

**Wayne Crookes and West Coast  
Title Search Ltd.** *Appellants*

v.

**Jon Newton** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet  
Policy and Public Interest Clinic,  
NetCoalition, British Columbia Civil  
Liberties Association, Canadian Newspaper  
Association, Ad IDEM/Canadian Media  
Lawyers Association, Magazines Canada,  
Canadian Journalists for Free Expression,  
Writers' Union of Canada, Professional  
Writers Association of Canada, PEN  
Canada and Canadian Publishers'  
Council** *Interveners*

**INDEXED AS: CROOKES v. NEWTON**

**2011 SCC 47**

File No.: 33412.

2010: December 7; 2011: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Torts — Libel and slander — Publication — Inter-  
net — Defendant creating hyperlinks to allegedly defama-  
tory articles — Whether hyperlinking, in and of itself,  
constitutes publication.*

N owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it contained shallow and deep hyperlinks to other websites, which in turn contained information about C. C sued N on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and

**Wayne Crookes et West Coast  
Title Search Ltd.** *Appelants*

c.

**Jon Newton** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civi-  
les, Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,  
NetCoalition, Association des libertés civi-  
les de la Colombie-Britannique, Association  
canadienne des journaux, Ad IDEM/  
Canadian Media Lawyers Association,  
Magazines Canada, Journalistes canadiens  
pour la liberté d'expression, Writers' Union  
of Canada, Professional Writers Association  
of Canada, PEN Canada et Canadian  
Publishers' Council** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CROOKES c. NEWTON**

**2011 CSC 47**

N<sup>o</sup> du greffe : 33412.

2010 : 7 décembre; 2011 : 19 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et  
Cromwell.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Diffu-  
sion — Internet — Le défendeur a créé des hyperliens  
menant à des articles prétendument diffamatoires — Le  
fait de créer des hyperliens constitue-t-il en soi de la dif-  
fusion?*

N possède et exploite en Colombie-Britannique un site Web commentant divers sujets, dont la question de la liberté d'expression dans le contexte de l'Internet. L'un des articles qui y figuraient comprenait des hyperliens simples et profonds menant à d'autres sites Web dans lesquels se trouvaient des renseignements au sujet de C. C a poursuivi N, alléguant que deux des

that by using those hyperlinks, N was publishing the defamatory information. At trial, the judge concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words. The judge agreed that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. Furthermore, in the absence of evidence that anyone other than C used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication. A majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that while some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an encouragement or invitation to view the impugned site, there was no such encouragement or invitation in this case. In addition, the number of “hits” on the article itself was an insufficient basis for drawing an inference in this case that a third party had read the defamatory words. The dissenting judge held that there was publication. The fact that N’s website had been viewed 1,788 times made it unlikely that no one had followed the hyperlinks and read the impugned article. Furthermore, the context of the article suggested that readers were encouraged or invited to click on the links.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, by any act, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it. Traditionally, the form the defendant’s act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant. Applying this traditional rule to hyperlinks, however, would have the effect of creating a presumption of liability for all hyperlinkers. This would seriously restrict the flow of information on the Internet and, as a result, freedom of expression.

Hyperlinks are, in essence, references, which are fundamentally different from other acts of “publication”. Hyperlinks and references both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. They both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier

hyperliens créés par ce dernier renvoyaient à des propos diffamatoires et que N avait ainsi diffusé de l’information diffamatoire à son égard. Au procès, le juge a conclu que la simple création d’un hyperlien dans un site Web n’entraînait pas une présomption qu’on avait effectivement utilisé cet hyperlien pour accéder aux mots en cause. Le juge était d’accord que les hyperliens s’apparentaient à des notes de bas de page puisqu’ils ne faisaient que renvoyer à une autre source sans toutefois en répéter le contenu. Sans répétition, il ne pouvait y avoir eu diffusion. Par surcroît, en l’absence de toute preuve établissant que qui que ce soit d’autre que C avait suivi les liens et lu les mots auxquels ils menaient, il était impossible de conclure qu’il y avait eu diffusion. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont maintenu la décision, concluant qu’il pouvait arriver que certains mots d’un article donnent à penser qu’un hyperlien donné constitue un encouragement ou une invitation à se rendre au site visé, mais ce n’était pas le cas en l’espèce. De plus, le nombre de « visites » relativement à l’article lui-même ne constituait pas un fondement suffisant pour inférer qu’en l’espèce un tiers avait lu les mots diffamatoires. La juge dissidente a conclu qu’il y avait eu diffusion, jugeant qu’il était peu probable, compte tenu du fait que le site Web de N avait été consulté 1 788 fois, que personne n’ait suivi les hyperliens et lu les articles en cause. En outre, il ressortait du contexte dans lequel s’inscrivait l’article de N qu’il encourageait ou invitait les lecteurs à cliquer sur les liens.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Pour établir, dans le cadre d’une action en diffamation, qu’il y a eu diffusion des propos visés, le plaignant doit prouver que le défendeur a, par le biais d’un acte quelconque, transmis des propos diffamatoires à au moins un tiers, qui les a reçus. Traditionnellement, la forme que revêt cet acte et la façon dont il contribue à permettre au tiers d’y accéder sont dénuées de pertinence. L’application de cette règle traditionnelle aux hyperliens aurait cependant pour effet de créer une présomption de responsabilité à l’égard de tous ceux qui créent des hyperliens. Cela restreindrait gravement la circulation de l’information dans l’Internet et, partant, la liberté d’expression.

Les hyperliens constituent essentiellement des renvois, qui diffèrent fondamentalement d’autres actes de « diffusion ». Tant les hyperliens que les renvois signalent l’existence d’une information sans toutefois en communiquer eux-mêmes le contenu. Ils obligent le tiers qui souhaite prendre connaissance du contenu à poser un certain acte avant de pouvoir le faire. Le

with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral. Furthermore, inserting a hyperlink into a text gives the author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked.

A hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers. When a person follows a hyperlink to a secondary source that contains defamatory words, the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material is the person who is publishing the libel. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be “published” by the hyperlinker.

Here, nothing on N’s page is itself alleged to be defamatory. Since the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed and the defamatory content is accessed, N has not published the defamatory content and C’s action cannot succeed.

*Per McLachlin C.J. and Fish J.:* The reasons of the majority are agreed with substantially. However, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to. A mere general reference to a Web site is not enough to find publication.

*Per Deschamps J.:* Excluding hyperlinks from the scope of the publication rule is an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. This blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication, and treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike, thereby disregarding the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people’s reputations.

In the common law of defamation, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

fait qu’il soit beaucoup plus facile d’accéder au contenu d’un texte par le biais d’hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l’hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu. En outre, le seul fait d’incorporer un hyperlien dans un article ne confère pas à l’auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l’article secondaire auquel il mène.

L’hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la « diffusion » du contenu auquel il renvoie. Lorsqu’une personne se rend, par le biais d’un hyperlien, à une source secondaire qui contient des mots diffamatoires, c’est la personne même qui crée ou affiche les mots diffamatoires dans le contenu secondaire qui se trouve à diffuser le libelle. Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été « diffusé » par elle.

En l’espèce, rien dans la page Web de N n’est en soi présenté comme étant diffamatoire. Puisque l’utilisation d’un hyperlien ne peut, en soi, équivaloir à de la diffusion même si on le suit en vue de consulter le contenu diffamatoire auquel il mène, N n’a pas diffusé le contenu diffamatoire et l’action de C ne saurait être accueillie.

*La juge en chef McLachlin et le juge Fish :* Nous souscrivons en grande partie aux motifs des juges majoritaires. Cependant, selon nous, l’hyperlien équivaut à de la diffusion s’il ressort du texte qui le contient, interprété en fonction de son contexte, que l’auteur adopte le contenu auquel il renvoie, ou y adhère. Le simple renvoi général à un site Web ne suffit pas pour conclure qu’il y a eu diffusion.

*La juge Deschamps :* Soustraire les hyperliens à la règle en matière de diffusion constituerait une solution inadéquate aux nouveaux problèmes soulevés par l’Internet. Une telle exclusion générale accentuerait la différence qui existe entre les renvois et les autres formes de diffusion et traiterait tous les renvois de la même façon, qu’il s’agisse des notes de bas de page ou des hyperliens. Ce faisant, elle omettrait de reconnaître que les renvois varient considérablement dans la manière dont ils permettent à des tiers d’obtenir de l’information diffamatoire, et, par conséquent, dans le tort qu’ils peuvent causer à la réputation des gens.

En common law en matière de diffamation, la diffusion comporte donc deux volets : (1) un acte qui rend l’information diffamatoire disponible à un tiers, dans un format compréhensible, et (2) la réception de l’information par le tiers, de telle sorte qu’il en comprend le sens.

In the context of Internet hyperlinks, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content. In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. An act is deliberate if the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available. In determining whether hyperlinked information is readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink is user-activated or automatic, whether it is a shallow or a deep link, and whether the linked information is available to the general public (as opposed to being restricted). Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced information could be accessed will be relevant to the inquiry.

For an action in defamation to succeed, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information. This requirement can be satisfied either by adducing direct evidence or by asking the court to draw an inference based on, notably, whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users. Once the plaintiff establishes *prima facie* liability for defamation, the defendant can invoke any available defences.

Here, N acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was

Dans le contexte des hyperliens dans l'Internet, le simple renvoi à de l'information diffamatoire, en l'absence de preuve que quelqu'un en a bel et bien pris connaissance et l'a comprise, ne constitue pas une diffusion de celle-ci. Pour satisfaire aux exigences du premier volet de la diffusion, le plaignant doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a créé l'hyperlien a posé un acte délibéré qui a rendu l'information diffamatoire immédiatement disponible à un tiers, dans un format compréhensible. L'acte du défendeur est délibéré si ce dernier jouait un rôle qui dépassait le rôle instrumental passif en rendant l'information disponible. Pour décider si l'information à laquelle mène un hyperlien est immédiatement disponible, le tribunal doit prendre en considération certains facteurs, notamment s'il s'agit d'un hyperlien activé par l'utilisateur ou automatique, s'il s'agit d'un lien superficiel ou profond, et si l'information à laquelle mène le lien est accessible au grand public (ou s'il s'agit plutôt d'un contenu à accès restreint). Tout ce qui a une incidence sur la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance des propos en cause sera pertinent à cet égard.

Pour avoir gain de cause, la personne qui intente une action en diffamation doit également établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion sont satisfaites, à savoir qu'un tiers a reçu et compris l'information diffamatoire. Il est possible de satisfaire à ces exigences soit en produisant une preuve directe, soit en demandant au tribunal de tirer une inférence sur la base de certains facteurs, notamment s'il s'agissait d'un lien activé par l'utilisateur ou automatique; s'il s'agissait d'un lien profond ou superficiel; si la page contenait plus d'un hyperlien et, dans l'affirmative, l'endroit où se trouvait le lien contesté par rapport aux autres; le contexte dans lequel le lien était présenté aux utilisateurs; le nombre de visites de la page contenant l'hyperlien; le nombre de visites de la page où figurait l'information auquel le lien renvoyait (avant que ce dernier n'ait été affiché et après qu'il l'a été); si les sites Web en cause étaient accessibles au grand public ou s'il s'agissait plutôt de sites à accès restreint; si des changements avaient été apportés à l'information à laquelle menait le lien et, le cas échéant, le lien qui existe entre ces changements et le nombre de visites de la page dans laquelle se trouvait l'information; et enfin, la preuve relative au comportement des internautes. Si le plaignant parvient à établir que la responsabilité du défendeur pour diffamation est, à première vue, engagée, il incombe alors à ce dernier d'invoquer les moyens de défense qui sont à sa disposition.

En l'espèce, N était plus qu'un simple intermédiaire en rendant l'information visée disponible. Il a agi

deliberate. However, having regard to the totality of the circumstances, it cannot be inferred that the first, shallow hyperlink made the defamatory content readily available. The various articles were not placed on the other site's home page and they had separate addresses. The fact that the reader had to take further action in order to find the defamatory material constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. The second, deep hyperlink, however, did make the content readily available. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link, which does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, C has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned. However, the nature of N's article, the way the various links were presented and the number of hits on the article do not support an inference that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. The defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks cannot succeed.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696; **approved:** *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297; *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341; "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Pullman v. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524; *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Hird v. Wood* (1894), 38 S.J. 234; *Buchanan v. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson v. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (1986), aff'd 895 F.2d 705 (1990); *Crain v. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (1987); *Spike v. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211; *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946);

délibérément. Toutefois, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne peut inférer que le premier hyperlien, qui était un lien superficiel, rendait le contenu diffamatoire immédiatement disponible. Les divers articles ne figuraient pas sur la page d'accueil de l'autre site Web et ils avaient des adresses distinctes. Le fait que le lecteur devait naviguer davantage afin de trouver le contenu diffamatoire constituait un obstacle important à franchir pour obtenir l'information visée. Cependant, le deuxième hyperlien, qui était un lien profond, rendait effectivement le contenu immédiatement disponible. Pour consulter l'article, le lecteur n'avait qu'à activer l'hyperlien d'un seul clic de souris, ce qui ne constitue pas un obstacle à la disponibilité des propos qu'il contenait. Par conséquent, C a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du premier volet de la diffusion étaient satisfaites pour ce qui est de ce lien. Cependant, la nature de l'article de N, la façon dont les liens étaient présentés et le nombre de visites de l'article ne permettent pas d'inférer que l'information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d'un tiers quelconque. L'action en diffamation intentée relativement à l'un ou l'autre des hyperliens contestés ne saurait être accueillie.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696; **arrêt approuvé :** *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297; *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161, conf. en partie par (1999), 173 N.S.R. (2d) 341; « *Truth* » (*N.Z.*) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Pullman c. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524; *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Hird c. Wood* (1894), 38 S.J. 234; *Buchanan c. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson c. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (1986), conf. par 895 F.2d 705 (1990); *Crain c. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (1987); *Spike c. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211; *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Klein c.*

*MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997); *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214.

By McLachlin C.J. and Fish J.

**Referred to:** *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

By Deschamps J.

**Applied:** *McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696; **referred to:** *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Gambrill v. Schooley*, 93 Md. 48 (1901); *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946); *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Day v. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212; *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *Dow Jones & Co. v. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575; *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Smith v. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342; *Wilson v. Meyer*, 126 P.3d 276 (2005); *Pond v. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (1958); *Scott v. Hull*, 259 N.E.2d 160 (1970); *Byrne v. Deane*, [1937] 1 K.B. 818; *Hellar v. Bianco*, 244 P.2d 757 (1952); *Tacket v. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (1987); *Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127; *Frawley v. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII); *Underhill v. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII); *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC

*Biben*, 296 N.Y. 638 (1946); *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Reno c. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997); *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

**Arrêt mentionné :** *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696; **arrêts mentionnés :** *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Gambrill c. Schooley*, 93 Md. 48 (1901); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946); *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Day c. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212; *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *Dow Jones & Co. c. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575; *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Smith c. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342; *Wilson c. Meyer*, 126 P.3d 276 (2005); *Pond c. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (1958); *Scott c. Hull*, 259 N.E.2d 160 (1970); *Byrne c. Deane*, [1937] 1 K.B. 818; *Hellar c. Bianco*, 244 P.2d 757 (1952); *Tacket c. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (1987); *Urbanchich c. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127; *Frawley c. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII); *Underhill c. Corser*, [2010] EWHC 1195

407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII); *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.

### Statutes and Regulations Cited

*Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996).  
*Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263, s. 2.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 18A.

### Authors Cited

Balkin, Jack M. “The Future of Free Expression in a Digital Age” (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427.  
 Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. “The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet”, in *Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.  
 Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1996-1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.  
 Brown, Raymond E. *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).  
 Collins, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.  
 Dalal, Anjali. “Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet” (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017.  
 Danay, Robert. “The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation” (2010), 56 *McGill L.J.* 1.  
*Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.  
 Iacobucci, Frank. “Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology” (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 189.  
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.  
 Lidsky, Lyrissa Barnett. “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 *Duke L.J.* 855.

(BAILII); *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Islam Expo Ltd. c. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII); *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.

### Lois et règlements cités

*Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996).  
*Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 263, art. 2.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 18A.

### Doctrine citée

Balkin, Jack M. « The Future of Free Expression in a Digital Age » (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427.  
 Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. « The Modern-Day Soapbox : Defamation in the Age of the Internet », in *Defamation Law : Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010*. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.  
 Boivin, Denis W. « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1996-1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.  
 Brown, Raymond E. *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).  
 Collins, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet*, 3rd ed. New York : Oxford University Press, 2010.  
 Dalal, Anjali. « Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet » (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017.  
 Danay, Robert. « The Medium is not the Message : Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation » (2010), 56 *R.D. McGill* 1.  
*Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2008.  
 Iacobucci, Frank. « Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 189.  
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2008.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

Lindsay, David. *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet*, Research Paper No. 10. Melbourne: University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Ross, June. "The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter*" (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117.

Sableman, Mark. "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273.

Streeter, Jeremy. "The 'Deception Exception': A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law" (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Saunders and Bauman J.J.A.), 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315, 311 D.L.R. (4th) 647, 276 B.C.A.C. 105, 468 W.A.C. 105, 69 C.C.L.T. (3d) 66, [2010] 2 W.W.R. 271, [2009] B.C.J. No. 1832 (QL), 2009 CarswellBC 2401, affirming a decision of Kelleher J., 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395, 61 C.C.L.T. (3d) 148, [2009] 1 W.W.R. 482, [2008] B.C.J. No. 2012 (QL), 2008 CarswellBC 2237. Appeal dismissed.

*Donald J. Jordan, Q.C., and Robert A. Kasting*, for the appellants.

*Daniel W. Burnett and Harvey S. Delaney*, for the respondent.

*Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Molly Reynolds*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*William C. McDowell, Marguerite F. Ethier and Naomi D. Loewith*, for the intervener NetCoalition.

Lidsky, Lyriisa Barnett. « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006.

Lindsay, David. *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet*, Research Paper No. 10. Melbourne : University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Ross, June. « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter* » (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117.

Sableman, Mark. « Link Law Revisited : Internet Linking Law at Five Years » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273.

Streeter, Jeremy. « The "Deception Exception" : A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Prowse, Saunders et Bauman), 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315, 311 D.L.R. (4th) 647, 276 B.C.A.C. 105, 468 W.A.C. 105, 69 C.C.L.T. (3d) 66, [2010] 2 W.W.R. 271, [2009] B.C.J. No. 1832 (QL), 2009 CarswellBC 2401, qui a confirmé une décision du juge Kelleher, 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395, 61 C.C.L.T. (3d) 148, [2009] 1 W.W.R. 482, [2008] B.C.J. No. 2012 (QL), 2008 CarswellBC 2237. Pourvoi rejeté.

*Donald J. Jordan, c.r., et Robert A. Kasting*, pour les appelants.

*Daniel W. Burnett et Harvey S. Delaney*, pour l'intimé.

*Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Molly Reynolds*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*William C. McDowell, Marguerite F. Ethier et Naomi D. Loewith*, pour l'intervenante NetCoalition.



*Roy W. Millen*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Robert S. Anderson, Q.C.*, and *Ludmila B. Herbst*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council.

The judgment of Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — To succeed in an action for defamation, the plaintiff must prove on a balance of probabilities that the defamatory words were published, that is, that they were “communicated to at least one person other than the plaintiff” (*Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 28).

[2] A hyperlink is a device routinely used in articles on the Internet whereby a word or phrase is identified, often with underlining, as being a portal to additional, related information. Clicking on the hyperlink connects the reader to that information.

[3] The legal issue in this appeal is whether hyperlinks that connect to allegedly defamatory material can be said to “publish” that material.

#### I. Background

[4] Wayne Crookes is the President and sole shareholder of West Coast Title Search Ltd. He brought a series of lawsuits against those he claimed were responsible for allegedly defamatory articles published on a number of websites, arguing that the articles represented a “smear campaign” against him and other members of the Green Party of Canada.

*Roy W. Millen*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Robert S. Anderson, c.r.*, et *Ludmila B. Herbst*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, PEN Canada et Canadian Publishers' Council.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Pour avoir gain de cause dans une action en diffamation, le demandeur doit établir suivant la prépondérance des probabilités que les mots diffamatoires ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été « communiqués à au moins une personne autre que le demandeur » (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 28).

[2] L'hyperlien, procédé souvent employé dans les articles sur l'Internet, permet de mettre en évidence, souvent par soulignement, un mot ou une phrase et ainsi signaler sa fonction de portail menant à des renseignements connexes supplémentaires. En cliquant sur l'hyperlien, le lecteur accède à ces renseignements.

[3] La question de droit que soulève le présent pourvoi est de savoir si l'incorporation dans un texte d'hyperliens menant à des propos prétendument diffamatoires équivaut à la « diffusion » de ces derniers.

#### I. Les faits

[4] Wayne Crookes est le président et l'unique actionnaire de West Coast Title Search Ltd. Il a intenté une série d'actions contre les personnes qu'il accuse d'avoir diffusé des articles diffamatoires dans un certain nombre de sites Web, alléguant que ces articles constituent une [TRADUCTION] « campagne de dénigrement » contre lui et d'autres membres du Parti vert du Canada.

[5] Jon Newton owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it was called “Free Speech in Canada”. The article contained hyperlinks to other websites, which in turn contained information about Mr. Crookes.

[6] Mr. Crookes sued Mr. Newton on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and that by using those hyperlinks, Mr. Newton was publishing the defamatory information. One was a “shallow” hyperlink, which takes the reader to a webpage where articles are posted, and the other was a “deep” hyperlink, which takes the reader directly to an article (Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3rd ed. 2010), at para. 2.43). Both shallow and deep hyperlinks require the reader to click on the link in order to be taken to the content.

