

EQUUSTEK V GOOGLE: LA RHÉTORIQUE DE LA VIRTUALITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Guillaume Laganière*

Cet article propose une approche originale du débat sur le cyberspace en droit international privé à partir de l'affaire Equustek v Google, présentement devant la Cour suprême du Canada. L'auteur regroupe la rhétorique qui s'en dégage sous deux thèmes, soit la virtualité et l'internationalisme. La rhétorique de la virtualité appelle à la modification des rattachements territoriaux classiques en raison de leur incompatibilité avec le cyberspace. La rhétorique de l'internationalisme appelle plutôt à la modification des rattachements territoriaux classiques en soulignant les vertus de la mondialisation et de l'innovation.

L'auteur soumet que la réforme du droit international privé canadien dans les années 1990 correspond à la nature des défis juridiques posés par la démocratisation d'un cyberspace « dépourvu de frontières ». Le cyberspace doit ainsi être envisagé à la lumière des règles de droit international privé telles que façonnées par la rhétorique internationaliste. Cette analyse permet de mieux comprendre les forces à l'œuvre dans l'affaire Google, les attitudes et les positionnements qui la sous-tendent. Elle permet aussi de juger plus adéquatement des implications juridiques du cyberspace en droit international privé.

L'auteur conclut en soumettant que les considérations politiques et sociales guident le développement des règles de conflits bien davantage que la spécificité technique d'un moyen de communication donné. La règle de conflit ne se développe pas dans l'abstrait et le discours juridique qui y est associé ne devrait pas l'être non plus.

This paper examines the case of Equustek v Google, currently pending before the Supreme Court of Canada, and proposes a novel approach to the cyberspace debate in private international law. The author classifies

* Candidat au doctorat en droit (DCL) à l'Université McGill et avocat en litige civil et commercial chez Woods s.e.n.c.r.l. L'article s'inspire du mémoire de maîtrise de l'auteur intitulé « Droit international privé et cyberspace : fondements d'une approche renouvelée » déposé à l'Université McGill en 2012 et disponible en ligne <www.digitool.Library.McGill.CA:80/R/-?func=dbin-jump-full&object_id=114435&silos_library=GEN01>. Remerciements à la professeure Geneviève Saumier, à Me Gabriel-Arnaud Berthold et aux évaluateurs anonymes de la *Revue du Barreau canadien* pour leurs commentaires sur cet article. Remerciements additionnels au professeur Pierre-Emmanuel Moysé pour sa supervision à la maîtrise et au professeur Vincent Gautrais pour ses commentaires à titre d'évaluateur externe du mémoire. Toute erreur demeure celle de l'auteur.

the rhetoric of the debate under two different themes: virtuality and internationalism. The virtuality rhetoric calls for the adaptation of traditional territorial connections as a result of their so-called incompatibility with cyberspace. The rhetoric of internationalism rather calls for the adaptation of traditional territorial connections by highlighting the virtues of globalization and innovation.

The author argues that the reform of Canadian private international law in the 1990s matches the legal challenges associated with an allegedly “borderless” cyberspace. Thus, cyberspace must be considered in light of the rules of private international law as shaped by internationalist rhetoric. This analysis provides insight into the forces at work in the Google case and the positions underlying them. It also facilitates an adequate assessment of the legal implications of cyberspace in private international law.

The author concludes by arguing that political and social considerations shape conflict rules much more than the technical nature of any given medium. Conflict rules do not develop in the abstract and the corresponding legal discourse should not either.

« New abilities to travel and exchange information rapidly across old borders may change the legal frame of reference and require fundamental changes in legal institutions. »

David R Johnson et David G Post, 1996¹

« Google’s submission [is] that this analysis would give every state in the world jurisdiction over Google’s search services. That may be so. But if so, it flows as a natural consequence of Google doing business on a global scale, not from a flaw in the territorial competence analysis. »

Honorable Juge Lauri Ann Fenlon, Cour suprême de
Colombie-Britannique, 2014²

1. Introduction

Cet article propose une approche originale du débat sur le cyberspace en droit international privé à partir d’une importante décision canadienne en la matière, *Equustek Solutions Inc v Google Inc*³. Dans cette affaire dont nous résumerons les aspects importants ci-dessous, les tribunaux de

¹ David R Johnson et David G Post, « Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48:5 Stan L Rev 1367 à la p 1402.

² *Equustek Solutions Inc v Jack*, 2014 BCSC 1063 au para 64, 374 DLR (4^e) 537 [Google (CS)].

³ 2015 BCCA 265, 386 DLR (4^e) 224 [Google (CA)].

Colombie-Britannique ont ordonné à l'entreprise californienne Google de cesser d'indexer dans son moteur de recherche certains sites web qui permettaient la vente d'un produit en violation des droits de propriété intellectuelle de la demanderesse Equustek. La décision est unique au Canada en ce qu'elle prononce une injonction à portée mondiale contre une entreprise « présente » dans la province par l'entremise du réseau Internet⁴. La Cour suprême du Canada se penchera bientôt sur la question⁵ et pourrait finalement déterminer « [...] si, et, le cas échéant, à quel moment, le commerce électronique dans un ressort [peut] équivaloir à une présence dans celui-ci »⁶.

Dans l'intervalle, nous souhaitons braquer les projecteurs sur un aspect trop souvent négligé du débat sur le traitement du cyberspace en droit international privé, celui du langage. Il s'agit de démontrer que dans le sujet qui nous occupe, comme dans bien d'autres, la rhétorique choisie et les caractéristiques uniques attribuées au cyberspace influencent le traitement juridique des problèmes auxquels les juristes continuent de faire face plus de vingt ans après sa démocratisation⁷. Cet article va donc au-delà des normes juridiques à l'œuvre dans l'affaire *Google*⁸ et s'intéresse à la rhétorique qui s'en dégage, que nous regroupons sous les thèmes de la *virtualité* et de

⁴ L'Office québécois de la langue française (OQLF) définit l'Internet comme un « [r]éseau informatique mondial constitué d'un ensemble de réseaux nationaux, régionaux et privés, qui sont reliés par le protocole de communication TCP-IP » (OQLF, 2007, *sub verbo* « Internet », en ligne : <www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8361867>). Le cyberspace est plutôt défini comme un « [l]ieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses » (OFLQ, 2005, *sub verbo* « cyberspace », en ligne : <www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8355974>). Si ces définitions sont loin d'être uniques ou même statiques, le cyberspace désigne généralement un concept plus large que le simple réseau Internet. D'ailleurs, le terme « cyberspace » était déjà évoqué dans la littérature *cyberpunk* des années 1980. Voir Scott Thill, « March 17, 1948 : William Gibson, Father of Cyberspace », *WIRED* (17 mars 2011), en ligne : <www.wired.com/2011/03/0317cyberspace-author-william-gibson-born/>. Sur ces définitions, voir notamment Kristen E Eichensehr, « The Cyber-Law of Nations » (2015) 103:2 *Geo LJ* 317 aux pp 322–25. Les deux termes seront utilisés ici selon le contexte.

⁵ Le 18 février 2016, la Cour suprême du Canada accordait la requête de Google pour autorisation de pourvoi : 36602 (18 février 2016). L'affaire a été entendue le 6 décembre 2016.

⁶ *Club Resorts Ltd c Van Breda*, [2012] 1 RCS 572, 2012 CSC 17 au para 87 [*Van Breda*].

⁷ Voir surtout Andrea Slane, « Tales, Techs, and Territories: Private International Law, Globalization and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet » (2008) 71:3 *Law & Contemp Probs* 129 [Slane].

⁸ Sur l'affaire *Google* et le droit à l'oubli, par exemple, voir Christopher Berzins, « The Right to be Forgotten After *Google Spain*: Is it Coming to Canada? » (2015) 28:3 *Can J Admin L & Prac* 267, n 106; Geneviève Saint-Laurent, « Vie privée et “droit à l'oubli” : que fait le Canada ? » (2015) 66 *UNBLJ* 185, n 46.

l'internationalisme. L'analyse proposée permet de mieux comprendre les implications théoriques de l'affaire *Google* et les défis du cyberspace en droit international privé⁹.

La rhétorique de la *virtualité* est associée à la démocratisation du cyberspace (et avec lui de l'Internet) dans les années 1990¹⁰. Cet espace virtuel¹¹ opère à l'échelle mondiale et semble à première vue remettre en question l'importance des frontières étatiques sur lesquelles se fonde le droit international privé pour déterminer la compétence des tribunaux et la loi applicable à une relation juridique donnée¹². Ce constat de possibles modifications aux rattachements territoriaux classiques s'accompagne souvent d'un discours qui souligne le caractère évasif du cyberspace et son incompatibilité avec la méthodologie du droit international privé. Quant à la rhétorique de *l'internationalisme*, elle est plutôt associée à la mondialisation. Il s'agit du phénomène invoqué par la Cour suprême du Canada dans ses décisions phares *Morguard* et *Hunt*¹³ afin de réformer le

⁹ À notre connaissance, la professeur Slane est la seule à avoir étudié la rhétorique associée au cyberspace en droit international privé. Son objectif est de « *set out how courts and scholars cast Internet technology's significance in resolving disputes that arise from online communications* », appliquant cette approche « *at the ways legal techniques are not natural or inevitable, and the ways that legal form has agency in the production of legal conclusions* ». Slane, *supra* note 7 à la p 130.

¹⁰ Les origines du cyberspace et même de l'Internet sont certes plus anciennes mais nous nous limiterons ici à leur démocratisation, c'est-à-dire aux débuts de leur usage par le profane. Pour une remise en question de cette démocratisation par l'infonuagique (*cloud computing*), voir David Lametti, « The Cloud: Boundless Digital Potential or Enclosure 3.0? » (2012) 17:3 *Va JL & Tech* 190.

¹¹ *Supra* note 4.

¹² Voir par ex Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » dans Georges Chatillon, dir, *Le droit international de l'internet : Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 55 à la p 56 [Fauvarque-Cosson]. Au tournant du XX^e siècle, cet événement a poussé des juristes à s'interroger sur les fondements mêmes de la discipline. « [A]s the century draws to a close, we are only beginning to understand that the advent of the Internet may require a fundamental rethinking of some of the basic premises of our subject » (Symeon C Symeonides, « Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress? General Report » dans Symeon C Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress? Le droit international privé à la fin du XX^e siècle : progrès ou recul?*, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 2000, 3 aux pp 78–79). Voir aussi Jean-Gabriel Castel, « The Internet in Light of Traditional Public and Private International Law Principles and Rules Applied in Canada » (2001) 39 *Can YB Intl L* 3 à la p 4.

¹³ *Morguard Investments Ltd c De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077, 76 DLR (4^e) 256 [Morguard]; *Hunt c T&N plc*, [1993] 4 RCS 289, 109 DLR (4^e) 16 [Hunt]. Sur les origines du critère, voir *Moran c Pyle National (Canada) Ltd*, [1975] 1 RCS 393, 43 DLR (3^e) 239; *Van Breda*, *supra* note 6 aux paras 22–43; *Chevron Corp c Yaiguaje*, [2015] 3 RCS 69, 2015

droit international privé canadien et de prendre acte des « moyens modernes de déplacement et de communication » d'une communauté de plus en plus connectée¹⁴. Ici, le constat de possibles modifications aux rattachements territoriaux classiques s'accompagne plutôt d'un discours qui souligne les vertus de la mondialisation et de l'innovation au XX^e siècle.

