emprunt d'une seule phrase d'un roman de Dickens ou d'une pièce de Shakespeare sera constitutif de contrefaçon⁶⁰.

1.2.1.1.3 La possibilité d'accès à l'œuvre originale par le défendeur

Finalement, la preuve de contrefaçon requiert en principe de la part du plaignant qu'il prouve que le contrefacteur ait pu avoir accès à son œuvre afin de concevoir la sienne.

Pour établir la violation, le demandeur doit prouver que l'œuvre a non seulement été copiée, mais qu'en plus le défendeur a eu accès à l'œuvre plagiée [...]

Je conclus que la défenderesse a eu largement accès au formulaire de la demanderesse et qu'elle en a copié une part importante. La défenderesse a donc contrefait l'œuvre de la demanderesse.⁶¹

59. *Ibid.*

60. *Supra*, note 20, p. 81.

61. *U&R Tax Services Ltd. c. H&R Block Canada Inc.*, (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F.).

Toutefois, en présence d'un site Web qui présentera de nombreuses similarités avec un site original, le tribunal pourra présumer que l'auteur du second site a eu accès au site original⁶².

De plus, nous sommes d'opinion que, vu la nature du réseau Internet, cet élément ne posera aucune difficulté à la victime d'un acte de contrefaçon, l'accès rapide et facile de son contenu étant l'une de ses caractéristiques premières.

1.2.2 Les violations propres à l'Internet

Le développement de la technique des hyperliens est l'une des plus spectaculaires innovations que nous apporte l'Internet en matière de transmission du savoir et de l'information.

Les hyperliens sont des zones facilement identifiables dans un texte que l'on peut activer afin de faire le pont d'un document à un autre⁶³. Les hyperliens sont vaguement comparables aux références d'un livre sur support papier mais ils ont l'extraordinaire avantage de permettre d'accéder automatiquement aux documents auxquels ils réfèrent d'un seul «clic». Ils sont définis par l'Office de la langue française comme étant:

[...] des connexions activables à la demande dans le Web, reliant des données textuelles ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet.⁶⁴

En plus des violations traditionnelles dont nous avons déjà traité, les hyperliens peuvent être la cause d'une violation du droit de communiquer au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) L.D.A. et ce, malgré que le titulaire ait pu donner sa permission lorsqu'il a «placé» son œuvre dans Internet.

On peut cataloguer les procédés servant à inter-relier les documents entre eux dans Internet en trois grandes catégories⁶⁵: les hyperliens simples, les hyperliens en profondeur (*deep link*, lien profond ou lien indirect), et les insertions par hyperliens (incluant le *framing*). Cependant, les informaticiens, toujours bouillonnant

62. *Supra*, note 26.

63. C. CURTELIN, «L'utilisation des liens hypertextes, des frames ou des méta-tags sur les sites d'entreprises commerciales», (1999) *Computer & Law Review* 6.

64. *Supra*, note 5, p. 22.

65. *Supra*, note 63, p. 7.

d'imagination, continuent sans relâche d'inventer de nouvelles variantes d'hyperliens qui pourraient nécessiter la création de nouvelles catégories.

1.2.2.1 Les hyperliens simples

L'hyperlien simple est la forme la plus élémentaire de lien dans Internet.

Par un hyperlien simple, on entend un lien contenu dans un site Web, sous la forme d'un ou de plusieurs mots ou sous la forme d'un dessin ou d'une image, qui relie la page du site où il apparaît vers la page d'accueil d'un autre site.

La violation du droit d'auteur par l'utilisation de la technique de l'hyperlien simple repose sur les mêmes fondements que le plagiat traditionnel d'une œuvre protégée. En effet, il serait théoriquement possible d'invoquer la violation des droits d'auteur par le simple fait de reproduire le titre d'une œuvre⁶⁶, une œuvre artistique tel un dessin ou un logo⁶⁷ ou une photographie⁶⁸ sur un site, et ce, même si cette reproduction n'a pour unique but que de créer un lien avec le site du titulaire de l'œuvre reproduite. Le titre de l'œuvre que l'on désire protéger devra cependant être distinctif et original conformément à la L.D.A.⁶⁹. Dans ce cas précis, c'est l'hyperlien lui-même qui provoque la violation⁷⁰, sans même qu'il ne soit activé.

Dans une des premières causes traitant du sujet des problèmes reliés aux hyperliens, Lord Hamilton de la Cour de Session d'Édimbourg, dans l'affaire *Shetland Times* a reconnu que le fait de reprendre le titre d'un article de journal électronique pour en faire des hyperliens constituait une violation du *Copyright, Design and Patent Act 1988*, loi de la Grande-Bretagne:

...the pursuers have, in my opinion, a prima facie case that the incorporation by the defenders in their Web site of the headlines provided at the pursuers' Web site constitutes an infringement of section 20 of the Act by the inclusion in a cable programme service...⁷¹

66. *Supra*, note 20, p. 39.

67. *Lerose Ltd. c. Hawick Jersey International Ltd.* (1972), [1974] R.P.C. 42.

68. Art. 10(1)(b) et 10(2)(b) L.D.A.

69. *Supra*, note 11.

70. *Supra*, note 37.

71. *The Shetland Times Ltd. c. Dr. Jonathan Wills*, (1997) Sess. Cas. 604 (1996).

La décision rendue dans l'affaire *Shetland Times* ne fait pas une analyse très détaillée du critère d'originalité de l'œuvre, sans doute en raison du fait que l'ordonnance recherchée ne nécessitait qu'une preuve *prima facie*. En droit canadien, bien que ce soit possible, il est difficile de considérer le titre d'une œuvre comme étant original et distinctif au sens du droit d'auteur⁷².

1.2.2.2 Les hyperliens en profondeur

Les hyperliens en profondeur constituent une variante des hyperliens simples. Il s'agit de la même technique à la différence près qu'en activant ce type de lien, l'utilisateur entre dans le site lié par une page secondaire. La page d'accueil du site lié n'est donc pas consultée. L'utilisateur n'est donc pas conscient de visiter un autre site ou encore, il lui est difficile, voire impossible, d'identifier l'hôte du site vers lequel il a été dirigé⁷³. Comme si ce qui précède ne suffisait pas, le lien en profondeur empêche l'internaute de lire les conditions d'utilisation du site Web qui se retrouvent souvent à la page d'accueil⁷⁴.

Ce type de lien, aussi appelé *deep link* ou lien indirect, a déjà été la source de contentieux aux États-Unis et en Europe. Cependant, dans la grande majorité des cas, les litiges provoqués par l'insertion d'hyperliens en profondeur dans un site Web prennent souvent la forme de recours en injonction interlocutoire et reposent sur une mixture de notions juridiques telles que la concurrence déloyale, le détournement de clientèle, la perte de profit et la confusion de marques de commerce⁷⁵.

Par exemple, dans l'affaire *The Shetland Times Ltd. c. Dr. Jonathan Wills*⁷⁶ discutée plus avant, Lord Hamilton, tranchait en faveur du plaignant en interdisant au défendeur de faire des liens

72. *Francis Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century-Fox Corporation*, (1939) All E.R. 192.

73. M.A. BLANCHARD et S. DORMEAU, «Création de liens hypertextes et questions juridiques... un problème virtuel?», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2000, p. 78.

74. M.S. KUBISZTN, «Emerging Legal Guidance on Deep linking», 2000 [En ligne: <<http://www.gigalaw.com/articles/Kubiszyn-2000-056.html>>].

75. Voir, entre autres: *The Shetland Times Ltd. c. Dr. Jonathan Wills*, précité, note 71; *Washington Post c. Total News Inc.*, Case Number 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y. filed feb. 20, 1997); *La société Havas numérique, S.N.C. et al. c. La société Keljob, S.A.*, précité, note 27.