[7] The two hyperlinks, identified by underlining, were in the following excerpt from Mr. Newton’s posting:

Under new developments, . . . I’ve just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.

We’ve decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada’s ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike [Pilling] on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[8] OpenPolitics.ca was hyperlinked to the Open Politics website where several articles were posted and were said by Mr. Crookes to be defamatory. Wayne Crookes was hyperlinked to an allegedly defamatory article called “Wayne Crookes”, published anonymously on the website [www.USGovernetics.com](http://www.USGovernetics.com).

[9] Mr. Crookes wrote to Mr. Newton asking him to remove the two hyperlinks. When he got

[5] Jon Newton possède et exploite en Colombie-Britannique un site Web commentant divers sujets, dont la question de la liberté d’expression dans le contexte de l’Internet. L’un des articles qui y figuraient, intitulé « *Free Speech in Canada* » (« La liberté d’expression au Canada »), comprenait des hyperliens menant à d’autres sites Web dans lesquels se trouvaient des renseignements au sujet de M. Crookes.

[6] M. Crookes a poursuivi M. Newton, alléguant que deux des hyperliens créés par ce dernier renvoyaient à des propos diffamatoires et qu’il avait ainsi diffusé de l’information diffamatoire à son égard. L’un des hyperliens est un lien « simple », c’est-à-dire qu’il amène le lecteur à une page Web où les articles sont affichés, alors que l’autre est un lien « profond », c’est-à-dire qu’il amène le lecteur directement à un article (Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3<sup>e</sup> éd. 2010), par. 2.43). Dans les deux cas, le lecteur doit cliquer sur le lien pour accéder au contenu.

[7] Les deux hyperliens, mis en évidence par soulignement, figuraient dans le passage suivant d’un article affiché par M. Newton :

[TRADUCTION] Pour ce qui est des récents développements, [. . .] je viens de rencontrer Michael Pilling, qui dirige OpenPolitics.ca. Établi à Toronto, il fait lui aussi l’objet d’une action en diffamation. Cette fois, c’est le politicien Wayne Crookes qui a intenté la poursuite.

Nous avons décidé de mettre en commun certaines de nos ressources pour attirer davantage l’attention sur l’état lamentable des règles vétustes et décrépites qui s’appliquent en matière de diffamation au Canada; demain, un article de Mike [Pilling] décrivant ses problèmes paraîtra sur p2pnet. Lui et moi publierons aussi très bientôt un communiqué de presse conjoint. [d.a., p. 125]

[8] L’hyperlien OpenPolitics.ca menait au site Web Open Politics, où plusieurs articles étaient affichés, articles qui, selon M. Crookes, étaient diffamatoires. L’hyperlien Wayne Crookes menait à un article prétendument diffamatoire intitulé « Wayne Crookes » et publié de façon anonyme sur le site Web [www.USGovernetics.com](http://www.USGovernetics.com).

[9] M. Crookes a écrit à M. Newton pour lui demander de supprimer les deux hyperliens.

no response, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton, repeating the request. Mr. Newton refused to remove the hyperlinks.

[10] Mr. Crookes sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. He did not allege that anything on Mr. Newton's webpage was itself defamatory. Rather, he argued that by creating hyperlinks to the allegedly defamatory articles, or by refusing to remove those hyperlinks when told of their defamatory character, Mr. Newton himself became a publisher of the articles. By then, Mr. Newton's article had been "viewed" 1,788 times. There is no information in the record about whether, or how many times, the hyperlinks themselves had been clicked on or followed.

[11] At trial, Kelleher J. concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395). He agreed with Mr. Newton's submission that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. And in the absence of evidence that anyone other than Mr. Crookes used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication.

[12] In the Court of Appeal, Saunders J.A., with whom Bauman J.A. concurred, held that the appeal should be dismissed (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Agreeing with the trial judge, she found that reference to an article containing defamatory comments without repetition of the comments themselves is analogous to a footnote or a card index in a library and should not be found to constitute republication of the defamation. While some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an "encouragement or invitation" to view the impugned site, she saw no such encouragement or invitation in this case. She also

Comme il ne recevait pas de réponse, son avocat a lui aussi écrit à M. Newton pour lui faire la même demande. En bout de ligne, ce dernier a refusé de supprimer les hyperliens.

[10] M. Crookes a intenté une action en diffamation contre M. Newton en Colombie-Britannique. Il n'alléguait pas que le contenu de la page Web de M. Newton était lui-même diffamatoire. Il faisait plutôt valoir qu'en créant des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires ou en refusant de supprimer ceux-ci après que leur nature diffamatoire lui avait été signalée, M. Newton en était lui-même devenu diffuseur. À cette époque, l'article de M. Newton avait été « vu » 1 788 fois. Le dossier n'indique pas si les hyperliens eux-mêmes ont été suivis ou activés, ou, le cas échéant, combien de fois ils l'ont été.

[11] Au procès, le juge Kelleher a conclu que la simple création d'un hyperlien dans un site Web n'entraînait pas une présomption qu'on avait effectivement utilisé cet hyperlien pour accéder aux mots en cause (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395). Il a retenu l'argument de M. Newton selon lequel les hyperliens s'apparentaient à des notes de bas de page puisqu'ils ne faisaient que renvoyer à une autre source sans toutefois en répéter le contenu. Sans répétition, il ne pouvait y avoir eu diffusion. Par surcroît, en l'absence de toute preuve établissant que qui que ce soit d'autre que M. Crookes avait suivi les liens et lu les mots auxquels ils menaient, il était impossible de conclure qu'il y avait eu diffusion.

[12] En Cour d'appel, la juge Saunders, à l'opinion de laquelle a souscrit le juge Bauman, a statué qu'il y avait lieu de rejeter l'appel (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Partageant l'avis du juge de première instance, elle a conclu que le renvoi à un article contenant des propos diffamatoires sans toutefois que les propos eux-mêmes ne soient repris dans l'article était assimilable à une note de bas de page ou à une fiche de bibliothèque, et qu'on ne saurait le considérer comme une rediffusion de ces derniers. Selon elle, il peut arriver que certains mots d'un article donnent à penser qu'un hyperlien donné constitue [TRADUCTION]

refused to accept that the number of “hits” on the article itself was a sufficient basis for drawing an inference that a third party had read the defamatory words (paras. 89 and 92).

[13] Prowse J.A. dissented. While she agreed that the mere fact that Mr. Newton had created hyperlinks to the impugned sites did not make him a publisher of the material found at the hyperlinked sites, she did not accept the “footnote analogy” as being dispositive of the publication issue (para. 60). In her view, the fact that Mr. Newton’s website had been viewed 1,788 times made it “unlikely” that no one had followed the hyperlinks and read the impugned articles (para. 70). Moreover, the context of Mr. Newton’s article suggests that readers were in fact encouraged or invited to click on the links. In her view, therefore, there was publication.

[14] In British Columbia, pursuant to the *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263, publication is deemed to have occurred in certain situations. There is, however, no such presumption in relation to material published on the Internet. Nonetheless, Mr. Crookes argued that when a hyperlink has been inserted on a webpage, it should be *presumed* that the content to which the hyperlink connects has been brought to the knowledge of a third party and has therefore been published. For the reasons that follow, I would not only reject such a presumption, I would conclude that a hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers.

[15] Mr. Crookes also complains that the Court of Appeal imposed too high a burden of proof, essentially requiring direct evidence that a third party followed the hyperlink to the allegedly defamatory content. This, he claims, deprives him of the ability to rely on an inference that at least one person followed one of the impugned hyperlinks to the

« un encouragement ou une invitation » à se rendre au site visé, mais elle a conclu que ce n’était pas le cas en l’espèce. Elle s’est aussi refusée à voir dans le nombre d’« appels de fichier » relativement à l’article lui-même un fondement suffisant pour inférer qu’un tiers avait lu les mots diffamatoires (par. 89 et 92).

[13] La juge Prowse a, quant à elle, exposé des motifs dissidents. Convenant que le seul fait d’avoir créé des hyperliens menant aux sites en cause ne faisait pas de M. Newton un diffuseur du contenu de ceux-ci, elle a néanmoins refusé de considérer que [TRADUCTION] « l’analogie de la note de bas de page » était suffisante pour trancher la question (par. 60). Selon elle, il était « peu probable », compte tenu du fait que le site Web de M. Newton avait été vu 1 788 fois, que personne n’ait suivi les hyperliens et lu les articles en cause (par. 70). En outre, il ressortait du contexte dans lequel s’inscrivait l’article de M. Newton qu’en fait il encourageait ou invitait les lecteurs à cliquer sur les liens. Elle était donc d’avis qu’il y avait eu diffusion.

[14] En Colombie-Britannique, la *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 263, crée une présomption de diffusion dans certaines situations. Toutefois, une telle présomption n’existe pas à l’égard de propos diffusés par le biais de l’Internet. M. Crookes a soutenu néanmoins que l’insertion d’un hyperlien dans une page Web devait faire *présumer* que le contenu auquel il menait avait été porté à la connaissance de tiers et qu’en conséquence il avait été diffusé. Pour les motifs qui suivent, je suis non seulement d’avis qu’il y a lieu d’écarter une telle présomption, mais je conclus en outre qu’un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la « diffusion » du contenu auquel il renvoie.

[15] M. Crookes fait également valoir que la Cour d’appel a imposé un fardeau de preuve trop onéreux, exigeant essentiellement la preuve directe qu’un tiers avait accédé au contenu prétendument diffamatoire en suivant l’hyperlien. Il soutient que cela l’empêche de s’appuyer sur la déduction qu’au moins une personne a suivi l’un des hyperliens

allegedly defamatory content, and that the defamatory meaning has therefore been published. (See *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297.) In view of my conclusion that hyperlinking is not, in and of itself, publication, there is no need to address this argument.

## II. Analysis

[16] To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, *by any act*, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it (*McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696, at p. 699). Traditionally, the form the defendant's act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant:

There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published. Any act which has the effect of transferring the defamatory information to a third person constitutes a publication.

(*Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, at para. 5, citing Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed.), vol. 1, at No. 7.3.)

See also *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (S.C.), at para. 21, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341 (C.A.); *Grant*, at para. 119; "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (P.C.); *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), per Rowell C.J.O.; *Pullman v. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524 (C.A.), at p. 527, per Lord Esher M.R.

[17] Mr. Crookes argues that, under this definition, a person who includes a hyperlink on a webpage has "published" any defamatory remarks to which the hyperlink leads, because that person has done an act which "has the effect of transferring the defamatory information" to any third person who clicks on the link.

[18] Under this sole disseminator/sole reader paradigm, the breadth of activity captured by the

en cause pour accéder au contenu diffamatoire et qu'il y a donc eu diffusion de propos ayant un sens diffamatoire. (Voir *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297.) Vu ma conclusion que la création d'un hyperlien ne constitue pas en soi de la diffusion, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument.

## II. Analyse

[16] Pour établir, dans le cadre d'une action en diffamation, qu'il y a eu diffusion des propos visés, le demandeur doit prouver que le défendeur a, *par le biais d'un acte quelconque*, transmis des propos diffamatoires à au moins un tiers, qui les a reçus (*McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696, p. 699). Traditionnellement, la forme que revêt cet acte et la façon dont il contribue à permettre au tiers d'y accéder sont dénuées de pertinence :

[TRADUCTION] La façon dont l'information diffamatoire peut être diffusée ne connaît aucune limite. Tout acte qui a pour effet de transférer cette information à un tiers constitue donc de la diffusion.

(*Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, par. 5, citant Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd.), vol. 1, No. 7.3.)

Voir aussi *Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (C.S.), par. 21, conf. en partie par (1999), 173 N.S.R. (2d) 341 (C.A.); *Grant*, par. 119; « *Truth* » (*N.Z.*) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (C.P.); *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), le juge en chef Rowell; *Pullman c. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524 (C.A.), p. 527, le lord Esher M.R.

[17] M. Crookes soutient que suivant cette définition la personne qui incorpore un hyperlien dans une page Web a « diffusé » toute remarque diffamatoire à laquelle mène celui-ci, étant donné qu'elle a accompli un acte qui [TRADUCTION] « a pour effet de transférer l'information diffamatoire » à tout tiers qui clique sur l'hyperlien.

[18] Suivant ce modèle du disséminateur unique/lecteur unique, le champ d'activités visé par la

traditional publication rule is vast. In *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, for example, a printer's servant, whose only role in an act of publication was to "clap down" the printing press, was found responsible for the libels contained in that publication, despite the fact that he was not aware of the contents (p. 207). In *Hird v. Wood* (1894), 38 S.J. 234 (C.A.), pointing at a sign displaying defamatory words was held to be evidence of publication. Other cases have also held that acts merely facilitating communication can amount to publication: see, e.g., *Buchanan v. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson v. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (D. Kan. 1986), aff'd 895 F.2d 705 (10th Cir. 1990); *Crain v. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (W. Va. 1987), at p. 785; and *Spike v. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370 (S.C. *in banco*). And in *McNichol v. Grandy*, the defendant was found to be liable when he raised his voice and made defamatory statements that were overheard by someone in another room.

[19] The publication rule has also captured the following range of conduct:

[The defamatory meaning] may be communicated directly by the defendant either orally, or in some written or printed form, or by way of a symbolic ceremony, dramatic pantomime, mime, brochure, gesture, handbill, letter, photograph, placard, poster, sign, or cartoon. It may be inscribed on a blackboard, posted on a mirror or a telephone pole, or placed on the wall of a building or the gable wall of the defendant's property, or on the front of a cheque, or entered in a database, or accessed on or downloaded from a website on the internet. It may appear on an ariel banner flown behind an airplane, or someone's attention may be drawn by the defendant to a poster, or a defamatory writing already in circulation. A third person may be given access to defamatory material, or defamatory matter may be left in a place where others can see it, or the defendant may request others to go to a place where the defamatory information is available to see and read it, or it may be set into motion as a result of the defendant's

règle traditionnellement applicable en matière de diffusion est très étendu. Dans *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, par exemple, le tribunal a jugé que la responsabilité de l'employé d'un imprimeur, dont le seul rôle dans l'acte de diffusion consistait à [TRADUCTION] « appuyer sur » la presse, était engagée en raison des libelles que contenait l'information diffusée, et ce malgré le fait qu'il en ignorait le contenu (p. 207). Dans *Hird c. Wood* (1894), 38 S.J. 234 (C.A.), il a été jugé que montrer du doigt une pancarte sur laquelle on pouvait lire des mots diffamatoires constituait une preuve de diffusion. Dans d'autres affaires, il a également été jugé que des actes ne faisant que faciliter la communication pouvaient équivaloir à de la diffusion : voir, p. ex., *Buchanan c. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson c. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (D. Kan. 1986), conf. par 895 F.2d 705 (10th Cir. 1990); *Crain c. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (W. Va. 1987), p. 785; et *Spike c. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370 (C.S. *in banco*). En outre, dans *McNichol c. Grandy*, la responsabilité du défendeur a été retenue parce qu'il avait élevé la voix et tenu des propos diffamatoires qui avaient été entendus par une personne se trouvant dans une autre pièce.

[19] La règle en matière de diffusion vise également l'ensemble des comportements qui suivent :

[TRADUCTION] [Le sens diffamatoire] peut être communiqué directement par le défendeur, oralement ou sous une forme écrite ou imprimée quelconque, ou encore par le biais d'une manifestation symbolique, d'une pantomime, d'une mimique, d'une brochure, d'un geste, d'un feuillet, d'une lettre, d'une photographie, d'une pancarte, d'une affiche, d'un écriteau ou d'une caricature. Il peut être inscrit sur un tableau ou affiché sur un miroir ou un poteau de téléphone, ou paraître sur le mur d'un immeuble ou le mur pignon de la maison du défendeur, figurer sur un chèque, être saisi dans une base de données ou consulté sur un site Web dans l'Internet ou téléchargé d'un tel site. Il peut figurer sur une bannière tirée par un avion, ou encore le défendeur peut attirer l'attention d'une personne sur une affiche ou d'un texte diffamatoire déjà en circulation. Le défendeur peut donner accès à des propos diffamatoires à un tiers ou laisser ces derniers dans un endroit où d'autres personnes pourront les voir, ou il peut inviter d'autres personnes à se rendre à un

death. In each case there is a publication. [Footnotes omitted.]

(Raymond E. Brown, *Brown on Defamation* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.3)

[20] Defendants obtained some relief from the rule's significant breadth with the development of the "innocent dissemination" defence, which protects "those who play a secondary role in the distribution system, such as news agents, booksellers, and libraries": Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at pp. 783-84; see also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("SOCAN"), at para. 89; Philip H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 411. Such "subordinate distributors" may escape liability by showing that they "have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel" (*SOCAN*, at para. 89; *Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170 (C.A.), at p. 180; Brown, at para. 7.12(6)(c); and also *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211 (C.A.), at pp. 212-14).

[21] Recently, jurisprudence has emerged suggesting that some acts are so passive that they should not be held to be publication. In *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), considering the potential liability of an Internet service provider, the court held that in order to hold someone liable as a publisher, "[i]t is not enough that a person merely plays a passive instrumental role in the process"; there must be "knowing involvement in the process of publication of the relevant words" (para. 23 (emphasis in original); see also *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.)).

endroit où elles pourront voir ou lire les renseignements diffamatoires; par ailleurs, la diffamation peut avoir lieu par suite du décès du défendeur. Dans chaque cas, il y a une diffusion. [Notes en bas de page omises.]

(Raymond E. Brown, *Brown on Defamation* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 7.3)

[20] Il est arrivé que des défendeurs échappent en partie à la portée étendue de la règle grâce à l'élaboration du moyen de défense fondé sur la « diffusion de bonne foi » dont peuvent se prévaloir [TRADUCTION] « ceux qui n'ont qu'un rôle secondaire dans le réseau de distribution, tels que les distributeurs de journaux, les librairies et les bibliothèques » : Allen M. Linden et Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 783-784; voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« SOCAN »), par. 89; Philip H. Osborne, *The Law of Torts* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 411. De tels « distributeurs accessoires » peuvent se dégager de leur responsabilité en prouvant qu'ils « n'ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n'ont aucune raison de supposer son existence et n'ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas » (*SOCAN*, par. 89; *Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170 (C.A.), p. 180; Brown, par. 7.12(6)(c); et aussi *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211 (C.A.), p. 212-214).

[21] Des décisions récentes semblent indiquer que certains actes sont si passifs qu'ils ne devraient même pas être considérés comme de la diffusion. Dans *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (B.R.), la cour a conclu, au sujet de l'éventuelle responsabilité d'un fournisseur de services Internet, qu'[TRADUCTION] « [i]l ne suffit pas que la personne prenne part au processus en n'y jouant qu'un rôle passif » pour que sa responsabilité puisse être engagée en tant que diffuseur; elle doit « prendre part en connaissance de cause au processus de diffusion des mots pertinents » (par. 23 (en italique dans l'original); voir aussi *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (B.R.)).

[22] Acknowledging these developments, the question on this appeal is whether a simple reference — like a hyperlink — to defamatory information is the type of act that can constitute publication. Some helpful guidance on this point is available in two American cases. In *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946), the New York Court of Appeals decided that a statement saying “For more details about [the plaintiff], see the Washington News Letter in The American Hebrew, May 12, 1944” (p. 639) was not a republication of the May 12 libel.

[23] And in *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952), a complaint of defamation was dismissed in a case where a radio host “called attention to [an allegedly defamatory] article in Collier’s Magazine” (p. 521). Relying on *Klein*, the court concluded that referring to the article was neither a republication nor a publication of the libel.

[24] These cases were relied on in *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, where the plaintiff alleged that, by mentioning the Internet address of an online discussion forum, the publisher of a newsletter was responsible for republishing defamatory comments published on that site. Relying on *MacFadden* and *Klein* for the proposition that “reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory comment” (para. 12), Hall J.A. held that there was no publication.

[25] I agree with this approach. It avoids a formalistic application of the traditional publication rule and recognizes the importance of the communicative and expressive function in referring to other sources. Applying such a rule to hyperlinks, as the reasons of Justice Deschamps demonstrate, has the effect of creating a presumption of liability

[22] Compte tenu de ces développements, la question que soulève le présent pourvoi est de savoir si le simple fait de renvoyer à de l’information diffamatoire — tel celui d’incorporer un hyperlien dans son texte — est le genre d’acte susceptible de constituer de la diffusion. À cet égard, deux décisions américaines peuvent nous éclairer. Dans *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946), la Cour d’appel de New York a jugé que la déclaration ci-après n’équivalait pas à une rediffusion du libelle du 12 mai 1944, dont il était question : [TRADUCTION] « Pour plus de détails au sujet [du demandeur], se reporter à la Washington News Letter dans The American Hebrew, 12 mai 1944 » (p. 639).

[23] Dans *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952), la cour a rejeté une action en diffamation intentée contre un animateur de radio qui avait [TRADUCTION] « attiré l’attention sur [un article prétendument diffamatoire] paru dans le Collier’s Magazine » (p. 521). Se fondant sur *Klein*, la cour a conclu que le fait de renvoyer à l’article n’équivalait pas à diffuser ou rediffuser le libelle.

[24] Ces décisions ont été citées dans l’affaire *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, où le demandeur alléguait qu’en mentionnant l’adresse Internet d’un forum de discussion en ligne l’éditeur d’un bulletin avait rediffusé les commentaires diffamatoires figurant dans le site et ainsi engagé sa responsabilité. Invoquant le principe établi dans *MacFadden* et *Klein* selon lequel le seul fait de [TRADUCTION] « renvoyer à un article contenant des propos diffamatoires sans toutefois reprendre les propos eux-mêmes ne saurait être considéré comme une rediffusion de ces derniers » (par. 12), le juge Hall a conclu à l’absence de diffusion.