En dépit de leur parenté évidente¹⁵, l'avènement du cyberspace et de la mondialisation ont curieusement généré une rhétorique bien différente en droit international privé. La rhétorique de la virtualité s'est construite pour l'essentiel de façon isolée du reste du droit international privé dit « classique ». Celle de l'internationalisme s'est plutôt construite en symbiose avec les règles du droit international privé de sorte qu'aujourd'hui, le critère du « lien réel et substantiel » élaboré dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* constitue le principe directeur du droit international privé canadien¹⁶. Les enjeux juridiques associés aux deux développements—au premier chef la pertinence des facteurs de rattachement dits « classiques »—présentent pourtant des traits communs qui sont largement ignorés¹⁷. L'analyse juridique des relations transfrontalières dans le cyberspace s'en trouve obscurcie et les solutions se perdent en cours de route, comme le démontre le contraste flagrant entre le volume de littérature produit au cours des deux dernières décennies et l'incertitude juridique qui persiste dans des litiges tels que l'affaire *Google*.

Dans cet article, nous critiquons la rhétorique de la virtualité. Nous resituons plutôt le cyberspace dans le contexte plus large de la réforme du droit international privé canadien, laquelle correspond à la nature des défis juridiques posés par la démocratisation d'un cyberspace « dépourvu de frontières ». En d'autres mots, nous envisageons le cyberspace à la lumière des règles de droit international privé telles que façonnées depuis

CSC 42 aux paras 28–37 [*Chevron*]; Joost Blom et Elizabeth Edinger, « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005) 38:2 UBC L Rev 373 [Blom et Edinger].

¹⁴ *Morguard*, *supra* note 13 à la p 1098. Voir généralement à ce sujet Robert Wai, « In the Name of the International: The Supreme Court of Canada and the International Transformation of Canadian Private International Law » (2001) 39 Can YB Intl L 117 [Wai].

¹⁵ Paul Schiff Berman, « The Globalization of Jurisdiction » (2002) 151:2 U Penn L Rev 311 aux pp 314–15 [Berman]. Basedow décrit la libre transmission de données sur le web comme étant l'un des aspects juridiques clés de la mondialisation (Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leyde, Brill Nijhoff, 2015 à la p 51 au para 81).

¹⁶ *Van Breda*, *supra* note 6 au para 24; *Chevron*, *supra* note 13 au para 47; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30 au para 25.

¹⁷ L'interdépendance des deux phénomènes n'a pas échappé à certains auteurs. Slane explique que « [t]he coincidence of the popularization of Internet use and globalization rhetoric in the 1990s undoubtedly colored the interpretation of the legal significance of Internet technology » (Slane, *supra* note 7 à la p 129).

deux décennies par la rhétorique internationaliste. Cette approche permet de mieux comprendre les forces à l'œuvre dans l'affaire *Google*, les attitudes et les positionnements qui la sous-tendent. Elle permet aussi de juger plus adéquatement des implications juridiques du cyberspace pour la recherche de la loi applicable et du tribunal compétent dans les relations privées du XXI^e siècle. Notre analyse se déploie en quatre temps. Nous résumons d'abord les aspects pertinents de l'affaire *Google* (2). Nous explorons ensuite l'étroite rhétorique de la virtualité en droit international privé (3) et celle, plus large, de l'internationalisme (4). Nous évaluons ensuite les principes sous-jacents de l'arrêt *Google* à la lumière de nos propos (5).

2. *L'affaire Google*

L'affaire *Google* opposait les demandeurs Equustek Solutions Inc, Clarma Enterprises Inc et Robert Angus¹⁸ à des ex-employés qui exploitaient l'entreprise Datalink Technologies Gateways¹⁹. Equustek, une compagnie de Colombie-Britannique, plaidait que ses ex-employés lui avaient soutiré des secrets commerciaux pour concevoir un produit rival—un outil de communication en réseau destiné à l'équipement industriel—qu'ils distribuaient maintenant par l'entremise de nombreux sites web. Les tribunaux de Colombie-Britannique avaient d'ailleurs déjà interdit à Datalink la vente de son produit²⁰.

C'est dans ce contexte qu'Equustek demandait à la Cour suprême de Colombie-Britannique d'émettre une injonction contre Google Inc²¹ et Google Canada Corporation²² afin qu'elles cessent d'indexer les sites web à partir desquels Datalink distribuait le produit en violation de l'ordonnance judiciaire. Google avait consenti à cesser l'indexation dans son moteur de recherche canadien (.ca) mais avait refusé de le faire à l'échelle globale.

A) *Première instance*

En première instance, Equustek prétendait que Google aidait indirectement Datalink à défier une ordonnance de la Cour. Google répliquait que le tribunal n'était pas compétent pour se saisir de l'affaire et qu'à tout événement, l'injonction ne devait pas être accordée parce qu'elle avait une portée mondiale et constituait une intrusion inacceptable dans les activités commerciales légitimes de Google²³. La juge Fenlon de la Cour suprême de Colombie-Britannique fait droit aux prétentions d'Equustek et leur accorde

¹⁸ Ensemble, « Equustek ».

¹⁹ Ensemble, « Datalink ».

²⁰ *Google* (CS), *supra* note 2 aux paras 3–9.

²¹ Ci-après « Google ».

²² Ci-après « Google Canada ».

²³ *Google* (CS), *supra* note 2 aux paras 10–11.

l'injonction demandée. Elle identifie d'emblée trois questions au cœur du litige :

- i. *Does this Court have territorial competence over a worldwide internet search provider such as Google?*
- ii. *If the answer to the first question is yes, should this Court decline to exercise jurisdiction on the basis that California is the more appropriate forum?*
- iii. *Should the order sought be granted?*²⁴

La juge Fenlon se demande d'abord si la Cour a compétence pour se saisir de l'affaire au sens de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*²⁵. La juge Fenlon répond par l'affirmative parce qu'Equustek fait valoir des droits sur un bien situé dans la province (sa propriété intellectuelle, qu'elle situe au même endroit qu'Equustek) mais surtout parce que Google fait affaire dans la province²⁶.

Quelles sont donc ces activités que mène Google dans la province ? D'emblée, le site web de Google est accessible en Colombie-Britannique. Cependant, ni Google (incorporée au Delaware et ayant son siège social en Californie) ni Google Canada (filiale détenue à 100% par Google, incorporée en Nouvelle-Écosse et ayant des bureaux au Québec et en Ontario) n'ont de présence physique dans la province. Ils n'y possèdent aucun bureau, employé ou serveur.

Dans l'arrêt *Van Breda*, la Cour suprême du Canada avait estimé en *obiter* qu'il fallait plus qu'une simple présence virtuelle pour établir la compétence du tribunal, mais bien une présence effective telle que des

²⁴ *Ibid* au para 12.

²⁵ *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, SBC 2003, c 28 [CJPTA]. La CJPTA se fonde sur la Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, en ligne : Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada <www.ulcc.ca/en/home/183-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/court-jurisdiction-and-proceedings-transfer-act/1092-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act?showall=&limitstart=>>. Cette loi uniforme, de même que la CJPTA, codifie les principes établis dans l'arrêt *Morguard*, *supra* note 13, notamment le critère du lien réel et substantiel et la notion de *forum non conveniens* (*Teck Cominco Metals Ltd c Lloyd's Underwriters*, [2009] 1 RCS 321, 2009 CSC 11 au para 22; *Van Breda*, *supra* note 6 au para 41; Elizabeth Edinger, « New British Columbia Legislation : The Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act; The Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act » (2006) 39:2 UBC L Rev 407 à la p 408).

²⁶ *Google* (CS), *supra* note 2 aux paras 27–28. Par contre, l'injonction ne portait pas sur des biens situés dans la province puisque la preuve n'établissait pas que les informations en litige étaient stockées sur des ordinateurs en Colombie-Britannique (*ibid* au para 25).

bureaux ou des visites régulières²⁷. La juge Fenlon s'interroge donc sur les facteurs à considérer pour établir la compétence du tribunal dans le cas où le défendeur opère sur Internet²⁸. Elle expose d'abord les difficultés que pose le cyberspace en droit international privé, c'est-à-dire comment déterminer si une entreprise virtuelle fait réellement affaire sur un territoire donné²⁹. Elle conclut ensuite qu'un site web purement passif n'est pas « présent » dans la province au sens de l'arrêt *Van Breda*³⁰. Elle estime cependant que Google n'est pas purement passif. Son moteur de recherche propose activement à l'internaute des suggestions de mots-clés inspirés de son historique de recherche. Google emmagasine aussi une série d'informations sur les habitudes de recherche de ses utilisateurs telles que son emplacement et son adresse IP. Surtout, Google offre aux entreprises de la province de payer pour que leurs sites web apparaissent tout en haut de la liste de résultats, dans une section « ad ». Bref, Google vend de la publicité à des résidents de Colombie-Britannique et sa présence dans la province est donc active³¹. En réponse aux arguments de Google selon lesquels elle serait ainsi assujettie aux tribunaux du monde entier, la juge Fenlon répond qu'il s'agit simplement d'une conséquence de son modèle d'affaires global. De plus, le droit limite nécessairement l'existence de la compétence aux situations présentant une certaine proximité avec le for³².

La juge aborde aussi le caractère approprié de l'injonction elle-même. Elle conclut qu'il est possible de prononcer une injonction à portée

²⁷ *Van Breda*, supra note 6 au para 87, cité dans *Google* (CS), supra note 2 au para 34. Voir aussi *Thumbnail Creative Group Inc v Blu*, 2009 BCSC 1833 au para 19, [2009] BCJ no 2691 (QL) [*Thumbnail Creative Group*], cité dans *Google* (CS), supra note 2 au para 35.

²⁸ *Google* (CS), supra note 2 au para 36.

²⁹ *Ibid* au para 37.

³⁰ La juge Fenlon évoque le fameux test Zippo énoncé aux États-Unis dans *Zippo Manufacturing Co. v Zippo Dot Com, Inc*, 952 F Supp 1119 (WD Pa 1997) et considéré au Canada dans *Braintech v Kostiuik*, 1999 BCCA 169, 171 DLR (4^e) 46 (BCCA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 27296 (9 mars 2000) [*Braintech*]. Sur l'arrêt *Braintech* que nous aborderons plus loin, voir Vaughan Black et Mike Deturbide, « Commentary—*Braintech, inc v Kostiuik*: Adjudicatory Jurisdiction for Internet Disputes » (2000) 33:3 Can Bus LJ 427 [Black et Deturbide]; Daniel P Schafer, « Canada's Approach to Jurisdiction over Cybertorts: *Braintech v Kostiuik* » (1999) 23:4 Fordham Intl LJ 1186 [Schafer]; Jeffrey Talpis, *If I Am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001 aux pp 111–13 [Talpis].

³¹ *Google* (CS), supra note 2 au para 52. La juge Fenlon précise que Google ne fait pas que diffuser de la publicité sur le territoire de la Colombie-Britannique : elle vend des espaces publicitaires.

³² *Ibid* au para 64. La juge Fenlon juge aussi que la Californie ne constitue pas un forum plus approprié pour le litige (*ibid* aux paras 66–105).

extraterritoriale contre une tierce partie dans certaines circonstances³³. Les réalités du commerce électronique exigent qu'une telle ordonnance soit rendue afin d'empêcher Datalink de vendre illégalement le bien d'autrui³⁴. La juge Fenlon admet que l'injonction produira des *effets* mondiaux dans la mesure où tous les internautes en subiront les répercussions, où qu'ils soient. Son *objet* est cependant beaucoup plus circonscrit : il s'agit d'ordonner à Google d'effectuer une tâche bien précise à un endroit déterminé, soit de procéder au retrait des sites web litigieux à l'endroit où ces données sont gérées³⁵.

