

Compétence juridique et l'Internet - est-ce que les règles traditionnelles sont suffisantes? 1998

Juillet 1998 Commerce électronique

COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET INTERNET LES RÈGLES TRADITIONNELLES SUFFISENT-ELLES ENCORE?

Ogilvy Renault *See footnote 1 1*

Introduction

Internet est devenu un outil de communications et d'échanges commerciaux de plus en plus important. Plusieurs des conséquences de son utilisation ne sont pas traitées expressément dans les lois actuelles. Qui plus est, les aspects particuliers des communications par Internet peuvent rendre cet outil réfractaire à l'application des principes et règles juridiques traditionnels.

Cette situation est on ne peut plus évidente dans les différends concernant la compétence judiciaire. Effectivement, les règles traditionnelles applicables en la matière comportent une notion de territorialité. Mais les communications par Internet ne sont pas limitées géographiquement. L'origine d'un message électronique peut être inconnue. Les renseignements fournis sur un site Web ne sont pas confinés à un public cible, mais disséminés simultanément à l'échelle de la planète. Ils peuvent toucher un nombre incalculable de personnes dans une multitude de territoires, tous dotés de leurs propres lois.

Voilà qui représente des défis d'envergure. Si quelqu'un affiche un message sur un site Web, cette personne peut-elle être poursuivie pour obscénité *See footnote 2 2*, contrefaçon d'une marque de commerce *See footnote 3 3*, diffamation *See footnote 4 4* ou pratiques commerciales déloyales *See footnote 5 5* devant les tribunaux de tous les territoires où le message en question peut être téléchargé ? Ou alors l'exploitant du site Web ne devrait-il être assujéti qu'à la seule compétence des tribunaux de l'endroit où il est domicilié ou encore de l'endroit où le serveur est situé ? Si quelqu'un achète par le truchement d'Internet des biens ou des services d'une entreprise située dans un autre territoire, quel tribunal aura la compétence voulue pour trancher leurs différends *See footnote 6 6* ?

Non seulement la détermination du tribunal compétent pour trancher les différends relatifs à Internet pose-t-elle un défi, mais elle a des incidences sur les plans juridique, pratique et commercial. Faute de preuve que la loi étrangère s'appliquait, les tribunaux ont traditionnellement suivi les règles de droit substantif et procédural du lieu où siège le tribunal *See footnote 7 7*. La compétence basée sur des critères trop peu rigoureux _ par exemple la conclusion selon laquelle l'exploitant d'un site Web exploite son entreprise à chaque endroit où l'information peut être téléchargée, et est de ce fait assujéti à la compétence des tribunaux à chacun de ces endroits *See footnote 8 8* _ risque de transformer l'exercice d'une activité commerciale ou le simple fait de communiquer dans le cyberspace en une aventure hasardeuse et coûteuse. Par ailleurs, personne ne devrait pouvoir échapper aux conséquences de sa propre négligence ou de son action fautive uniquement parce qu'il s'est servi de ce nouveau média *See footnote 9 9*.

Dans le présent exposé, la jurisprudence américaine sera analysée pour discuter des questions se rapportant à la compétence des tribunaux à l'égard des litiges impliquant l'utilisation d'Internet *See footnote 10 10* . Puisque les entreprises américaines sont à l'avant-garde de la technologie Internet, les tribunaux américains ont déjà eu maintes occasions d'étudier des problèmes de compétence reliés à Internet. Cette jurisprudence influencera vraisemblablement les tribunaux canadiens lorsqu'ils seront saisis de problèmes similaires. La question de la compétence des tribunaux à l'égard des activités reliées à Internet est associée à des questions plus vastes d'ordre constitutionnel. Beaucoup d'encre a coulé sur la question de savoir si l'utilisation d'Internet et son contenu devraient être réglementés et si c'est le cas, comment et par qui. Étant donné qu'Internet est un moyen de communication virtuellement sans frontières, sa réglementation au Canada ne peut manquer de soulever d'épineuses questions d'ordre constitutionnel qui devront être résolues dans le contexte de la structure fédérale canadienne. Que les législatures provinciales ou le Parlement puissent ou non réglementer Internet _ et, le cas échéant, dans quelle mesure chaque palier de gouvernement pourra le faire _ est un sujet qui est susceptible d'occasionner de nombreux litiges fondés sur l'aspect constitutionnel de la question, comme ce fut le cas pour les communications par radio et par téléphone en leur temps.