76. *Supra*, note 71.

vers son site. Le défendeur utilisait la technique du deep linking afin de bonifier le contenu de son site avec des articles légalement communiqués sur le site du plaignant. De cette manière, le défendeur pouvait attirer des utilisateurs sur son site en se servant du fruit des efforts d'un autre.

Malheureusement, aucune analyse approfondie de la violation du droit d'auteur eu égard au *deep linking* n'a été faite dans cette décision pour venir appuyer la délivrance d'une ordonnance équivalente à notre injonction interlocutoire. L'analyse du magistrat a plutôt porté sur les critères classiques de l'injonction, à savoir la balance des inconvénients, le préjudice (perte de revenus) et l'usage déloyal des efforts d'un autre:

The balance of convenience clearly, in my view, favored the grant of the interim interdict [...] While there has been no loss to date, there is a clear prospect of loss of potential advertising revenue in foreseeable future.⁷⁷

L'affaire *Havas et Cadres On Line c. Keljob*⁷⁸ rendue par un tribunal français a apporté davantage d'éléments pertinents au sujet du traitement réservé aux violations du droit d'auteur par l'utilisation d'hyperliens en profondeur.

Dans cette affaire, la société Keljob avait créé des hyperliens en profondeur partant de son site vers celui de Cadres On Line, afin de profiter d'informations qui lui étaient avantageuses de diffuser sur son propre site. Keljob plaida que dans Internet, aucune autorisation n'était nécessaire avant d'établir un lien hypertexte. Voici comment le tribunal a répondu à cet argument:

Attendu

Que si la société Keljob soutient, que rien n'impose en droit, l'obligation de prévenir le propriétaire d'un site Internet ou d'obtenir son autorisation préalable, avant d'établir un lien hypertexte [...] les dispositions de l'art. L.122-4 du Code de la propriété intellectuelle, condamne le fait de *représenter une œuvre sans le consentement de son auteur...*

[...]

77. *Ibid.*, p. 4.

78. *Supra*, note 27.

Que s'il est admis *que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé* par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits «profonds» et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site, sans passer par sa page d'accueil...⁷⁹
[Les italiques sont nôtres.]

Le tribunal trancha finalement en faveur des demandeurs et leur accorda l'injonction et les réparations demandées.

La décision rendue dans cette affaire est particulièrement intéressante et colle bien au droit canadien malgré que la règle de droit ne provienne pas du même système juridique. On retrouve en droit français des concepts très similaires à ceux qui prévalent en droit canadien.

En effet, la condamnation du fait de représenter une œuvre sans l'autorisation de l'auteur est aisément assimilable à une violation du droit exclusif du titulaire de droits d'auteur d'autoriser la communication au public, par télécommunication, comme cela est défini à l'alinéa 3(1)f) de la L.D.A., du moins pour les fins d'une démonstration de la violation du droit d'auteur par l'utilisation d'hyperliens profonds.

Comme nous l'avons souligné, le titulaire d'une œuvre, lorsqu'il décide de «placer» son œuvre dans Internet, donne son aval, à sa communication au public par le biais d'une reproduction éphémère dans l'ordinateur de l'utilisateur lorsque ce dernier consulte l'œuvre sur le Web, et ce, malgré que l'on ne puisse présumer d'une licence implicite de reproduction éphémère⁸⁰.

De plus, la reconnaissance judiciaire par le tribunal français de l'autorisation implicite à l'établissement d'hyperliens simples correspond à la justification juridique canadienne donnée par la Commission sur le droit d'auteur quant à la communication de l'œuvre⁸¹.

La violation du droit d'auteur par le *deeplinking* serait donc basée sur la prémisse que seul l'auteur peut autoriser la communication de son œuvre.

79. *Ibid.*, p. 3.

80. *Supra*, section 1.1.5.

81. *Supra*, note 2, p. 207.

À défaut de préciser l'étendue de l'autorisation, il est impossible d'inférer qu'elle puisse déborder le cadre d'une consultation de l'œuvre par les internautes (le public) qui accèdent au site qui héberge cette œuvre de la manière que prévoit le titulaire au moment où il donne son accord. La manière prévue par le titulaire inclut le site par lequel il veut diffuser son œuvre mais aussi le public qu'il cible⁸².

Le fait d'autoriser la communication d'une œuvre par un hyperlien profond implique nécessairement une nouvelle permission de communication ou, à tout le moins, un élargissement du cadre de la permission donnée originalement par le titulaire des droits d'auteur.

La Cour fédérale du Canada est passée bien près d'y aller d'un premier jet d'une jurisprudence sur le sujet lorsqu'elle fut confrontée aux faits de l'affaire *Toronto.com c. Sinclair*. C'est en effet une des rares décisions canadiennes que nous avons pu répertorier sur le sujet⁸³. Dans cette affaire, la demanderesse tentait de faire valoir par une demande d'ordonnance en injonction son droit exclusif de reproduire (lire communiquer) les pages Web de son site⁸⁴:

...The plaintiff also submits that it has the exclusive right to reproduce those Webpages in any material form and authorize any such reproduction...⁸⁵

Malheureusement, il nous faudra encore attendre puisque la Cour a rejeté la demande d'ordonnance d'injonction au motif qu'aucune preuve de préjudice n'avait été apportée par la demanderesse, esquivant du coup la question soumise se rapportant au droit d'auteur.

1.2.2.3 Les insertions par hyperliens et le framing

Les insertions par hyperliens et le *framing* sont en fait deux techniques très semblables qui consistent pour le site créateur de l'insertion à prendre des éléments d'une ou de plusieurs page(s) Web dont il n'a pas la propriété afin de les intégrer dans son site Web.

82. *Supra*, note 63, p.12.

83. Voir aussi *Imax c. ShowMax Inc.*, [2000] F.C.J. No. 69.

84. *Toronto.com c. Sinclair*, Cour fédérale, dossier numéro T-1163-99, 14 janvier 2000.

85. *Supra*, note 84.

Ainsi, le cadre du site générateur de l'hyperlien demeure présent à l'écran et entoure, suite à l'activation du lien par l'internaute, la portion du site lié qui a été sélectionnée⁸⁶.

Le *framing* n'est en fait qu'une variante de l'insertion par hyperliens. La différence réside dans le fait qu'avec la technique du *framing*, une page entière du site lié apparaît dans le cadre du site d'où origine l'hyperlien, alors que dans l'insertion par hyperliens «conventionnelle», seule une portion du site lié apparaît dans une page du site d'où origine l'hyperlien.

Par exemple, il est possible d'utiliser la technique de l'insertion par hyperliens pour permettre aux lecteurs d'un site de nouvelles de faire apparaître une photographie illustrant la manchette à côté de l'article lu en cliquant sur un hyperlien qui ne servirait qu'à «importer» d'un autre site la photographie en question, le tout à l'insu du «cyber-utilisateur».

Le *framing*, pour sa part, permet «d'importer» carrément tout le contenu d'une page et de la faire sienne en camouflant le cadre du site lié.

Par conséquent, la ligne à tracer entre les deux techniques peut être mince, et établir une distinction entre celles-ci nécessitera une analyse au cas par cas.

Outre la question des droits d'auteur, ces techniques peuvent avoir comme résultat de camoufler les bandeaux publicitaires apposés au site d'origine, nuisant ainsi à sa rentabilité⁸⁷.

1.2.2.3.1 Représentation illégale de l'œuvre

On est en présence d'une première violation des droits exclusifs de l'auteur autant par l'utilisation des techniques du «framing» et celle de l'insertion par hyperliens que par l'emploi d'hyperliens profonds puisqu'il y a représentation illégale d'une œuvre qui outre-passe le cadre d'une autorisation de communication.

86. *Supra*, note 63, p. 14.

87. *Saskatoon StarPhoenix Group Inc. c. Norton*, S.J. No. 275, Q.B. No. 2865 of 2000.