B) Cour d'appel

La Cour d'appel confirme le jugement de première instance dans une décision rendue en juin 2015³⁶. La Cour juge d'abord que la compétence territoriale sur le litige sous-jacent entre Equustek et Datalink emporte la compétence territoriale sur la demande d'injonction contre Google³⁷. Autrement dit, il n'existe qu'une seule « procédure » au sens de la *CJPTA*, laquelle comprend à la fois le litige entre Equustek et Datalink et la demande d'injonction contre une tierce partie³⁸. La Cour admet que son raisonnement est différent de celui de la juge Fenlon³⁹ mais indique que celui-ci demeure pertinent afin de déterminer si la Cour a compétence *in personam* sur Google, c'est-à-dire s'il existe un lien réel et substantiel entre Google et la province⁴⁰. Sur cette question, la Cour adopte intégralement le raisonnement de la juge Fenlon sur la présence active de Google dans la province⁴¹. Non seulement Google vend-elle de la publicité à des résidents de la province, mais elle recueille aussi activement de l'information sur

³³ *Ibid* aux paras 109–33.

³⁴ *Ibid* au para 159.

³⁵ *Ibid* aux paras 146–47. L'injonction s'applique à toutes les versions du moteur de recherche de Google puisque rien n'empêche un internaute situé au Canada d'accéder à partir du Canada au moteur de recherche de Google en France (.fr) (*ibid* au para 148).

³⁶ *Google* (CA), *supra* note 3. La Cour d'appel avait autorisé l'appel se disant d'avis que « [t]he issues on appeal are important to the parties but, more significantly, are important to those engaged in e-commerce generally » (*Equustek Solutions inc v Google inc*, 2014 BCCA 295, 63 BCLR (5^e) 185 au para 19).

³⁷ *Google* (CA), *supra* note 3 aux paras 29–45.

³⁸ *Ibid*. Le raisonnement de la Cour se fonde sur la définition de « *proceeding* » au sens des articles 1 et 3(e) *CJPTA*, *supra* note 25.

³⁹ *Google* (CA), *supra* note 3 au para 45. La Cour se dit néanmoins d'avis que l'article 3(e) *CJPTA*, *supra* note 25, aurait été satisfait quelle que soit l'interprétation du mot « *proceeding* » puisque les droits de propriété intellectuelle d'Equustek ont un lien avec la province (*ibid* au para 42).

⁴⁰ Sur la compétence *in personam* en common law, voir Stephen GA Pitel et Nicholas Rafferty, *Conflict of Laws*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2016, ch 5.

⁴¹ *Google* (CA), *supra* note 3 au para 54.

ceux-ci par l'utilisation des *Googlebots*⁴². La Cour confirme par ailleurs que c'est le caractère global de Google qui l'assujettit potentiellement à une multiplicité d'ordres juridiques et non un défaut du droit international privé⁴³.

À la lumière des mémoires produits par les parties devant la Cour suprême⁴⁴, le débat semble dorénavant porter sur les critères d'application de l'injonction en common law, les droits fondamentaux sur le web et l'application du test *Dagenais/Mentuck*⁴⁵ qu'invoque Google⁴⁶. Cette dernière va même jusqu'à reléguer l'enjeu juridictionnel à une simple note en bas de page⁴⁷.

3. La rhétorique de la virtualité, en marge du droit international privé

Bien que cela n'apparaisse pas réellement des motifs de la Cour et des mémoires produits devant la Cour suprême jusqu'ici, l'affaire *Google* évoque une collision conceptuelle qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Avant l'affaire *Google*, la doctrine n'avait jamais cessé de souligner une certaine incompatibilité entre le cyberspace et la méthodologie du droit international privé—ce que nous appelons ici la rhétorique de la virtualité⁴⁸. On trouve dans la décision de la juge Fenlon des indices de cette

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid* au para 56. La Cour d'appel confirme aussi les conclusions selon lesquelles l'injonction constitue un remède approprié (*ibid* aux paras 57–112). Une injonction peut être prononcée contre une tierce partie et peut aussi avoir une portée extraterritoriale (*ibid* au para 85).

⁴⁴ Les mémoires produits par les parties sont disponibles en ligne : Cour suprême du Canada <www.scc-csc.ca/case-dossier/info/af-ma-fra.aspx?cas=36602>.

⁴⁵ *Google Inc c Equustek Solutions Inc* (36602) (mémoire de l'appelante Google), *ibid* [Mémoire de Google au fond]. Equustek avait d'ailleurs dénoncé ce changement d'argumentaire dans ses représentations contre l'autorisation de pourvoi (*Google Inc c Equustek Solutions Inc* (36602) (réponse d'Equustek) aux paras 38–39, *ibid* [Mémoire d'Equustek sur l'autorisation de pourvoi]).

⁴⁶ *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835, 120 DLR (4^e) 12; *R c Mentuck*, [2001] 3 RCS 442.

⁴⁷ Mémoire de Google au fond, *supra* note 45 au para 63, n 39. Equustek y consacre toutefois davantage d'espace (*Google Inc c Equustek Solutions Inc* (36602) (mémoire de l'intimée Equustek), *supra* note 44 aux paras 60–82 [Mémoire d'Equustek au fond]).

⁴⁸ Voir par ex Karim Seffar et Karim Benyekhlef, « Commerce électronique et normativités alternatives » (2006) 3:2 Ottawa L & Tech J 353 aux pp 363–64; David L Johnston, Sunny Handa et Charles Morgan, *Cyberlaw: What you Need to Know About Doing Business Online*, Toronto, Stoddart, 1997 à la p 225 (« [i]n few areas are the effects of new technology and globalization more clearly seen and more disruptive than the conflict of laws, or private international law »).

rhétorique⁴⁹ dont il est important de comprendre les ramifications afin de juger de l'importance théorique et pratique de l'arrêt *Google*. Cette section s'y consacre à travers un exposé des origines de la problématique (A), des lacunes du discours (B) et d'une réorientation possible de celui-ci (C).

A) Origines de la problématique

La rhétorique de la virtualité se caractérise historiquement par un raisonnement analogique. Dans les premières années de la démocratisation du cyberspace, on a comparé la technologie à des zones où le droit purement national n'avait pas d'emprise. L'Antarctique⁵⁰, les eaux internationales⁵¹, l'espace⁵², l'univers fictif de *Tron*⁵³ : la littérature des années 1990 ne ménageait aucun effort pour opposer le cyberspace au monde régi par des normes étatiques et pour donner effet à la mythique « déclaration d'indépendance du cyberspace » de John Perry Barlow⁵⁴.

⁴⁹ *Google* (CS), *supra* note 2 aux paras 37 et s. C'est particulièrement le cas lorsque le juge Fenlon cite les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Barrick Gold Corp v Lopehandia* (2004), 71 OR (3^e) 416, 239 DLR (4^e) 577 (CA Ont) au para 30 qui elle-même cite *Dow Jones & Company Inc v Gutnick* (2002), 210 CLR 575 (HCA) au para 80 : « *The Internet is essentially a decentralized, self-maintained telecommunications network. It is made up of inter-linking small networks from all parts of the world. It is ubiquitous, borderless, global and ambient in its nature. Hence the term 'cyberspace'. This is a word that recognizes that the interrelationships created by the Internet exist outside conventional geographic boundaries and comprise a single interconnected body of data, potentially amounting to a single body of knowledge. The Internet is accessible in virtually all places on Earth where access can be obtained either by wire connection or by wireless (including satellite) links. Effectively, the only constraint on access to the Internet is possession of the means of securing connection to a telecommunications system and possession of the basic hardware* ».

⁵⁰ Matthew R Burnstein, « Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Space » (1996) 29:1 Vand J Transnat'l L 75 à la p 111 [Burnstein]; Darrel C Menthe, « Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Space » (1998) 4:1 Mich Telecomm & Tech L Rev 69 à la p 88 [Menthe].

⁵¹ Burnstein, *supra* note 50 à la p 103. Voir aussi Beverley Earle et Gerald A Madek, « International Cyberspace: From Borderless to Balkanized? » (2003) 31:2 Ga J Intl & Comp L 225 à la p 263; William Guillermo Jiménez et Arno R Lodder, « Analyzing Approaches to Internet Jurisdiction Based on Model of Harbors and the High Seas » (2015) 29:2 Intl Rev L Comp & Tech 266.

⁵² Burnstein, *supra* note 50 à la p 110; Menthe, *supra* note 50 à la p 91; Denis T Rice, « Jurisdiction in Cyberspace: Which Law and Forum Apply to Securities Transactions on the Internet? » (2000) 21:3 U Pa J Int'l L 585 à la p 598.

⁵³ Burnstein, *supra* note 50 à la p 77.

⁵⁴ John Perry Barlow, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », *Electronic Frontier Foundation*, Davos, 8 février 1996, en ligne : <www.projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Pour un portrait intéressant de l'individu et de ses idées, voir Jack L Goldsmith et Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2008 aux pp 17–22.

Ces analogies témoignent des arguments avancés quant à la nécessité d'un changement dans les normes juridiques pour pallier le problème de légitimité des frontières étatiques dans le cyberspace⁵⁵. Les analogies et métaphores souvent imprécises ont plus tard été critiquées et sont aujourd'hui délaissées⁵⁶. On peut néanmoins y déceler les traces du débat à l'œuvre dans l'affaire *Google*, particulièrement lorsque l'entreprise invoque le caractère strictement virtuel de sa présence au pays afin d'échapper à une autorité étatique dont la compétence n'aurait pas été mise en doute en cas de présence physique.

La problématique découle du rôle fondamental des frontières dans la méthodologie du droit international privé. La discipline se fonde essentiellement sur l'emplacement géographique des activités pour déterminer quel État a compétence pour les réguler. Or, le cyberspace ne paraît pas se soucier de ces frontières nationales⁵⁷. La juge Fenlon note la même difficulté dans l'affaire *Google*⁵⁸.

Il est donc ardu de chercher à concilier des décennies de précédents en droit international privé avec cette nouvelle réalité⁵⁹. Pour plusieurs, le problème reste aujourd'hui entier⁶⁰. Dans la mesure où le discours utilisé

⁵⁵ Uta Kohl, *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2010 à la p 40 [Kohl].

⁵⁶ Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2015 aux pp 93 et s [Benyekhlef].

⁵⁷ Voir à ce sujet Chris Gosnell, « Jurisdiction on the Net: Defining Place in Cyberspace » (1998) 29:3 Can Bus LJ 344 [Gosnell] à la p 344; Lucie Houde, *Internet et le paradigme juridictionnel*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2002 [non publié] à la p 1 [Houde]; Gérald Goldstein, « Trois petits pas et un grand saut dans Internet : du nouveau en droit international privé québécois » (2012) 46:2 RJT 187 à la p 192 [Goldstein]; Nicholas W Vermeys, *Droit codifié et nouvelles technologies : le Code civil*, Montréal, Yvon Blais, 2015 aux pp 223–24 [Vermeys]; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 RCS 427, 2004 CSC 45 au para 41 [SOCAN].

⁵⁸ *Google (CS)*, *supra* note 2 au para 38.

⁵⁹ Voir les contributions de Karim Benyekhlef, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridictions dans le cyberspace » dans Vincent Gautrais, dir, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 137; Michael A Geist, « Is There a 'There' There ? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16:3 Berkeley Tech LJ 1345 [Geist]; Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 3^e ed, Frederick (Md), Aspen/Kluwer Law International, 2016 [Svantesson].