Par conséquent, avant d'étudier la question de la compétence des tribunaux pour entendre les litiges reliés à Internet, nous examinerons brièvement la question constitutionnelle préalable, à savoir qui peut réglementer Internet. Nous nous proposons d'examiner la jurisprudence actuelle se rapportant à la compétence législative en matière de communication et de donner, en termes généraux, une indication de la manière dont cette question pourrait vraisemblablement être résolue.

1.Réglementation d'Internet: compétence dans le cyberspace

Internet a été décrit par la Cour suprême des États-Unis comme [traduction] «un réseau international d'ordinateurs interconnectés» *See footnote 11 11* . Bien qu'Internet soit d'abord et avant tout un moyen de communication, il échappe aux limites territoriales. Cette caractéristique est fondamentale à la question de compétence législative.

Compétence législative à l'égard des communications

En vertu de l'alinéa 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral a le pouvoir exclusif de faire des lois relatives aux «travaux» et «entreprises» reliant une province à une autre et se rapportant au transport ou aux communications *See footnote 12 12* . Cette compétence à double volet s'étend aux infrastructures de communications interprovinciales («travaux») *See footnote 13 13* . Elle s'étend également aux organismes ou aux entreprises impliqués dans les communications interprovinciales («entreprises») *See footnote 14 14* . Sur ce fondement, les tribunaux ont confirmé la compétence exclusive du Parlement relativement à la réglementation des travaux et entreprises reliés aux communications par le truchement de la télévision et aux communications par téléphone *See footnote 15 15* .

Les tribunaux ont également conclu que le Parlement a, en vertu de son pouvoir relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement («POBG»), une compétence législative encore plus vaste dans le domaine complet des communications par radio *See footnote 16 16* . Par ailleurs, il existe, au sein des milieux universitaires, un appui de la position selon laquelle le Parlement a également, en vertu de ce pouvoir, compétence législative exclusive relativement au domaine complet des communications par le truchement de la télévision *See footnote 17 17* . Certains auteurs ont

même soutenu que le pouvoir du Parlement en matière de POBG s'étend à toutes les communications interprovinciales, y compris les communications par téléphone *See footnote 18 18* .

Compétence législative visant la réglementation d'Internet: fondement et étendue

Il est difficile de prédire avec certitude la position que les tribunaux canadiens adopteront au sujet de la compétence législative visant la réglementation d'Internet dans son ensemble ou encore des divers éléments et intervenants qui constituent Internet. La doctrine et la jurisprudence ne se sont pas encore prononcées sur cette question. Il est toutefois raisonnable de s'attendre à ce qu'elle soit soulevée, car l'histoire démontre que l'avènement de nouveaux moyens de communication a inmanquablement suscité d'importants litiges constitutionnels.

Il est également raisonnable de s'attendre à ce que les tribunaux reconnaissent au Parlement certains (sinon tous) pouvoirs législatifs pour réglementer Internet. Au cours des ans, les tribunaux ont régulièrement rattaché à l'alinéa 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* _ qui ne mentionne que le télégraphe _ les nouveaux moyens de communication dont les effets s'étendent au-delà du territoire d'une province particulière *See footnote 19 19* .

À notre avis, une argumentation solide pourrait être développée pour soutenir que le Parlement est investi de la compétence législative exclusive de réglementer les travaux et entreprises qui font partie intégrante du réseau de communication Internet, tout comme il a le pouvoir de réglementer les travaux et entreprises qui sont reliés aux communications par téléphone. Une fois ce principe établi, il devient possible de dire que sur le fondement de la jurisprudence actuelle, la compétence du Parlement s'étend aux questions qui, comme les relations de travail, constituent un élément essentiel de la gestion et de l'exploitation de ces travaux et entreprises *See footnote 20 20* . Le Parlement a donc, selon certains, le pouvoir de réglementer le contenu des communications par Internet, tout comme sa compétence à l'égard des entreprises reliées à la télévision s'étend à la réglementation du contenu des programmes de télévision *See footnote 21 21* .