[25] Je souscris à cette approche, qui permet d’éviter une application formaliste de la règle traditionnelle en matière de diffusion et reconnaît l’importance de la fonction de communication et d’expression du renvoi à d’autres sources. Comme il ressort des motifs de la juge Deschamps, l’application d’une telle règle aux hyperliens a pour effet de



for all hyperlinkers, an untenable situation in my view.

[26] A reference to other content is fundamentally different from other acts involved in publication. Referencing on its own does not involve exerting *control* over the content. Communicating something is very different from merely communicating that something exists or where it exists. The former involves dissemination of the content, and suggests control over both the content and whether the content will reach an audience at all, while the latter does not. Even where the goal of the person referring to a defamatory publication is to expand that publication's audience, his or her participation is merely ancillary to that of the initial publisher: with or without the reference, the allegedly defamatory information has already been made available to the public by the initial publisher or publishers' acts. These features of references distinguish them from acts in the publication process like creating or posting the defamatory publication, and from repetition.

[27] Hyperlinks are, in essence, references. By clicking on the link, readers are directed to other sources. Hyperlinks may be inserted with or without the knowledge of the operator of the site containing the secondary article. Because the content of the secondary article is often produced by someone other than the person who inserted the hyperlink in the primary article, the content on the other end of the link can be changed at any time by whoever controls the secondary page. Although the primary author controls whether there is a hyperlink and what article that word or phrase is linked to, inserting a hyperlink gives the primary author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked. (See David Lindsay, *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet* (2000), at pp. 14 and 78-79; Collins, at paras. 2.42 to 2.43 and 5.42.)

créer une présomption de responsabilité à l'égard de tous ceux qui incorporent des hyperliens dans leurs textes, ce qui crée à mon avis une situation intenable.

[26] Le fait de renvoyer à un contenu étranger à son texte diffère fondamentalement d'autres actes relevant de la diffusion car il ne comporte pas, en soi, l'exercice d'un *contrôle* sur ce contenu. La communication d'une information diffère nettement de la simple mention que l'information existe ou encore de l'endroit où elle se trouve. Contrairement à la simple mention de son existence, la communication d'une information consiste en la dissémination du contenu, et elle suppose l'existence d'un contrôle à la fois sur ce dernier et sur l'existence même d'un auditoire. Même si la personne qui renvoie à une publication diffamatoire a pour but d'en élargir l'auditoire, sa participation n'est qu'accessoire à celle du diffuseur initial : que cette personne y ait renvoyé ou non, l'information prétendument diffamatoire a déjà été mise à la disposition du public par le biais des actes du diffuseur initial. Ces caractéristiques du renvoi le distinguent autant des actes posés dans le cadre du processus de diffusion, tels la création ou l'affichage de la publication diffamatoire, que de la répétition.

[27] Les hyperliens constituent essentiellement des renvois. En cliquant sur le lien, les lecteurs sont dirigés vers d'autres sources. Les hyperliens peuvent être incorporés dans l'article en cause tantôt au su, tantôt à l'insu de l'exploitant du site renfermant l'article secondaire. Il arrive souvent que le contenu de l'article secondaire a été produit par une personne autre que celle qui a créé l'hyperlien dans l'article de fond. Dans un tel cas, ce contenu peut être modifié à n'importe quel moment par celui qui contrôle la page secondaire. L'auteur d'un article a certes la faculté d'y incorporer ou non un hyperlien et, s'il décide de le faire, de déterminer à quoi il mènera. Cela dit, le seul fait d'incorporer un hyperlien dans un article de fond ne confère pas à l'auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l'article secondaire auquel il mène. (Voir David Lindsay, *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet* (2000), p. 14 et 78-79; Collins, par. 2.42 à 2.43 et 5.42.)

[28] These features — that a person who refers to other content generally does not participate in its *creation* or *development* — serve to insulate from liability those involved in Internet communications in the United States: see *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996); see also Jack M. Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age” (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427, at pp. 433-34; *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

[29] Although the person selecting the content to which he or she wants to link might *facilitate* the transfer of information (a traditional hallmark of publication), it is equally clear that when a person follows a link they are leaving one source and moving to another. In my view, then, it is the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material who is publishing the libel when a person follows a hyperlink to that content. The ease with which the referenced content can be accessed does not change the fact that, by hyperlinking, an individual is referring the reader to other content. (See *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 97-102.)

[30] Hyperlinks thus share the same relationship with the content to which they refer as do references. Both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. And they both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral — it expresses no opinion, nor does it have any control over, the content to which it refers.

[31] This interpretation of the publication rule better accords with our Court’s recent jurisprudence on defamation law. This Court has recognized that

[28] Ces caractéristiques — à savoir qu’en général la personne qui renvoie à un contenu étranger à son texte ne participe ni à sa *création*, ni à son *élaboration* — sont ce qui exonère de responsabilité ceux qui œuvrent dans le domaine des communications Internet aux États-Unis : voir *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996); voir également Jack M. Balkin, « The Future of Free Expression in a Digital Age » (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427, p. 433-434; *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

[29] Même si la personne qui choisit le contenu visé par le lien peut se trouver à *faciliter* le transfert de l’information (une caractéristique classique de la diffusion), il est tout aussi clair que la personne qui suit le lien quitte une source pour se rendre à une autre. Ainsi, selon moi, c’est la personne même qui crée ou affiche les mots diffamatoires dans le contenu secondaire qui se trouve à diffuser le libelle lorsqu’une personne prend connaissance de ce contenu par le biais d’un hyperlien. La facilité avec laquelle on peut accéder au contenu visé par l’hyperlien ne change pas le fait que celui qui crée l’hyperlien renvoie le lecteur à un autre contenu. (Voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 97-102.)

[30] L’hyperlien remplit donc la même fonction que le renvoi à l’égard du contenu auquel il mène. En effet, l’un et l’autre signalent l’existence d’une information sans toutefois en communiquer le contenu, et ils obligent le tiers qui souhaite prendre connaissance de ce dernier à poser un certain acte avant de pouvoir le faire. Qu’il soit beaucoup plus facile d’accéder au contenu d’un texte par le biais d’hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l’hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu — il n’exprime aucune opinion et il n’exerce aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie.

[31] Cette interprétation de la règle en matière de diffusion cadre mieux avec la jurisprudence récente de notre Cour en droit de la diffamation.

what is at stake in an action for defamation is not only an individual's interest in protecting his or her reputation, but also the public's interest in protecting freedom of expression: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

[32] Pre-*Charter* approaches to defamation law in Canada largely leaned towards protecting reputation. That began to change when the Court modified the “honest belief” element to the fair comment defence in *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and when, in *Grant*, the Court developed a defence of responsible communication on matters of public interest. These cases recognize the importance of achieving a proper balance between protecting an individual's reputation and the foundational role of freedom of expression in the development of democratic institutions and values (*Grant*, at para. 1; *Hill*, at para. 101).

[33] Interpreting the publication rule to exclude mere references not only accords with a more sophisticated appreciation of *Charter* values, but also with the dramatic transformation in the technology of communications. See June Ross, “The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter*” (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117; see also Jeremy Streeter, “The ‘Deception Exception’: A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79; Denis W. Boivin, “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1996-1997), 22 *Queen's L.J.* 229; Lewis N. Klar, *Tort Law* (4th ed. 2008), at pp. 746-47; Robert Danay, “The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation” (2010), 56 *McGill L.J.* 1; the Hon. Frank Iacobucci, “Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology” (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 189; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), at p. 870.

En effet, notre Cour a reconnu que ce n'est pas uniquement l'intérêt d'un individu à protéger sa réputation qui est en jeu dans une action en diffamation, mais également l'intérêt du public à protéger la liberté d'expression : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

[32] Au Canada, avant l'avènement de la *Charte*, les diverses façons d'aborder le droit de la diffamation menaient largement vers la protection de la réputation. Cette situation a commencé à changer lorsque notre Cour a modifié, dans *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, l'élément de la défense de commentaire loyal ayant trait à la « croyance honnête », et lorsqu'elle a établi, dans *Grant*, le moyen de défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. Dans ces arrêts, notre Cour a reconnu l'importance d'établir un juste équilibre entre la protection de la réputation d'une personne et le rôle fondamental de la liberté d'expression dans l'évolution des institutions et des valeurs démocratiques (*Grant*, par. 1; *Hill*, par. 101).

[33] Interpréter la règle en matière de diffusion de façon à exclure les simples renvois est compatible non seulement avec une appréciation plus raffinée des valeurs protégées par la *Charte*, mais également avec les développements spectaculaires dans le domaine de la technologie des communications. Voir June Ross, « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter* » (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117; voir aussi Jeremy Streeter, « The “Deception Exception” : A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79; Denis W. Boivin, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1996-1997), 22 *Queen's L.J.* 229; Lewis N. Klar, *Tort Law* (4<sup>e</sup> éd. 2008), p. 746-747; Robert Danay, « The Medium is not the Message : Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation » (2010), 56 *R.D. McGill* 1; l'hon. Frank Iacobucci, « Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 189; *Reno c. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), p. 870.

[34] The Internet’s capacity to disseminate information has been described by this Court as “one of the great innovations of the information age” whose “use should be facilitated rather than discouraged” (*SOCAN*, at para. 40, *per* Binnie J.). Hyperlinks, in particular, are an indispensable part of its operation. As Matthew Collins explains, at para. 5.42:

Hyperlinks are the synapses connecting different parts of the world wide web. Without hyperlinks, the web would be like a library without a catalogue: full of information, but with no sure means of finding it.

(See also *Lindsay*, at pp. 78-79; Mark Sableman, “Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years” (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, at p. 1276.)

[35] The centrality of the role of hyperlinks in facilitating access to information on the Internet was also compellingly explained by Anjali Dalal in “Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet” (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017:

Hyperlinks have long been understood to be critical to communication because they *facilitate* access to information. They provide visitors on one website a way to navigate to internally referenced words, phrases, arguments, and ideas. Under this view, if the Internet is an endless expanse of information where “any person . . . can become a pamphleteer” then “[h]yperlinks are the paths among websites, creating the bustling street corners for distribution of those pamphlets and inviting passersby to engage more deeply with the issues raised.”

. . . While the concerns motivating cases brought against hyperlinks are often legitimate, limiting the use of links poses a significant danger to communication and future innovation. [Emphasis in original; footnotes omitted; pp. 1019 and 1022.]

[36] The Internet cannot, in short, provide access to information without hyperlinks. Limiting their

[34] Notre Cour a décrit la capacité de diffusion de l’information par l’Internet comme « l’une des grandes innovations de l’ère de l’information » et indiqué que le « recours à l’Internet doit être facilité, et non découragé » (*SOCAN*, par. 40, le juge Binnie). Les hyperliens en particulier sont un élément indispensable de son fonctionnement. Comme Matthew Collins l’explique au par. 5.42 :

[TRADUCTION] Les hyperliens sont les synapses qui raccordent les différentes parties du World Wide Web. Sans eux, le Web serait une bibliothèque sans catalogue : remplie de renseignements, mais dénuée de tout moyen sûr de trouver ceux-ci.

(Voir aussi *Lindsay*, p. 78-79; Mark Sableman, « Link Law Revisited : Internet Linking Law at Five Years » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, p. 1276.)

[35] Le rôle vital joué par les hyperliens pour faciliter l’accès à l’information véhiculée par l’Internet a aussi été décrit de façon convaincante par Anjali Dalal dans son article intitulé « Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet » (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017 :

[TRADUCTION] On considère depuis longtemps les hyperliens comme un outil essentiel à la communication parce qu’ils *facilitent* l’accès à l’information. En effet, ils offrent aux visiteurs d’un site Web un moyen de se rendre aux mots, phrases, arguments et idées auxquels il est fait référence. De ce point de vue, si l’Internet est un univers informatif illimité où « toute personne [. . .] peut devenir pamphlétaire », alors les « [h]yperliens sont les sentiers qui relient les sites Web, créant les intersections animées où on peut distribuer ses pamphlets et inviter les passants à discuter plus en profondeur des questions soulevées. »

. . . Il arrive souvent que les préoccupations à l’origine des poursuites se rapportant aux hyperliens soient tout à fait légitimes, mais restreindre l’utilisation des liens pose un danger substantiel pour la communication et l’innovation. [En italique dans l’original; notes en bas de page omises; p. 1019 et 1022.]

[36] En bref, l’Internet ne peut donner accès à l’information sans les hyperliens. Or, limiter

usefulness by subjecting them to the traditional publication rule would have the effect of seriously restricting the flow of information and, as a result, freedom of expression. The potential “chill” in how the Internet functions could be devastating, since primary article authors would unlikely want to risk liability for linking to another article over whose changeable content they have no control. Given the core significance of the role of hyperlinking to the Internet, we risk impairing its whole functioning. Strict application of the publication rule in these circumstances would be like trying to fit a square archaic peg into the hexagonal hole of modernity.

[37] I do not for a moment wish to minimize the potentially harmful impacts of defamatory speech on the Internet. Nor do I resist from asserting that individuals’ reputations are entitled to vigorous protection from defamatory comments. It is clear that “the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations” (*Grant*, at para. 58). Because the Internet is a powerful medium for all kinds of expression, it is also a potentially powerful vehicle for expression that is defamatory. In *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at para. 32, Blair J.A. recognized the Internet’s “tremendous power” to harm reputation, citing with approval the following excerpt from Lyrissa Barnett Lidsky, “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 *Duke L.J.* 855, at pp. 863-64:

Although Internet communications may have the ephemeral qualities of gossip with regard to accuracy, they are communicated through a medium more pervasive than print, and for this reason they have tremendous power to harm reputation. Once a message enters cyberspace, millions of people worldwide can gain access to it. Even if the message is posted in a discussion forum frequented by only a handful of people,

l’utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l’information et, partant, la liberté d’expression. L’« effet paralysant » que cela serait susceptible d’avoir sur le fonctionnement de l’Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d’articles de fond consentiraient à courir le risque d’engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d’autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. Compte tenu de l’importance capitale du rôle des hyperliens dans l’Internet, nous risquerions de compromettre le fonctionnement de l’Internet dans son ensemble. L’application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s’efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité.

[37] Loin de moi l’idée de minimiser les effets préjudiciables que pourrait avoir la diffusion de propos diffamatoires par le biais de l’Internet. Je ne reviens pas non plus sur l’affirmation que chacun peut obtenir que sa réputation soit vigoureusement protégée contre de tels propos. Il est clair que « la liberté d’expression n’autorise pas à ternir les réputations » (*Grant*, par. 58). Parce qu’il constitue un moyen d’expression si puissant, l’Internet peut s’avérer un véhicule extrêmement efficace pour exprimer des propos diffamatoires. Dans *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), par. 32, le juge Blair a reconnu [TRADUCTION] « l’énorme pouvoir » de l’Internet de porter atteinte à la réputation, citant avec approbation le passage suivant d’un article de Lyrissa Barnett Lidsky, « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855, p. 863-864 :

[TRADUCTION] Bien que, du point de vue de l’exactitude, elles puissent avoir les qualités éphémères du commerce, les communications par Internet sont transmises par le biais d’un médium beaucoup plus répandu que la presse écrite, et c’est ce qui leur confère l’énorme pouvoir de porter atteinte à la réputation de quelqu’un. Une fois lancé dans le cyberspace, un message peut être lu par des millions d’individus dans le monde entier. Même

any one of them can republish the message by printing it or, as is more likely, by forwarding it instantly to a different discussion forum. And if the message is sufficiently provocative, it may be republished again and again. The extraordinary capacity of the Internet to replicate almost endlessly any defamatory message lends credence to the notion that “the truth rarely catches up with a lie”. The problem for libel law, then, is how to protect reputation without squelching the potential of the Internet as a medium of public discourse. [Blair J.A.’s emphasis deleted.]

[38] New activities on the Internet and the greater potential for anonymity amplify even further the ease with which a reputation can be harmed online:

The rapid expansion of the Internet coupled with the surging popularity of social networking services like Facebook and Twitter has created a situation where everyone is a potential publisher, including those unfamiliar with defamation law. A reputation can be destroyed in the click of a mouse, an anonymous email or an ill-timed Tweet.

(Bryan G. Baynham, Q.C., and Daniel J. Reid, “The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet”, in *Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010* (2010), at p. 3.1.1)

[39] But I am not persuaded that exposing mere hyperlinks to the traditional publication rule ultimately protects reputation. A publication is defamatory if it both refers to the plaintiff and conveys a defamatory meaning: *Grant*, at para. 28. These inquiries depend, respectively, on whether the words used or “the circumstances attending the publication are such as[] would lead reasonable persons to understand that it was the plaintiff to whom the defendant referred” (Brown, at para. 6.1), and whether the words would “ten[d] to lower a person in the estimation of right-thinking members of society” (*Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 62). Defamatory meaning in the words may be discerned from “all

si le message est affiché dans un forum de discussion qui n’est fréquenté que par un nombre restreint de personnes, chacune d’elles peut le diffuser à son tour en l’imprimant ou — ce qui est plus probable — en le transmettant instantanément à un autre forum de discussion. Et si le message est suffisamment provocateur, il peut être diffusé à répétition. La capacité extraordinaire de l’Internet de reproduire presque à l’infini n’importe quel message diffamatoire vient renforcer la notion selon laquelle « la vérité rattrape rarement le mensonge ». Le problème qui se pose, du point de vue du droit relatif à la diffamation, est donc de savoir comment protéger la réputation sans détruire le potentiel de l’Internet en tant qu’espace de débat public. [Italique et soulignement du juge Blair omis.]

[38] Les nouveautés qui font leur apparition sur l’Internet et la possibilité accrue de conserver l’anonymat permettent avec encore plus de facilité de porter atteinte à la réputation de quelqu’un en ligne :

[TRADUCTION] L’expansion rapide de l’Internet, jumelée à la vague de popularité que connaissent les services de réseautage social comme Facebook et Twitter, fait de chaque individu, y compris celui qui ne connaît rien au droit de la diffamation, un diffuseur en puissance. Une réputation peut être anéantie par un simple clic de souris, un courriel anonyme ou un *tweet* inopportun.

(Bryan G. Baynham, c.r., et Daniel J. Reid, « The Modern-Day Soapbox : Defamation in the Age of the Internet », dans *Defamation Law : Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010* (2010), p. 3.1.1)

[39] Je ne suis toutefois pas convaincue qu’en bout de ligne le fait de soumettre de simples hyperliens à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion protège la réputation. Il y a diffamation si les mots en cause visent le demandeur et s’ils transmettent un sens diffamatoire : *Grant*, par. 28. Pour le savoir, il faut se demander, d’une part, si les mots employés ou [TRADUCTION] « les circonstances entourant la publication sont telles que des personnes raisonnables en comprendraient que c’est au demandeur que le défendeur faisait référence » (Brown, par. 6.1) et, d’autre part, si les mots « tend[ent] à diminuer une personne dans l’estime des membres bien pensants de la société » (*Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S.

the circumstances of the case, including any reasonable implications the words may bear, the context in which the words are used, the audience to whom they were published and the manner in which they were presented” (*Botiuk*, at para. 62, citing *Brown* (2nd ed. 1994), at p. 1-15). (See *Brown*, at paras. 5.2, 5.4(1)(a) and 6.1; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.); *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at paras. 63 and 112.)

[40] Where a defendant uses a reference in a manner that *in itself* conveys defamatory meaning about the plaintiff, the plaintiff’s ability to vindicate his or her reputation depends on having access to a remedy against that defendant. In this way, individuals may attract liability for hyperlinking if the manner in which they have referred to content conveys defamatory meaning; not because they have created a reference, but because, understood in context, they have actually *expressed* something defamatory (*Collins*, at paras. 7.06 to 7.08 and 8.20 to 8.21). This might be found to occur, for example, where a person places a reference in a text that repeats defamatory content from a secondary source (*Carter*, at para. 12).

[41] Preventing plaintiffs from suing those who have merely referred their readers to other sources that may contain defamatory content and not expressed defamatory meaning about the plaintiffs will not leave them unable to vindicate their reputations. As previously noted, when a hyperlinker creates a link, he or she gains no control over the content linked to. If a plaintiff wishes to prevent further publications of the defamatory content, his or her most effective remedy lies with the person who actually created and controls the content.

[42] Making reference to the existence and/or location of content by hyperlink or otherwise, without more, is not publication of that content.

3, par. 62). Le sens diffamatoire des mots peut se dégager de [TRADUCTION] « toutes les circonstances de l’affaire, dont les répercussions que les termes peuvent raisonnablement avoir, le contexte dans lequel ils sont utilisés, l’auditoire à qui ils sont destinés et la façon dont ils ont été présentés » (*Botiuk*, par. 62, citant *Brown* (2<sup>e</sup> éd. 1994), p. 1-15). (Voir *Brown*, par. 5.2, 5.4(1)(a) et 6.1; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.); *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 63 et 112.)

[40] Dans le cas où le défendeur utilise un renvoi dans son texte d’une façon qui *elle-même* transmet un sens diffamatoire à propos du demandeur, celui-ci ne pourra défendre sa réputation que s’il lui est possible d’exercer un recours contre le défendeur. Ainsi, il se peut que le défendeur voie sa responsabilité engagée pour avoir mis un hyperlien dans son texte si la façon dont il a renvoyé au contenu visé transmet un sens diffamatoire; en d’autres termes, non pas parce qu’il a créé un renvoi, mais plutôt parce que, pris dans son contexte, le renvoi se trouve à *exprimer* un sens diffamatoire (*Collins*, par. 7.06 à 7.08 et 8.20 à 8.21). On pourrait conclure qu’il en est ainsi, par exemple, dans le cas où une personne incorpore dans son texte un renvoi qui répète le contenu diffamatoire d’une source secondaire (*Carter*, par. 12).