⁶⁰ « *Despite intense scholarly interest in this problem at the turn of the century, it remains intractable. Even the best contributions are dated or narrow, or they give insufficient attention to at least one aspect of the problem (that is, either the technology or the procedural nuances)* » (Alan M Trammell et Derek E Bambauer, « Personal Jurisdiction and the "Interwebs" » (2015) 100:5 Cornell L Rev 1129 à la p 1133 [Trammell et Bambauer]). Voir aussi James C Smith, « Online Communities as Territorial Units : Personal Jurisdiction

pour décrire le cyberspace contribue à donner un sens à la norme juridique, la rhétorique est en partie responsable de cette difficulté⁶¹.

B) Lacunes d'une rhétorique axée sur l'adaptation

Règle générale, le juriste aborde le rapport du droit international privé avec le cyberspace en se demandant comment mettre en œuvre la règle de conflit usuelle dans une relation virtuelle privée. Par exemple, comment localiser le délit de diffamation en ligne⁶² ou l'endroit où un contrat virtuel s'est conclu⁶³ ? Dans l'affaire *Google*, il s'agissait notamment de décider si l'entreprise était « présente » dans la province au sens des règles habituelles de compétence internationale. Dans tous les cas, si la mise en œuvre d'une règle de conflit paraît incertaine puisque les facteurs de rattachement pertinents semblent inadaptés à la réalité du cyberspace, on cherchera à les adapter ou à les préciser. Ce raisonnement incite à conclure que l'évolution des moyens par lesquels l'utilisateur final interagit dans le cyberspace défie les frontières étatiques et soulève de nouveaux problèmes de compétence en matière de droit privé. La juge Fenlon n'échappe pas à ce discours dans l'affaire *Google* puisqu'elle réfère d'emblée au « *borderless electronic web of the internet* » et à la nécessité pour les tribunaux de s'y adapter⁶⁴.

Analyser la mise en œuvre des règles de conflits dans le cyberspace est évidemment approprié et utile. La norme doit s'adapter ponctuellement et soutenir le contraire serait malavisé⁶⁵. Il reste que le discours dominant

over Cyberspace after *J McIntyre Machinery, LTD v Nicastro* » (2013) 57:3 Saint Louis ULJ 839 à la p 840.

⁶¹ Robert Cover, « The Supreme Court, 1982 Term—Foreword : Nomos and Narrative » (1983) 97:1 Harv L Rev 4 aux pp 4–5, cité dans Slane, *supra* note 7 à la p 131, n 8.

⁶² Craig Martin, « Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997) 31:1 UBC L Rev 127; Matthew Castel, « Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet » (2013) 51:1 Alta L Rev 153.

⁶³ Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002; Sylvette Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 [Guillemard]; Vermeys, *supra* note 57 aux pp 225–34.

⁶⁴ *Google (CS)*, *supra* note 2 au para 159.

⁶⁵ Vermeys, *supra* note 57 à la p 253. Il faut donc nuancer les propos de Frank Easterbrook qui soutenait que le droit du cyberspace était aussi futile que le « droit des chevaux » (Frank H Easterbrook, « Cyberspace and the Law of the Horse » (1996) U Chicago Legal F 207). Nous rejoignons plutôt la pensée de Goldsmith : « [...] *[T]he new communications technologies known as cyberspace will lead to changes in governmental regulation. Such changes are to be expected when the speed of communication dramatically increases and the cost of communication dramatically decreases. The invention of the telegraph, the telephone, the radio, the television, and the satellite, among other communications advances, all possessed those characteristics. And they all gave rise to societal and regulatory changes. So too will cyberspace. But the skeptics claim much*

suggère une correspondance entre la nouveauté technologique et la nouveauté juridique en l’affirmant plutôt qu’en l’expliquant⁶⁶. Ce discours a des conséquences concrètes sur la nature des solutions proposées, qui sont souvent insatisfaisantes, redondantes ou trop aisément obsolètes⁶⁷. Le traitement des enjeux juridiques s’en trouve morcelé en raison d’innovations technologiques spécifiques qui disparaissent rapidement au profit de plus récentes, sans compter que les « nouveaux termes, concepts [...] ont leur lot d’incongruités dès lors qu’on les présente à des juges pas toujours au fait de leur signification véritable »⁶⁸.

Le cyberspace n’est pourtant pas la première innovation dont on dit qu’elle transcende les frontières étatiques : on a dit la même chose du téléphone, du fax, de la télévision, du chemin de fer et de l’aviation⁶⁹. Chaque fois, un déclin de l’importance des frontières étatiques, voire de l’État-nation, a été annoncé⁷⁰. Dans une affaire criminelle de fraude par téléphone, par exemple, la Cour suprême du Canada établit la nécessité d’un lien « réel et important » entre l’infraction et le pays mais constate que « l’opération en l’espèce se situe à la fois ici et à l’autre endroit »⁷¹. De nos jours, à une époque où l’existence du cyberspace n’a pourtant plus grand-chose de surprenant pour des millions de personnes, des innovations telles

more than cyberspace necessitates changes in governmental regulation. They claim that cyberspace is so different from other communication media that it will, or should, resist all governmental regulation » (Jack L Goldsmith, « Against Cyberanarchy » (1998) 65:4 U Chicago L Rev 1199 à la p 1201 [Goldsmith]).

⁶⁶ Guillemard, *supra* note 63 à la p 6.

⁶⁷ *Ibid.* Voir aussi David Goddard, « Does the Internet Require New Norms? » (2000) 2:3 FORUM 183 à la p 192; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 363 au para 544.2 [Emanuelli].

⁶⁸ Vincent Gautrais, « “Give me five?” Traitement jurisprudentiel du commerce électronique » (2009) 21:2 CPI 389 aux pp 415–16.

⁶⁹ Goldsmith, *supra* note 65 à la p 1201; Fauvarque-Cosson, *supra* note 12 à la p 55; James J Fawcett, Jonathan Harris et Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2005 à la p 495 au para 10.04; Erin F Norris, « Why The Internet Isn’t Special: Restoring Predictability to Personal Jurisdiction » (2011) 53:3 Ariz L Rev 1013 à la p 1015.

⁷⁰ Jack L Goldsmith, « The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty » (1998) 5:2 Ind J Global Legal Stud 475 à la p 491.

⁷¹ *Libman c La Reine*, [1985] 2 RCS 178 aux paras 63 et 74, 21 DLR (4^e) 174. C’est précisément cet extrait que la Cour reprendra plus tard dans l’arrêt *SOCAN* pour qualifier le cyberspace : *SOCAN*, *supra* note 57 aux paras 58–59. Un autre tribunal évoque quant à lui les difficultés que posent non seulement le cyberspace, mais aussi le téléphone et le fax en droit international privé : *Craig Broadcast Systems Inc v Frank N Magid Associates inc* (1997), 116 Man R (2^e) 312, 7 CPC (4^e) 319 (Man QB) au para 23, conf par (1998), 123 Man R (2^e) 252, 155 DLR (4^e) 356 (Man CA). Voir aussi *Prescriptions4US Inc c Ordre des pharmaciens du Québec*, [2004] RJQ 2194, JE 2004-1574 (CS) au para 46, conf par [2004] JQ no 13143 (QL), 2004 CanLII 73102 (CA).

que l'infonuagique suscitent des réflexes étrangement similaires⁷². Énième *cyber-espace*, on dit de l'infonuagique qu'il est un procédé « global »⁷³ et que « dans le monde du nuage, l'emplacement ne compte pas puisque les données sont tout simplement en flux autour du globe »⁷⁴. Les problèmes de compétence seraient inévitables⁷⁵, mais on précise rarement en quoi l'infonuagique est plus problématique que l'Internet lui-même à cet égard⁷⁶.

En réalité, les difficultés sont très similaires en droit international privé : « [m]algré notre tendance à lui attribuer une certaine territorialité virtuelle, Internet demeure un moyen de communication »⁷⁷. La rhétorique de la virtualité contribue à une sorte d'amnésie collective qui empêche de transférer les leçons juridiques apprises d'une technologie à une autre.

C) Une réorientation nécessaire

C'est en rejetant les présupposés et en se demandant à quel point un changement dans les normes de droit international privé est nécessaire en présence du cyberspace que la pérennité des solutions juridiques revient au cœur des préoccupations. La question fondamentale à poser est la suivante: le cyberspace est-il unique ? À certains égards, non. La Cour suprême écrivait récemment dans l'arrêt *Infineon* qu'« il existe peu de différences apparentes entre une transaction par Internet [...] et le genre de transaction qu'effectue un consommateur qui entre dans un magasin de quartier

⁷² On définit l'infonuagique comme « un modèle d'accès au réseau habilitant, pratique et sur demande comprenant un bassin partagé de ressources informatiques configurables qui peut rapidement être activé et désactivé en réduisant au minimum les efforts de gestion ou les contacts avec le prestataire de services » (Nicolas Vermeys, Julie M Gauthier et Sarit Mizrahi, *Étude sur les incidences juridiques de l'utilisation de l'infonuagique par le gouvernement du Québec*, étude présentée au Conseil du Trésor du Québec, 2014 à la p 6).

⁷³ Burke T Ward et Janice C Sipior, « The Internet Jurisdiction Risk of Cloud Computing » (2010) 27:4 *Information Systems Management* 334 à la p 337 [notre traduction].

⁷⁴ Paul Lanois, « Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing and Privacy » (2010) 9:2 *Nw U J Tech & IP* 29 à la p 44 [notre traduction].

⁷⁵ Voir par ex Sasha Segall, « Jurisdictional Challenges in the United States Government's Move to Cloud Computing Technology » (2012) 23:3 *Fordham Intell Prop Media & Ent LJ* 1105; Vineeth Narayanan, « Harnessing the Cloud: International Law Implications of Cloud-Computing » (2012) 12:2 *Chicago J Intl L* 783; Damon C Andrews et John M Newman, « Personal Jurisdiction and Choice of Law in the Cloud » (2013) 73:1 *Md L Rev* 313; Georg Haibach, « Cloud Computing and European Union Private International Law » (2015) 11:2 *J Priv Intl L* 252.

⁷⁶ Voir cependant Svantesson, *supra* note 59 à la p 66.

⁷⁷ Vermeys, *supra* note 57 à la p 226.

traditionnel »⁷⁸. L'arrêt *Google* semble également faire peu de cas de cette distinction en attribuant une valeur juridique certaine au fait de vendre de la publicité en ligne à des résidents canadiens. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que les motifs de la juge Fenlon et de la Cour d'appel comportent tous deux plusieurs références à des processus tangibles comme les appels interurbains⁷⁹. Le cyberspace fait cependant bande à part à plusieurs égards. Par exemple, la mobilité des données est aujourd'hui inégalée⁸⁰. À preuve, les tribunaux n'identifient jamais réellement l'emplacement précis des serveurs contenant les données qu'Equustek cherchait à éliminer du moteur de recherche de Google⁸¹.

Le débat sur la spécificité du cyberspace est évidemment complexe et ne peut être résolu sans nuances. Comme toujours, la réponse correcte, si tant est qu'il en existe une, se trouve fort probablement quelque part à mi-chemin entre des propositions extrêmes. Il importe ici de réduire le débat à un enjeu plus modeste. Comme dans l'affaire *Google*, il faut se questionner sur la présence d'emplacements géographiques significatifs (et non seulement envisageables)⁸² au sens plus étroit du droit international privé et se demander si le cyberspace les remet en question davantage que les innovations précédentes⁸³.