1.2.2.3.2 Reproduction illégale de l'œuvre

En l'espèce, une seconde violation s'ajoute: la reproduction illégale d'une œuvre. En effet, par l'inclusion d'une partie d'une œuvre à son propre site Web, le contrefacteur se trouve à constituer une nouvelle œuvre (son site) par l'ajout d'une œuvre ou d'une partie importante d'une œuvre dont il n'est pas titulaire des droits d'auteur.

Cette violation du droit d'auteur par une reproduction faite dans le but de créer une nouvelle œuvre soulève la problématique de l'œuvre dérivée⁸⁸. Il est reconnu que pour bénéficier d'un droit d'auteur sur une œuvre dérivée, on doit tout d'abord obtenir l'autorisation de procéder à l'adaptation de l'œuvre originale. Ainsi, à défaut d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre originale, l'auteur de l'œuvre dérivée se trouvera à reproduire illégalement et sans permission une œuvre étrangère dans la sienne ce qui le rend responsable d'un acte de contrefaçon⁸⁹.

Le contrefacteur reproduit donc l'œuvre dans son site (sur l'ordinateur qui l'héberge) avant de permettre la reproduction de la compilation nouvellement créée dans l'ordinateur de l'internaute. Ces deux reproductions, bien que temporaires, se disqualifient pour une quelconque exception de licence implicite puisqu'elles ne rencontrent pas le critère de forme de l'écrit prévu à la L.D.A. et ne sont pas faites d'une façon que le titulaire aurait pu concevoir au moment où ce dernier autorise la communication de son œuvre dans Internet.

1.2.2.3.3 Droits moraux

Finalement, l'utilisation de la technique du *framing* ou celle de l'insertion par hyperliens soulève la question de la violation des droits moraux que peut revendiquer l'auteur sur son œuvre originale.

En effet, l'auteur d'une œuvre peut prétendre à la protection de deux types de droits moraux sur l'œuvre qu'il a conçue. Ainsi, il peut exiger, malgré la cession de ses droits d'auteur, que le cessionnaire des droits d'auteur respecte l'intégralité de son œuvre telle qu'élaborée à l'origine. Il bénéficie également du droit de revendiquer la paternité de sa création ou, à l'inverse, le droit à l'anonymat à l'égard de celle-ci.

88. Voir, entre autre, *Webb & Knapp c. City of Edmonton* (1979), 44 Fox Pat. C. 141 (C.S.C.).

89. *Cartwright c. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (C.S.).

Les droits moraux ne sont pas à proprement parler des droits d'auteur. Ce sont des droits incessibles appartenant à l'auteur d'une œuvre qui en protège l'intégrité et qui émanent de la L.D.A.⁹⁰. Ainsi, il est notamment interdit de déformer, mutiler ou autrement modifier une œuvre de manière préjudiciable à son auteur⁹¹.

Par exemple, le droit d'auteur canadien prévoit que l'on ne peut modifier la couleur⁹² d'une œuvre ou encore y ajouter de nouveaux éléments visuels non prévus par l'auteur⁹³ sans le consentement de celui-ci, et ce, même si celui qui effectue les modifications a acquis par cession les droits exclusifs de l'auteur.

Également, il est reconnu depuis longtemps en droits d'auteur canadien que le fait de cacher le nom de l'auteur peut constituer une violation du droit d'auteur ou du droit moral⁹⁴. En conséquence, le fait pour l'exploitant d'un site Web d'incorporer une œuvre protégée (ou une partie importante) dans son site en camouflant la provenance du site d'où origine cette œuvre de manière à faire croire qu'il en est l'auteur, constitue certainement une violation du droit moral de l'auteur de pouvoir revendiquer la paternité de sa création.

Par conséquent le *framing* ou l'insertion par hyperliens constituent des formes encore plus graves de violations des droits moraux de l'auteur en comparaison avec la technique de l'hyperlien en profondeur puisqu'il est possible de soulever une triple violation à la L.D.A. à l'encontre de ces procédés, c'est-à-dire, reproduction interdite, communication publique sans autorisation et violation du droit moral de l'auteur de pouvoir revendiquer la paternité de l'œuvre.

1.2.2.4 Les méta-tags et le droit d'auteur

Les méta-tags sont des mots ou expressions, présents dans le code source d'un site Web mais invisibles à l'utilisateur Internet à moins pour celui-ci de cliquer sur le bouton droit de sa souris et de sélectionner la fonction «afficher la source». Ensuite, une seconde fenêtre s'ouvrira auquel cas il sera possible de consulter la nomenclature des méta-tags inclus dans la page⁹⁵.

90. M. RACICOT, «Jusqu'où va la protection du cybergiciel par le droit d'auteur?», (1996) *Meredith Mem. Lect.* 313, 365.

91. Art. 28.2 L.D.A.

92. *Carlton Illustrators c. Coleman & Co.*, (1911) 1 K.B. 771.

93. *Snow c. The Eaton Center Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (High Court of Ontario).

94. Voir notamment *Joubert c. Gêracimo* (1916), 26 B.R. 97, 109 (High Court of Ontario) et *Goulet c. Marchand*, J.E. 85-964 (C.S.).

95. *Supra*, note 63, p. 16.

L'usage de méta-tags permet à l'exploitant d'un site Web de se faire repérer dans les différents moteurs de recherche accessibles dans Internet. En fait, les moteurs de recherche contiennent eux-mêmes des programmes qui servent à localiser ces «mot-clés» afin de les indexer pour ainsi les afficher comme résultats d'une recherche permettant de dénicher des sites Web en particulier.

Par exemple, dans le site du fabricant automobile Toyota⁹⁶, on retrouve notamment les méta-tags suivants sur la page du modèle de la fougueuse automobile Matrix: «Matrix», «uncategorizable», «new breed», «indie», «car», «movies», etc. Ainsi, un internaute qui entretrait les mots-clés «Matrix» et «movies» lors d'une recherche au moyen d'un moteur de recherche approprié, pourrait obtenir comme résultat de recherche tant le site de Toyota que celui du film culte *The Matrix* réalisé par les frères Wachowski. On comprend donc facilement l'utilité et l'importance de ces méta-tags.

Les méta-tags, tout comme les titres d'œuvres, sont susceptibles d'être protégés par la L.D.A. dans certaines situations exceptionnelles s'ils rencontrent les critères de distinctivité et d'originalité que l'on retrouve à l'article 2 L.D.A. Par exemple, le site musical d'un artiste inconnu pourrait utiliser le titre original d'une œuvre célèbre dans ses méta-tags afin que son site soit indexé en tête des résultats des moteurs de recherche. En plus de constituer une faute civile et/ou de la concurrence déloyale, cet acte pourrait constituer de la contrefaçon au sens de la L.D.A.

En conséquence, les commentaires que nous avons formulés en ce qui a trait aux hyperliens simples s'appliquent sous réserve des adaptations nécessaires à la situation particulière des méta-tags.

2. ANALYSE DE LA SITUATION: LES SOLUTIONS JURIDIQUES

2.1 Les moyens de défense possibles à l'encontre d'une action en contrefaçon

Nous avons observé en première partie quelles situations étaient susceptibles de générer de la contrefaçon en matière de sites Web. Ainsi, le titulaire de droits d'auteur sur un site Web sera à la

96. <<http://www.toyota.com>>.

merci de violations à son œuvre par des actes illicites communs à tous types d'œuvres mais également par des actes qui sont spécifiques à la réalité de l'Internet.

Cela étant dit, face à des allégations de contrefaçon, de plagiat, de copie, d'appropriation illégale d'une œuvre, le présumé contrefacteur n'est pas sans ressources. Il peut faire valoir des moyens de défense autant pour démontrer qu'il n'a aucunement commis d'actes de contrefaçon que pour convaincre le tribunal que l'utilisation de l'œuvre faite sans autorisation peut être excusée.