[41] Empêcher que des poursuites ne soient intentées contre des personnes qui ont simplement renvoyé leurs lecteurs à d’autres sources pouvant contenir des propos diffamatoires et qui n’ont pas elles-mêmes tenu de propos dont le sens était diffamatoire à l’égard des personnes qui se disent lésées ne prive pas ces dernières de la possibilité de défendre leur réputation. Comme je l’ai déjà dit, celui qui crée un hyperlien n’obtient aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie. Le meilleur moyen de faire cesser la diffusion d’un contenu diffamatoire est d’intenter une poursuite contre la personne qui en est l’auteur et en a le contrôle.

[42] Le fait de mentionner l’existence d’un contenu et/ou l’endroit où il se trouve par le biais d’un hyperlien ou de toute autre façon, sans plus,

Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be “published” by the hyperlinker. Such an approach promotes expression and respects the realities of the Internet, while creating little or no limitations to a plaintiff’s ability to vindicate his or her reputation. While a mere reference to another source should not fall under the wide breadth of the traditional publication rule, the rule itself and the limits of the one writer/any act/one reader paradigm may deserve further scrutiny in the future.

[43] I am aware that distinctions can be drawn between hyperlinks, such as the deep and shallow hyperlinks at issue in this case, and links that automatically display other content. The reality of the Internet means that we are dealing with the inherent and inexorable fluidity of evolving technologies. As a result, it strikes me as unwise in these reasons to attempt to anticipate, let alone comprehensively address, the legal implications of the varieties of links that are or may become available. Embedded or automatic links, for example, may well prove to be of consequence in future cases, but these differences were not argued in this case or addressed in the courts below, and therefore need not be addressed here.

### III. Application

[44] Nothing on Mr. Newton’s page is itself alleged to be defamatory. The impugned conduct in this case is Mr. Newton’s insertion of hyperlinks on his webpage. Mr. Crookes’ argument is that by linking to webpages and websites containing allegedly defamatory content, Mr. Newton has published that defamatory content. Since in my view the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed

ne revient pas à le diffuser. Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été « diffusé » par elle. Une telle conception favorise l’expression et respecte la nature de l’Internet tout en minimisant, voire éliminant toute atteinte à la capacité de chacun de défendre sa réputation. Bien que le simple renvoi à une autre source ne doive pas être visé par la portée étendue de la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion, il y aurait intérêt à faire, dans l’avenir, un examen plus approfondi de la règle elle-même et des limites du modèle auteur unique/tout acte/lecteur unique.

[43] Je suis bien consciente du fait qu’il est possible d’établir des distinctions entre les hyperliens — tels les hyperliens profonds et les hyperliens simples comme ceux qui nous occupent en l’espèce — et les liens qui affichent automatiquement un autre contenu. La réalité de l’Internet a pour conséquence que nous sommes confrontés à la fluidité inhérente et inexorable de technologies en pleine évolution. Par conséquent, j’estime qu’il serait mal avisé, dans les présents motifs, de tenter d’anticiper, et à plus forte raison de vider complètement, la question des conséquences juridiques des divers types de liens qui existent déjà ou qui feront leur apparition. Les liens intégrés ou automatiques, par exemple, peuvent fort bien porter à conséquence dans des affaires à venir, mais ces différences n’ont fait l’objet d’aucun débat dans le cadre de la présente affaire et n’ont pas été analysées devant les tribunaux inférieurs; il n’est donc pas nécessaire d’en tenir compte pour les fins qui nous occupent.

### III. Application

[44] Rien dans la page Web de M. Newton n’est en soi présenté comme étant diffamatoire. La conduite reprochée à M. Newton est plutôt d’avoir incorporé des hyperliens dans sa page Web. En effet, M. Crookes fait valoir qu’en créant des liens menant à des pages et des sites Web renfermant du contenu prétendument diffamatoire, M. Newton se trouvait à diffuser ce contenu. Puisque je suis d’avis que l’utilisation d’un hyperlien ne peut, en soi, équivaloir à



and the defamatory content is accessed, Mr. Crookes' action against Mr. Newton cannot succeed. Moreover, even if Mr. Crookes had alleged that Mr. Newton should be understood, in context, to have expressed defamatory meaning, I would agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the statements containing the impugned hyperlinks on Mr. Newton's page could not be understood, even in context with the hyperlinked documents, to express any opinion — defamatory or otherwise — on Mr. Crookes or the hyperlinked content.

[45] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[46] THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. — We have read the reasons of Deschamps J. and Abella J. While we agree in large part with the reasons of Abella J., we respectfully propose a different formulation of the test for when a hyperlink reference in a text constitutes publication of defamatory matter to which it links.

[47] The question, in legal terms, is when inclusion of a hyperlink in a text constitutes publication of a defamation in the hyperlinked material. Abella J. states that “a hyperlink, by itself, should never be seen as ‘publication’ of the content to which it refers” (para. 14). As justification, she notes that the hyperlinker has no control over the content referred to; the hyperlinker is not the creator of the content, and the content of the page linked to may change at any time (paras. 26-27). A hyperlink, therefore, is a reference and references are by definition “content-neutral” (para. 30).

[48] Abella J. concludes that “[o]nly when a hyperlinker presents content from the hyperlinked

de la diffusion, et ce même si on le suit en vue de consulter le contenu diffamatoire auquel il mène, l'action de M. Crookes contre M. Newton ne saurait être accueillie. En outre, même si M. Crookes avait avancé que M. Newton devait être considéré, dans le contexte, comme ayant tenu des propos diffamatoires, je suis d'accord avec le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel que les passages de la page Web de M. Newton comprenant les hyperliens en cause ne sauraient, même dans le contexte des documents auxquels mènent ces derniers, être considérés comme exprimant une quelconque opinion — diffamatoire ou non — au sujet de M. Crookes ou du contenu visé par les hyperliens.

[45] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[46] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH — Nous avons pris connaissance des motifs des juges Deschamps et Abella. Nous souscrivons en grande partie à ceux de la juge Abella, mais proposons, avec égards, une autre formulation du critère pour décider si l'incorporation dans un texte d'un hyperlien renvoyant à des propos diffamatoires équivaut à la diffusion de ceux-ci.

[47] Sur le plan juridique, la question est de savoir dans quelles circonstances l'incorporation d'un hyperlien dans un texte équivaut à la diffusion des propos diffamatoires auxquels il renvoie. Selon la juge Abella, « un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la “diffusion” du contenu auquel il renvoie » (par. 14). Pour justifier le bien-fondé de sa conclusion, elle fait remarquer que la personne qui crée l'hyperlien n'exerce aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie; elle n'est pas la créatrice du contenu, et la page à laquelle l'hyperlien renvoie peut être modifiée à tout moment (par. 26-27). L'hyperlien est donc un renvoi, qui, par définition, est « neutre sur le plan du contenu » (par. 30).

[48] La juge Abella arrive à la conclusion que « [c]e n'est que lorsque la personne qui crée l'hyperlien

material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be ‘published’ by the hyperlinker” (para. 42). In our view, the combined text and hyperlink may amount to publication of defamatory material in the hyperlink in some circumstances. Publication of a defamatory statement via a hyperlink should be found if the text indicates *adoption or endorsement of the content of the hyperlinked text*. If the text communicates agreement with the content linked to, then the hyperlinker should be liable for the defamatory content. The defendant must adopt or endorse the defamatory words or material; a mere general reference to a web site is not enough. Thus, defendants linking approvingly to an innocent Web site that later becomes defamatory would not be liable.

[49] Finding publication in adoption or endorsement of the defamatory material in a Web site is consistent with the general law of defamation. In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 176, this Court held:

If one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel. Both the person who originally utters the defamatory statement, and the individual who expresses agreement with it, are liable for the injury.

[50] In sum, in our view, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to.

[51] It is true that the traditional publication rule does not require the publisher to approve of the material published; he or she must merely communicate that material to a third party. However, the proposed adoption or endorsement standard for references is conceptually different. A mere reference without any adoption or endorsement remains that — a content-neutral reference. Adoption or

présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été “diffusé” par elle » (par. 42). À notre avis, la combinaison du texte et de l’hyperlien peut, dans certaines circonstances, équivaloir à la diffusion des propos diffamatoires auxquels ce dernier renvoie. Il faut conclure à la diffusion de propos diffamatoires par le biais d’un hyperlien s’il ressort du texte que l’auteur *adopte les propos auxquels l’hyperlien renvoie, ou y adhère*. Si le texte indique qu’il souscrit au contenu auquel renvoie l’hyperlien, l’auteur sera alors responsable du contenu diffamatoire. Il faut démontrer que le défendeur adopte les mots ou les propos diffamatoires, ou y adhère; le simple renvoi général à un site Web ne suffit pas. Ainsi, le défendeur qui renvoie à un site Web anodin en en approuvant le contenu ne verra pas sa responsabilité engagée si ce dernier est ultérieurement modifié par l’ajout de propos diffamatoires.

[49] Conclure à la diffusion dans les cas où l’auteur adopte les propos diffamatoires contenus dans un site Web ou y adhère est conforme aux règles générales du droit en matière de diffamation. Pour reprendre les propos de la Cour dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 176 :

L’auteur d’un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l’écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire. La personne qui prononce pour la première fois la déclaration diffamatoire et celle qui exprime son accord sont toutes deux responsables du préjudice.

[50] Bref, selon nous, l’hyperlien équivaut à de la diffusion s’il ressort du texte qui le contient, interprété en fonction de son contexte, que l’auteur adopte le contenu auquel il renvoie, ou y adhère.

[51] Certes, la règle traditionnelle en matière de diffusion n’exige pas que la personne qui diffuse le contenu approuve celui-ci; il suffit qu’elle le communique à un tiers. Or, la norme de l’adoption des propos ou l’adhésion à ceux-ci que nous proposons d’appliquer aux renvois diffère de cette règle sur le plan conceptuel. En effet, le simple renvoi à des propos sans pour autant les adopter ou y adhérer

endorsement of the content accessible by a link in the text can be understood to actually incorporate the defamatory content into the text. Thus, the content of the text comes to include the defamatory content accessed via hyperlink. The hyperlink, combined with the surrounding words and context, ceases to be a mere reference and the content to which it refers becomes part of the published text itself.

[52] We add a final comment, with an eye to future technological changes. Abella J., as noted, states that “a hyperlink, by itself, should never be seen as ‘publication’ of the content to which it refers” (para. 14). So long as it is necessary to click on a hyperlink to access its content, this may be correct. What, however, of features in which a hyperlink projects content on the page automatically, or in a separate frame, with little or no prompting from the reader? Would inclusion of such a hyperlink, by itself, amount to publication? Like the issue of embedded hyperlinks, this question is not before us and should not be taken to have been decided in this case. Like Abella J. (at para. 43), we would leave issues concerning hyperlinks of this sort to be dealt with if and when they arise.

[53] We agree with Abella J. that this appeal should be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

[54] DESCHAMPS J. — This appeal offers yet another opportunity for the Court to consider the proper balance in the common law of defamation between the protection of reputation and the promotion of freedom of expression. In *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court took incremental steps to improve this balance by recognizing

n’est rien de plus qu’un renvoi neutre sur le plan du contenu. On peut considérer que l’adoption du contenu auquel mène un lien figurant dans un texte, ou l’adhésion à ce contenu, incorpore effectivement le contenu diffamatoire dans le texte. Il en résulte donc que le texte englobe le contenu diffamatoire auquel renvoie l’hyperlien. Ainsi, l’hyperlien, conjugué aux mots et au contexte qui l’encadrent, cesse d’être un simple renvoi, et le contenu auquel il renvoie devient partie intégrante du texte qui l’incorpore.

[52] Nous tenons à ajouter un dernier commentaire, axé sur l’évolution technologique à venir. Comme le dit la juge Abella, « un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la “diffusion” du contenu auquel il renvoie » (par. 14). Cette assertion n’a rien de faux dans la mesure où il est nécessaire de cliquer sur un hyperlien pour prendre connaissance du contenu auquel il renvoie. Mais qu’advierait-il si le contenu auquel il mène s’affichait automatiquement sur la page, ou encore dans un cadre distinct, sans intervention ou presque de la part du lecteur? L’incorporation d’un tel hyperlien dans un texte équivalrait-elle, à elle seule, à de la diffusion? Cette question, tout comme celle des hyperliens intégrés, ne nous a pas été soumise, et il ne faut pas la considérer comme ayant été tranchée dans le cadre du présent pourvoi. À l’instar de la juge Abella (au par. 43), nous sommes d’avis qu’il convient de reporter l’étude des questions que soulèvent ces types d’hyperliens et de ne les trancher que lorsqu’elles se poseront, le cas échéant.

[53] Nous sommes d’accord avec la juge Abella qu’il convient de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[54] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi offre à la Cour une autre occasion de se pencher sur la question du juste équilibre entre la protection de la réputation et la promotion de la liberté d’expression dans la common law de la diffamation. Dans *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, et *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour a pris des mesures progressives en vue de mieux atteindre cet équilibre

and modernizing defences to liability for defamation. In the instant case, the Court must determine whether, notwithstanding these defences, the scope of conduct that may attract *prima facie* liability for defamation is itself too broad and in need of adjustment to further promote freedom of expression.

[55] Proof of publication is necessary in order to establish liability for defamation. “Publication” has an established meaning in the law of defamation. It refers to the communication of defamatory information in such a way that it is “made known to a third party”: *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297, at p. 299. Professor Brown explains that “[i]t is a bilateral act by which the publisher makes available to a reader, listener or observer in a comprehensible form the defamatory information” (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.2). Thus, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

[56] The question is whether the first component of publication needs to be reconsidered owing to the impact of new forms of communications media. In answering this question, it will of course be necessary to bear in mind the particular technological feature — the Internet hyperlink — at issue in the case at bar. At the same time, however, the answer must be adaptable to other modes of communication and to future technological change.

[57] I have read the reasons of my colleague Abella J. It is her view that the concept of publication as understood at common law needs to be altered so as to exclude references, including hyperlinks, from its scope. No longer must a reference, like any other act, simply make the defamatory information available in a comprehensible form: “Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually

en reconnaissant et modernisant les moyens de défense opposables à une action en diffamation. En l’espèce, la Cour doit décider si, malgré ces moyens de défense, l’étendue des comportements susceptibles d’engager la responsabilité pour diffamation à première vue est elle-même trop large et s’il convient de la modifier afin de favoriser davantage la liberté d’expression.

[55] Pour établir la responsabilité pour diffamation, il est nécessaire de prouver qu’il y a eu diffusion. Le concept de « diffusion » a un sens bien établi en droit de la diffamation. Il s’agit de la communication d’information diffamatoire d’une manière telle qu’[TRADUCTION] « un tiers en prend connaissance » : *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297, p. 299. Selon le professeur Brown, [TRADUCTION] « [i]l s’agit d’un acte bilatéral par lequel le diffuseur rend disponible à un lecteur, un auditeur ou un observateur l’information diffamatoire de manière compréhensible » (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 7.2). La diffusion comporte donc deux volets : (1) un acte qui rend disponible l’information diffamatoire à un tiers, dans un format compréhensible, et (2) la réception de l’information par le tiers, de telle sorte qu’il en comprend le sens.

[56] La question est de savoir s’il convient de réformer le premier volet de la diffusion compte tenu de l’incidence des nouveaux médias de communication. Pour répondre à cette question, il faut naturellement avoir à l’esprit l’outil technologique en cause dans la présente affaire, à savoir l’hyperlien, dans le contexte d’Internet. Cela dit, la réponse doit cependant être adaptable à d’autres formes de communication ainsi qu’aux changements technologiques à venir.

[57] J’ai lu les motifs de ma collègue la juge Abella. À son avis, il convient de modifier le concept de la diffusion en common law de manière à en exclure les renvois, dont les hyperliens. Il n’est plus suffisant que le renvoi, comme tout autre acte, rende simplement disponible l’information diffamatoire dans un format compréhensible : « Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une

repeats the defamatory content, should that content be considered to be ‘published’ by the hyperlinker” (para. 42). With respect, I disagree with this approach. I have also read the reasons of the Chief Justice and Fish J. They purport to approve Abella J.’s approach but, in effect, find that there are circumstances in which hyperlinked information can lead to a finding of publication. In so doing, they depart from the bright-line rule proposed by Abella J. In order to give guidance, I would prefer to outline a rule that is consistent with the common law and the civil law of defamation and that will also accommodate future developments in Internet law.

[58] To create a specifically Canadian exception for references, which has the effect of excluding hyperlinks from the scope of the publication rule, is in my view an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. On the one hand, this blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication. On the other hand, it treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike. In so doing, it disregards the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people’s reputations.

[59] A more nuanced approach to revising the publication rule, and one that can be applied effectively to new media, would be for the Court to hold that in Canadian law, a reference to defamatory content can satisfy the requirements of the first component of publication if it makes the defamatory information *readily available* to a third party in a comprehensible form. In addition, the Court should make it clear that not every act, but only *deliberate* acts, can lead to liability for defamation.

[60] Freedom of expression must be reconciled with the “equally important” right to reputation:

façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été “diffusé” par elle » (par. 42). Avec égards, je ne partage pas cette approche. J’ai également lu les motifs de la Juge en chef et du juge Fish. Ils disent souscrire à l’approche adoptée par la juge Abella, mais ils acceptent qu’il existe des circonstances dans lesquelles l’information à laquelle renvoie l’hyperlien peut mener à la conclusion qu’il y a eu diffusion. Ce faisant, ils écartent la règle stricte que propose la juge Abella. Pour ma part, je préférerais, afin de poser des balises, tracer les contours d’une règle à la fois compatible avec la common law et le droit civil en matière de diffamation et assez souple pour s’appliquer aux développements du droit d’Internet à venir.

[58] La création au Canada d’une exception s’appliquant expressément aux renvois et qui a pour effet de soustraire les hyperliens à la règle en matière de diffusion constitue, selon moi, une solution inadéquate aux nouveaux problèmes soulevés par Internet. D’une part, cette exclusion générale exagère la différence qui existe entre les renvois et les autres formes de diffusion. D’autre part, elle traite tous les renvois de la même façon, qu’il s’agisse des notes de bas de page ou des hyperliens. Ce faisant, elle omet de reconnaître que les renvois varient considérablement dans la manière dont ils rendent l’information diffamatoire disponible à des tiers, et, par conséquent, dans le tort qu’ils peuvent causer à la réputation des gens.

[59] Une approche plus nuancée à la réforme de la règle en matière de diffusion, qui, au surplus, s’applique efficacement aux nouveaux médias, est de reconnaître qu’en droit canadien le renvoi à des propos diffamatoires peut répondre aux exigences du premier volet de la diffusion s’il rend l’information diffamatoire *immédiatement disponible* à un tiers, dans un format compréhensible. De plus, la Cour devrait préciser que ce ne sont pas tous les actes de l’intéressé qui sont susceptibles d’engager sa responsabilité pour diffamation, mais seulement ses actes *délibérés*.

[60] La liberté d’expression doit être conciliée avec le droit « tout aussi important » à la réputation :

*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 121. Unlike my colleague Abella J.'s approach, the one I propose gives due weight to freedom of expression yet at the same time is grounded in a recognition that even simple references to defamatory information can significantly harm a person's reputation. It would enable individuals whose reputations are so harmed to seek relief from those who, through deliberate acts, make defamatory material readily available to third parties.

[61] If the person who made the reference was unaware that the information referred to was defamatory, the defence of innocent dissemination may be available: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (“SOCAN”), at para. 89. In addition, as the Court mentioned in *WIC* and *Grant*, defences such as fair comment and reasonable communication on matters of public interest are also available. With respect, a shortcoming in my colleague's approach is that she fails to consider the law of defamation generally, and instead focuses narrowly on one aspect of the rules governing publication. The result is problematically one-sided, as individuals who suffer harm to their reputations are left with no recourse against those who perpetuate defamatory information.

[62] A reference, devoid of context, has never amounted in law to publication of the information to which it directs the third party. To so hold would be to disregard the bilateral nature of publication. Publication is not complete until someone other than the person referred to receives and understands the defamatory information. Thus, “to shout aloud defamatory words on a desert moor where no one hears them, is not a publication” (*Gambrill v. Schooley*, 93 Md. 48 (1901), at p. 60). In the context of the Internet, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the

*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 121. Contrairement à l'approche adoptée par ma collègue la juge Abella, l'approche que je préconise accorde à la liberté d'expression toute l'importance qu'elle mérite, tout en reconnaissant que même de simples renvois à de l'information diffamatoire peuvent considérablement porter atteinte à la réputation d'une personne. Elle permet à ceux dont la réputation a été ternie de demander des comptes aux personnes qui, par des actes délibérés, rendent des propos diffamatoires immédiatement disponibles à des tiers.

[61] Dans les cas où le renvoi qu'elle fait mène à de l'information diffamatoire à son insu, la personne intéressée peut invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« SOCAN »), par. 89. De plus, comme il ressort de *WIC* et *Grant*, des moyens de défense, tels la défense du commentaire loyal et celle de la communication responsable concernant des questions d'intérêt public, peuvent également être invoqués. Avec égards, j'estime que l'approche de ma collègue comporte une lacune en ce sens qu'elle ne tient pas compte de l'ensemble des règles du droit de la diffamation; elle se concentre plutôt strictement sur un seul aspect des règles applicables en matière de diffusion. Le résultat est problématique car il est à sens unique, les personnes dont la réputation a été ternie ne disposant d'aucun recours contre celles qui perpétuent l'information diffamatoire.