Les tribunaux pourraient également reconnaître au Parlement une compétence législative plus vaste lui permettant de réglementer non seulement les travaux et entreprises reliés à Internet, mais le domaine entier des communications dans le cyberspace. Une telle compétence pourrait être fondée sur le pouvoir du Parlement en matière de POBG et appuyée par des autorités qui sont en faveur d'une compétence fédérale fondée sur la POBG en matière de communications interprovinciales.

La reconnaissance de la compétence du Parlement relative aux travaux et entreprises reliés à Internet n'empêcherait pas la législation provinciale d'avoir une incidence sur Internet ou sur les communications par Internet. La législation provinciale qui ne viserait pas particulièrement et directement les entreprises fédérales et qui par ailleurs resterait dans le champ de compétence législative provinciale serait valide pour autant qu'elle ne nuise pas aux entreprises fédérales, qu'elle ne les rende pas inefficaces ou qu'elle ne les paralyse pas *See footnote 22 22* .

2. Compétence judiciaire à l'égard des différends reliés à Internet

Principes fondamentaux de la compétence et *forum non conveniens*

Avant d'étudier la question de la compétence judiciaire concernant les activités relatives à Internet, il importe de passer en revue les principes généraux sur lesquels les tribunaux peuvent

se fonder pour conclure à leur compétence ainsi que les circonstances qui les inciteront à s'en remettre à la compétence des tribunaux d'un autre État.

1. Compétence en matière civile

Les tribunaux basent avant tout leur compétence en matière civile sur la situation géographique des parties. La primauté de la compétence *in personam*, c'est-à-dire la compétence à l'égard de la personne est intégrée aussi bien dans le droit civil que dans la common law, ces deux systèmes de droit prévoyant que c'est le fait que le défendeur réside dans un territoire donné qui confère aux tribunaux du territoire en question le pouvoir de juger en la matière, et ce, en l'absence de tout autre lien entre le territoire et le différend *See footnote 23 23* .

Il est toutefois établi depuis longtemps que cette base limitée sur laquelle est fondée la compétence est loin d'être suffisante. L'interaction humaine ne s'est jamais souciée des frontières. L'avènement de moyens internationaux d'échanges commerciaux et de communications ayant transcendé les démarcations frontalières, les États ont, par nécessité ou à dessein, élargi les bases sur lesquelles leurs tribunaux appuient leur compétence, ce qui a régulièrement amené ces tribunaux à se déclarer compétents à l'égard de défendeurs résidant à l'extérieur de leur territoire.

a. Compétence *in personam* en droit canadien

Les fondements de la compétence à l'égard de défendeurs extraterritoriaux diffèrent d'une province à l'autre, mais tout repose sur la notion d'un «lien réel et important» avec la compétence du tribunal *See footnote 24 24* . Les fondements législatifs de la compétence des tribunaux canadiens à l'égard de défendeurs extraterritoriaux impliqués dans des poursuites au civil sont les suivants:

- (1) les activités commerciales qui sont à l'origine du litige ont été exercées dans la province *See footnote 25 25* ;
- (2) une faute ou un délit a été commis dans la province *See footnote 26 26* ;
- (3) un préjudice a été subi dans la province par suite d'une faute ou d'un manquement à un contrat *See footnote 27 27* ;
- (4) les obligations contractuelles devaient être exécutées dans la province *See footnote 28 28* ;
- (5) les parties à un contrat ont spécifié que les tribunaux de la province seraient compétents à l'égard de tout litige en découlant *See footnote 29 29* ;
- (6) le contrat spécifie que les différends seront régis par les lois de la province *See footnote 30 30* ;
- (7) dans un litige relatif aux aliments, à la garde des enfants ou aux effets du mariage, lorsque l'un des époux ou des enfants est domicilié dans la province ou y réside *See footnote 31 31* ;
- (8) le litige concerne des biens immeubles ou des marchandises situées dans la province *See footnote 32 32* .