Ainsi, dans les lignes qui suivent, nous allons tâcher de déterminer quels sont les moyens de défense *a priori* (i.e. avant qu'il y ait preuve de contrefaçon) et les moyens de défense *a posteriori* (i.e. une fois la contrefaçon prouvée).

En fait, il faut se poser les questions suivantes: Y a-t-il un traitement particulier de l'œuvre Internet? Un acte qui serait considéré comme étant de la contrefaçon eu égard aux supports traditionnels sera-t-il traité de la même façon dans Internet?

2.1.1 Les moyens de défense *a priori*

2.1.1.1 Relativement aux violations traditionnelles

Les moyens de défense que peut avancer une personne poursuivie en contrefaçon sont étroitement liés aux conditions nécessaires pour qu'une œuvre soit protégée par la L.D.A. L'un est le corollaire de l'autre.

Il existe certains moyens de défense purement techniques qui consisteraient à plaider que l'œuvre n'est pas fixée, que l'œuvre ou son auteur ne satisfont pas à la condition extrinsèque pour bénéficier de la protection de la L.D.A. ou encore, que la titularité des droits sur l'œuvre est prescrite. Toutefois, pour les fins de la présente analyse, nous porterons notre attention aux moyens de défense qui peuvent être invoqués à l'encontre du droit de reproduire, à savoir que l'œuvre présumée contrefaite n'est pas originale et qu'il ne s'agit pas d'une appropriation substantielle d'une œuvre protégée par la L.D.A.

2.1.1.1.1 Le site du plaignant n'est pas original

Nous savons qu'un site Web constitue une compilation au sens de la L.D.A. et qu'une telle création peut comprendre des éléments caractéristiques aux œuvres artistiques, dramatiques, littéraires et musicales⁹⁷.

Incidentement, la partie en défense dans le cadre d'une action en contrefaçon sera amenée à plaider que le site Web (compilation) du demandeur n'est pas original.

Par exemple, l'exploitant d'un site Web qui reproduit un second site tentera de tirer profit du raisonnement avancé dans l'affaire *Télé-Direct*⁹⁸. Ainsi, il s'agira pour lui de plaider que la présentation et l'organisation générale du site Web font partie du domaine public de la connaissance.

C'est d'ailleurs cet argument que la partie défenderesse a proposé dans l'affaire *Visual Conception Visuel (Vicovi) Inc. c. Bell Sygma Inc.*⁹⁹.

Dans cette affaire, la demanderesse avait acquis les droits d'auteur sur un cédérom répertoriant les principales données susceptibles d'intéresser les personnes voulant faire du tourisme au Québec. Celle-ci, qui voulait rendre accessible son produit via Internet, a constaté que les défenderesses y exploitaient un site touristique portant le même nom et contenant en substance les mêmes informations.

Poursuivies, dans le cadre d'une injonction interlocutoire, les défenderesses ont avancé pour leur part qu'elles n'avaient pas plagié le cédérom de la demanderesse parce qu'elles avaient développé un site Web original à partir de la collecte d'informations accessibles à tout le monde qui, elles, ne sont pas susceptibles de faire naître un droit d'auteur¹⁰⁰.

97. *Supra*, section 1.1.3.

98. *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc. (1997)*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.).

99. *Visual Conception Visuel (Vicovi) Inc. c. Bell Sygma Inc.*, REJB 1997-00630 (C.S.).

100. *Ibid.*, p. 3 et 4.

Le tribunal rejette l'action de la demanderesse après avoir procédé à un exercice de comparaison des deux œuvres et émet le commentaire suivant:

On pourrait ainsi multiplier les comparaisons et on ne saurait faire autre chose que conclure à une absence de plagiat. Encore une fois, il s'agit d'un répertoire d'informations publiques accessibles par différentes sources que toute personne est autorisée à colliger et à circuler [...]¹⁰¹

Il est important de préciser au lecteur que, outre le ratio qui précède, d'autres éléments ont été considérés afin de rejeter l'action de la demanderesse, notamment l'absence de similitude entre la présentation graphique des deux œuvres et les différences dans les informations colligées¹⁰².

Tout de même, cette décision illustre bien une problématique qui se fera davantage ressentir en présence d'un site Web commercial «actif»¹⁰³.

En effet, un site de cette nature renferme beaucoup de contenu et d'informations appartenant au domaine public comme des illustrations de biens vendus avec leur description et leur prix. Il est concevable que, dans un tel magasin virtuel, les items soient classés par catégorie de biens comme c'est le cas dans un magasin traditionnel. Peut-être que les articles seront plutôt classés tout simplement par ordre alphabétique.

Incidemment, ce qui aura pour effet de rendre un site commercial «actif» original ne sera pas nécessairement la description du contenu ou de l'information y figurant mais plutôt l'organisation générale du contenu et de cette information dans son ensemble.

In cases involving compilations, originality in the form and arrangement of the material making up the compilation may be sufficient. Selecting, arranging and combining existing materials in a useful form is recognized as an act of authorship.¹⁰⁴

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*, p. 5.

103. *Supra*, section 1.1.2.2.1

104. *Supra*, note 58, p. 127 (à propos de: *Pasickniak c. Dojacek*, (1928) 37 Man. R. 265 (Man. C.A.); *Beauchemin c. Cadieux*, (1900) C.B.R. 270 et s.).

Par conséquent, pour connaître du succès en défense, le présumé contrefacteur devra argumenter que le site faisant l'objet de l'emprunt est la manifestation d'un faible degré d'effort, d'adresse et de jugement et cela sera très difficile à démontrer en matière de sites Web considérant notamment le travail requis dans la conception du programme source de ceux-ci.

Par ailleurs, relativement au site d'origine, il y aura lieu pour le défendeur de plaider que l'arrangement, l'organisation et les fonctionnalités du site font partie du domaine public, comme ce fut le cas dans l'affaire précitée¹⁰⁵.

En effet, un défendeur qui aurait copié du plaignant des idées, des procédures ou des techniques ne commettra pas de contrefaçon au sens du droit d'auteur¹⁰⁶.

Dans l'affaire *Infinitec Marketing Group Inc. c. Essentially yours Industrial (EYI)*¹⁰⁷, le tribunal s'est basé sur l'argument qui précède pour rejeter les revendications de la compagnie demanderesse en contrefaçon du site Web qu'elle avait créé, et ce, dans le cadre d'une requête en injonction interlocutoire.

À l'automne 1997, la demanderesse et la défenderesse ont conclu un contrat de création et de programmation d'un site Web lequel visait à établir un système virtuel de marketing automatique en ligne, et ce, à partir des informations transmises par la demanderesse. Six mois après le début des travaux, la défenderesse a mis fin unilatéralement au contrat. Par la suite, la défenderesse a publié la même information sur un second site Web lequel était similaire au site commandé par la demanderesse et qui contenait les mêmes éléments déjà intégrés dans le premier site, toujours en création.

Bien que le second site était très semblable au sien, la demanderesse n'alléguait pas qu'il y avait eu contrefaçon du code source de son site Web étant donné que la défenderesse avait procédé à la conception du second site par l'utilisation de la technique dite du génie inversé (*reverse engineering*). La demanderesse alléguait plutôt la violation de ce qui était visible à l'interface usager (écran). Notamment, la prétention de la demanderesse s'appuyait sur le

105. *Caron c. Association des pompiers de Montréal inc. et al.*, 42 C.P.R. (3d) 292; *TV Guide Inc. / TV Hebdo Inc. c. Publications La Semaine inc.*, 9 C.P.R. (3d) 368.

106. *Supra*, note 54, p. 303.

107. *Infinitec Marketing Group Inc. c. Essentially yours Industrial (EYI)*, 1999, M.J. No. 164 (Man. Q.B.).

motif qu'il y avait eu violation de son logiciel désigné et de son système d'information lequel permettait d'effectuer des calculs et d'afficher des pages contenant des textes et des dessins dans une forme particulière. Elle revendiquait également avoir arrangé de façon originale les textes fournis par la défenderesse E.Y.I.¹⁰⁸.