[62] Un renvoi, abstraction faite du contexte dans lequel il est fait, n'a jamais, du point de vue juridique, constitué une diffusion de l'information à laquelle il fait référence. Si c'était le cas, cela reviendrait à nier la nature bilatérale de la diffusion. La diffusion n'est complète qu'à partir du moment où quelqu'un d'autre que la personne visée a reçu et compris l'information diffamatoire. Par conséquent, [TRADUCTION] « clamer des propos diffamatoires dans le désert, où personne ne peut les entendre, n'est pas une diffusion » (*Gambrill c. Schooley*, 93 Md. 48 (1901), p. 60). Dans le contexte

defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content.

[63] In the instant case, the respondent, Jon Newton, admits that he hyperlinked to information that the appellants, Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd., allege to be defamatory. In the circumstances, Mr. Newton acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was deliberate. Inasmuch as one link made the allegedly defamatory material readily available, the requirements of the first component of publication are satisfied for that link. However, publication is not complete unless the plaintiff adduces evidence that satisfies, on a balance of probabilities, the requirements of the second component of publication: that a third party received and understood the information to which reference is made. I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence adduced with respect to the second component of publication is insufficient in this case. I would therefore dismiss the appeal with costs and add that Mr. Newton might also have been able to raise defences to liability for defamation.

### I. Background

[64] Two broad types of hyperlinks can be found on Web pages. The first and most common is an ordinary link. It is always user-activated: the Internet user clicks on a link on a Web page and is transferred to another page. The second type, which is often automatic but can also be user-activated, is created by a process referred to as “framing”. Unlike with ordinary links, in the case of framing, the Internet user does not leave the original Web page: information from another Web page appears in a “frame” on the page already accessed by the user. Where the framing is automatic, the content of other pages appears simultaneously in a frame when the user accesses the primary page. Moreover, a hyperlink can be either a “shallow” link to a site’s home page or a “deep” link to a page located on

de l’Internet, le simple renvoi à de l’information diffamatoire, en l’absence de preuve que quelqu’un en a bel et bien pris connaissance et l’a comprise, ne constitue pas une diffusion de celle-ci.

[63] En l’espèce, l’intimé, Jon Newton, reconnaît avoir renvoyé par le biais d’un hyperlien à de l’information que les appelants, Wayne Crookes et West Coast Title Search Ltd., qualifient de diffamatoire. Dans les circonstances, M. Newton était plus qu’un simple intermédiaire en rendant cette information disponible. Il agissait de manière délibérée. Dans la mesure où un seul lien rendait l’information prétendument diffamatoire immédiatement disponible, les exigences du premier volet de la diffusion sont satisfaites pour ce qui est de ce lien. Toutefois, on ne peut conclure qu’il y a eu diffusion tant que le plaignant n’a pas présenté des éléments de preuve qui satisfont, selon la prépondérance des probabilités, les exigences du deuxième volet de la diffusion, à savoir qu’un tiers a reçu l’information en cause et en a compris le sens. Je partage l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que la preuve produite à l’égard du deuxième volet de la diffusion est insuffisante. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens, et je note au passage que M. Newton aurait aussi possiblement pu invoquer les moyens de défense opposables à une action en diffamation.

### I. Le contexte

[64] Les hyperliens incorporés dans des pages Web appartiennent à l’une ou l’autre de deux grandes catégories. La première catégorie regroupe les liens ordinaires, qui sont les plus répandus. Il s’agit de liens activés par l’utilisateur : en cliquant sur un tel lien dans une page Web, l’utilisateur accède à une autre page. La deuxième catégorie regroupe les liens qui, de façon générale, sont automatiques, mais qui peuvent aussi être des liens activés par l’utilisateur. Ces liens sont le fruit d’un processus qu’on appelle le « cadrage ». Contrairement aux liens ordinaires, les liens qui résultent du cadrage font en sorte que l’internaute n’a pas à quitter la page Web originale : en activant un tel lien, il voit apparaître sur la page qu’il est en train de consulter un « cadre » dans lequel se trouve de l’information provenant

that site or another site. Both types of hyperlinks, as well as the distinction between shallow and deep links, have previously been referred to by the Court (*SOCAN; Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 4; and see, generally, M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3rd ed. 2010), at para. 2.43). In addition to Web pages, a variety of other forms of Internet communications can contain hyperlinks, including e-mail messages and on-line fora. In these reasons, the terms “hyperlink” and “link” will, unless otherwise specified, be used to refer to user-activated hyperlinks.

[65] On July 18, 2006, Mr. Newton published an article on his Web site. It was entitled “Free Speech in Canada” and contained the following passage:

Under new developments, thanks to the lawsuit, I’ve just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.

We’ve decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada’s ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[66] The underlined text in this passage constituted hyperlinks, which Mr. Newton admits he created. The evidence indicates that “OpenPolitics.ca” was a shallow link to the Web site in question, on which, Mr. Crookes alleges, several inter-linked articles defaming him could be found. The evidence further indicates that “Wayne Crookes”

d’une autre page Web. Dans les cas où le cadrage se fait de façon automatique, le contenu d’autres pages apparaît simultanément dans un cadre au moment où l’internaute accède à la page principale. De plus, l’hyperlien peut être soit un lien « superficiel » (aussi appelé lien « simple ») menant à la page d’accueil d’un site Web, soit un lien « profond », qui mène à une autre page du site ou d’un autre site. La Cour a déjà fait référence à ces deux catégories d’hyperliens ainsi qu’à la distinction à faire entre liens superficiels et liens profonds (*SOCAN; Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 4; et, voir de façon générale, M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3<sup>e</sup> éd. 2010), par. 2.43). Outre les pages Web, diverses autres formes de communication par Internet, notamment les courriels et les forums en ligne, peuvent contenir des hyperliens. Dans le présent pourvoi, les mots « hyperlien » et « lien » s’entendent d’hyperliens activés par l’utilisateur, sauf indication contraire.

[65] Le 18 juillet 2006, M. Newton a affiché sur son site Web un article qu’il avait rédigé et qui s’intitulait « *Free Speech in Canada* » (« La liberté d’expression au Canada »). L’article comprenait le passage suivant :

[TRADUCTION] Pour ce qui est des récents développements, qui découlent de la poursuite, je viens de rencontrer Michael Pilling, qui dirige OpenPolitics.ca. Établi à Toronto, il fait lui aussi l’objet d’une action en diffamation. Cette fois, c’est le politicien Wayne Crookes qui a intenté la poursuite.

Nous avons décidé de mettre en commun certaines de nos ressources pour attirer davantage l’attention sur l’état lamentable des règles vétustes et décrépités qui s’appliquent en matière de diffamation au Canada; demain, un article de Mike décrivant ses problèmes paraîtra sur p2pnet. Lui et moi publierons aussi très bientôt un communiqué de presse conjoint. [d.a., p. 125]

[66] Les mots soulignés dans ce passage sont des hyperliens que M. Newton reconnaît avoir créés. Il ressort de la preuve que « OpenPolitics.ca » était un lien superficiel menant au site Web même où, selon M. Crookes, figuraient plusieurs articles interreliés qui, toujours à ses dires, portaient atteinte à sa réputation. Il ressort également



was a deep link to an article on another Web site, www.USGovernetics.com, that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. These impugned hyperlinks were among seven different links contained in Mr. Newton's article and were both preceded and followed by other hyperlinks. All the hyperlinks and the information to which they referred the user could be accessed by the public on line without restrictions.

[67] On August 18, 2006, Mr. Crookes wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks "[OpenPolitics.ca](#)" and "[Wayne Crookes](#)" be removed. He received no response. On October 31, 2006, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks be removed. On November 9, 2006, Mr. Newton refused to do so. In response to interrogatories that were subsequently addressed to him, Mr. Newton offered the following explanation for his refusal to remove the hyperlinks: "I saw no need. It was merely a hyperlink" (A.R., at p. 186).

[68] As of February 1, 2008, the article "Free Speech in Canada" had been accessed 1,788 times. There is no information in the record on how many people — if any — read the allegedly defamatory material, or on whether any person who may have viewed the material accessed it by clicking on the two hyperlinks or by other means. The evidence is also silent on the behaviour of Internet surfers with respect to hyperlinks, and on the jurisdiction in which any individuals who may have read the hyperlinked material reside.

[69] Mr. Crookes and his company, West Coast Title Search Ltd., sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. The parties brought applications for summary trial and judgment under Rule 18A of the British Columbia *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90. Kelleher J. granted Mr. Newton's application and dismissed the action, finding that there had been no publication (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395).

de la preuve que « [Wayne Crookes](#) » était un lien profond menant à un article qui se trouvait dans un autre site Web, www.USGovernetics.com, et qui, selon M. Crookes, portait aussi atteinte à sa réputation. Ces hyperliens comptaient parmi sept liens que M. Newton avait incorporés dans son article; certains hyperliens les précédaient, d'autres les suivaient. N'importe qui pouvait, sans aucune restriction, consulter en ligne l'ensemble des hyperliens et le contenu auquel ils menaient.

[67] Le 18 août 2006, M. Crookes a écrit à M. Newton pour lui demander de retirer de son article les hyperliens « [OpenPolitics.ca](#) » et « [Wayne Crookes](#) ». Il n'a reçu aucune réponse. Le 31 octobre 2006, l'avocat de M. Crookes a, à son tour, écrit à M. Newton pour lui demander la même chose. Le 9 novembre 2006, M. Newton a déclaré qu'il refuserait de le faire. Interrogé plus tard à ce sujet, M. Newton a ainsi expliqué pourquoi il avait refusé de retirer les hyperliens : [TRADUCTION] « Je ne voyais pas pourquoi je devais le faire. Il s'agissait tout simplement d'un hyperlien » (d.a., p. 186).

[68] En date du 1<sup>er</sup> février 2008, l'article « *Free Speech in Canada* » avait été consulté 1 788 fois. Le dossier ne dit pas combien de personnes, s'il en est, ont lu les propos prétendument diffamatoires, et, le cas échéant, si elles en ont pris connaissance par le biais des deux hyperliens ou encore d'une autre façon. Par ailleurs, il n'y a aucun élément de preuve au sujet du comportement des internautes relativement aux hyperliens et du ressort où résident les personnes qui ont pu prendre connaissance des propos auxquels ils menaient.

[69] M. Crookes et son entreprise, West Coast Title Search Ltd., ont intenté une action en diffamation contre M. Newton en Colombie-Britannique. Les parties ont présenté des demandes de procès et de jugement sommaire en vertu de l'art. 18A des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90). Le juge Kelleher a accueilli la demande de M. Newton et rejeté l'action après avoir conclu qu'il n'y avait pas eu diffusion (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395).

[70] Kelleher J. rejected Mr. Crookes' contention that publication by Mr. Newton of the allegedly defamatory material should be presumed from the fact that he had created the hyperlinks. In the trial judge's view, the plaintiffs' failure to adduce any evidence that people had actually clicked on the hyperlinks and read the information was fatal to their position (paras. 20 and 24). Kelleher J. also concluded that the circumstances of the case did not support a finding of publication, drawing an analogy between a hyperlink and a footnote or a reference to a Web site in printed material (para. 29). Although the hyperlinks provided "immediate access to material published on another website" (para. 30), they did not make Mr. Newton a publisher of what readers would find if they chose to click on the link. Kelleher J. endorsed the proposition of the British Columbia Court of Appeal in *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, that "reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory [comment]" (para. 33). He cautioned, however, that this did not mean that a hyperlink can never lead to liability for defamation. If Mr. Newton had written "the truth about Wayne Crookes is found here" and the word "here" was a hyperlink to defamatory information, Kelleher J. might have concluded differently (para. 34).

[71] A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). The judges were unanimous in rejecting Mr. Crookes' argument that the creation of a hyperlink leads to a presumption of publication of the information to which the link points. Prowse J.A., who spoke for the court on this issue, noted that the legislature had provided for a presumption of publication in the case of broadcasts and newspapers, but not of the Internet (paras. 32-33). She was not prepared to create such a presumption on

[70] Le juge Kelleher a rejeté l'allégation de M. Crookes qu'il fallait présumer du fait que M. Newton avait créé les hyperliens que ce dernier avait publié les propos prétendument diffamatoires. Selon lui, les plaignants ne pouvaient avoir gain de cause car ils avaient omis de présenter de la preuve établissant que des personnes avaient effectivement suivi les hyperliens et lu les propos prétendument diffamatoires (par. 20 et 24). Il a également jugé que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas de conclure qu'il y avait eu diffusion, faisant une analogie entre l'hyperlien et la note de bas de page ou le renvoi à un site Web dans un document sur support papier (par. 29). Même si les hyperliens permettaient [TRADUCTION] « de prendre immédiatement connaissance de propos diffusés par le biais d'un autre site Web » (par. 30), il ne fallait pas en conclure que M. Newton avait diffusé ce que trouveraient les lecteurs qui décidaient de suivre le lien. Le juge Kelleher a donné son aval à la thèse adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, selon laquelle [TRADUCTION] « il ne faut pas conclure que le renvoi à un article contenant des propos diffamatoires, sans toutefois reprendre les propos eux-mêmes, constitue une rediffusion de ceux-ci » (par. 33). Il a toutefois ajouté, à titre de mise en garde, que cela ne voulait pas dire que la responsabilité pour diffamation ne pouvait jamais être engagée en raison d'un hyperlien. Si M. Newton avait écrit « c'est ici que se trouve la vérité au sujet de Wayne Crookes » et que, dans son texte, le mot « ici » était un hyperlien menant à de l'information diffamatoire, le juge Kelleher aurait peut-être tiré une autre conclusion (par. 34).

[71] La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Les juges ont rejeté à l'unanimité l'argument de M. Crookes qu'il faut présumer de la création d'un hyperlien que l'auteur de celui-ci a diffusé l'information à laquelle il mène. À cet égard, la juge Prowse, qui s'est exprimée au nom de la Cour d'appel sur cette question, a souligné que le législateur avait créé une présomption de diffusion qui s'appliquait à la radiodiffusion, à la télédiffusion et aux journaux, mais pas à l'Internet (par. 32-33). Elle n'était pas

the basis of the record before her, and she expressed the opinion that this was a matter that might more appropriately be determined by the legislature (para. 41).

[72] Saunders J.A. (Bauman J.A. concurring) wrote the reasons of the majority on the issue of whether publication could be inferred from the circumstances of the case. In her view, it could not. Accepting the bilateral nature of publication, she found that the hyperlinks did not satisfy the requirements of the first component of the definition of that term. She relied on the same jurisprudence as Kelleher J. in support of the proposition that merely referring to defamatory information without repeating it does not constitute publication (para. 81, citing *Carter*; *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952); *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946)). However, the circumstances of a case can demonstrate that a particular hyperlink invited or encouraged a reader to view the hyperlinked site, or that the information on that site was endorsed (para. 84). The majority held that there were no such circumstances in the instant case and that the way Mr. Newton presented the hyperlinks to potential users was “most comparable to a footnote for a reader, or a card index in a library” (para. 89). On the second component of publication, Saunders J.A. expressed the opinion that the bare number of 1,788 hits on Mr. Newton’s article was insufficient to support an inference that at least one person other than Mr. Crookes had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information (para. 92).

[73] Prowse J.A., dissenting, agreed with the majority on the first component of publication, but held that the circumstances of the case supported an inference that readers had been actively encouraged by Mr. Newton to click on the hyperlinks. In other words, the hyperlinks were being presented in such a way that they operated as more than simple footnotes. Furthermore, on the second aspect of publication, Prowse J.A. was prepared to infer that at least one person in British Columbia had clicked on the hyperlinks and read the impugned

disposée à créer une telle présomption sur la base du dossier dont elle était saisie, se disant d’avis que le législateur était mieux placé pour traiter de cette question (par. 41).

[72] La juge Saunders (le juge Bauman souscrivant à ses motifs) a rédigé les motifs de la majorité sur la question de savoir s’il était possible d’inférer des circonstances qu’il y avait eu diffusion. Selon elle, il n’était pas possible de le faire. Reconnaissant la nature bilatérale de la diffusion, elle a conclu que les hyperliens ne satisfaisaient pas aux exigences du premier volet de la définition de celle-ci. Elle a suivi la même jurisprudence que le juge Kelleher voulant que le simple renvoi à de l’information diffamatoire, sans toutefois en reprendre le contenu, ne constituait pas de la diffusion (par. 81, citant *Carter*; *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952); *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946)). Toutefois, selon elle, il pouvait ressortir des circonstances de l’espèce qu’un hyperlien donné constituait une invitation ou une incitation à consulter le site auquel il menait, ou encore que les propos se trouvant dans ce site avaient été adoptés (par. 84). Selon les juges majoritaires, ce n’était pas le cas en l’espèce, car la façon dont M. Newton avait présenté les hyperliens à ses éventuels lecteurs [TRADUCTION] « s’apparentait davantage à une note de bas de page ou une fiche de bibliothèque » (par. 89). En ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, la juge Saunders s’est dite d’avis que le nombre de visites de l’article de M. Newton, à savoir 1 788, ne permettait pas à lui seul d’inférer qu’au moins une personne autre que M. Crookes avait cliqué sur les hyperliens et lu l’information prétendument diffamatoire (par. 92).

[73] La juge Prowse, dissidente, a souscrit à l’opinion des juges majoritaires sur le premier volet de la diffusion, mais elle a conclu qu’il était possible d’inférer des circonstances que M. Newton avait incité activement ses lecteurs à suivre les hyperliens. En d’autres mots, les hyperliens étaient présentés de manière telle qu’ils jouaient un rôle plus important que celui de simples notes de bas de page. De plus, en ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, la juge Prowse était prête à inférer qu’au moins une personne en Colombie-Britannique avait

information. As a result, she found that there had been publication and stated that she would have allowed the appeal.

## II. Positions of the Parties

[74] Mr. Crookes argues that there is a presumption of publication whenever there are facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. Applying this proposition to hyperlinks, he contends that given the “deliberateness, immediacy and facilitation of access [to information]” that characterizes such links, the hyperlinked information should be understood to have been incorporated into the Web page on which the links were embedded. As a result, “[i]t can be reasonably inferred that embedding a hyperlink in the primary article brings the contents of the hyperlinked material to the knowledge of a third person [who accesses that article]” (A.F., at paras. 61-62).

[75] Building on these arguments, Mr. Crookes also submits that the circumstances of this case would support an inference of publication. He disputes the position of the majority of the Court of Appeal that Mr. Newton’s hyperlink was comparable to a footnote, arguing that “[i]n the present case the barrier to accessing the defamatory comment is attenuated. All that is required is a keystroke” (A.F., at para. 75). He endorses Prowse J.A.’s approach, supporting her finding that the context of Mr. Newton’s hyperlinks, together with the 1,788 hits on Mr. Newton’s article, was sufficient to support an inference that at least one of those who read the article had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information.

[76] As for Mr. Newton, he rejects the view that publication should be presumed or inferred in the case of hyperlinks. Furthermore, he supports the finding of Kelleher J. and of the majority of the Court of Appeal that the evidence of 1,788 hits on his article was insufficient to support a conclusion

cliqué sur les hyperliens et lu l’information visée. Par conséquent, elle a conclu qu’il y avait eu diffusion de l’information et était d’avis d’accueillir l’appel.

## II. Les arguments des parties

[74] Selon M. Crookes, il faut présumer qu’il y a eu diffusion dans les cas où il est raisonnablement possible d’inférer des faits que l’information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d’un tiers. Appliquant cette thèse aux hyperliens, il prétend que, compte tenu de [TRADUCTION] « l’accès voulu, immédiat, et facile [à l’information] » que procurent de tels liens, il faut comprendre que l’information à laquelle ils mènent a été incorporée dans la page Web principale où ils se trouvent. Ainsi, « [i]l est raisonnablement possible d’inférer que l’insertion d’un hyperlien dans l’article principal permet à un tiers [qui consulte cet article] de prendre connaissance des propos auxquels mène l’hyperlien » (m.a., par. 61-62).

[75] S’appuyant sur ces arguments, M. Crookes soutient également que les circonstances de l’espèce permettent d’inférer qu’il y a eu diffusion. Il conteste l’analyse des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui ont conclu que l’hyperlien de M. Newton s’apparentait à une note de bas de page, faisant valoir qu’[TRADUCTION] « [e]n l’espèce, l’obstacle à l’accès aux propos diffamatoires est atténué. Il suffit d’appuyer sur une touche » (m.a., par. 75). Il adopte l’approche de la juge Prowse, étayant sa conclusion que le contexte dans lequel les hyperliens de M. Newton figuraient, ainsi que les 1 788 visites de l’article de ce dernier, étaient suffisants pour que l’on puisse inférer qu’au moins une des personnes ayant lu l’article avait cliqué sur les hyperliens et lu l’information prétendument diffamatoire.

[76] M. Newton, lui, rejette l’idée qu’il faut présumer ou inférer qu’il y a diffusion dans le cas des hyperliens. En outre, il souscrit aux conclusions du juge Kelleher et des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle la preuve qu’il y a eu 1 788 visites de son article ne permet pas de conclure que

that readers of the article had actually clicked on the hyperlink and read the allegedly defamatory information (R.F., at para. 35).