De même, chaque province a adopté des dispositions législatives conférant à ses tribunaux le pouvoir discrétionnaire de se déclarer compétent dans des circonstances où il y a un «lien réel et important» autres que de ceux qui sont expressément prévus par la loi *See footnote 33 33* . Le pouvoir des tribunaux de trancher les différends n'est ainsi restreint que par les limites de la

créativité judiciaire, les contraintes constitutionnelles et la connaissance du fait que les tribunaux d'autres provinces et États peuvent refuser d'exécuter les jugements rendus par des tribunaux qui ont affirmé leur compétence sans justification. Ceci a d'ailleurs amené la Cour suprême du Canada à souligner le besoin «d'ordre et d'équité» dans la détermination de la compétence du tribunal approprié, et à mettre les tribunaux canadiens en garde contre le risque d'outrepasser les limites de leur compétence *See footnote 34 34* .

b. Compétence *in personam* en droit américain

L'exercice qui consiste à déterminer si un tribunal américain est compétent pour entendre un différend est semblable à celui fait par recours les tribunaux canadiens, mais il se complique du fait de l'application prépondérante de la clause de sauvegarde des libertés individuelles (*Due Process Clause*) contenue dans le 14^e amendement de la Constitution des États-Unis *See footnote 35 35* .

Comme au Canada, le point de départ de la compétence des tribunaux américains à un différend est la présence des parties sur le territoire. Un tribunal peut revendiquer une compétence «générale» lorsque le défendeur est domicilié dans l'État ou y exerce des activités [traduction] «continues et systématiques» *See footnote 36 36* . Autrement, le tribunal doit trouver des motifs de compétence [traduction] «particulière», c'est-à-dire la présence d'un contact suffisant entre le tribunal et le défendeur non-résident. Le tribunal doit alors s'assurer que sa compétence est compatible avec les [traduction] «notions traditionnelles d'équité et de justice». *See footnote 37 37* Ceci est parfois exprimé en termes d'expectative raisonnable des parties de voir leur différend porté devant un tribunal particulier *See footnote 38 38* .

L'un des critères fréquemment employé pour déterminer la compétence d'un tribunal particulier aux États-Unis est celui du «purposeful availment» *See footnote 39 39* . Ce critère permet au tribunal de déterminer si le défendeur a délibérément décidé d'exercer des activités dans le territoire en question et ainsi peut se prévaloir des avantages de la loi locale. Le cas échéant, et en supposant que l'exercice de sa compétence judiciaire est autrement équitable et raisonnable, le tribunal aura la compétence nécessaire pour entendre un différend découlant de ces activités. Le critère du «purposeful availment», et d'autres règles employées pour établir la compétence d'un tribunal particulier, ne nécessite pas que le défendeur ait une présence physique dans le territoire en question *See footnote 40 40* .

Selon les termes de la Cour suprême des États-Unis, il suffit que la conduite du défendeur et son lien avec le territoire [traduction] «lui permettent de prévoir raisonnablement qu'il serait poursuivi devant les tribunaux de cet endroit» *See footnote 41 41* .

2. *Forum non conveniens*

L'accroissement des motifs de revendication de la compétence judiciaire a eu pour corollaire l'accroissement des différends concernant la compétence. Les défendeurs poursuivis devant des tribunaux étrangers s'efforcent de plus en plus souvent de ramener l'affaire sur leur propre territoire. Selon le principe du *forum non conveniens*, un tribunal peut suspendre ou rejeter une poursuite s'il est persuadé qu'un autre tribunal est plus étroitement relié aux événements à l'origine de la poursuite ou est mieux placé pour trancher l'affaire.

Bien que tous les tribunaux canadiens reconnaissent le principe du *forum non conveniens*, les règles d'application de ce principe ne sont pas énoncées de manière détaillée dans la législation.

Par exemple, l'article 3135 du *Code civil du Québec* dit simplement qu'une autorité peut se déclarer incompétente «si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige». Les dispositions des lois de common law sont aussi succinctes *See footnote 42 42* . Cette contrainte législative a permis aux tribunaux d'adopter des critères souples quant au territoire et de les adapter selon les besoins particuliers.