Après analyse de la preuve, la Cour a tranché en faveur de la défenderesse puisque, à son avis, la demanderesse avait fait défaut de démontrer qu'il y avait une question sérieuse à trancher relativement à la question des droits d'auteur:

There is no evidence before the Court that there is a designated software technology or a system information involved or that Infinitec (demanderesse) has a copyright in something by those descriptions or that EYI (défenderesse) has infringed a copyrightable right of any kind in establishing its website.¹⁰⁹

En fait, le *ratio decidendi* du juge Schulman revenait à dire que le site Web de la demanderesse n'était pas original au stade de l'injonction interlocutoire.

Ce même argument a par contre été rejeté dans l'affaire *British Columbia Automobile Association* pour les motifs suivants:

Although many of the elements of the design of a Web page are commonplace and standard, the same might be said of most artistic works. It is the organization of those elements in a unique and original way that allows a party to have copyright protection. The plaintiff had done that. The 1997 website was an original artistic work. It had certain colours, frames margins, logis, apparent navigation tools and a particular arrangement of those items.¹¹⁰

2.1.1.1.2 Il ne s'agit pas de l'appropriation d'une partie substantielle de l'œuvre

À ce stade-ci du présent exposé, personne ne sera surpris d'apprendre que la défense traitée dans la présente section constitue la plupart du temps le nœud d'un litige en contrefaçon de droits d'auteur.

108. *Ibid.*, p. 2.

109. *Ibid.*

110. *Supra*, note 8, p. 39.

Bien sûr, la question de déterminer si le défendeur a reproduit «l'œuvre ou une partie substantielle de celle-ci» est une question de faits et dépend des circonstances propres à chaque cas particulier¹¹¹.

Ainsi, il apparaît opportun de jeter un coup d'œil sur certaines décisions rendues dans lesquelles la partie défenderesse prétendait ne pas s'être appropriée une partie importante du site Web pour lequel elle n'était pas titulaire des droits d'auteur.

Dans l'affaire *British Columbia Automobile Association*¹¹², la défenderesse, syndicat des employés de la demanderesse, alors en grève, a mis sur pied un site Web sous les domaines «bcaons-trike.com» et «picketline.com» afin d'informer le public du conflit de travail qui sévissait avec leur employeur. Le site de la défenderesse présentait une apparence générale et un graphisme qui était pratiquement identique à celui du site de leur employeur. Par conséquent, la demanderesse a entrepris une action en dommages autant pour la violation de ses droits d'auteur que pour l'usurpation de ses marques de commerce et de son achalandage ainsi qu'en raison de la concurrence déloyale.

En ce qui concerne la violation des droits d'auteur de la demanderesse dans son site Web, l'argument principal de la défenderesse reposait sur le fait qu'il n'y avait pas eu appropriation d'une partie substantielle du site¹¹³.

Afin de convaincre la Cour de son argument, la défenderesse avançait que pour arriver à déterminer si oui ou non il y a appropriation d'une partie substantielle d'une œuvre émanant de la connaissance commune, l'œuvre contrefactrice doit être virtuellement identique à l'œuvre originale. La défenderesse proposait alors l'application du test de «l'abstraction-filtration-comparaison» lequel avait été appliqué dans l'affaire *Prism Hospital Software Inc.*¹¹⁴.

Après avoir analysé la preuve, le juge fait part, au sujet du test de l'affaire *Slumber Magic*:

Objectively, the original Union Design (défenderesse) and the 1997 BCCA (demanderesse) Website had a substantial degree of

111. *Deeks c. Nells*, (1931) O.R. 818 (C.A.), confirmé par (1933) 1 D.L.P. 533 (P.C.).

112. *Supra*, note 8.

113. *Ibid.*, p. 35.

114. *Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute* (1994), 57 C.P.R. (3d) 129 (B.C.S.C.).

similarity including colours, the location of trade-marks, logos, webpage layout and navigation features. [...]

[Les italiques sont nôtres.]

There are extensive visual similarities between the 1997 BCAA site and the inference that I conclude must be drawn on the evidence is that the author of the Union Website has copied the plaintiff's original website in the creation of the first union website. The evidence I think shows that it was substantially copied. [...] ¹¹⁵

Incidentement, force est de constater que la violation d'une partie substantielle d'un site Web peut consister en l'appropriation du *look and feel* de celui-ci. Cette position prise par la Cour risque de bousculer les convictions de certains juristes puisque la protection des éléments non littéraires en matière de «cybergiciels» ne fait pas l'unanimité¹¹⁶. De plus, ce point de vue du tribunal tranche avec la décision exprimée dans l'affaire *Matrox Electronic Systems Ltd.*¹¹⁷.

Par ailleurs, dans l'affaire *Sotramex*¹¹⁸, la défenderesse qui œuvrait dans le domaine du réaménagement de sites miniers et forestiers a mis sur pied un site Web en 1997 sur lequel on retrouvait une page qui reproduisait un texte très semblable à celui du site de la demanderesse, entreprise concurrente qui avait lancé son site Web en 1995. Il en a découlé la prise d'une action en injonction permanente et en dommages-intérêts.

En défense à l'action en injonction initiée par la demanderesse, la défenderesse plaidait que le texte (œuvre littéraire) décrivant la technologie de sa compagnie n'était pas similaire à celui de la demanderesse et que son employé avait élaboré son texte à même ses trouvailles dans Internet, enrichi de son expérience personnelle¹¹⁹. Ainsi donc, la défenderesse plaidait qu'il ne s'agissait pas de l'emprunt d'une partie substantielle d'une œuvre protégée.

Cette fois-ci, face à la trop grande similarité d'une seule page d'un site Web, le juge a accueilli l'injonction conformément aux critè-

115. *Supra*, section 1.2.1.1.2.

116. *Supra*, note 90, p. 335 à 339.

117. *Matrox Electronic systems Ltd c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2456-2457 (C.S.). Dans cette affaire le juge écarte la protection des éléments non littéraires d'une œuvre qui trouve assise dans l'arrêt américain *Whelan Associates Inc. c. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F. rd 1222 (1986).

118. *Supra*, note 57.

119. *Ibid.*

res traditionnels en y ajoutant des dommages-intérêts s'élevant à 10 000 \$ et des dommages exemplaires pour un montant de 5 000 \$¹²⁰.

Il s'ensuit, tel qu'il appert des décisions précitées, que la défense faisant l'objet de la présente section est à ce jour peu récompensée en droit canadien relativement à des allégations de contrefaçon d'un site Web. En fait, on peut se demander quelle utilisation ne violera pas une partie importante de l'œuvre d'un tiers lorsque nous savons qu'autant les éléments littéraires que non littéraires d'un site Web peuvent être protégés. Une page Web prise isolément est protégée autant que le site considéré dans son ensemble bien qu'à des degrés différents.

De plus, autant le code source du site Web que l'interface utilisateur font l'objet d'une protection efficace. À ce niveau, on peut faire le parallèle avec une «œuvre architecturale»¹²¹. Ce type d'œuvre fait l'objet de deux protections distinctes, c'est-à-dire le plan d'architecte lui-même et la représentation matérielle, c'est-à-dire l'immeuble construit.

Qui plus est, depuis l'affaire *Les Productions Avanti Ciné-Vidéo inc.*, il est bien établi que les composantes ou parties identifiables d'une œuvre sont protégées à titre de partie substantielle:

Ce qui définit l'œuvre, c'est à la fois l'individualité des composantes parfaitement identifiables et leur intégration dans un tout.¹²²

Évidemment, nous présumons que la protection des composantes ou parties identifiables d'un site Web sera également de nature à contrer la défense selon laquelle il n'y aurait pas, par le fait du contrefacteur, appropriation d'une partie substantielle d'une œuvre protégée.