[77] More fundamentally, Mr. Newton's position is that hyperlinking does not constitute publication: a user-activated hyperlink "involves no transmission, copying or presentation of the alleged defamation, no control over its content, and no control over whether a reader makes the choice to follow the hyperlink" (R.F., at para. 58). He disputes the view that the fact that a hyperlink facilitates access to the linked information should justify a finding of publication, since publication "only occurs when a message is both posted and read" (para. 57). He also submits that, since any user-activated hyperlink could to some degree be considered an "invitation" to click on the link, it would be wrong to find that there was publication on the basis of such an invitation. This submission, too, is based on the principle that publication is not complete until the allegedly defamatory information is read. Finally, the fact that the creation of a hyperlink was deliberate cannot in itself be the basis for a finding of publication, since the question is "whether the bilateral posting/reading test for publication is met, and the insertion of a hyperlink alone does not meet either part of the test" (para. 85).

### III. Positions of the Intervenors

[78] The intervenors in this appeal take divergent approaches to when, if ever, a hyperlink could be said to constitute publication of the information to which it refers. The approach of my colleague Abella J. most closely resembles that of the Canadian Civil Liberties Association, which argues that publication "should be reserved for those situations where an individual actually communicates the allegedly defamatory words" (Factum, at para. 52). The result my colleague reaches is also consistent with the position taken by a group of intervenors composed of print, broadcast and Internet media organizations. They argue that hyperlinks should never be equated with publication, because that would

les personnes qui ont lu l'article ont forcément suivi l'hyperlien et lu l'information prétendument diffamatoire (m.i., par. 35).

[77] Plus fondamentalement, M. Newton prétend que le simple fait de créer un hyperlien ne constitue pas de la diffusion : l'hyperlien activé par l'utilisateur [TRADUCTION] « ne comporte aucune transmission, reproduction ou communication de la prétendue diffamation, aucun contrôle sur son contenu, et aucun contrôle sur la décision d'un lecteur de suivre ou non l'hyperlien » (m.i., par. 58). Il conteste l'idée que le fait que l'hyperlien rende le contenu auquel il renvoie plus facilement accessible est suffisant pour conclure qu'il y a eu diffusion étant donné que celle-ci « n'a lieu que lorsque le message est affiché et lu » (par. 57). Il soutient également que comme tout hyperlien activé par l'utilisateur doit être considéré, dans une certaine mesure, comme une « invitation » à cliquer sur le lien, il serait erroné de conclure qu'il y a eu diffusion sur la base d'une telle invitation. Encore une fois, il se base sur le principe que la diffusion n'est complète que lorsque l'information prétendument diffamatoire est lue. Enfin, la création délibérée d'un hyperlien ne peut en soi établir qu'il y a diffusion, car il faut se demander « si le test bilatéral affichage/lecture en matière de diffusion est satisfait, la simple incorporation d'un hyperlien dans un texte ne suffisant pas à elle seule à satisfaire l'un ou l'autre des volets de ce test » (par. 85).

### III. Les arguments des intervenants

[78] Les approches respectives des intervenants divergent sur la question de savoir si et quand il est possible de conclure que la création d'un hyperlien équivaut à diffuser l'information à laquelle il renvoie. L'approche de ma collègue la juge Abella est celle qui s'apparente le plus à l'argument de l'Association canadienne des libertés civiles, qui soutient que la diffusion [TRADUCTION] « ne doit viser que les cas où la personne communique effectivement les propos prétendument diffamatoires » (mémoire, par. 52). Le résultat auquel parvient ma collègue est également conforme à l'argument de la coalition d'un groupe d'intervenants qui comprend des organisations du monde de la presse écrite, de la

threaten the ability of its members to compete and fulfil their mandates in the Internet age (Media Coalition Factum, at paras. 42-43).

[79] Certain other interveners — the British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”), the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (“CIPPIC”), and NetCoalition — accept that hyperlinking may constitute publication in appropriate circumstances, but seek to restrict those circumstances to instances involving variants of knowledge or explicit endorsement or adoption of linked information by the hyperlinker (e.g., BCCLA Factum, at paras. 22 and 24; CIPPIC Factum, at para. 2; NetCoalition Factum, at para. 4). CIPPIC takes this argument a step further, submitting that a plaintiff must prove publication on “a convincing evidentiary basis” (Factum, at para. 4). Finally, NetCoalition submits that, where a hyperlinker has not explicitly endorsed defamatory information or where there is no nexus between the hyperlink and such an endorsement, a defence of innocent dissemination should be available (Factum, at para. 34).

#### IV. Analysis

[80] When a plaintiff seeks to establish *prima facie* liability for defamation, the court must not only consider whether the impugned information can reasonably be said to be defamatory and whether it in fact refers to the plaintiff, but must also consider the question of publication to a third party, bearing in mind the bilateral nature of publication. To be published, defamatory words must be “communicated” (*Grant*, at para. 28). “Communication” means that a message is both sent in a comprehensible form, and received and understood. Publication does not occur until “the

radiodiffusion, de la télédiffusion et de l’Internet. Selon ces organisations, on ne devrait jamais considérer les hyperliens comme une forme de diffusion, sinon on risquerait de mettre en péril la capacité de leurs membres à se faire concurrence et s’acquitter de leurs mandats à l’ère de l’Internet (mémoire de la coalition des médias, par. 42-43).

[79] Certains autres intervenants, à savoir l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko (« CIPPIC ») et la NetCoalition, acceptent qu’il peut arriver, dans des circonstances appropriées, que la création d’hyperliens constitue de la diffusion d’information, mais ils souhaitent que cela se limite aux cas où il existe des éléments de connaissance, d’approbation ou d’adhésion explicite à l’information transmise par le créateur de l’hyperlien ou au fait qu’il l’adopte ou y adhère explicitement (p. ex., mémoire de l’ALCCB, par. 22 et 24; mémoire de la CIPPIC, par. 2; mémoire de la NetCoalition, par. 4). La CIPPIC pousse son argument encore plus loin, faisant valoir que le plaignant doit soumettre [TRADUCTION] « une preuve convaincante » pour prouver qu’il y a eu diffusion (mémoire, par. 4). Enfin, la NetCoalition avance que si le créateur d’un hyperlien n’a pas explicitement adhéré à l’information diffamatoire, ou s’il n’existe aucun lien entre l’hyperlien et une telle adhésion, il devrait pouvoir invoquer un moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi (mémoire, par. 34).

#### IV. L’analyse

[80] Lorsque le plaignant tente d’établir qu’à première vue la responsabilité pour diffamation est engagée, les tribunaux doivent non seulement se demander s’ils peuvent raisonnablement conclure que l’information visée est diffamatoire et qu’elle renvoie effectivement au plaignant, mais ils doivent également se pencher sur la question de la diffusion de l’information à un tiers, en ayant à l’esprit la nature bilatérale de la diffusion. Pour qu’il y ait diffusion, les mots diffamatoires doivent être « communiqués » (*Grant*, par. 28). La « communication » signifie que le message est, d’une part,

defamatory matter is brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff” (*McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696, at p. 704, *per* Duff J. (as he then was); *Brown*, at paras. 7.2 and 7.8; *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 164).

[81] To determine whether an act can form the basis for a finding of publication, it is first necessary to consider the nature of the act itself.

[82] Acts that may form the basis for a finding of publication and which may ultimately attract liability for defamation have never been limited to acts of the author or creator of the defamatory information. Rather, “[a]ll those jointly responsible for the publication are liable. Liability extends to all those who take part in the publication of the defamatory material, including those who merely cause or procure it to be published” (*Brown*, at para. 7.4 (footnotes omitted); *Gatley on Libel and Slander*, at p. 169; *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), at p. 344: “. . . where the libel is published in a newspaper or book, everyone who takes part in publishing it or in procuring its publication is *prima facie* liable”). As this Court noted in *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 75, “the design or agreement of persons to participate in acts which are tortious” is sufficient for them to be found liable for defamation as joint concurrent tortfeasors even if “they did not realize they were committing a tort”.

[83] Historically, it has been understood that the precise method employed to make information available is immaterial: “There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published” (*Brown*, at para. 7.3). In *Day v. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212, for example,

envoyé dans un format compréhensible, et, d’autre part, reçu et compris. La diffusion n’a pas lieu tant que [TRADUCTION] « les propos diffamatoires ne sont pas portés à la connaissance d’une personne autre que le plaignant par le défendeur ou son mandataire et compris par cette personne » (*McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696, p. 704, le juge Duff (plus tard Juge en chef); *Brown*, par. 7.2 et 7.8; *Gatley on Libel and Slander* (11<sup>e</sup> éd. 2008), p. 164).

[81] Pour savoir si un acte peut servir de fondement à une conclusion qu’il y a eu diffusion, il faut d’abord prendre en considération la nature de l’acte lui-même.

[82] Les actes qui peuvent servir de fondement à la conclusion qu’il y a eu diffusion et qui peuvent, en bout de ligne, engager la responsabilité pour diffamation n’ont jamais été limités aux actes de l’auteur ou du créateur de l’information diffamatoire. Au contraire, [TRADUCTION] « [l]a responsabilité conjointe de tous ceux qui ont participé à la diffusion est engagée, à savoir tous ceux qui ont participé à la diffusion des propos diffamatoires, y compris ceux qui ont simplement fait en sorte que ceux-ci soient diffusés » (*Brown*, par. 7.4 (notes en bas de page omises); *Gatley on Libel and Slander*, p. 169; *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), p. 344 : [TRADUCTION] « . . . dans les cas où le libelle est publié dans un journal ou un livre, la responsabilité de tous ceux qui participent à sa publication ou qui font en sorte qu’il soit publié est, à première vue, engagée »). Comme la Cour l’a souligné dans *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 75, « le fait pour des personnes de projeter de participer à des actes délictueux ou de s’entendre pour le faire, même s’ils ne se rendent pas compte qu’ils commettent un délit », est suffisant pour conclure à la responsabilité du défendeur pour diffamation à titre de coauteur d’un délit.

[83] Depuis longtemps, on considère que le mode particulier par lequel on rend l’information diffamatoire disponible n’a aucune importance : [TRADUCTION] « La façon dont l’information diffamatoire peut être diffusée ne connaît aucune limite » (*Brown*, par. 7.3). Dans *Day c. Bream*

a person who merely delivered parcels was held *prima facie* liable for putting them into publication; and in *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, a case referred to by my colleague Abella J., a printer's servant whose sole role was to "clap down" the printing press was found to be responsible for publication. However, the law has changed in the centuries that have elapsed since *Day v. Bream* and *R. v. Clerk*.

[84] The courts have begun incrementally to impose limitations on the nature and types of actions that can attract liability for defamation at common law. To understand this evolution, it will be helpful to look broadly at cases from both the United States and other common law jurisdictions, such as England and Australia. I note that in considering the U.S. cases, we must be mindful of the impact of the First Amendment on the protection of expression in the United States, and of certain significant statutory limits on liability (see comments to this effect: *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (Q.B.), at pp. 343-44; *Dow Jones & Co. v. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575, at para. 52).

[85] There appears to be an emerging consensus among the courts and commentators that only *deliberate* acts can meet the first component of the bilateral conception of publication. According to Prof. Brown, "a person must knowingly be involved in the process of publishing the relevant words" (para. 7.4 (emphasis added)). In *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, pleading that the defendants "said and did nothing" (para. 7) was held to be insufficient to support a finding of publication, because no tortious act had been alleged in relation to their silence (see also *Smith v. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342 (S.C.), at p. 355; *Wilson v. Meyer*, 126 P.3d 276 (Colo. Ct. App. 2005), at p. 281 ("[a] plaintiff cannot establish [publication] by showing that the defendant silently adopted a defamatory statement"); *Pond v. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (9th Cir. 1958), at p. 827 ("[s]ilence is not libel"); Brown, at para. 7.3). In

(1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212, par exemple, le défendeur, qui n'avait fait que livrer des colis, était, à première vue, responsable de les avoir diffusés; en outre, dans une décision à laquelle ma collègue la juge Abella a renvoyé, *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, il a été jugé que la responsabilité de l'employé d'un imprimeur, dont le seul rôle dans l'acte de diffusion consistait à [TRADUCTION] « appuyer sur » la presse, était engagée. Toutefois, le droit a changé au cours des siècles qui se sont écoulés depuis *Day c. Bream* et *R. c. Clerk*.

[84] Les cours se sont mises à imposer progressivement des limites à la nature et aux types d'actes susceptibles d'engager la responsabilité pour diffamation en common law. Pour comprendre cette évolution, il est utile de faire un bref survol des développements aux États-Unis et dans d'autres ressorts de common law, tels l'Angleterre et l'Australie. Je souligne que l'étude des décisions américaines doit se faire au regard de l'incidence que le Premier amendement a eue sur la protection de la liberté d'expression aux États-Unis et des limites importantes que la loi a imposées en matière de responsabilité (voir les observations dans ce sens : *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (B.R.), p. 343-344; *Dow Jones & Co. c. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575, par. 52).

[85] On commence à s'accorder, autant parmi les tribunaux que chez les auteurs, pour dire que seuls les actes *délibérés* peuvent satisfaire au premier volet de la nature bilatérale de la diffusion. Selon le professeur Brown, [TRADUCTION] « la personne doit sciemment participer au processus de diffusion des propos visés » (par. 7.4 (je souligne)). Dans *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, l'argument que les défendeurs [TRADUCTION] « n'ont rien dit et n'ont rien fait » (par. 7) a été jugé insuffisant pour conclure qu'il y avait eu diffusion, parce qu'aucun acte délictuel n'avait été allégué relativement à leur silence (voir également *Smith c. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342 (C.S.), p. 355; *Wilson c. Meyer*, 126 P.3d 276 (Colo. Ct. App. 2005), p. 281 ([TRADUCTION] « [le] plaignant ne peut pas établir qu'il y a eu [diffusion] en démontrant que le défendeur a tacitement fait siens des propos diffamatoires »); *Pond c. General Electric Co.*, 256 F.2d



*Scott v. Hull*, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970), at p. 162, a U.S. court held that “liability to respond in damages for the publication of a libel must be predicated on a positive act, on something done by the person sought to be charged”. I agree with this view.

[86] A deliberate act may occur in a variety of circumstances. In *Byrne v. Deane*, [1937] 1 K.B. 818 (C.A.), the defendants, proprietors of a golf club, were found to have published the words contained on a piece of paper that was posted on premises over which they held complete control. The defendants admitted to having seen the paper, but denied having written it or put it there. Although the words were ultimately found not to be defamatory, Greene L.J., concurring on the issue of publication, concluded that there are circumstances in which, by refraining from removing or obliterating defamatory information, a person might in fact be publishing it (at p. 838):

The test it appears to me is this: having regard to all the facts of the case is the proper inference that by not removing the defamatory matter the defendant really made himself responsible for its continued presence in the place where it had been put?

(See also *Hellar v. Bianco*, 244 P.2d 757 (Cal. Dist. Ct. App. 1952); *Tacket v. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶181-127 (N.S.W.S.C.).)

[87] *Byrne* and its progeny are consistent with the requirement that any finding of publication be grounded in a deliberate act. If a defendant was made aware (or had reason to be aware) of defamatory information over which he or she had sufficient control but decided to do nothing about it, this nonfeasance might amount to a deliberate act of approval, adoption, promotion, or ratification of the defamatory information (see, e.g., *Frawley v. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379

824 (9th Cir. 1958), p. 827 ([TRADUCTION] « [l]e silence ne constitue pas un libelle »); *Brown*, par. 7.3). Dans *Scott c. Hull*, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970), p. 162, un tribunal américain a affirmé que la [TRADUCTION] « responsabilité pour dommages causés par la diffusion d’un libelle doit être fondée sur l’accomplissement d’un acte, sur quelque chose qui a été fait par la personne que l’on cherche à accuser ». Je souscris à cette opinion.

[86] Une personne peut agir de façon délibérée dans diverses circonstances. Dans *Byrne c. Deane*, [1937] 1 K.B. 818 (C.A.), il a été conclu que les défendeurs, propriétaires d’un club de golf, avaient diffusé les propos en cause sur une feuille affichée dans des locaux sur lesquels ils exerçaient le plein contrôle. Les défendeurs ont admis avoir vu le document, mais ils ont nié l’avoir écrit ou affiché. Bien qu’il ait été statué, en bout de ligne, que les propos en cause n’étaient pas diffamatoires, le lord juge Greene, souscrivant à l’opinion de ses collègues sur la question de la diffusion, a conclu que dans certaines circonstances une personne qui omet de retirer ou d’éliminer des propos diffamatoires peut, en fait, se trouver à les diffuser (p. 838) :

[TRADUCTION] Il me semble que le critère est le suivant : compte tenu de l’ensemble des faits de l’espèce, l’inférence qu’il convient de tirer est-elle qu’en omettant de retirer les propos diffamatoires le défendeur se rendait vraiment responsable du fait que ces derniers demeuraient là où ils avaient été affichés?

(Voir également *Hellar c. Bianco*, 244 P.2d 757 (Cal. Dist. Ct. App. 1952); *Tacket c. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Urbanchich c. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶181-127 (N.S.W.S.C.).)

[87] L’arrêt *Byrne* et les décisions rendues dans sa foulée sont compatibles avec l’exigence selon laquelle pour conclure qu’il y a eu diffusion l’acte visé doit avoir été posé délibérément. Si le défendeur a été mis au courant de l’information diffamatoire sur laquelle il exerçait suffisamment de contrôle (ou qu’il avait des raisons de la connaître), sa décision de ne rien faire peut équivaloir à un acte délibéré, à savoir l’approbation, l’adoption, la promotion, ou la ratification de l’information diffamatoire (voir,

(AustLII)). The inference is not automatic, but will depend on an assessment of the totality of the circumstances. In *Underhill v. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII) (Q.B.), the defendant, who was treasurer and a board member of a charity, had been aware that an editorial levelling accusations against the plaintiff would be published, but took no action and gave no further thought to the matter. Although Tugendhat J. found that the defendant could have prevented the publication of the editorial, which the plaintiff alleged to be defamatory, he distinguished *Byrne*, concluding that the defendant's role as a board member was different from that of the proprietors in *Byrne* (para. 110).

[88] This requirement of a deliberate act has already been applied in the context of the Internet. In *Godfrey*, the defendant Internet service provider ("ISP") had received a "posting", which it stored on its news server. The plaintiff had notified the ISP that the posting was defamatory and requested that it be removed, but the defendant had allowed it to remain on its servers until it automatically expired 10 days later. The court held that the ISP's failure to act, once it had become aware of the defamatory information over which it had control, constituted an act of publication once an Internet subscriber had accessed the posting. In the circumstances of the case, the ISP's failure to act amounted to a deliberate act of approval, adoption, promotion or ratification of the defamatory information.

[89] In *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), the defendant ISPs were found not to be publishers because, even though they provided services, their role in the publication process was a passive one. This aspect of the decision in *Bunt* is a welcome development and should be incorporated into the Canadian common law. Those whose services are used to facilitate the communication of defamatory information may be shielded from responsibility for publication if they

p. ex., *Frawley c. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII)). L'inférence n'est pas automatique; elle dépend plutôt d'une appréciation de l'ensemble des circonstances. Dans *Underhill c. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII) (B.R.), le défendeur, trésorier et membre du conseil d'administration d'une organisation caritative, savait qu'un éditorial dans lequel des accusations étaient portées contre le plaignant serait publié, mais il a décidé de ne rien faire et n'a plus accordé d'attention à la question. Bien qu'il ait jugé que le défendeur aurait pu empêcher la diffusion de l'éditorial, qui, selon le plaignant, était diffamatoire, le juge Tugendhat a distingué cette affaire de l'arrêt *Byrne*, concluant que le rôle du défendeur, en sa qualité de membre du conseil d'administration, différerait de celui qui incombait aux propriétaires dans *Byrne* (par. 110).

[88] Cette exigence que l'acte en cause soit posé délibérément a déjà été appliquée dans le contexte de l'Internet. Dans *Godfrey*, le défendeur, un fournisseur de services Internet, avait reçu puis hébergé un article dans son serveur de nouvelles. Le plaignant l'avait informé de la nature diffamatoire de l'article et lui avait demandé de le retirer, mais le défendeur a décidé de le conserver dans ses serveurs jusqu'à ce qu'il expire automatiquement 10 jours plus tard. Le tribunal a conclu que l'inaction du défendeur, une fois mis au courant de l'information diffamatoire, sur laquelle il exerçait le plein contrôle, constituait un acte de diffusion une fois qu'un abonné en avait pris connaissance. Dans les circonstances, l'inaction du défendeur équivalait à un acte délibéré, à savoir l'approbation, l'adoption, la promotion, ou la ratification de l'information diffamatoire.

[89] Dans *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (B.R.), il a été conclu que les défendeurs, des fournisseurs de services Internet, n'avaient pas diffusé les propos en cause parce que même s'ils fournissaient des services ils jouaient un rôle passif dans le processus de diffusion. Ce volet de la décision *Bunt* est un heureux développement qu'il faudrait incorporer dans la common law canadienne. Ceux dont les services sont utilisés pour faciliter la communication d'une information

played a “passive instrumental role” in that process (para. 23).

[90] A case that illustrates the nature of activities engaged in by a person who plays the role of a mere conduit is *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.). In that case, the question was whether Google Inc. could be found to be the publisher of the search result “snippets” that were generated automatically by its search engine in response to search terms entered by users. Eady J. found that there was no publication, because Google Inc. played a passive instrumental role in facilitating the appearance of the snippets on the users’ screens (paras. 50-51).

[91] It should be plain that not *every* act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form might ultimately constitute publication. The plaintiff must show that the act is deliberate. This requires showing that the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available.