Le point de départ de l'analyse judiciaire d'une requête invoquant le principe du *forum non conveniens* est la preuve qu'il serait plus approprié qu'un autre tribunal tranche le différend entre les parties *See footnote 43 43* . Cette analyse implique l'examen des liens entre la poursuite et les deux territoires (ou plus) concernés. Outre les facteurs évidents comme la législation applicable et le lieu des activités qui sont à l'origine du litige, les tribunaux étudient des facteurs d'ordre pratique comme le lieu où se trouvent les parties et les principaux témoins ainsi que l'emplacement de la preuve *See footnote 44 44* .

Le poids à attribuer à chaque facteur varie selon les circonstances de l'affaire et selon le tribunal décidant de la requête. Dans certains jugements récents, les tribunaux canadiens ont rejeté des requêtes invoquant le principe du *forum non conveniens* malgré le fait que la faute alléguée s'était produite sur un autre territoire *See footnote 45 45* . Ces causes vont à l'encontre d'une jurisprudence bien établie selon laquelle la manifestation du dommage dans la province ne suffit pas en soi pour constituer un fondement à la compétence si la faute à l'origine du dommage est survenue dans une autre province et que d'autres éléments clés y sont situés *See footnote 46 46* .

Compétence judiciaire à l'égard des différends relatifs à Internet: l'expérience américaine jusqu'à présent

Jusqu'à présent, aucun jugement canadien n'a été rapporté concernant la compétence judiciaire à l'égard des différends découlant de l'utilisation d'Internet *See footnote 47 47* . Toutefois, l'utilisation croissante de ce média, de même que les règles générales régissant la compétence *in personam* tant au Québec que dans les provinces de common law, rendent cette jurisprudence inévitable. En temps et lieu, les tribunaux canadiens seront confrontés à des questions comme celles de déterminer si l'exploitation d'un site Web constitue «l'exploitation d'une entreprise» dans une province particulière; si un vendeur de produits du Nouveau-Brunswick annoncés sur le Web est susceptible d'être poursuivi en vertu de la législation sur la protection du consommateur en Colombie-Britannique; si un tribunal du Manitoba a la compétence voulue pour être saisi d'une poursuite opposant une entreprise de la Saskatchewan à une entreprise de l'Ontario, tout simplement parce que le serveur utilisé pour les communications Internet était situé à Winnipeg; et si l'Office de la langue française peut contraindre un défendeur non-résident à rendre son site Web conforme aux exigences des lois provinciales sur la langue.

En l'absence d'autorités canadiennes, nos tribunaux pourraient consulter la jurisprudence américaine pour trancher ces questions. Ces jugements seront-ils suivis ici ? Cela pourrait dépendre du moment où l'information sera recherchée. Avant le milieu des années 90, peu de décisions avaient été rendues par les tribunaux américains sur les questions de compétence se rapportant à Internet *See footnote 48 48* . Par contre, depuis 1995, il y a eu une véritable explosion de litiges reliés au cyberspace. Les tribunaux américains ont employé divers critères pour déterminer leur compétence pour statuer sur des différends reliés à Internet. Certains tribunaux ont tout simplement appliqué les règles traditionnelles, tandis que d'autres ont tenté d'élaborer de nouveaux critères adaptés aux particularités du média.

Peut-être inévitablement, il est déjà difficile de trouver une parfaite cohérence dans l'application des règles de compétence judiciaire. L'examen de quatre décisions récentes fait ressortir cette lacune. Ces jugements ont été choisis parce qu'ils illustrent les différentes approches des tribunaux quant à leur compétence à l'égard des différends relatifs à Internet, selon les règles étatiques applicables, les faits particuliers de l'affaire, l'ordre public et la capacité ou le désir du tribunal d'adapter les règles traditionnelles de compétence judiciaire à un nouveau média.

Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc. **See footnote 49**

Inset Systems Inc. («Inset») était une entreprise de logiciels qui avait son siège social au Connecticut, tandis qu'Instruction Set Inc. («Instruction») était une entreprise de technologie qui avait son siège social au Massachusetts. Inset a intenté des poursuites dans son propre État afin d'obtenir une injonction et des dommages-intérêts au motif que le défendeur avait utilisé le nom d'Inset comme titre de sa page Web et dans son numéro de téléphone sans frais d'interurbain («1-800-US-INSET»). Instruction a demandé au tribunal de décliner sa compétence au motif qu'elle n'avait aucun bureau ni aucun employé au Connecticut et qu'elle n'exerçait son activité régulièrement qu'au Massachusetts.