En ce qui concerne les catégories d'œuvres pouvant être présentes dans un site Web (artistiques, dramatiques, musicales), nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer les commentaires qui précèdent *mutatis mutandis*.

120. *Ibid.*, p. 6.

121. *Supra*, note 11, définition d'«œuvre architecturale» [...].

122. *Les Productions Avanti-Ciné-Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939 (C.A.).

2.1.1.2 Relativement aux violations propres à Internet

D'une façon préliminaire, relativement aux violations propres à Internet¹²³, nous croyons qu'eu égard aux caractéristiques intrinsèques de techniques telles le *framing* ou le *deep linking* que les *défenses a priori* trouverons plus difficilement application. Cela découle du fait que nous sommes, dans ces cas particuliers, confrontés à des emprunts intégraux d'œuvres protégées¹²⁴ sous réserve de certains tempéraments.

Dans la présente section, nous allons centrer notre attention sur trois moyens de défense principaux qui ont été soulevés avec plus ou moins de succès devant les tribunaux ou qui pourront vraisemblablement dans un proche avenir faire l'objet de prétentions de juristes relativement aux problématiques mentionnées ci-dessus.

2.1.1.2.1 Il ne s'agit pas d'une œuvre originale

Ce moyen de défense ne diffère pas en présence de violations propres à Internet. Par conséquent, nous référons le lecteur aux remarques précitées¹²⁵.

2.1.1.2.2 Il ne s'agit pas de la reproduction d'une partie substantielle

Relativement à ce moyen de défense, nous osons référer encore une fois à nos commentaires émis plus avant relativement au traitement accordé aux violations traditionnelles, commentaires qui trouvent application avec les adaptations nécessaires¹²⁶.

Cela étant dit, bien que le cas ne se soit pas présenté jusqu'à ce jour en droit canadien, un défendeur attaqué pour violation de droits d'auteur d'un site Web par l'utilisation des techniques du *framing* ou *deep linking* d'une seule page d'un site étranger pourra plaider que l'appropriation d'une page Web, d'un site qui en contiendrait 1 000, ne constitue pas une appropriation substantielle. Cependant, considérant les récentes décisions rendues au Canada en matière de violations d'œuvres traditionnelles, nous croyons que cette défense présente peu de chances de succès.

123. *Supra*, section 1.2.2.

124. Voir notamment dans *Kelly c. Arriba Soft Corp.*, 1999, Case No. SA CV 99-560 GLT (JW).

125. *Supra*, section 2.1.1.1.

126. *Ibid.*

D'ailleurs, dans une affaire américaine¹²⁷, confronté à une utilisation d'un lien hypertexte simple qui reproduisait une œuvre d'un autre site en la réduisant, un tribunal a considéré qu'il s'agissait malgré tout d'une appropriation substantielle d'une composante d'un site Web protégé.

2.1.1.2.3 Il ne s'agit pas d'une reproduction ou d'une communication en public sans autorisation

Accusé d'avoir reproduit ou communiqué le site protégé d'un tiers sans autorisation en raison de l'utilisation sur son site de liens hypertextes ou de tout autre procédé informatique voisin, le défendeur aura le réflexe primaire, s'il fait partie de la race des «cyber-libertaires», d'invoquer que la simple publication, par le titulaire d'une œuvre protégée, dans Internet accorde aux tiers une licence implicite de reproduction ou de communication d'une œuvre.

C'est notamment ce qui a été plaidé en défense dans l'affaire *Havas et Cadre On Line*. Toutefois, dans sa grande sagesse, le magistrat a distingué d'une façon éloquente la situation applicable aux liens hypertextes simples de celle relative aux liens profonds (*deep links*):

Attendu au surplus

Que s'il est admis que l'établissement de *liens hypertextes simples* est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les *liens dits «profonds»* et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par sa page d'accueil [...] ¹²⁸ [Les italiques sont nôtres.]

Bien sûr, nous sommes d'avis que le paragraphe 13(4) L.D.A. empêche en droit canadien toute défense d'octroi d'une licence implicite¹²⁹. Toutefois, nous croyons que la position du Tribunal de Commerce de Paris quant à la légalité de l'utilisation des liens hypertextes simples doit être justifiée dans notre droit et devra faire l'objet de précisions dans la *phase III* des modifications à être apportées à la L.D.A.

127. *Supra*, note 124.

128. *La société Havas numérique S.N.C. et al. c. La société Keljob S.A.*, précité, note 27.

129. *Ibid.*

2.1.2 Les défenses *a posteriori*

Les défenses *a posteriori*, comme leur nom l'indique, s'appliquent une fois que la contrefaçon a été prouvée par le titulaire de l'œuvre originale. En se conformant aux conditions constituant la défense en question, l'utilisation de l'œuvre s'avère en fait ne pas être une contrefaçon au motif qu'elle est équitable¹³⁰.

Ce type de défense est présent dans les législations en matière de droits d'auteur dans plusieurs pays, notamment aux États-Unis, en Grande-Bretagne et au Canada. L'objectif premier de ces défenses est toujours le même, soit limiter la protection monopolistique des droits d'auteur lorsqu'elle conduit à des excès injustifiés par la finalité des lois en matière de propriété intellectuelle.

Cependant, les défenses d'utilisation équitable comportent d'importantes variations dans leurs critères d'application d'un pays à un autre. Voyons ce régime en fonction du droit canadien.

2.1.2.1 *Le fair dealing ou l'utilisation équitable*

Au Canada, les défenses *a posteriori*, prennent le nom de *fair dealing* ou d'utilisation équitable. Elles sont établies par la L.D.A. de façon explicite par une série de dispositions¹³¹ qui déterminent de façon exhaustive les situations dans lesquelles elles sont applicables. Il n'existe donc pas, en droit canadien, de défense générale d'utilisation équitable comme chez nos voisins du Sud.

Le *fair dealing* ou l'utilisation équitable d'une œuvre peut être invoqué seulement lorsque l'acte que l'on veut défendre s'insère dans l'un des cas particuliers: critique et compte rendu¹³², communication de nouvelles¹³³ et recherche et étude privée¹³⁴.

Voyons brièvement en quoi consistent ces principaux cas particuliers.

130. R. COTÉ, «*La problématique du Fair Use en enseignement médiatisé*», 28 janvier 2000 [En ligne: www.juris.uquam.ca/cours/actuel/jur6565/fairuse.html].

131. Art. 29 à 33 et 45 L.D.A.

132. Art. 29.1 L.D.A.

133. Art. 29.2 L.D.A.

134. Art. 29, al. 1 L.D.A.

2.1.2.1.1 Critique et compte rendu d'une œuvre

Cette exception laisse entendre que l'utilisation d'une œuvre peut être qualifiée d'équitable lorsqu'elle implique un travail d'analyse ou d'appréciation de la qualité de l'œuvre¹³⁵. Par exemple, il sera permis au titulaire d'un site Web spécialisé en cinéma, de communiquer ou reproduire un extrait de film provenant d'un autre site Web afin de faire la critique de ce film sans qu'il soit taxé de contrefaçon.

Cependant, on doit garder à l'esprit que c'est l'œuvre ou l'idée qu'elle véhicule qui doit faire l'objet de la critique et il est interdit de reproduire de long extraits d'une œuvre dans une critique si cela s'avérait inutile aux fins de la critique:

La jurisprudence a établi que ce n'est pas simplement le texte ou la composition d'une œuvre qui peut faire l'objet d'une critique, mais aussi les idées qui y sont énoncées.