[92] The question that remains is whether, even with these emerging limits on the common law principle, further refinements are necessary. While I agree that improvements can be made, I do not share the view of my colleague Abella J. that the solution is to exclude references, including hyperlinks, from the scope of the publication rule. In my view, the proper approach is (1) to explicitly recognize the requirement of a deliberate act as part of the Canadian common law publication rule, and (2) to continue developing the rule incrementally in order to circumscribe the manner in which a deliberate act must make defamatory information available if it is to result in a finding of publication.

diffamatoire peuvent échapper à la responsabilité pour diffusion si le rôle qu’ils ont joué dans ce processus peut être qualifié de [TRADUCTION] « rôle instrumental passif » (par. 23).

[90] L’affaire *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (B.R.), fournit un exemple de la nature des activités menées par une personne qui agit comme simple intermédiaire. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si on pouvait conclure que Google Inc. était le diffuseur des [TRADUCTION] « entrefilets » générés automatiquement par son moteur de recherche en réponse aux termes de recherche lancés par des utilisateurs. Selon le juge Eady, il n’y avait pas eu de diffusion puisqu’en facilitant l’apparition de bribes d’information sur les écrans des utilisateurs Google Inc. avait joué un rôle instrumental passif (par. 50-51).

[91] Il devrait être évident que ce ne sont pas *tous* les actes rendant l’information diffamatoire disponible à un tiers dans un format compréhensible qui sont susceptibles de constituer, en bout de ligne, de la diffusion. En effet, le plaignant doit établir que l’acte en cause était délibéré. Pour ce faire, il doit démontrer qu’en rendant l’information disponible le défendeur jouait un rôle qui dépassait celui du simple intermédiaire qui joue un rôle instrumental passif.

[92] La question qui reste à trancher est de savoir si, même compte tenu des limites qui commencent à se dessiner en common law, davantage de raffinements sont nécessaires. Je suis certes d’accord qu’il est possible d’apporter des améliorations, mais je ne partage pas l’opinion de ma collègue la juge Abella que la solution consiste à exclure les renvois, y compris les hyperliens, de la portée de la règle en matière de diffusion. Selon moi, la démarche appropriée consiste à (1) reconnaître expressément que la règle en matière de diffusion en common law canadienne exige que l’acte visé ait été posé de manière délibérée, et (2) élaborer davantage la règle, de manière progressive, afin de préciser la façon dont l’acte délibéré doit rendre l’information diffamatoire disponible pour que l’on puisse conclure qu’il y a eu diffusion.

[93] More specifically, only where the plaintiff can establish on a balance of probabilities that the defendant performed a deliberate act that made defamatory information *readily available* to a third party in a comprehensible form will the requirements of the first component of publication be satisfied. Of course, before the court will make a finding of publication, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely, that the “defamatory matter [was] brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff” (*McNichol*, at p. 704).

[94] Whether defamatory information is readily available is a question of fact. A court asked to infer that information has been made readily available should consider all circumstances related to the ease with which a third party would be able to gain access to it. Defamatory information is readily available if, in the circumstances, it can be immediately accessed. In other words, there must be no meaningful barrier that would prevent a third party from receiving it. In practice, this will not effect a significant change to the common law, since, for the vast majority of acts that presently make information available, there is nothing to prevent the information in question from being received by third parties; they need only use their eyes to read or view it, or their ears to hear it. Of course, if those third parties cannot *understand* it, that is a separate concern, one that would on its own bar a finding of publication.

[95] But the requirement that defamatory information be readily available does result in an incremental change to the common law in those cases where the act complained of refers third parties to defamatory information. It narrows the circumstances in which the requirements of the first component of publication will be satisfied. In such instances, the totality of circumstances will reveal whether a third party can have immediate

[93] Plus particulièrement, ce n’est que dans les cas où le plaignant peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que le défendeur a posé un acte délibéré qui a eu pour effet de rendre l’information diffamatoire *immédiatement disponible* à un tiers, dans un format compréhensible, que les exigences du premier volet de la diffusion seront satisfaites. Bien entendu, pour que le tribunal puisse conclure qu’il y a eu diffusion, il faudra que le plaignant établisse également, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion soient satisfaites, à savoir que [TRADUCTION] « les propos diffamatoires [ont été] portés à la connaissance d’une personne autre que le plaignant par le défendeur ou son mandataire et compris par cette personne » (*McNichol*, p. 704).

[94] Déterminer si l’information diffamatoire en cause est immédiatement disponible est une question de fait. Le tribunal qui se penche sur la question doit tenir compte de l’ensemble des circonstances ayant trait à la facilité avec laquelle un tiers pourrait en prendre connaissance. Il y a lieu de conclure que l’information diffamatoire est immédiatement disponible si, dans les circonstances, le tiers peut immédiatement en prendre connaissance. En d’autres mots, aucun obstacle important ne doit empêcher le tiers de recevoir l’information. En pratique, cela ne produira pas de changement important de la common law, car, dans la grande majorité des cas, l’acte qui rend l’information accessible ne pose aucun obstacle aux tiers qui souhaitent en prendre connaissance : ceux-ci n’ont qu’à la lire ou à l’écouter, selon le cas. Bien entendu, s’ils ne peuvent *comprendre* le sens de l’information, il s’agit d’une préoccupation toute autre qui, à elle seule, ferait qu’on ne peut pas conclure à la diffusion.

[95] Mais l’exigence que l’information diffamatoire soit immédiatement disponible résulte bien en une modification progressive de la common law applicable dans les cas où l’acte reproché renvoie à de l’information diffamatoire. Elle limite les circonstances dans lesquelles les exigences du premier volet de la diffusion seront satisfaites. Dans ces cas, c’est l’ensemble des circonstances qui révélera si un tiers peut immédiatement prendre connaissance de

access — without any meaningful barriers — to the information to which the reference directs him or her.

[96] What should be clear from this is that not all forms of references are the same as regards the extent to which they facilitate access to the information in question. While my colleague's statement that "[h]yperlinks are, in essence, references" (para. 27) is superficially correct, it is inaccurate to equate a hyperlink with, for example, a footnote in a book. A footnote that does not actually reproduce the information to which the reader is being referred does not make that information readily available. The reader has to locate and obtain the document the footnote refers to and then find the information within the document. In contrast, an automatic hyperlink requires no action whatsoever, while an embedded deep hyperlink requires only the tap of a finger to gain access to the information. The effort involved is even less than that of turning a page in a book. Although it is of course true that hyperlinks are a form of reference, the extent to which they facilitate access and their ubiquity on the Internet cannot be overlooked.

[97] This Court has previously recognized the ease with which information can be accessed by means of a hyperlink. In *Dell*, a hyperlink to an arbitration clause was considered in relation to a provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, designed to deal with contractual stipulations — known as external clauses — that are physically separate from the contract itself. Adopting a contextual approach, the Court held that the hyperlinked arbitration clause should not be considered physically separate from the main contract document (at para. 97):

... it is difficult to accept that the need for a single command by the user [i.e. clicking on a single hyperlink] would be sufficient for a finding that the provision governing external clauses is applicable. Such an interpretation would be inconsistent with the reality of the Internet environment, where no real distinction

l'information en question sans devoir franchir un quelconque obstacle important.

[96] Il devrait ressortir du présent examen que les diverses formes de renvois ne sont pas toutes équivalentes pour ce qui est de la mesure dans laquelle elles rendent l'information en cause disponible. Bien que l'énoncé de ma collègue que « [l]es hyperliens constituent essentiellement des renvois » (par. 27) soit en apparence juste, il est inexact d'assimiler les hyperliens à de simples notes de bas de page dans un livre, par exemple. La note de bas de page qui ne reprend pas textuellement le contenu de l'information à laquelle elle renvoie ne la rend pas immédiatement disponible. En effet, le lecteur doit obtenir le document auquel elle fait mention et y trouver l'information en cause. Par contraste, l'hyperlien automatique n'exige absolument aucune action du lecteur, alors que l'hyperlien profond requiert seulement l'appui sur une touche pour obtenir l'information. L'effort que cela demande est moindre que celui de tourner une page dans un livre. Certes, il est vrai que les hyperliens constituent une forme de renvoi, mais la facilité d'accès à l'information qu'ils procurent et leur omniprésence dans l'Internet ne sauraient être ignorées.

[97] La Cour a déjà reconnu la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance d'une information par le biais d'un hyperlien. Dans *Dell*, il était question d'un hyperlien menant à une clause d'arbitrage au regard d'une disposition du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, visant des stipulations contractuelles — connues sous le nom de clauses externes — physiquement distinctes du contrat lui-même. Adoptant une approche contextuelle, la Cour a conclu que la clause d'arbitrage à laquelle renvoyait l'hyperlien ne devait pas être considérée comme étant physiquement distincte du document principal (par. 97) :

... il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes. Une telle interprétation serait détachée de la réalité de l'environnement Internet, où l'on ne fait pas de distinction concrète entre le déroulement du document

is made between scrolling through a document and using a hyperlink. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. There is no reason to favour one configuration over the other.

The arbitration clause in *Dell* was found to be reasonably accessible, since clicking on one hyperlink took the consumer directly to a page containing the terms and conditions of the sale, including the arbitration clause. Thus, there was no material distinction between having access to the clause by hyperlink and actually having a paper copy of it (at para. 100):

... the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page.

[98] What can be inferred from the circumstances in *Dell* is that the hyperlinked arbitration clause was, in fact, readily available: a link to it appeared on every Web page the consumer accessed, and all the consumer had to do to view the clause was to click on the link once (para. 100).

[99] Because the inquiry into availability is essentially factual, it would be neither prudent nor desirable to attempt to adopt a bright-line rule indicating the exact time when something becomes "readily" available. Such an approach could hinder the evolution of the common law. However, given the context of this appeal, a few specific observations about hyperlinks are in order. In determining whether hyperlinked information was readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink was user-activated or automatic, whether it was a shallow or a deep link, and whether the linked information was available to the general public (as opposed to being restricted). This list of factors is by no means exhaustive. Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced

et l'utilisation d'un hyperlien. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Il n'y a pas de raison de privilégier une configuration plutôt qu'une autre.

La clause d'arbitrage en cause dans *Dell* a été jugée raisonnablement accessible, car le consommateur n'avait qu'à cliquer sur un hyperlien pour consulter directement une page qui contenait les modalités de la vente, dont la clause d'arbitrage. Par conséquent, il n'y avait aucune distinction réelle entre le fait de pouvoir consulter la clause par le biais d'un hyperlien et celui d'avoir en sa possession une copie papier (par. 100) :

... cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.

[98] Ce qui peut être inféré des circonstances dans *Dell* est que la clause d'arbitrage à laquelle menaient les hyperliens était, en fait, immédiatement disponible. En effet, un lien menant à la clause figurait sur chacune des pages Web auxquelles le consommateur accédait, et celui-ci n'avait qu'à cliquer une seule fois avec sa souris pour la consulter (par. 100).

[99] L'examen relatif à la disponibilité étant essentiellement une question de fait, il ne serait ni prudent ni souhaitable de tenter de définir précisément à quel moment quelque chose devient « immédiatement » disponible. En effet, une telle approche pourrait nuire à l'évolution de la common law. Il est toutefois opportun, dans le contexte du présent pourvoi, de faire quelques observations précises au sujet des hyperliens. Pour décider s'il peut inférer que le contenu auquel mène un hyperlien est immédiatement disponible, le tribunal doit prendre en considération plusieurs facteurs, notamment le type d'hyperlien, s'il s'agit d'un lien activé par l'utilisateur ou d'un lien automatique, s'il s'agit d'un lien superficiel ou d'un lien profond, et si l'information à laquelle mène le lien est accessible au grand public (ou s'il s'agit plutôt d'un contenu à

information could be accessed will be relevant to the inquiry.

[100] The effect of this approach is *not* to create a “presumption of liability for all hyperlinkers”, as Abella J. suggests (para. 25). In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. Moreover, the plaintiff will also have to satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information.

[101] My colleague Abella J. states that “[r]eferencing on its own does not involve exerting *control* over the content” (para. 26 (emphasis in original)). Yet the concept of publication in the common law of defamation has never involved a rigid requirement of control. Instead, the inquiry has always been contextual: Did the defendant act knowingly and what were the consequences of his actions? (See Brown, at para. 7.3.) Although a formal distinction can of course be drawn between references and other acts of publication, this distinction evades the questions that are at the heart of the law of defamation. Where a person deliberately makes defamatory information readily available through the creation of a hyperlink, the very rationale for the tort of defamation comes into play.

[102] Because of the fluidity that characterizes the Internet and of the variety in types of hyperlinks, the Court should be particularly reluctant to fashion a bright-line rule. The approach it adopts must ensure that the law is properly attuned to how hyperlinks function in practice and how they may

accès restreint). Cette liste de facteurs n’est nullement exhaustive. Tout ce qui a une incidence sur la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance des propos auxquels renvoie l’hyperlien sera pertinent à cet égard.

[100] Cette démarche *n’a pas* pour effet de créer une « présomption de responsabilité à l’égard de tous ceux qui incorporent des hyperliens dans leurs textes », comme le suggère la juge Abella (par. 25). En effet, pour satisfaire aux exigences du premier volet de la diffusion, le plaignant doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a incorporé un hyperlien dans un texte a posé un acte délibéré rendant l’information diffamatoire immédiatement disponible à un tiers, dans un format compréhensible. En outre, le plaignant doit également établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion sont satisfaites, à savoir que le tiers a reçu et compris l’information diffamatoire.

[101] Ma collègue la juge Abella affirme que « [l]e fait de renvoyer à un contenu étranger à son texte [. . .] ne comporte pas, en soi, l’exercice d’un *contrôle* sur ce contenu » (par. 26 (en italique dans l’original)). Mais le concept de diffusion de la common law en matière de diffamation n’a jamais comporté une exigence stricte de contrôle. Au contraire, l’examen a toujours été contextuel : le défendeur a-t-il agi sciemment, et quelles ont été les conséquences de ses actes? (Voir Brown, par. 7.3.) Il est certes possible d’établir une distinction formelle entre les renvois et d’autres actes de diffusion, mais une telle distinction élude les questions qui sont au cœur du droit de la diffamation. Lorsqu’une personne rend délibérément de l’information diffamatoire immédiatement disponible en créant un hyperlien, les fondements mêmes du délit de la diffamation entrent en jeu.

[102] Compte tenu de la nature fluide de l’Internet et du fait qu’il existe divers types d’hyperliens, nous devrions nous montrer très réticents à formuler une règle stricte. La Cour doit veiller à ce que le droit soit compatible avec la façon dont fonctionnent les hyperliens et la manière dont ils pourraient

evolve in the future. Merely excluding hyperlinks from the scope of the publication rule will hardly make it possible to adapt the law of defamation to technological change.

[103] By exempting ISPs from liability for their passive conduct, U.S. legislators have, in the *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996), relied on the same criterion of deliberateness that exists in the common law of defamation. Nowhere does the American legislation suggest that those who deliberately create hyperlinks to defamatory material should be protected from liability. The cases cited by my colleague (at para. 28 of her reasons) all deal with the immunity enjoyed by ISPs and Web site operators with respect to defamatory content posted on line (*Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008)).

[104] In the English case of *Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII) (Q.B.), the issue was whether the words complained of were capable of referring to the claimant. The allegedly defamatory information in that case was an on-line text containing four hyperlinks. In concluding that the words complained of were capable of referring to the claimant, the court regarded the hyperlinked information as if it was incorporated into the message containing the hyperlinks. At a conceptual level, I see no difference between looking at the hyperlinked information to identify the defamed person and looking at it to find the defamatory words. I agree with Tugendhat J.'s statement in *Islam Expo* that the principles are the same.

[105] Finally, if hyperlinks are excluded from the traditional conception of publication, there is

se transformer dans l'avenir. La simple exclusion des hyperliens de la portée de la règle en matière de diffusion permettrait difficilement au droit de la diffamation de s'adapter aux changements technologiques à venir.

[103] En exemptant de toute responsabilité les fournisseurs de services Internet qui ne jouent qu'un rôle passif dans le processus de diffusion, le législateur américain s'est fondé, dans la *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996), sur le même critère du caractère délibéré qui existe dans la common law en matière de diffamation. La loi américaine ne laisse nullement entendre qu'il faut exonérer de responsabilité ceux qui créent délibérément des hyperliens menant à des propos diffamatoires. Les décisions auxquelles renvoie ma collègue (au par. 28 de ses motifs) traitent toutes de cas où les fournisseurs de services Internet et les personnes qui exploitaient des sites Web ont été exonérés de responsabilité relativement à des propos diffamatoires diffusés en ligne (*Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008)).

[104] Dans l'arrêt anglais *Islam Expo Ltd. c. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII) (B.R.), il était question de savoir si les propos reprochés pouvaient faire allusion à la demanderesse. L'information prétendument diffamatoire en cause était un texte en ligne comprenant quatre hyperliens. En concluant que les propos reprochés pouvaient faire allusion à la demanderesse, la cour a examiné l'information à laquelle menaient les hyperliens comme si elle avait été incorporée dans le texte lui-même. Or, je ne vois aucune différence, sur le plan conceptuel, entre le fait de prendre connaissance de l'information à laquelle l'hyperlien renvoie pour identifier la personne diffamée et celui d'en prendre connaissance pour y repérer les mots diffamatoires. Je souscris à l'affirmation du juge Tugendhat dans *Islam Expo* selon laquelle les principes sont les mêmes.

[105] Enfin, l'exclusion des hyperliens de la conception traditionnelle de la diffusion risque de



a risk that freedom of expression will be favoured over reputational interests despite this Court's pronouncement that they are "equally important" (*Hill*, at para. 121). Although I agree with my colleague that the most effective remedy for someone who has been defamed on line is to sue the person who created the defamatory material (para. 41), it may not always be possible to do so in the context of the Internet. A hyperlink can make public what was originally intended for only a select audience. Moreover, anonymity is easy to achieve on line, and who created the defamatory material may not always be known. If no remedy exists against "mere" hyperlinkers, persons defamed on line may in many cases not be able to protect their reputations.

[106] In sum, an approach that focuses on how a hyperlink makes defamatory information available offers a more contextual and more nuanced response to developments in communications media than merely excluding all hyperlinks from the scope of the publication rule.

[107] Of course, proving that the hyperlinker deliberately made the defamatory content readily available will satisfy only the requirements of the first component of publication. To satisfy the requirements of the second component, the plaintiff must demonstrate that a third party received and understood the defamatory information (*McNichol*, at p. 704; *Brown*, at paras. 7.2 and 7.8; *Gatley on Libel and Slander*, at p. 164).

[108] I agree with the Court of Appeal in the instant case that a legal presumption should not be created in this regard. The legislatures of certain provinces, including British Columbia, have created presumptions of publication that apply to particular communications media. Under the *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263, there is a presumption of publication in respect of "broadcast[s]" but not in respect of hyperlinks (s. 2). Since the legislature has seen fit to create a specific presumption

favoriser la liberté d'expression au détriment du droit à la réputation, et ce malgré la déclaration de la Cour que les deux sont « tout aussi important[s] » (*Hill*, par. 121). Bien que je souscrive à l'opinion de ma collègue que le recours le plus efficace dont dispose la personne victime de diffamation en ligne est d'intenter une poursuite contre l'auteur des propos diffamatoires (par. 41), un tel recours ne sera pas toujours possible dans le contexte de l'Internet. Un hyperlien peut avoir pour effet de rendre public ce qui, à l'origine, n'était censé viser qu'un auditoire ciblé. En outre, il est facile de conserver l'anonymat en ligne, et il se peut que l'identité de l'auteur des propos diffamatoires ne soit jamais révélée. S'il n'existe aucun recours contre de « simples » créateurs d'hyperliens, il pourrait souvent arriver que les personnes victimes de diffamation en ligne soient incapables de protéger leur réputation.

[106] En résumé, une approche qui met l'accent sur la façon dont l'hyperlien rend l'information diffamatoire disponible offre une réponse plus contextuelle et nuancée à l'évolution des moyens de communication que le simple fait d'exclure les hyperliens de la portée de la règle en matière de diffusion.

[107] Bien entendu, prouver que le créateur d'un hyperlien a délibérément rendu des propos diffamatoires immédiatement disponibles ne satisfera qu'aux exigences du premier volet de la diffusion. Pour que les exigences du deuxième volet soient satisfaites, le plaignant doit prouver qu'un tiers a reçu les propos diffamatoires et en a compris le sens (*McNichol*, p. 704; *Brown*, par. 7.2 et 7.8; *Gatley on Libel and Slander*, p. 164).

[108] Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne convient pas d'établir une présomption légale à cet égard. Dans certaines provinces, y compris en Colombie-Britannique, le législateur a établi des présomptions de diffusion qui s'appliquent à des types particuliers de moyens de communication. La *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 263, présume qu'il y a diffusion dans les cas où les propos visés sont [TRADUCTION] « radiodiffusés ou télédiffusés », mais non dans les cas où ils sont

of publication, the Court should refrain from creating a new one.

[109] Absent a presumption of publication, the requirements of the second component of publication can be satisfied either by adducing direct evidence or, and this is more likely, by asking the court to draw an inference. Inferring that defamatory information has been read and understood is not new. In *Gaskin*, the Court, quoting *Gatley on Libel and Slander*, observed (at p. 300):

It is not necessary for the plaintiff in every case to prove directly that the words complained of were brought to the actual knowledge of some third person. If he proves facts from which it can reasonably be inferred that the words were brought to the knowledge of some third person, he will establish a prima facie case.