En vertu des dispositions législatives du Connecticut visant la compétence *in personam* des tribunaux à l'égard des non-résidents, les tribunaux de cet État ont compétence particulière à l'égard de tout défendeur non-résident qui sollicite de manière répétée des affaires au Connecticut, sous réserve uniquement de la clause de sauvegarde des libertés individuelles (*Due Process Clause*) contenue dans le 14^e amendement de la Constitution des États-Unis. La cour a conclu que la page Web d'Instruction constituait une sollicitation d'affaires répétée puisque cette page avait été accessible de façon continue au cours des six mois précédents. Puisqu'il y avait environ 10000 utilisateurs d'Internet qui auraient pu être exposés à cette sollicitation, le tribunal a décidé qu'il avait compétence.

La cour a en outre conclu que sa décision quant à la compétence n'allait pas à l'encontre de l'exigence prévue au 14^e amendement d'un [traduction] «contact minimal» avec le territoire. Puisque le défendeur avait affiché une page Web et possédait un numéro sans frais d'interurbain qui pouvaient être utilisés par n'importe qui aux États-Unis, y compris les utilisateurs d'Internet au Connecticut, Instruction devait raisonnablement avoir prévu qu'elle pourrait être poursuivie devant les tribunaux de cet État. La cour a enfin ajouté que sa décision ne causerait pas un grave préjudice au défendeur puisque la distance entre le Connecticut et le Massachusetts n'était pas grande et qu'il avait déjà retenu les services d'un avocat au Connecticut.

Le résultat pratique de cette affaire ne semble pas injuste compte tenu de la proximité des deux territoires en cause. Toutefois, le raisonnement de la cour du Connecticut devrait faire réfléchir tout exploitant de site Web. Le seul fait qu'il soit possible de consulter un site Web à partir d'un territoire particulier a suffi pour conclure qu'une activité commerciale a été exercée dans cet État. Aucune tentative particulière de sollicitation des citoyens du Connecticut (par opposition aux 49 autres États) n'était nécessaire pour établir la compétence. Selon le tribunal, une société qui exploite un site Web et qui fournit un numéro sans frais d'interurbain devrait raisonnablement prévoir la possibilité d'être poursuivie devant les tribunaux de n'importe quel État. La seule restriction à l'application des dispositions visant la compétence à l'égard des non-résidents résidait dans l'application du critère de l'équité (*fair play*). Ce critère a ici été respecté puisque la cour a conclu qu'Instruction ne subirait pas d'inconvénients graves du fait de se défendre dans le territoire du Connecticut.

Cybersell Inc. c. Cybersell Inc. See footnote 50 50

Cette affaire impliquait une société de l'Arizona et une société de la Floride qui exerçaient leur activité sous la même dénomination sociale et qui offraient toutes deux des services de consultation en matière de publicité sur Internet. La société de l'Arizona a intenté une action dans son propre État au motif de contrefaçon de sa marque de commerce «Cybersell» déposée au fédéral. La société défenderesse de la Floride, a présenté une requête en rejet de la demande au motif d'absence de compétence du tribunal de l'Arizona.

Appliquant le critère du «purposeful availment», le tribunal de l'Arizona a conclu qu'il était nécessaire d'établir une distinction entre des sites Web «actifs» et «passifs». Les sites passifs ne font que transmettre l'information et ne s'adressent pas à des personnes provenant d'un endroit précis. La cour en a conclu qu'il devait y avoir quelque chose de plus qui indiquerait qu'un exploitant de site Web a délibérément dirigé son site, d'une manière importante, vers les résidents de l'État. Parmi les exemples d'attributs de site Web suffisants pour justifier une conclusion selon le critère du «purposeful availment», notons la possibilité d'enregistrer le nom d'un utilisateur ou de l'inscrire sur une liste de publipostage ou encore la nécessité d'utiliser un numéro sans frais d'interurbain ou une adresse électronique pour obtenir de plus amples renseignements. Un grand nombre d'«accès» par des utilisateurs d'un territoire donné pourrait aussi porter à conclure à la compétence particulière des tribunaux du territoire en question.