⁷⁸ *Infineon Technologies AG c Option consommateurs*, [2013] 3 RCS 600, 2013 CSC 59 au para 52 [*Infineon*]. Voir aussi *Option Consommateurs c British Airways, p.l.c.*, 2010 QCCS 140, JE 2010-587, autorisation de pourvoi à la CA refusée, 2010 QCCA 1134, JE 2010-1160 [*British Airways*]; *Marciano c Guess? inc*, 2015 QCCS 3481, JE 2015-1305.

⁷⁹ La juge Fenlon cite l'affaire *Thumbnail Creative Group*, *supra* note 27 au para 19, dans laquelle la juge Dickson expliquait qu'une activité commerciale sur Internet n'équivalait pas nécessairement à une présence dans la province puisque si c'était le cas, la Cour aurait aussi compétence sur tous les appels téléphoniques entrants et sortants de la province (*Google (CS)*, *supra* note 2 au para 35). Plus loin, la juge Fenlon explique qu'une injonction pourrait interdire à une tierce partie qui entrepose les produits d'une autre entreprise de les distribuer aux clients de cette dernière, auquel cas l'injonction aurait un effet mondial tout en visant une entreprise dans la province (*ibid* au para 147). Voir aussi *Google (CA)*, *supra* note 3 au para 88.

⁸⁰ Sur ce point, voir Jennifer Daskal, « The Un-Territoriality of Data » (2015) 125:2 Yale LJ 326 aux pp 365–77 [Daskal]. Voir cependant Andrew K Woods, « Against Data Exceptionalism » (2016) 68:4 Stan L Rev 729.

⁸¹ *Google (CS)*, *supra* note 2 au para 25.

⁸² C'est ce qu'on appelle l'élément d'extranéité (*Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34 au para 26).

⁸³ *Lucasfilm Ltd v Ainsworth*, [2009] EWCA Civ 1328, [2010] FSR 10 au para 193, conf en partie [2011] UKSC 39, [2012] 1 AC 208. Notons que l'emplacement des serveurs n'est généralement plus considéré comme facteur de rattachement pertinent de nos jours (Svantesson, *supra* note 59 aux pp 468–69). Pour une analyse de la question, voir Talpis, *supra* note 30 aux pp 29–30; Vermeys, *supra* note 57 aux pp 236–41, 250–52. En jurisprudence, comparer *Desjeans c Intermix Media, Inc*, 2006 CF 1395, [2007] 4 RCF 151 au para 29, conf par *Desjean (Succession) c Intermix Media Inc*, 2007 CAF 365, 41 BLR (4^e) 78 [*Desjeans*]; *British Airways*, *supra* note 78 au para 52; *Tucows.Com Co v Lojas*

Il est vrai que les utilisateurs du cyberspace sont parfois peu conscients des frontières qui les séparent. Par exemple, entrer l'adresse URL d'un site web hébergé par un serveur situé en France ou aux États-Unis est du pareil au même pour l'utilisateur canadien : il y accède de la même façon et ne se préoccupe pas—ni n'a conscience—de l'emplacement physique des serveurs ni du fait que l'information y transitera ou y sera emmagasinée⁸⁴. On pourrait ainsi dire du cyberspace qu'il est « sans frontières » ou « géographiquement indépendant » dans son utilisation bien qu'à l'évidence, les frontières étatiques soient toujours en place.

Il existe cependant une multitude de cas où les frontières sont perceptibles dans le cyberspace comme ailleurs : entre autres exemples, mentionnons le fait pour un utilisateur canadien d'être automatiquement redirigé vers la version canadienne de Google⁸⁵, l'achat d'un bien vendu par un fabricant anglais qui indique les prix de détail en livres sterling plutôt qu'en dollars canadiens sur son site web, ou encore l'impossibilité pour un acheteur de faire livrer dans l'État x le bien acheté d'un fabricant étranger qui n'assume la livraison que vers les États y et z. Pensons également au contenu offert par des entreprises comme Netflix, qui varie pour le moment d'un pays à l'autre. Dans tous ces exemples, l'utilisateur est conscient de l'existence de frontières déterminées et des contraintes qui s'y rattachent. Quant à la localisation des personnes et des activités dans ce nouvel environnement virtuel, la technologie elle-même la rend souvent possible (mais évidemment pas toujours souhaitable)⁸⁶. Bref, des frontières de toutes sortes continuent de s'imposer aux utilisateurs de l'Internet⁸⁷.

En fait, le problème que pose le cyberspace est probablement plus quantitatif (des contacts internationaux beaucoup plus nombreux

Renner SA, 2011 ONCA 548, 106 OR (3^e) 561 au para 71, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 34481 (24 mai 2012).

⁸⁴ Daskal, *supra* note 80.

⁸⁵ L'affaire *Google* implique en quelque sorte le revers de la médaille : les produits litigieux apparaissent dans les listes de résultats de tous les sites Google (par exemple, .fr ou .it).

⁸⁶ Voir à ce sujet Kevin F King, « Personal Jurisdiction, Internet, Commerce and Privacy: The Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies » (2011) 21:1 Alb LJ Sci & Tech 61; Dan Jerker B Svantesson, « Time for the Law to Take Internet Geolocation Technologies Seriously » (2012) 8:3 J Priv Intl L 473.

⁸⁷ C'est sans compter les milliards de personnes non connectées, pour qui le discours sur l'abolition ou la remise en question des frontières étatiques dans le nouveau monde virtuel n'est qu'un écho lointain. Une étude de l'Union internationale des télécommunications, l'institution spécialisée des Nations Unies pour les technologies de l'information et de la communication, estime en effet qu'en 2014, 40,6 % des individus à l'échelle mondiale utilisaient l'Internet (UIT, « Key ICT Indicators for Developed and Developing Countries and the World (Totals and Penetration Rates) », en ligne : UIT <www.itu.int>).

qu'auparavant) que qualitatif (un nouveau genre de contacts internationaux)⁸⁸. C'est ici que la rhétorique de l'internationalisme devient pertinente. Comme nous le verrons, cette rhétorique ne réfère curieusement que très peu au cyberspace mais permet néanmoins de l'aborder.

4. La rhétorique de l'internationalisme, en symbiose avec le droit international privé

Dans cette section, nous explorons l'internationalisation du droit international privé canadien et nous soumettons que celui-ci s'applique aux relations virtuelles. Nous adoptons ici l'approche de Lucie Houde, selon qui l'analyse de la réaction du droit international privé aux nouvelles données sociales et technologiques « apporte une plus grande conscience des valeurs et facteurs qui [l']ont façonné [...] [C]omme les relations entre personnes originaires d'États différents ne datent pas d'Internet, les solutions aux défis posés par son utilisation peuvent être inspirées d'une connaissance de l'évolution de cette branche du droit »⁸⁹.

Cette section examine d'abord les défis conjoints de la mondialisation et du cyberspace (A), puis les justifications sous-tendant la réforme internationaliste du droit international privé canadien (B). Nous identifions ensuite la rhétorique utilisée dans certaines décisions (C) pour finalement revenir sur l'arrêt *Google*⁹⁰.

A) Défis conjoints de la mondialisation et du cyberspace

Du point de vue normatif, le cyberspace traduit un phénomène de mondialisation aux contours fuyants et souvent mal définis⁹¹ qui évoque la décentralisation du pouvoir et la remise en question de l'autorité normative strictement territoriale⁹². Les communautés sont ainsi de plus en plus interconnectées au sein d'un monde où les événements politiques, économiques, culturels et sociaux produisent leurs effets dans des endroits insoupçonnés⁹³. La mondialisation et le cyberspace augmentent tous deux

⁸⁸ Kohl, *supra* note 55 aux pp 38–39.

⁸⁹ Houde, *supra* note 57 aux pp 21, 50.

⁹⁰ Cette revue jurisprudentielle n'est évidemment pas exhaustive.

⁹¹ Le discours juridique qui l'accompagne est donc souvent très vague. Sur ce point, voir William Twining, « Diffusion and Globalization Discourse » (2006) 47:2 Harv Intl LJ 507; Slane, *supra* note 7 à la p 131.

⁹² Voir généralement Berman, *supra* note 15; Paul Schiff Berman, « Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism » (2005) 51:3 Wayne L Rev 1105.

⁹³ Jürgen Basedow, « The Effects of Globalization on Private International Law » dans Jürgen Basedow et Toshiyuki Kono, dir, *Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Cambridge (Mass),

la mobilité des personnes et des biens⁹⁴. Pour reprendre les mots de Slane, « [t]he borderless Internet has thus entered into the loose pantheon of phenomena that herald the arrival of globalization »⁹⁵. Le droit présente le cyberspace tantôt comme un agent et un vecteur de la mondialisation⁹⁶, tantôt comme l'un de ses exemples clés⁹⁷, tantôt comme son catalyseur⁹⁸.

Le droit international privé, le cyberspace et la mondialisation sont intimement reliés parce qu'il existe un lien indéniable entre le développement des règles de conflits et les changements dans les structures sociales⁹⁹. Cette interdépendance apparaît des motifs de la juge Deschamps dans l'arrêt *Pro Swing*, selon qui « les frontières définissent encore la compétence et l'identité nationales, mais la mondialisation du commerce et la libre circulation des personnes et des biens en réduisent l'importance »¹⁰⁰. Le droit international privé n'est pas seulement à la remorque de ces phénomènes sociaux, mais y prend part activement, se faisant vecteur de ceux-ci. Il n'est donc pas surprenant que la transformation du droit international privé survenue parallèlement à l'avènement du cyberspace soit imprégnée d'une rhétorique bien à elle, centrée sur l'intégration et la libre-circulation.

B) Intégration et libre-circulation comme thèmes de la réforme

La transformation du droit international privé canadien s'est notamment traduite par le développement du critère de « lien réel et substantiel » qui vise à assurer une certaine proximité entre le litige et le for saisi en l'absence d'autre lien avec le défendeur ou de consentement entre les parties¹⁰¹. Comme le juge LeBel l'explique dans l'arrêt *Van Breda*, la nature du critère du lien réel et substantiel est double¹⁰². D'une part, il s'agit d'un principe directeur du droit international privé qui gouverne le développement des

Kluwer Law International, 2000, 1 à la p 2. Voir généralement les ouvrages de Basedow, *supra* note 15; Benyekhlef, *supra* note 56.

⁹⁴ Jürgen Basedow, « The Effects of Globalization on Private International Law », *supra* note 93 à la p 3.

⁹⁵ Slane, *supra* note 7 à la p 129. Voir aussi Fauvarque-Cosson, *supra* note 12 à la p 68.

⁹⁶ Benyekhlef, *supra* note 56 aux pp 89, 102.

⁹⁷ Gosnell, *supra* note 57 à la p 345.

⁹⁸ Schafer, *supra* note 30 à la p 1230.

⁹⁹ Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2009 à la p 3.

¹⁰⁰ *Pro Swing Inc c Elta Golf Inc*, [2006] 2 RCS 612, 2006 CSC 52 au para 1 [*Pro Swing*].

¹⁰¹ Jean-Gabriel Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007) 52:3 RD McGill 555 à la p 557 [Castel].

¹⁰² *Van Breda*, *supra* note 6 aux paras 22–43.

règles de conflit particulières de chaque province, y compris le droit codifié du Québec¹⁰³ ou la législation en vigueur dans l'affaire *Google*¹⁰⁴. D'autre part, il s'agit d'un principe constitutionnel qui impose des limites à la compétence des tribunaux et l'application des lois provinciales¹⁰⁵.