[...] L'utilisation qui a été faite des citations et des paraphrases tirées de l'œuvre de Mme Hager n'a pas été faite aux fins de recherche non plus qu'aux fins de critique du texte ou des idées de l'œuvre de Barbara Hager.¹³⁶

Il existe un débat au Canada à savoir s'il y a lieu d'inclure, dans ce champ d'exceptions, la parodie d'une œuvre. À ce sujet, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée ainsi dans l'affaire *Avanti Ciné Vidéo Inc. c. Favreau*:

[...] Or, on le sait, la critique d'une œuvre intellectuelle ou artistique n'est pas sérieuse ou savante; elle peut aussi être humoristique ou drôle grâce à une opération d'amplification, de déformation ou d'exagération de l'œuvre visée, en un mot, elle emprunte les voies de la caricature; elle n'en sera souvent que plus mordante. En ce sens, elle pourrait constituer une exemption pourvu que les exigences de la Loi soient satisfaites [...] ¹³⁷

Dans cette affaire, la Cour a rejeté la défense d'utilisation équitable et a refusé de qualifier la parodie en litige, de critique au sens

135. *Supra*, note 20, p. 103.

136. *Hager c. ECW Press Ltd. (1998)*, [1999] 2 C.F. 287.

137. *Les Productions Avanti-Ciné-Vidéo inc. c. Favreau*, précité, note 122.

de la L.D.A. En effet, la Cour a mentionné que la finalité recherchée par le film du défendeur n'était pas de critiquer l'œuvre de la demanderesse mais plutôt de s'en servir, en la déformant grossièrement, pour tirer profit de sa popularité. Dans les faits, le défendeur comptait vendre des copies de sa parodie.

Aucune distinction n'est faite dans la L.D.A. quant à l'application de cette exception à des médias électroniques. Il est donc permis de croire que la critique d'un site Web ou des œuvres qu'il contient doit être traitée comme n'importe quelle autre critique. Aussi, une critique diffusée dans Internet ne soulève aucune remarque particulière puisque la façon dont on communique la critique n'est pas un critère à considérer.

2.1.2.1.2 Communication de nouvelles

Cette défense s'étend à toutes les formes de médias et d'œuvres sans distinction¹³⁸. Encore une fois, l'implication de l'Internet ne soulève aucune particularité.

Elle vise des cas très semblables à ceux visés par l'exception de critique. Il est donc important de faire l'analyse de la finalité de l'utilisation qui, pour se qualifier d'équitable, doit viser uniquement la communication de nouvelles et non le lucre par l'utilisation des efforts d'autrui. Cependant, la L.D.A. impose une condition supplémentaire essentielle à ceux qui désirent se qualifier pour cette exception.

En effet, la production ou la représentation d'une œuvre protégée par la L.D.A. aux fins de compte rendu ou de communication de nouvelles doit contenir la référence à la source de l'œuvre:

29.2 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication de nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés:

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source:

138. *Supra*, note 4.

- i. dans le cas de l'œuvre, le nom de l'auteur,
- ii. [...] ¹³⁹

Outre cette exigence spécifique, il existe en jurisprudence un principe général selon lequel l'appropriation intégrale du travail d'un autre auteur ne peut constituer une utilisation équitable¹⁴⁰.

2.1.2.1.3 Recherche et étude privée

Cette exception implique une opération d'investigation ou d'étude ciblée d'un sujet précis¹⁴¹. Remarque intéressante, il semble que le qualificatif «privé» ne s'applique qu'à l'étude.

La conséquence qui découle du fait que ce qualificatif ne s'applique pas à la recherche a une importance considérable. En effet, cela permet d'inférer que non seulement les étudiants, les professeurs ou les chercheurs peuvent bénéficier de cette exception, mais aussi les entreprises privées qui ont des visées commerciales¹⁴².

De nos jours, il est primordial de permettre aux entreprises de pouvoir se servir d'œuvres protégées par la L.D.A. afin d'effectuer des recherches dans le but d'accroître leur capital intellectuel et leur compétitivité.

Cette fois, par contre, une distinction s'impose eu égard à l'Internet. En effet, il est un principe qui nous vient de la jurisprudence britannique¹⁴³ selon lequel une communication en public exclut en soi toute tentative de se qualifier pour l'exception de recherche et étude privée¹⁴⁴.

En conséquence, la transmission ou la reproduction d'une œuvre dans Internet, même faite à des fins de recherche ou d'étude privée, ne peut pas être qualifiée d'équitable. Ce constat nous semble plutôt étrange compte tenu des avantages que procure l'Internet en matière de recherche et d'étude.

139. Art. 29.2 L.D.A.

140. *Boudreau c. Lin*, [1997] 75 C.P.R. (3d) 12.

141. *Supra*, note 20, p. 104.

142. *Id.*

143. *Sillitoe c. McGraw-Hill Book (U.K.)*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.).

144. *CCH Canadian c. The Law Society of Upper Canada*, [1999] 179 D.L.R. (4th) 609.

À ce sujet, nous sommes d'avis que les sites Web mis sur pied uniquement pour les fins d'enseignement ou pour les fins d'un cours spécifique devraient naturellement bénéficier de l'exception.

2.1.2.1.5 Les autres exceptions et remarques

D'autres exceptions spécifiques sont énumérées de façon précise et explicite à la L.D.A. telles que la reproduction d'œuvres par les établissements d'enseignement, les bibliothèques, les musées et les services d'archives. On y retrouve aussi des types de reproductions permises tels que les enregistrements éphémères de programmes d'ordinateur¹⁴⁵, la retransmission d'œuvres radiodiffusées¹⁴⁶, etc.

Sans traiter toutes les défenses d'utilisation équitable, il est intéressant de mentionner que le paragraphe 30.2(2) L.D.A. prévoit que certaines reproductions équitables d'œuvres pour des fins d'échange entre deux bibliothèques ne peuvent être effectuées sur des supports numériques. Cet article exclut donc spécifiquement la possibilité de transmettre une œuvre par le Web dans le cas précis qui y est dépeint.

Pour les fins de la présente étude, il est important de retenir que le moyen choisi par le législateur canadien pour permettre la défense d'utilisation équitable est l'établissement d'exceptions spécifiques et restrictives. En dehors des exceptions prévues à la L.D.A., nulle utilisation équitable ne survit.

Bien qu'une utilisation puisse être qualifiée d'équitable en vertu des critères jurisprudentiels (la nature de l'œuvre utilisée, la quantité et la qualité des parties de l'œuvre utilisée, l'effet sur le marché ou la valeur de l'œuvre ainsi que la facilité d'accès qu'avait le public en général à cette œuvre), celle-ci, pour constituer du *fair dealing*, doit absolument entrer dans le cadre de l'une ou l'autre des exceptions de la L.D.A. que nous venons d'énumérer. Cela limite grandement la capacité d'adaptation du système canadien à l'arrivée de nouvelle technologie, tel l'Internet!

145. Art. 30.8(11) L.D.A.

146. Art. 31(1) L.D.A.

2.2 Le *fair use* américain, un système plus souple

Aux États-Unis, il existe aussi une notion assimilable à celle de l'utilisation équitable appelée *fair use*, que l'on traduit généralement par «l'usage équitable».

C'est l'article 107 du «*Copyright Act*» qui établit l'exception:

Notwithstanding the provision of section 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phone records or by any other means specified by that section, for the purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work *in any particular case* is a fair use the factors to be considered shall include:

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work [...] [Les italiques sont nôtres.]

À la lecture de cet article, une particularité majeure se dégage en comparaison avec la notion canadienne de *fair dealing*. En effet, l'article ne restreint pas l'application de l'exception aux seuls cas énumérés par la Loi. De plus, on constate que le caractère commercial de l'usage n'est pas un facteur déterminant à lui seul pour faire rejeter la défense.

D'ailleurs, une large part d'interprétation du caractère équitable d'un usage est laissée aux tribunaux, comme le mentionne le professeur Howell:

The fair use provision in the United States, on the other hand, involves considerable judicial discretion in applying broad prin-

principles or theories underlying protection as well as specifically stipulated factors, and without any limit as to categories or purposes.¹⁴⁷

Le caractère équitable d'un usage, selon le *fair use* américain, s'apprécie donc au cas par cas, contrairement au régime juridique qui prévaut en droit canadien, en vertu duquel il est impératif d'entrer dans le cadre d'une des utilisations spécifiques permises pour pouvoir tirer profit de la défense d'utilisation équitable.