Se fondant sur ces critères, la Cour d'appel du 9^e circuit a confirmé la décision du tribunal inférieur de rejeter l'action au motif d'absence de compétence *in personam* à l'égard du défendeur de la Floride. La cour a conclu que le site Web du défendeur était essentiellement passif. Les utilisateurs d'Internet qui aboutissaient au site avaient la possibilité d'inscrire leur adresse, mais ils ne pouvaient y acheter de produits ou services sans prendre d'autres mesures pour communiquer avec la société. L'objet du site n'était pas de permettre la conclusion de transactions commerciales, mais plutôt d'annoncer des services qui pouvaient être obtenus autrement qu'en passant par Internet.

Il y a effectivement un lien logique entre l'objet du site Web et le fait qu'un exploitant puisse raisonnablement prévoir les conséquences pouvant découler de son utilisation; y compris la possibilité d'être poursuivi à l'extérieur de son État de résidence. Que cette distinction ait été faite constitue une amélioration par rapport à l'approche globale de la cour du Connecticut dans l'affaire *Inset*.

Malheureusement, dans l'affaire *Cybersell*, la cour a également jugé que la compétence particulière pouvait être déterminée d'après le nombre d'«accès» par les utilisateurs d'un territoire donné. Cela ne semble pas raisonnable, car l'utilisation du site échappe totalement au contrôle de l'exploitant. On pourrait soutenir qu'un grand intérêt à l'égard d'un site dans un territoire quelconque devrait rendre l'exploitant conscient de la possibilité qu'une poursuite soit intentée dans le territoire en question. Mais cela laisse supposer que l'exploitant du site Web sait qui consulte le site. Le fardeau imposé à l'exploitant est donc très lourd, étant donné qu'il lui est quasi impossible d'empêcher sélectivement l'utilisation de son site Web par les utilisateurs d'un endroit particulier. Cette lacune démontre que même si l'exploitant était au courant du nombre élevé d'accès par certains utilisateurs, il pourrait se retrouver dans la situation déplorable où il devrait choisir entre risquer d'être poursuivi à cet endroit (même si le site Web n'y cible pas les utilisateurs) ou d'abandonner tout simplement ce média.

Bensusan Restaurant Corp. v. King See footnote 51 51

La société demanderesse était propriétaire de la boîte de nuit new-yorkaise «Blue Note», de réputation internationale. Le défendeur était propriétaire au Missouri d'une boîte de nuit également appelée «The Blue Note», qui était fréquentée par les étudiants de l'université voisine. La demanderesse avait intenté une action à New York, alléguant la contrefaçon de sa marque de commerce et la concurrence déloyale à partir du site Web du défendeur. Elle demandait également au tribunal d'ordonner au défendeur de modifier le nom de sa boîte de nuit et de fermer son site Web, qui contenait un calendrier des spectacles à venir ainsi qu'un numéro de téléphone où appeler pour obtenir des renseignements supplémentaires. Le site Web de The Blue Note du Missouri contenait initialement un hyperlien avec le site de Blue Note de New York, mais cet hyperlien avait été enlevé à la suite d'une plainte de la demanderesse.

La Cour d'appel du 2^e circuit a maintenu la décision de la cour de première instance qui avait rejeté la poursuite au motif qu'elle n'était pas compétente.

En vertu des dispositions législatives de l'État de New York visant la compétence *in personam* des tribunaux à l'égard des non-résidents, un tribunal est compétent si un délit est commis dans cet État ou si un dommage y est subi. En ce qui concerne le lieu où le délit a été commis, la cour a conclu que tous les actes reprochés (la création du site Web, l'utilisation du nom «Blue Note» et la création de l'hyperlien) avaient été commis au Missouri par des résidents du Missouri. Quant à la compétence à l'égard de défendeurs non-résidents fondée sur la survenance du dommage à New-York, elle devait être interprétée de manière restrictive. Le défendeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir que ses actes pourraient causer un dommage dans l'État de New York, et il ne tirait pas non plus un revenu important d'une activité commerciale entre les deux États. Le seul fait que le défendeur ait engagé des musiciens de réputation nationale et que sa clientèle étudiante puisse ne pas être constituée exclusivement de résidents du Missouri ne suffisait pas pour conférer compétence aux tribunaux de New York.