En introduisant formellement le critère du lien réel et substantiel, l'arrêt *Morguard* fut le catalyseur de la modernisation du droit international privé¹⁰⁶. Cette modernisation passe notamment par une ouverture plus généreuse à l'application de la loi étrangère et à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers en sol canadien. Il s'agit d'un assouplissement de la position territorialiste du droit international privé anglais du XIX^e siècle qui « tradui[sait] le fait, qui constitue l'un des préceptes fondamentaux du droit international, que les États souverains ont compétence exclusive sur leur propre territoire », empêchant ainsi le droit d'un État d'avoir force exécutoire en dehors du territoire de celui-ci¹⁰⁷. Une telle position d'isolement était devenue intenable dans le monde moderne. Comme la juge Deschamps le souligne dans l'arrêt *Pro Swing*, « le droit international privé évolue en fonction des réalités modernes » et le critère du lien réel et substantiel est un exemple de cette évolution¹⁰⁸.

L'arrêt *Morguard* ne modifie donc pas seulement les règles elles-mêmes, mais aussi leurs paradigmes : d'une structure conceptuelle et normative bien définie, le droit international privé canadien est progressivement devenu un domaine guidé par les principes¹⁰⁹—en somme, un système axé sur la

¹⁰³ *Spar Aerospace Ltée c American Mobile Satellite Corp*, [2002] 4 RCS 205, 2002 CSC 78 aux paras 62–3 [*Spar*].

¹⁰⁴ *Supra* note 25.

¹⁰⁵ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5, art 92; *Hunt*, *supra* note 13. Ce volet du critère reste assez mal défini. Dans l'affaire *Google*, la Cour d'appel se limite à prendre acte des prétentions des parties à cet égard : *Google (CA)*, *supra* note 3 aux paras 46–50. Sur la Constitution canadienne et le droit international privé, voir notamment Michael Terry Hertz, « The Constitution and the Conflict of Laws: Approaches in Canadian and American Law » (1977) 27:1 UTLJ 1; Janet Walker, *The Constitution of Canada and the Conflict of Laws*, thèse de D. Phil, University of Oxford, 2001 [non publiée].

¹⁰⁶ *Beals c Saldanha*, [2003] 3 RCS 416, 2003 CSC 72 aux paras 25–7 [*Beals*], cité dans *Chevron*, *supra* note 13 au para 32. Si la Cour suprême était d'abord et avant tout préoccupée par le fédéralisme canadien vu le caractère interprovincial du litige dans *Morguard*, *supra* note 13, cette distinction s'est estompée dans les affaires subséquentes.

¹⁰⁷ *Morguard*, *supra* note 13. Voir aussi Houde, *supra* note 57 à la p 3.

¹⁰⁸ *Pro Swing*, *supra* note 100 au para 64. Voir aussi *Douez v Facebook, Inc*, 2015 BCCA 279, 77 BCLR (5^e) 116 au para 57, requête pour autorisation de pourvoi à la CSC accueillie, 36616 (11 avril 2016).

¹⁰⁹ Vaughan Black, Joost Blom et Janet Walker, « Current Jurisdictional and Recognitional Issues in the Conflict of Laws » (2011) 50 Can Bus LJ 499 aux pp 499–500

fin plutôt que les moyens¹¹⁰. À l'image de ce changement de paradigme, l'importance de l'arrêt *Morguard* réside tant dans sa *ratio decidendi*—la reconnaissance et l'exécution en Colombie-Britannique d'un jugement albertain selon le critère du lien réel et substantiel—que dans sa rhétorique et les raisons invoquées pour justifier la transformation¹¹¹. Blom en identifie deux¹¹². La première est la courtoisie internationale, qu'« il faut [...] considérer non pas comme un ensemble de règles bien définies, mais comme une attitude de respect et de déférence envers d'autres États et, au Canada, envers d'autres provinces et leurs tribunaux »¹¹³. La seconde est la facilitation de la libre-circulation des biens et personnes :

Le monde a évolué depuis que les règles précitées ont été formulées dans l'Angleterre du XIX^e siècle. Les moyens modernes de déplacement et de communication font ressortir le caractère purement local d'un bon nombre de ces préoccupations du XIX^e siècle. Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. [nos soulignements]¹¹⁴

La libre circulation serait ainsi facilitée par des règles de conflit qui réduisent les frictions entre États en admettent plus facilement l'application

[Black, Blom et Walker]. Les auteurs soulignent que cette évolution dans la jurisprudence de la Cour suprême en common law a influencé dans une certaine mesure l'approche des tribunaux québécois. Évidemment, le droit codifié du Québec limite l'influence des tribunaux dans une discipline qui demeure, au Canada anglais du moins, fortement « *judge-made* » (Vaughan Black, « Simplifying Court Jurisdiction in Canada » (2012) 8:3 J Priv Intl L 411 à la p 411). Sur la réforme au Québec, voir Emanuelli, *supra* note 67 à la p 26 au para 55.

¹¹⁰ Les critiques sont cependant nombreuses : Castel, *supra* note 101; Tanya J Monestier, « A 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada » (2007) 33:1 Queen's LJ 179; Tanya J Monestier, « (Still) A 'Real and Substantial' Mess: The Law of Jurisdiction in Canada » (2013) 36:2 Fordham Intl LJ 397.

¹¹¹ Black, Blom et Walker, *supra* note 109 à la p 500.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Van Breda*, *supra* note 6 au para 74; *Chevron*, *supra* note 13 au para 52; *Morguard*, *supra* note 13 à la p 1096. Concept cher à la tradition anglo-saxonne, la courtoisie internationale a aussi inspiré la réforme et l'application du droit international privé québécois: *Spar*, *supra* note 103 aux paras 17, 23. Voir au sujet de cet arrêt les commentaires de Geneviève Saumier, « *Morguard's* Vapour Trail: A Comment on *Spar Aerospace* » (2003) 5:4 Can Intl Lawyer 199; Louise Lussier, « L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs ? Commentaire sur *Spar Aerospace ltée c American Mobile Satellite Corp* » (2005) 50:2 RD McGill 417 aux pp 425–6 [Lussier]. Sur la courtoisie internationale en général, voir par ex Joel R Paul, « The Transformation of International Comity » (2008) 71:3 Law & Contemp Probs 19.

¹¹⁴ *Morguard*, *supra* note 13 à la p 1096.

d'une loi et la compétence d'un tribunal plutôt que de promouvoir la loi et le tribunal du for au nom de la souveraineté dans des situations qui possèdent pourtant un lien ténu avec celui-ci. Dans ce contexte, la règle de conflit est conçue comme un véhicule pour l'abandon du protectionnisme et de la promotion du libre-échange, des objectifs économiques. À cela s'ajoute la notion d'intégration des communautés dans un ordre mondial, laquelle réfère implicitement au langage du cyberspace, lieu de rencontre de communautés qui auraient autrefois été moins susceptibles de se côtoyer par les canaux de communication usuels.

Ce n'est donc pas un hasard si la Cour suprême cite Von Mehren et Trautman qui parlaient en 1968 d'un monde « extrêmement complexe et intimement lié »¹¹⁵ de même que Yntema, pour qui « l'économie mondiale hautement intégrée » est au cœur de l'esprit qui doit animer le droit international privé dans la formulation de ses règles de conflit¹¹⁶. Ce dernier identifiait dès 1953 l'intégration et la diversité comme étant les deux fondements culturels à la source du problème de conflit des lois, et l'amélioration constante des moyens de communication par l'innovation scientifique comme variable de la diversification de l'économie que devait coordonner le droit international privé¹¹⁷. En fait, un auteur souligne avec beaucoup d'à-propos que « *each era of private international law seems to characterize itself as a period of unprecedented globalization under which the subject demands urgent attention* »¹¹⁸ !

Les thèmes qui émergent de l'arrêt *Morguard* prêtent flan à la critique en raison de leur généralité, mais surtout du fait que tout un chacun ne circule pas nécessairement de manière également libre dans le monde moderne et qu'avec l'intégration de l'économie ne vient pas nécessairement un monde meilleur¹¹⁹. En dépit de cela, la rhétorique internationaliste de

¹¹⁵ Arthur T von Mehren et Donald T Trautman, « Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach » (1968) 81:8 Harv L Rev 1601 à la p 1603, tel que cité dans *Morguard*, *supra* note 13 à la p 1097.

¹¹⁶ Hessel E Yntema, « The Objectives of Private International Law » (1957) 35:6 R du B can 721 à la p 741, tel que cité dans *Morguard*, *supra* note 13 à la p 1097. Voir aussi *Van Breda*, *supra* note 6 au para 74.

¹¹⁷ Hessel E Yntema, « The Historic Bases of Private International Law » (1953) 2:3 Am J Comp L 297 à la p 297 [Yntema].

¹¹⁸ Alex Mills, « The Identities of Private International Law: Lessons from the US and EU Revolutions » (2013) 23:3 Duke J Comp & Intl L 445 à la p 473, n 123.

¹¹⁹ Black souligne d'ailleurs que l'objectif économique tel qu'énoncé par la Cour suprême (c'est-à-dire le libre marché) est unidimensionnel et que les défis parallèles qu'implique le libre marché (travail, culture, environnement, protection du consommateur, moralité) sont ainsi ignorés (Black, Blom et Walker, *supra* 109 aux pp 505–506). Pour un énoncé simple du paradigme économique dominant (et contestable) dans le droit international privé moderne, voir David P Stewart, « Private International Law, the Rule of Law, and Economic Development » (2011) 56:3 Vill L Rev 607 à la p 611.

type *Morguard* a laissé une empreinte bien visible sur le droit international privé¹²⁰. La Cour suprême l'invoque désormais de façon machinale. Dans l'arrêt *Tolofson*, le juge La Forest parle de « la facilité de voyager dans le monde moderne et l'émergence d'un ordre économique mondial »¹²¹. Dans l'arrêt *Hunt*, le même juge La Forest évoque « l'époque moderne où les opérations internationales impliquent une circulation constante de produits, de richesses et de personnes partout dans le monde »¹²². Dans l'arrêt *Amchem*, le juge Sopinka constate que « les litiges, comme le commerce, ont pris de plus en plus un caractère international » en raison notamment de « l'essor du libre-échange et la prolifération des sociétés multinationales »¹²³. Dans l'arrêt *Van Breda*, le juge LeBel désigne la « facilit[ation] [d]es échanges et [d]es communications entre les personnes de différents ressorts et régimes juridiques » comme étant le but d'un système moderne de droit international privé¹²⁴. Enfin, dans l'arrêt *Chevron*, le juge Gascon débute en mentionnant un « monde où les entreprises, les biens et les personnes franchissent aisément les frontières »¹²⁵. Il poursuit en se disant d'avis que « le principe de la courtoisie doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre »¹²⁶ et que « c'est l'existence de règles claires, libérales et simples de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers qui facilite la circulation transfrontalière de la richesse, des compétences et des gens de manière équitable et ordonnée »¹²⁷.

Les mêmes considérations semblent avoir sous-tendu la codification du droit international privé québécois au moment de la réforme du *Code civil du Québec*¹²⁸. Dans l'arrêt *Lépine*, la Cour suprême évoque d'ailleurs « les principes de courtoisie internationale et les objectifs de facilitation des échanges internationaux et interprovinciaux qui sous-tendent les dispositions du *Code civil* [...] »¹²⁹.

Si ces extraits apparaissent parfois plus esthétiques que normatifs, ils démontrent néanmoins que la transformation du droit international privé est

¹²⁰ Voir à ce sujet Wai, *supra* note 14.

¹²¹ *Tolofson c Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c Gagnon*, [1994] 3 RCS 1022 à la p 1051, 120 DLR (4^e) 289 [*Tolofson*].

¹²² *Hunt*, *supra* note 13 à la p 322. Voir aussi *Beals*, *supra* note 106.