2.3 Plaidoyer pour une réforme du droit canadien

Compte tenu des caractéristiques propres à Internet et du contexte propice au développement rapide des technologies, il nous semble opportun de faire une réflexion sur la pertinence de maintenir un régime restrictif et figé d'exceptions d'utilisation équitable.

En effet, le régime de droits d'auteur étant traditionnellement très protecteur du monopole des titulaires, il entre en conflit avec les principes qui sous-tendent l'existence de l'Internet.

Comme l'Internet est un outil fort efficace pour la diffusion de la culture, pour l'amélioration des relations commerciales et pour la communication de l'information en général, son expansion est susceptible d'être freinée par l'application parfois trop restrictive et simpliste de la L.D.A.

Prenons par exemple le cas d'un site commercial d'un magasin de disques qui, afin de mousser la vente en ligne d'albums, fait des liens profonds vers une page du site officiel d'un artiste de manière à permettre aux internautes d'arriver directement sur des extraits de chansons de l'artiste en question afin de déterminer si l'achat en vaut la peine. De cette manière, le site du détaillant de disques permet à ses clients d'entendre les extraits que l'artiste a mis sur le Web, sur son site officiel. De cette façon, il aide ceux-ci à faire un choix de disques en leur épargnant d'avoir à consulter le reste du site de l'artiste, susceptible de contenir une foule d'autres informations (dates de concerts, vente de t-shirts, photos, etc.).

Bien que l'utilisation de liens profonds constitue vraisemblablement une violation du droit d'auteur au Canada, il est évident

147. R. HOWELL *et al.*, *Intellectual Property Law; Cases and Material*, Montgomery Publications Ltd., Toronto, 1999, p. 368.

que, dans le cas précité, la technique profite autant au magasin de disques qu'à l'artiste (sa maison de production). En l'espèce, une telle utilisation par hyperliens devrait être qualifiée d'équitable.

Un autre exemple qui met en évidence les lacunes de la L.D.A., au chapitre de l'utilisation équitable, est cette fois tiré du site de messagerie électronique de Microsoft Hotmail¹⁴⁸.

Sur ce site qui offre un service de courriels gratuit, il est possible de recevoir des messages qui contiennent des liens hypertextes. Lorsqu'un internaute active un de ces liens alors qu'il est en train de lire son message par le biais du service de messagerie Hotmail, ce dernier ne sort pas vraiment du site de Microsoft.

En fait, une nouvelle page est ouverte par Hotmail contenant la page du site vers laquelle le lien activé dirige l'internaute. Cette nouvelle page est entourée d'un cadre arborant le pavillon Hotmail couronné d'un bandeau sur lequel il est inscrit:

Your are visiting a site outside of Hotmail. To return to hotmail, close this browser window.

L'utilisation de cette technique par Microsoft est un cas évident de *framing* qui devrait être sanctionné par la L.D.A. Cependant, dans ce cas l'utilisation de cette technique constitue une utilisation équitable d'un hyperlien, voire un «*hyperlien équitable*»! Encore une fois, nous devons nous résigner à conclure que la notion canadienne d'utilisation équitable empêche une telle interprétation. La situation pourrait être bien différente si une modification intervenait afin d'arrimer notre *fair dealing* avec la notion de *fair use* américain.

L'affaire *Kelly c. Arriba Soft Corp.*¹⁴⁹ est un bon exemple de l'application du *fair use* à une contrefaçon cyberspatiale. Dans cette affaire, la défenderesse exploite un moteur de recherche qui a pour unique fonction de repérer les photos et les images sur le Web. Une fois le repérage terminé, les résultats de la recherche s'affichent dans le site de la défenderesse sous la forme d'une série de photos ou d'images réduites en réponse à la requête de l'internaute. Nul besoin de mentionner que parmi ces photos et ces images se retrouvent une grande quantité d'œuvres protégées.

148. <<http://www.hotmail.com>>.

149. *Kelly c. Arriba Soft Corp.*, précité, note 124.

Ces images ou photos réduites obtenues par la recherche forment une liste d'hyperliens conduisant aux pages des sites sur lesquels elles peuvent être consultées.

En conséquence, le site de la défenderesse reproduit et dénature les images ou les photos lorsqu'elles apparaissent dans son site sous forme réduite ce qui implique une atteinte aux droits moraux et une violation des droits d'auteur par l'emploi d'une technique semblable à l'insertion par hyperliens. De plus, comble de la violation, étant donné que ces images ou photos réduites sont des liens activables, le défendeur, par son site de recherche, permet la représentation en public des photos sans autorisation par la création d'hyperliens en profondeur!

La défenderesse plaide l'usage équitable. La Cour analyse les quatre critères traditionnels du *fair use*. Elle en vient à la conclusion que l'usage fait par la défenderesse est équitable nonobstant la poursuite de fins commerciales (vente de publicité), la substantialité de l'emprunt et la nature de l'œuvre (photos) davantage propice à être contrefaite.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour traite séparément les quatre critères prévus à l'article 107 du *Copyright Act* et tranche que les premier et dernier critères militent en faveur de la défense d'usage équitable:

The Court find two of the four factors weigh in favor of fair use, and two weigh against it. The first and fourth factors (character of use and lack of market harm) weigh in favor of a fair use finding because of the established importance of search engines and the «transformative» nature of using reduce version of images to organize and provide access to them. The second and third factors (creative nature of the work and amount or substantiality of copying) weigh against fair use.¹⁵⁰

En dernier lieu, comme le permet le régime du *fair use* américain, le juge a la discrétion nécessaire pour décider quel facteur sera déterminant en l'espèce:

The first factor of the fair use test is the most important in this case. Defendant never held Plaintiff's work out as its own,

150. *Ibid.*

or even engaged in conduct specifically directed at Plaintiff's work.¹⁵¹

Cet arrêt démontre bien qu'un système plus souple répond mieux aux réalités technologiques et permet d'éviter des abus de droits d'auteur.

CONCLUSION

Malgré le peu d'indices laissés à ce jour par la jurisprudence canadienne relativement au sort réservé aux litiges en droit d'auteur impliquant des violations dans Internet, nous pouvons pressentir une tendance vers le *statu quo* dans l'application et l'interprétation des dispositions de la L.D.A. L'œuvre Internet est traitée pour le moment de la même manière que l'œuvre traditionnelle.

Ce constat a de quoi inquiéter nos chers «cyber-libertaires», ces fameux «contrefacteurs en série».

Nous sommes en accord qu'il faille sanctionner les actes de contrefaçon uniformément avec la même sévérité, peu importe le type d'œuvres. C'est pour cette raison que la solution aux incongruités législatives face aux problématiques cyberspatiales réside dans la réforme de la notion de *fair dealing* afin de la rendre plus souple. Autant en dépendent la croissance de la diffusion du savoir que celle du commerce électronique.

La volonté de changer l'exception d'utilisation équitable par une exception qui abonde dans le sens de l'exception d'usage équitable américaine a déjà été exprimée en 1984¹⁵². Cette proposition fut toutefois rejetée par le sous-comité sur la révision du droit d'auteur. Le même scénario s'est répété en 1995¹⁵³.

Il est souhaitable que ces recommandations soient cette fois considérées dans le cadre de la *phase III* de la réforme de la L.D.A. Cela, de façon à en assouplir les règles pour une meilleure capacité d'adaptation au passage du temps et à l'évolution technologique.

151. *Ibid.*

152. F. FOX et J. ÉROLE, *De Gutenberg à Télidon: livre blanc sur le droit d'auteur*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1984, p. 37.

153. CANADA, *Connection Community Content: the challenge of the information Highway, Final Report of the information Highway Advisory Council*, Ottawa: Ministry of supply and services, September 1995, p. 115.