[110] In the context of a hyperlink, an inference that a third party clicked on the link and read and understood the linked information will depend on a variety of factors, some of which may overlap with those considered when determining whether the linked content was made “readily available”. Some, but not necessarily all, of the factors a court can consider are: whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users.

véhiculés par des hyperliens (art. 2). Le législateur ayant jugé bon de créer une présomption précise en matière de diffusion, la Cour devrait hésiter à en reconnaître une nouvelle.

[109] En l’absence d’une présomption de diffusion, il est possible de satisfaire aux exigences du deuxième volet de la diffusion soit en produisant une preuve directe, soit, ce qui est plus probable, en demandant au tribunal de tirer une inférence. Inférer que des propos diffamatoires ont été lus et compris n’a rien de nouveau. Dans *Gaskin*, la Cour, citant *Gatley on Libel and Slander*, a affirmé ce qui suit (p. 300) :

[TRADUCTION] Il n’est pas toujours nécessaire que le plaignant prouve directement que les propos reprochés ont bel et bien été portés à la connaissance d’un tiers quelconque. S’il établit l’existence de faits qui permettent de raisonnablement inférer que les propos ont été portés à la connaissance d’un tiers quelconque, il aura prouvé prima facie que sa cause possède un fondement.

[110] Dans le contexte d’un hyperlien, l’inférence qu’un tiers a cliqué sur le lien et lu et compris l’information à laquelle celui-ci renvoie dépendra de divers facteurs, dont certains peuvent chevaucher ceux qu’il faut prendre en compte en se demandant si le contenu en question a été rendu « immédiatement disponible ». Ainsi, un tribunal peut, entre autres — il ne s’agit pas d’une liste exhaustive —, prendre en compte les facteurs suivants : s’il s’agissait d’un lien activé par l’utilisateur ou automatique; s’il s’agissait d’un lien profond ou superficiel; si la page contenait plus d’un hyperlien et, dans l’affirmative, l’endroit où se trouvait le lien contesté par rapport aux autres liens; le contexte dans lequel le lien était présenté aux utilisateurs; le nombre de visites de la page contenant l’hyperlien; le nombre de visites de la page où figurait l’information auquel le lien renvoyait (avant que ce dernier n’ait été affiché et après qu’il l’a été); si les sites Web en cause étaient accessibles au grand public ou s’il s’agissait plutôt de sites à accès restreint; si des changements avaient été apportés à l’information à laquelle menait le lien et, le cas échéant, le lien qui existait entre ces changements et le nombre de visites de la page dans laquelle se trouvait l’information; et enfin, la preuve relative au comportement des internautes.

[111] Abella J. indicates that merely referring to defamatory material does not constitute publication of it (para. 42). Insofar as this means that a simple reference should not attract liability for defamation absent evidence that satisfies the requirements of *both* components of publication on a balance of probabilities, I agree. But if it means that a simple reference cannot form the basis for a finding of publication without actually expressing something defamatory, I cannot agree.

[112] As the Court held in *Grant*, at para. 28, a plaintiff in an action for defamation is required to prove three things to succeed: (1) that the impugned words were defamatory, (2) that the words referred to the plaintiff and (3) that they were published. Once the plaintiff establishes *prima facie* liability for defamation, the onus shifts to the defendant to raise any available defences. There are some defences that are worth discussing briefly in the context of hyperlinking.

[113] The Court has in the past alluded to the existence of an “innocent dissemination” defence: *SOCAN*. In that case, this defence was described as follows (at para. 89):

... the defence of innocent dissemination [is] sometimes available to bookstores, libraries, news vendors, and the like who, generally speaking, have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel . . .

[114] In my view, the innocent dissemination defence should be made available to hyperlinkers, provided that the criteria mentioned in *SOCAN* are satisfied. There are good reasons for so holding. Hyperlinkers have not created or developed the information to which they link. Moreover, although the creation of a hyperlink may often be a deliberate act that makes the creator’s role more than a passive one, the hyperlinker often has little

[111] Dans ses motifs, la juge Abella mentionne que le simple renvoi à des propos diffamatoires n’équivaut pas à une diffusion de ceux-ci (par. 42). Je suis d’accord dans la mesure où elle veut dire par là qu’un simple renvoi, en l’absence de preuve satisfaisant, selon la prépondérance des probabilités, les exigences des *deux* volets de la diffusion, n’est pas suffisant pour conclure à la responsabilité pour diffamation. Mais je ne peux souscrire à cette affirmation si elle signifie qu’un simple renvoi ne peut servir de fondement pour conclure qu’il y a diffusion dans le cas où il ne véhicule pas lui-même des propos diffamatoires.

[112] Comme la Cour l’a conclu dans *Grant*, au par. 28, celui qui intente une action en diffamation doit prouver trois éléments pour avoir gain de cause : (1) que les mots en cause sont diffamatoires, (2) que ces mots visent le demandeur et (3) qu’ils ont été diffusés. Si le demandeur parvient à établir que la responsabilité du défendeur pour diffamation est, à première vue, engagée, il incombe alors à ce dernier d’invoquer les moyens de défense qui sont à sa disposition. Certains moyens de défense méritent de brefs commentaires dans le contexte des renvois par hyperlien.

[113] La Cour a déjà fait allusion à l’existence d’un moyen de défense fondé sur la « diffusion de bonne foi » : *SOCAN*. Dans cet arrêt, ce moyen de défense a été décrit de la façon suivante (par. 89) :

... [le] moyen de défense [est] fondé sur la diffusion de bonne foi dont peuvent parfois se prévaloir librairies, bibliothèques, marchands de journaux et commerçants apparentés qui, de façon générale, n’ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n’ont aucune raison de supposer son existence et n’ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas . . .

[114] À mon avis, les personnes qui créent des hyperliens devraient pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi, à condition de satisfaire aux critères énoncés dans *SOCAN*. De bonnes raisons justifient cette conclusion. Les personnes qui créent des hyperliens n’ont pas elles-mêmes créé ou développé l’information à laquelle ceux-ci renvoient. En outre, même s’il arrive souvent que la création d’un hyperlien soit

control, if any, over the linked information. This last point is significant given the dynamic nature of the Internet. A hyperlink may originally be created to link to information that is not defamatory, but the linked information may subsequently be altered so as to become defamatory without the hyperlinker's knowledge. In such circumstances, provided that the criteria mentioned in *SOCAN* are satisfied, the innocent dissemination defence should operate until the moment the hyperlinker becomes aware that he or she is now linking to allegedly defamatory information. If this defence were widely available, it should dissuade overeager litigants from having a chilling effect on hyperlinking on the Internet.

[115] Even when the innocent dissemination defence is not available to hyperlinkers, other defences may apply, such as those of fair comment (*WIC*) and of responsible communication on matters of public interest (*Grant*). In *Grant*, the Court, quoting *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, at para. 54, made the latter defence “available to anyone who publishes material of public interest in any medium” (para. 96). Moreover, it defined the concept of “public interest” expansively (at para. 106):

Public interest is not confined to publications on government and political matters, as it is in Australia and New Zealand. Nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”, as in the American jurisprudence since *Sullivan [New York Times Co. v. Sullivan]*, 376 U.S. 254 (1964). Both qualifications cast the public interest too narrowly. The public has a genuine stake in knowing about many matters, ranging from science and the arts to the environment, religion and morality. The democratic interest in such wide-ranging public debate must be reflected in the jurisprudence.

le fruit d'un acte délibéré et que le créateur joue plus qu'un simple rôle passif, ce dernier n'exerce souvent que peu de contrôle, voire aucun, sur l'information à laquelle l'hyperlien renvoie. Ce dernier point est important, compte tenu de la nature dynamique d'Internet. Un hyperlien peut avoir été créé à l'origine pour mener à de l'information qui n'est pas diffamatoire, mais cette information peut par la suite être modifiée de telle sorte qu'elle le devient, et ce, à l'insu de la personne qui a créé l'hyperlien. Dans ces circonstances, à condition que les critères énoncés dans *SOCAN* soient par ailleurs remplis, cette personne devrait pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi jusqu'à ce qu'elle apprenne que son hyperlien mène désormais à de l'information prétendument diffamatoire. Le fait qu'on puisse facilement invoquer ce moyen de défense devrait dissuader les plaignants trop vindicatifs d'entraver l'usage des hyperliens.

[115] Même dans les cas où ils ne peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi, les créateurs d'hyperliens pourront possiblement se prévaloir d'autres moyens de défense, tels la défense du commentaire loyal (*WIC*) et celle de la communication responsable concernant des questions d'intérêt public (*Grant*). Dans *Grant*, la Cour, citant *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, par. 54, a affirmé que « quiconque diffuse du matériel d'intérêt public, quel que soit le média » (par. 96), peut se prévaloir de ce dernier moyen de défense. En outre, la Cour a défini la notion d'« intérêt public » de façon large (par. 106) :

L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques, comme c'est le cas en Australie et en Nouvelle-Zélande. Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public » comme l'exige la jurisprudence américaine depuis *Sullivan [New York Times Co. c. Sullivan]*, 376 U.S. 254 (1964). Dans ces deux cas, l'intérêt public est défini de façon trop étroite. Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence.

[116] These defences, when available, would enable the hyperlinker to justify his or her conduct and avoid liability.

[117] It should be evident that the law of defamation, viewed as a whole, is the result of a sustained effort to maintain a balance between the protection of reputation and freedom of expression. An approach that limits the discussion to the fact that what is in issue is a reference and disregards the context, including the nature of the reference and the various aspects of the law of defamation, is too narrow. In my view, the question of publication must be approached from a wider perspective, bearing in mind the incremental adjustments made to the law of defamation in recent years (e.g., *WIC* and *Grant*). Moreover, any further adjustments to defamation law should also be made incrementally, not by way of a sweeping declaration that treats all forms of reference alike and rules out the possibility of a reference to defamatory material supporting a finding of publication.

#### V. Application

[118] Mr. Newton admits that he created the two hyperlinks which refer readers to the allegedly defamatory information.

[119] Mr. Newton's involvement in creating the hyperlinks cannot be described as a passive instrumental role equivalent to that of a mere conduit, such as an ISP or a telephone carrier. His acts were deliberate. Moreover, it is common ground that the allegedly defamatory information to which Mr. Newton linked was available to Internet users in a comprehensible form, and without restrictions. The question is whether the information was readily available.

[120] The first link, "[OpenPolitics.ca](#)", was a shallow link to the Open Politics Web site. The evidence indicates that to consult the allegedly defamatory articles on that Web site, Internet users who

[116] Ces moyens de défense, dans les cas où ils peuvent être invoqués à bon droit, permettent à la personne qui a créé l'hyperlien de justifier ses actes et d'échapper à toute responsabilité.

[117] Il devrait être évident que le droit de la diffamation, pris dans son ensemble, résulte d'efforts soutenus visant à maintenir un équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. Une approche qui réduit le débat à la seule question du renvoi sans faire place au contexte, y compris la nature du renvoi en cause et les divers aspects du droit de la diffamation, est trop étroite. Selon moi, il convient d'aborder la question de la diffusion dans une perspective plus large qui tient compte des ajustements qui ont été progressivement apportés au droit de la diffamation au cours des dernières années (p. ex., *WIC* et *Grant*). En outre, tout nouvel ajustement au droit de la diffamation doit également se faire de façon progressive et non en énonçant de manière radicale une règle qui ne fait aucune distinction parmi les diverses formes de renvoi et élimine toute possibilité que la diffusion de propos diffamatoires puisse résulter du simple renvoi à ceux-ci.

#### V. Application

[118] M. Newton reconnaît avoir créé les deux hyperliens qui renvoient à l'information prétendument diffamatoire.

[119] On ne saurait conclure qu'en participant à la création des hyperliens M. Newton ne jouait qu'un rôle instrumental passif, semblable à celui d'un simple intermédiaire, tel un fournisseur de services Internet ou téléphoniques. Ses actes étaient délibérés. De plus, nul ne conteste que l'information prétendument diffamatoire à laquelle renvoyaient les hyperliens qu'il avait créés était disponible sans restriction aucune, dans un format compréhensible. La question qui se pose est de savoir si l'information était immédiatement disponible.

[120] Le premier lien, intitulé « [OpenPolitics.ca](#) », était un lien superficiel menant au site Web Open Politics. La preuve révèle que pour consulter les articles dans ce site Web, les utilisateurs qui

initially clicked on the shallow link would then have had to take further action (i.e. click on other links) to locate them.

[121] The second link, “Wayne Crookes”, was a deep link to an article on [www.USGovernetics.com](http://www.USGovernetics.com) that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. Clicking on the link would take a user directly to the allegedly defamatory information.

[122] Both of these hyperlinks appeared in an article entitled “Free Speech in Canada”, which contained five other hyperlinks. The article dealt with free speech and defamation law, and referred to lawsuits concerning these issues. There were 1,788 hits on it between July 18, 2006, when it was created, and February 1, 2008.

[123] There is nothing in the record that indicates whether anyone other than Mr. Crookes clicked on any of the links. Nor is there any information, from any point in time, on the number of hits on the Web pages containing the allegedly defamatory statements. And no evidence has been presented regarding the behaviour of Internet users.

[124] Having regard to the totality of the circumstances, I am not prepared to infer in this case that the link to the Open Politics Web site made the defamatory content readily available. Because this was a shallow link, the reader would have to take further action in order to find the defamatory material. Exactly what action would have been necessary is unclear, but the evidence indicates that the various articles were not placed on the site’s home page and that they had separate addresses. This constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. Insofar as Mr. Crookes’ defamation action against Mr. Newton is premised on this hyperlink, it cannot succeed.

[125] However, I am prepared to infer that the “Wayne Crookes” link to the allegedly defamatory article on [www.USGovernetics.com](http://www.USGovernetics.com) did make

avaient initialement cliqué sur le lien superficiel devaient poursuivre leur navigation (c.-à-d. cliquer à nouveau) pour y parvenir.

[121] Le deuxième lien, intitulé « Wayne Crookes », était un lien profond menant à un article sur [www.USGovernetics.com](http://www.USGovernetics.com) qui, selon M. Crookes, était également diffamatoire. En cliquant sur le lien, l'utilisateur obtenait directement l'information prétendument diffamatoire.

[122] Les deux hyperliens figuraient dans l'article intitulé « *Free Speech in Canada* », qui contenait cinq autres hyperliens. L'article portait sur la liberté d'expression et le droit de la diffamation et faisait mention de poursuites relativement à ces questions. Il y a eu 1 788 visites de cet article entre le moment où il a été créé, le 18 juillet 2006, et le 1<sup>er</sup> février 2008.

[123] Le dossier ne contient aucun renseignement permettant de savoir si une personne autre que M. Crookes a cliqué sur l'un ou l'autre des liens. Il ne contient pas non plus de renseignement, eu égard à quelque moment que ce soit, sur le nombre de visites des pages Web qui contenaient les propos prétendument diffamatoires. Aucune preuve n'a été produite au sujet du comportement des internautes.

[124] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne suis pas disposée à inférer que le lien menant au site Web Open Politics rendait le contenu diffamatoire immédiatement disponible. Comme il s'agissait d'un lien superficiel, le lecteur devait naviguer davantage afin de trouver ce contenu. On ignore ce qu'il fallait faire exactement pour y parvenir, mais il ressort de la preuve que les divers articles ne figuraient pas sur la page d'accueil du site Web et qu'ils avaient des adresses distinctes. Cela constituait un obstacle important que les tiers devaient franchir pour obtenir l'information visée. Dans la mesure où l'action en diffamation intentée par M. Crookes contre M. Newton est fondée sur cet hyperlien, elle ne saurait être accueillie.

[125] Je suis toutefois disposée à inférer que le lien intitulé « Wayne Crookes », qui menait à l'article prétendument diffamatoire figurant dans le site

the content of that article readily available. It was a deep link. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link. The effort required to do this is not significantly different from the effort that would be required to move up or down the same page to read the article. A single click does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, Mr. Crookes has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned.

[126] On the second component of publication, I agree with the Court of Appeal, which was unanimous on this point, that the courts should not create a presumption of publication with respect to hyperlinks. As I mentioned above, and as Prowse J.A. explained (at para. 41), the creation of a new presumption in this field is a matter that would be better left to the legislature.

[127] The determinative question is therefore whether Mr. Crookes has proven facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence in this case does not support such an inference. I come to this conclusion mindful of the Internet context, the nature of Mr. Newton's article, the way the various links were presented, the facts that the "Wayne Crookes" link was the third of seven links contained in Mr. Newton's article and that at least one shallow link appeared before it, and the number of hits on the article between July 18, 2006, and February 1, 2008. Numbers take on a different meaning in the context of the Internet. The number of hits on Mr. Newton's article — 1,788 — in the 18-month period does not provide a sufficient basis for concluding that out of the seven hyperlinks, someone has both clicked on the only link that made the defamatory information readily available and read that information.

www.USGovernetics.com, rendait effectivement le contenu de cet article immédiatement disponible. Il s'agissait d'un lien profond. Pour consulter l'article, le lecteur n'avait qu'à activer l'hyperlien d'un seul clic de souris. Cette action n'est pas très différente de celle de parcourir la même page afin de lire l'article. Le simple fait de devoir cliquer pour lire les propos ne constitue pas un obstacle à leur disponibilité. Par conséquent, M. Crookes a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du premier volet de la diffusion étaient satisfaites pour ce qui est de ce lien.

[126] En ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel, unanime sur ce point, que les tribunaux ne devraient pas créer de présomption de diffusion relativement aux hyperliens. Comme je l'ai déjà mentionné, et comme l'a expliqué la juge Prowse (au par. 41), il vaut mieux laisser au législateur le soin de créer une nouvelle présomption dans ce domaine.

[127] La question déterminante est donc celle de savoir si M. Crookes a établi des faits qui permettent raisonnablement d'inférer que l'information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d'un tiers quelconque. Sur ce point, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel que la preuve ne permet pas de tirer une telle inférence. J'en suis venue à cette conclusion en ayant à l'esprit le contexte de l'Internet, la nature de l'article de M. Newton, la façon dont les divers liens étaient présentés, le fait que le lien « Wayne Crookes » était le troisième d'une série de sept liens incorporés dans cet article, le fait qu'il y avait au moins un lien superficiel avant ce lien, et le nombre de visites de l'article entre le 18 juillet 2006 et le 1<sup>er</sup> février 2008. Le nombre de fois qu'on fait quelque chose a une signification particulière dans le contexte de l'Internet. Le nombre de visites de l'article de M. Newton pendant la période de 18 mois en cause, à savoir 1 788, n'est pas suffisant pour conclure que quelqu'un a utilisé le seul lien — parmi les sept hyperliens incorporés dans l'article — qui rendait l'information diffamatoire immédiatement disponible et lu cette information.

[128] In Internet law, as it presently stands, a bare number of hits will tell the trier of fact very little. As the majority of the Court of Appeal noted (at para. 92):

In the context of internet life, we have no way to assess the volume of “hits” here compared to the norm, the usual behaviour of internet readers or “surfers”, or the jurisdiction in which they reside. The conclusion drawn by my colleague is, with respect, tantamount to a presumption that in the case of a website accessed to any significant extent, there has been communication of the offensive material. . . . There may be cases in which more is known supporting such an inference, but such is not the case here where all that is before us is the bald number of hits. In my view there is an insufficient basis upon which to make such an inference . . . .

[129] Because Mr. Crookes has not established facts supporting the second component of publication, he cannot succeed in his defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks.

[130] As a final comment, I would point out that, even if Mr. Newton had been found *prima facie* to be liable for defamation, he could likely, having regard to the record before the Court, have raised one of the existing defences, given that his article concerned matters that were arguably of public interest. I conclude that the hyperlinks at issue in this case did not result in publication of the information to which they referred the reader, and I would therefore dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver; Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.*

[128] Dans l'état actuel du droit de l'Internet, les juges des faits ne peuvent pas déduire grand-chose d'un simple nombre de visites d'une page Web. La majorité de la Cour d'appel a souligné ce qui suit (par. 92) :

[TRADUCTION] Dans le contexte de l'Internet, il nous est impossible d'apprécier le nombre de « visites » en cause dans la présente affaire en fonction de la norme, du comportement habituel des lecteurs de contenu dans l'Internet, ou « internautes », ou du ressort où ils résident. En toute déférence, j'estime que la conclusion tirée par mon collègue revient à présumer qu'il y a eu communication des propos choquants si le site Web où ils se trouvent a été assez souvent consulté. [. . .] Il se peut que dans certains cas on dispose de plus de renseignements permettant de faire une telle inférence, mais ce n'est pas le cas en l'espèce, où nous ne disposons que du nombre de visites. Selon moi, il n'y a pas de fondement suffisant pour faire une telle inférence en l'espèce . . . .

[129] Comme M. Crookes n'est pas parvenu à établir les faits qui auraient permis de satisfaire au deuxième volet de la diffusion, l'action en diffamation qu'il a intentée relativement à l'un ou l'autre des hyperliens contestés ne saurait être accueillie.

[130] En dernier lieu, j'aimerais souligner que même s'il avait été conclu qu'à première vue la responsabilité de M. Newton pour diffamation était engagée, celui-ci aurait probablement pu, compte tenu du dossier dont la Cour disposait, invoquer l'un des moyens de défense existants en faisant valoir que son article traitait de questions d'intérêt public. Je conclus que les hyperliens en cause dans la présente affaire n'ont pas diffusé l'information à laquelle ils renvoyaient et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Taylor Jordan Chafetz, Vancouver; Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.*



*Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener NetCoalition: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante NetCoalition : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, PEN Canada et Canadian Publishers' Council : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*