¹²³ *Amchem Products Incorporated c Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 RCS 897 au para 20, 102 DLR (4^e) 96 [*Amchem*].

¹²⁴ *Van Breda*, *supra* note 6 au para 74.

¹²⁵ *Chevron*, *supra* note 13 au para 1.

¹²⁶ *Ibid* au para 75, citant *Beals*, *supra* note 106 au para 27.

¹²⁷ *Chevron*, *supra* note 13 au para 68.

¹²⁸ LQ 1991, c C-64, Livre X [CcQ]. Voir Lussier, *supra* note 113 à la p 423.

¹²⁹ *Société canadienne des postes c Lépine*, [2009] 1 RCS 549, 2009 CSC 16 au para 36 [*Lépine*].

marquée par un discours similaire à celui ayant accompagné l'avènement et le développement du cyberspace, et que les thèmes de la circulation et de l'intégration ne sont pas étrangers à l'évolution des moyens technologiques qu'évoque la Cour suprême dans *Morguard*¹³⁰. Cette rhétorique se retrouve dans plusieurs décisions antérieures à *Google* : comme nous le verrons, cette jurisprudence suggère qu'à défaut d'être précise sur le plan normatif, la rhétorique internationaliste peut tout de même faciliter l'adoption d'une approche plus cohérente du cyberspace en droit international privé.

C) *Cyberspace et internationalisme dans la jurisprudence canadienne*

Dans les affaires dont ils sont saisis en lien avec le cyberspace, les tribunaux constatent généralement une certaine nouveauté technologique, mais appliquent par la suite des principes aptes à tenir compte de cette nouvelle réalité¹³¹. Le contraste entre la rhétorique internationaliste et celle plus étroite de la virtualité est frappant. Examinons deux exemples.

L'affaire *Disney*¹³² concernait la reconnaissance et l'exécution en Ontario d'un jugement new-yorkais accordant à plusieurs grands studios américains un montant substantiel de dommages-intérêts pour l'atteinte à leurs marques de commerce et la concurrence déloyale commise par Click, une entreprise ontarienne qui exploitait des sites web permettant de télécharger illégalement des œuvres cinématographiques. Click s'était opposé à la requête en reconnaissance et exécution du jugement étranger en alléguant l'absence de compétence du tribunal new-yorkais. S'interrogeant sur la présence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal new-yorkais et le litige en question, la Cour supérieure de l'Ontario note que les nouvelles règles de droit international privé ont été modifiées en raison du besoin de libre circulation des personnes et des biens, mais relève que le cyberspace « peut être problématique » malgré tout¹³³. Le tribunal conclut

¹³⁰ Yntema, *supra* note 117 à la p 297. C'est aussi ce qui préoccupait probablement la Cour lorsque celle-ci s'est distancée d'un territorialisme devenu désuet : *WIC Premium Television Ltd v General Instruments Corp*, 1999 ABQB 460 au para 22, 73 Alta LR (3^e) 365, conf par 2000 ABCA 233, 86 Alta LR (3^e) 184.

¹³¹ Nous écartons pour les fins de cet article la question complexe de l'application extraterritoriale de la réglementation étatique dans le cyberspace, par exemple en matière de droit d'auteur ou de vie privée. Sur le droit d'auteur, voir *SOCAN*, *supra* note 57; Blom et Edinger, *supra* note 13 aux pp 410–15; Slane, *supra* note 7 aux pp 148–49. Sur la protection des renseignements personnels, voir *Lawson c Accusearch Inc*, 2007 CF 125, [2007] 4 RCF 314.

¹³² *Disney Enterprises Inc v Click Enterprises Inc* (2006), 267 DLR (4^e) 291 aux paras 25–6, 49 CPR (4^e) 87 (CS Ont) [*Disney*].

¹³³ *Ibid* au para 24.

que Click dirigeait ses activités commerciales vers les États-Unis et qu'en conséquence, il existait un lien réel et substantiel entre le litige et le tribunal new-yorkais. Ce dernier avait donc compétence pour rendre le jugement qui fut ultimement reconnu au Canada¹³⁴.

L'affaire *Desjeans*¹³⁵ impliquait quant à elle un recours collectif contre Intermix, une entreprise américaine qui aurait enfreint les lois sur la concurrence en joignant des logiciels espions (*spyware*) aux logiciels offerts en téléchargement gratuit sur son site web. Intermix s'était opposée à la compétence de la Cour fédérale, notamment au motif qu'elle n'avait dirigé aucune publicité particulière vers des résidents canadiens, qu'elle ne possédait pas de serveurs au Canada et que le Canada ne représentait ultimement que 2,5% à 5,3% de tous les téléchargements sur ses sites web¹³⁶. Encore une fois, le point de départ de l'analyse du tribunal est la réforme du droit international privé. La Cour fédérale souligne que cette réforme a justement eu lieu « à la lumière des nouvelles réalités de notre époque »¹³⁷ et afin que les règles du droit international privé « restent applicables aux réalités sociales et économiques contemporaines »¹³⁸, mais que « la complexité de ces problèmes, si grande qu'elle se révèle en soi, se trouve encore aggravée dans le contexte de l'utilisation d'une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières »¹³⁹. La Cour souligne que les formules désignant le critère du lien réel et substantiel sont « délibérément vagues, de manière à permettre une application souple du critère et son adaptation à de nouvelles situations »¹⁴⁰. La Cour conclut qu'elle n'a pas compétence sur le litige, une conclusion que la Cour d'appel fédérale confirmera.

Les affaires *Disney* et *Desjeans* mettent certainement de l'avant la rhétorique étroite de la virtualité évoquée précédemment. On y évoque l'absence de frontières dans le cyberspace, les problèmes qui y sont associés et la nécessité d'adapter les règles de conflit classiques. Pourtant, dans l'affaire *Disney*, le tribunal a reconnu le jugement new-yorkais au Canada et dans l'affaire *Desjeans*, il a reconnu que le Canada n'avait pas compétence sur Intermix simplement en raison de sa présence sur le réseau « sans frontières » qu'est l'Internet. Dans les deux cas, les motifs invoquent la réforme du droit international privé. Dans les deux cas, les dispositifs facilitent la libre-circulation et l'intégration, rejettent la stricte perspective

¹³⁴ *Ibid* aux paras 25–32. Voir aussi *Geophysical Service Incorporated v Arcis Seismic Solutions Corp*, 2015 ABQB 88, 20 Alta LR (6^e) 112 aux paras 57–8.

¹³⁵ *Desjeans*, *supra* note 83 au para 41.

¹³⁶ *Ibid* aux paras 16–8.

¹³⁷ *Ibid* au para 22.

¹³⁸ *Ibid* au para 24.

¹³⁹ *Ibid* au para 22.

¹⁴⁰ *Ibid* au para 27.

locale et évitent de tronquer la méthodologie conflictuelle classique au seul motif que les frontières sont difficiles à identifier dans le cyberspace.

Autrement dit, les affaires *Disney* et *Desjeans* démontrent que les tribunaux reconnaissent parfois explicitement le contexte dans lequel s'est développé le critère du lien réel et substantiel et parviennent à des résultats qui s'inscrivent dans le même esprit, c'est-à-dire une ouverture grandissante à l'internationalisme et l'abandon d'un raisonnement purement local¹⁴¹. L'échantillon se veut nécessairement sommaire, mais permet de constater que le changement dans le discours des décideurs n'est pas aussi drastique qu'on pourrait le supposer, et certainement pas aussi radical qu'il ne l'a été au début des années 1990 dans la mouvance de l'arrêt *Morguard*.

Cette analyse est importante dans les affaires comme *Google* puisque les attributs du cyberspace sont à première vue uniques et incitent donc le décideur à traiter le problème hors du cadre normatif usuel. La rhétorique utilisée peut contribuer à donner un sens particulier au cyberspace en marge du droit international privé, ignorant le contexte socioéconomique dans lequel le droit s'est développé avant l'apparition du cyberspace et faisant fi d'une mise en garde fondamentale de la Cour suprême du Canada : ne pas examiner le lien réel et substantiel « hors contexte » mais plutôt « tenir compte de ses origines »¹⁴². Nous suggérons de prendre au sérieux la mise en garde de la Cour en demeurant attentifs à la rhétorique utilisée, notamment dans l'affaire *Google* à laquelle nous revenons maintenant.

5. Un retour sur l'affaire *Google*

Comme nous l'avons mentionné, *Google* fait appel à la rhétorique de la virtualité dans le litige qui l'oppose à *Equustek*, d'abord en mettant de l'avant les caractéristiques de son entreprise virtuelle qui le rendent imperméable aux règles traditionnelles sur la « présence » d'une personne dans la juridiction, puis en plaidant l'illégitimité d'une injonction prononcée par un tribunal *local* qui s'attribuerait une autorité *mondiale* en raison du médium utilisé¹⁴³. Les arguments de *Google* situent implicitement le problème au niveau de la compatibilité du cyberspace avec le droit international privé « classique ». *Equustek* combat cette rhétorique en plaidant qu'Internet et *Google* demeurent fondamentalement soumis au droit canadien¹⁴⁴.

¹⁴¹ Pour un constat similaire en droit international privé québécois, voir Goldstein, *supra* note 57 à la p 206.

¹⁴² *Van Breda*, *supra* note 6 au para 35.

¹⁴³ Voir par exemple la menace d'une compétence judiciaire universelle dans le Mémoire de *Google* au fond, *supra* note 45 au para 63, n 39.

¹⁴⁴ Dans sa réponse à la demande d'autorisation de pourvoi de *Google*, *Equustek* écrit que « [t]he internet, like all other fields of human endeavour, is subject to law. And, *Google*, like all other natural persons, is also subject to law » (Mémoire de *Equustek* sur

Dans son ouvrage sur le contrat cyberspatial en droit international privé, la professeure Sylvette Guillemard identifie deux causes au mauvais alignement du débat¹⁴⁵. D'une part, un certain unilatéralisme se dégage du fait que les tribunaux s'estiment la plupart du temps compétents dès que l'activité virtuelle produit un effet sur leur territoire (ou dans le cas d'un site web, y est accessible)¹⁴⁶—ce que Google dénonce. D'autre part, une large part du discours consiste à affirmer plutôt qu'expliquer la nouveauté technologique.

Quant au premier point, soyons clairs : il serait exagéré de traiter de l'affaire *Google* comme une manifestation pure de l'isolationnisme que dénonce avec raison la professeure Guillemard. Guidée par l'*obiter* de la Cour suprême dans l'arrêt *Van Breda*, la juge Fenlon admet devoir aller plus loin que la simple accessibilité du site web au Canada pour justifier sa compétence. L'affaire s'inscrit donc dans les jalons posés par l'arrêt *Braintech* qui concernait la reconnaissance et l'exécution d'un jugement texan rendu contre un résident de la Colombie-Britannique qui avait émis des propos diffamatoires contre la demandresse sur un forum de discussion accessible au Texas¹⁴⁷. La Cour d'appel de Colombie-Britannique avait alors conclu que la simple présence passive d'un énoncé diffamatoire dans le cyberspace ne permettait pas de conclure à un lien réel et substantiel avec l'État du Texas et qu'en conséquence, le jugement ne pouvait être reconnu en Colombie-Britannique¹⁴⁸. Dans l'affaire *Google*, la juge Fenlon et la Cour d'appel procèdent à une véritable analyse des facteurs de rattachement pertinents et concluent à une présence active de Google dans la province par le biais de la vente de publicité et la collecte d'informations sur l'utilisateur.

l'autorisation de pourvoi, *supra* note 45 au para 35). De façon surprenante, cependant, Equustek admet elle aussi être sceptique à l'égard du potentiel des mécanismes traditionnels face au cyberspace : « [t]he internet, as all parties have noted, is not subject to borders. Traditional concepts of territoriality are therefore of limited use, but to the extent that the traditional approach is useful, we do not have a complete record here either » (*ibid* au para 51). Dans son mémoire au fond, Equustek écrit : « [i]t is common to describe the internet as borderless, such that traditional concepts of territoriality are of limited use. However, the internet is only borderless in the sense that it can be accessed from anywhere. This means that any order in relation to internet content—on any website—will affect any users anywhere in the world who might visit the affected websites. The Website Order—if it were obeyed—has this effect. So does any private website owner choosing to change the content on any website, whether it is google.com or robertfleminglawyers.com or litigate.com » (Mémoire d'Equustek au fond, *supra* note 44 au para 66).

¹⁴⁵ Guillemard, *supra* note 63 à la p 6.

¹⁴⁶ Voir aussi Fauvarque-Cosson, *supra* note 12 à la p 58.

¹⁴⁷ *Braintech*, *supra* note 30. Cet arrêt fut le premier au Canada à s'attarder en profondeur au problème du cyberspace en droit international privé. Voir cependant *Alteen v InformixCorp* (1998), 164 Nfld & PEIR 301, 21 CPC (4^e) 228 (NL Sup Ct); *Investors Group Inc c Hudson*, [1999] RJQ 599, JE 99-499 (CS).

¹⁴⁸ *Ibid* au para 65. Voir aussi Black et Deturbide, *supra* note 30 à la p 428.

La méthodologie choisie par la Cour n'ignore donc pas totalement la vocation d'autres juridictions à se prononcer sur le litige. Cependant, la conclusion qu'elle en tire reste éminemment contestable. En réponse à Google qui plaidait que ses activités publicitaires n'étaient pas liées à l'utilisation du moteur de recherche et qu'elles ne devaient donc pas être considérées comme un facteur pertinent pour établir la compétence du tribunal¹⁴⁹, la Cour d'appel répond que la collecte d'informations est indispensable au fonctionnement du moteur de recherche lui-même¹⁵⁰. Fort bien, mais il s'agit là d'une définition très large de l'interactivité, à supposer même que ce concept reste pertinent de nos jours. Cela est loin d'être certain¹⁵¹. Peu de sites web sont maintenant purement « passifs » au sens où l'entend la Cour dans *Braintech* et *Google*¹⁵². Les entreprises accumulent quantité d'information sur les utilisateurs à travers la publicité comportementale : par exemple, les sites web transactionnels prolifèrent et avec eux les moyens de répertorier les préférences des acheteurs, des résultats de recherche sont générés à mesure que l'utilisateur entre des mots-clés dans le moteur de recherche et les réseaux sociaux incorporent savamment la publicité ciblée dans leurs interfaces¹⁵³. Bref, l'interactivité constitue un fondement ténu pour établir la compétence d'un tribunal, d'autant plus que les contrats de publicité de Google en Colombie-Britannique étaient soumis à la compétence des tribunaux californiens et à la loi de cet État, un élément pourtant jugé non pertinent dans l'affaire *Google*¹⁵⁴.

Par ailleurs, la Cour consacre peu de temps à l'analyse de la loi applicable, elle aussi susceptible d'être escamotée au profit d'une application machinale de la loi du for dans les litiges relatifs au cyberspace¹⁵⁵. Dans *Google*,

¹⁴⁹ *Google* (CS), *supra* note 2 aux paras 53–63

¹⁵⁰ *Google* (CA), *supra* note 3 au para 55.

¹⁵¹ Sur les « fausses promesses » de l'approche américaine *Zippo* fondée sur l'interactivité, voir Trammell et Bambauer, *supra* note 60 aux pp 1142–52. Raymond Picard estimait en 2001 que le droit canadien avait adopté le test *Zippo* en vigueur aux États-Unis et mentionné dans l'arrêt *Braintech* (Raymond Picard, « Problèmes de juridiction dans le cyberspace » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, vol 160, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 1 à la p 12). Dans l'affaire *Google*, la juge Fenlon semble s'en remettre partiellement au test *Zippo*, sans toutefois se prononcer sur son statut juridique formel: « *[t]he concepts of interactivity and targeting are of assistance in assessing whether Google carries on business in British Columbia through its websites* » (*Google* (CS), *supra* note 2 au para 46). Ce débat nous semble de toute façon théorique vu la désuétude de l'approche *Zippo*.

¹⁵² Geist, *supra* note 59 aux pp 1379–80.

¹⁵³ Virginie Blanchette-Séguin, « Atteinte à la vie privée et publicité comportementale » (2014) 12:1 CJLT 51.

¹⁵⁴ *Google* (CS), *supra* note 2 au para 51; *Google* (CA), *supra* note 3 au para 52.

¹⁵⁵ Slane, *supra* note 7 à la p 130; Laura E Little, « Internet Choice of Law Governance », 2012 aux pp 13–14, en ligne : SSRN <www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045070> [Little].

la Cour évoque la question de la loi applicable au fond du litige afin de déterminer si la Californie constitue un forum plus approprié pour entendre le litige, tel que le plaideait Google en vertu de l'article 11(1) *CJPTA* qui codifie la doctrine du *forum non conveniens*¹⁵⁶. La juge Fenlon se contente de conclure que la loi applicable au litige est un facteur « neutre » parce que la loi du for s'appliquerait dans les deux cas, mais on peine à comprendre pourquoi¹⁵⁷.

Quant au second point évoqué par la professeure Guillemard, soit l'affirmation de la nouveauté, le constat apparaît plus positif. Dans l'affaire *Google*, la Cour va plus loin que la rhétorique de la virtualité. Les motifs traduisent évidemment un inconfort face à l'Internet et son ubiquité doublé d'une certaine affirmation de la spécificité du médium (« *[o]nline activities, whether commercial or otherwise, are not so easily pigeonholed* »¹⁵⁸), mais cela n'est pas surprenant vu la complexité des questions en litige. L'aspect le plus significatif des motifs est plutôt la reconnaissance par les magistrats que la superposition de compétences résulte non pas d'une faille en droit international privé, mais bien du caractère global de l'entreprise visée (« *it flows as a natural consequence of Google doing business on a global scale, not from a flaw in the territorial competence analysis* »¹⁵⁹).

Ces quelques mots en apparence mineurs représentent en fait un changement de paradigme important dans la façon dont certains juristes ont traité du cyberspace en droit international privé. En effet, pourquoi devrait-on considérer comme une imperfection du droit le fait qu'un acteur global soit sujet à la compétence de plus d'un État ou qu'il soit visé par une ordonnance à portée extraterritoriale¹⁶⁰? Une multinationale, par exemple, évalue les conséquences juridiques de sa présence dans une juridiction

¹⁵⁶ *Google (CS)*, *supra* note 2 aux paras 66–105, particulièrement le para 85. L'article 11(1) *CJPTA*, *supra* note 25, requiert en effet de considérer la loi applicable au fond du litige dans l'analyse du *forum non conveniens* (voir aussi *Van Breda*, *supra* note 6 au para 111). C'est également le cas au Québec : *CeQ*, art 3135; *Lexus Maritime inc c Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] JQ no 2059 (QL), JE 98-1592 (CA) au para 18; *Stormbreaker Marketing and Productions Inc c Weinstock*, 2013 QCCA 269, JE 2013-348 au para 74, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35312 (25 juillet 2013).

¹⁵⁷ *Google (CS)*, *supra* note 2 au para 85.

¹⁵⁸ *Ibid* au para 38, cité avec approbation dans *Google (CA)*, *supra* note 3 au para 52.

¹⁵⁹ *Ibid* au para 64; *Google (CA)*, *supra* note 3 (« *I agree with the chambers judge that it is the world-wide nature of Google's business and not any defect in the law that gives rise to that possibility* » au para 56 [notre traduction]). La Cour d'appel va même jusqu'à qualifier d'exagérés les risques qu'évoque Google (*ibid*).

¹⁶⁰ Commentant l'affaire *British Airways*, *supra* note 78, le professeur Goldstein est du même avis : « [i]l en résulte assurément une potentialité de compétence multiple à chaque endroit, du moins, où l'entreprise utilisant Internet a un établissement et l'indique comme adresse. Dans ce cas encore, il nous semble normal que l'entreprise qui veuille bénéficier des avantages du réseau Internet au plan des communications et de la publicité, en terme

donnée et tente généralement de faire un choix réfléchi à cet égard. Si le choix de vendre des souliers par l'entremise d'un établissement dans un État étranger emporte la compétence de cet État ou l'application de la loi locale, pourquoi en serait-il autrement du choix de vendre de la publicité sur Internet ? La différence est dans le médium, mais pas dans l'activité.

La rhétorique de la virtualité évoquait la nouveauté technologique, le vide juridique et l'adaptation. Le tribunal rejette cette rhétorique en considérant les caractéristiques globales de l'acteur (Google) et de ses activités plutôt que du médium (l'Internet) et en appliquant un critère—celui du lien réel et substantiel—auquel sont historiquement associés les thèmes de libre circulation, d'intégration et d'innovation technologique. En ce sens, l'affaire *Google* élimine un important facteur de désalignement conceptuel du débat.

6. Conclusion

L'affaire *Google* est à la fois un développement significatif en droit international privé et une arène dans laquelle s'affrontent des conceptions bien distinctes du cyberspace dont l'analyse est susceptible d'éclairer le débat lancinant sur cette question. C'est dans cet esprit que nous avons suggéré que l'abandon de la rhétorique trop étanche de la virtualité, l'analyse contextuelle de la notion de lien réel et substantiel et la rhétorique internationaliste de la Cour suprême du Canada contribuent à donner un sens juridique au cyberspace qui est différent de celui qui a cours depuis les années 1990.

Cette suggestion ne règle évidemment pas tout. Si l'affaire *Google* montre qu'une analyse classique du cyberspace en droit international privé est à tout le moins cohérente, la technologie peut changer la donne de bien des manières. Pour citer la juge Deschamps dans l'arrêt *Pro Swing*, l'Internet incitera à plusieurs égards « les tribunaux à conférer à leurs interventions une portée comparable à la sienne »¹⁶¹. La conception très (trop) large du concept d'interactivité mis de l'avant dans l'affaire *Google* et les effets mondiaux de l'injonction le démontrent bien. Les tribunaux canadiens n'ont pas le monopole de ce genre de raisonnement et des tensions surviendront inévitablement lorsque d'autres États le mettront de l'avant à d'autres fins.

Il est néanmoins utile de rappeler que la rhétorique internationaliste a été invoquée au soutien de réformes survenues en parallèle de la démocratisation

de rapidité et de coût, subisse en retour les inconvénients qui lui sont liés : multiplicité des poursuites en cas de comportement contraire à l'une des législations en vigueur sur une partie de l'espace international dans lequel l'entreprise agit » (Goldstein, *supra* note 57 à la p 204).

¹⁶¹ *Pro Swing*, *supra* note 100 au para 64.

du cyberspace, dans un monde où les relations internationales entre acteurs privés étaient déjà plus fréquentes, mais pas nécessairement différentes ou plus complexes. Ce que nous proposons est une réconciliation théorique de phénomènes trop souvent analysés en vase clos. Cette perspective se veut essentiellement pragmatique. Les considérations politiques et sociales guident le développement des règles de conflit bien davantage que la spécificité technique d'un moyen de communication donné. La règle de conflit ne se développe pas dans l'abstrait et le discours juridique qui y est associé ne devrait pas l'être non plus.