Le raisonnement suivi dans l'affaire *Bensusan* est intéressant parce que la cour est allée au-delà de l'effet possible de l'utilisation d'Internet pour examiner l'effet réel sur les faits en cause. Bien que la publicité de la boîte de nuit du Missouri se soit étendue à d'autres territoires, la preuve démontrait que la boîte de nuit était une entreprise locale qui ne représentait aucune menace pour son homologue new-yorkais. La cour n'a même pas étudié l'argument basé sur le 14^e amendement (Due Process Clause), puisqu'elle avait conclu à son absence de compétence.

Le raisonnement du tribunal est cependant difficile à appliquer à d'autres faits. Étant donné que l'entreprise du défendeur dans *Bensusan* était confinée à une aire géographique bien circonscrite, il était naturel que la cour soit sceptique au sujet de l'incidence de la publicité «nationale» sur les revenus de la boîte de nuit du Missouri ou ceux de celle de New York. Nombre de litiges reliés à Internet n'impliqueront pas une entreprise exerçant son activité à un seul endroit bien précis.

Par ailleurs, il n'y avait aucun des indices d'«interactivité» sur le site Web qui avaient compliqué l'analyse de la compétence dans les affaires *Cybersell* et *Inset*. Il n'y avait aucun numéro sans frais d'interurbain sur le site Web de la boîte de nuit du Missouri, aucun billet de spectacle ne pouvait être acheté par le biais d'Internet et il n'existait aucun mécanisme d'inscription des utilisateurs. Si ces éléments avaient été présents, la conclusion de la cour aurait-elle été différente ? Aucun de ces indices d'«interactivité» n'aurait changé le fait que la clientèle de la boîte de nuit provenait essentiellement du Missouri et qu'il n'y avait pas de concurrence véritable entre les

deux entreprises. Par contre, selon l'analyse des tribunaux dans les affaires *Inset* et *Cybersell*, ces indices auraient pu constituer des motifs d'attribution de compétence pour la cour de New York.

State of Minnesota v. Granite Gate Resorts, Inc. **See footnote 52 52**

Cette affaire est exceptionnelle en ce sens qu'il s'agit de poursuites quasi pénales intentées contre un non-résident. Il est loin d'être évident que le raisonnement du tribunal serait applicable à un litige privé, car des considérations d'ordre public peuvent y avoir pesé plus lourd que dans une affaire entre deux parties privées. Il en est question ici parce que, malgré ce contexte, la cour s'est inspirée des principes traditionnels en matière de compétence applicables aux différends de nature strictement civile.

Granite Gates Resorts était une société du Nevada qui annonçait Wagernet, un service de paris sportifs en direct qui serait bientôt disponible sur Internet. Le site Web de Wagernet offrait un numéro sans frais d'interurbain pour obtenir des renseignements supplémentaires, et les utilisateurs d'Internet y étaient invités à s'inscrire pour que leur nom soit ajouté à une liste d'envoi. Les abonnés étaient également avertis qu'ils devraient vérifier leurs lois locales pour vérifier si des restrictions étaient applicables aux paris sportifs.

Le site Wagernet était exploité par une entreprise du Belize et était relié par un hyperlien à une page Web où était expliqué le contrat que signeraient les abonnés. En vertu de ce contrat, toutes les poursuites contre Wagernet devaient être intentées devant les tribunaux du Belize, mais les poursuites contre les abonnés pouvaient être intentées devant les tribunaux de leur territoire de résidence.

Un enquêteur à la consommation au service du procureur général du Minnesota a téléphoné au numéro sans frais d'interurbain indiqué sur le site, s'est identifié comme étant un résident du Minnesota et s'est informé au sujet des paris. On lui a indiqué la manière de parier et on lui a dit que c'était légal, ce qui était faux puisque toutes les formes de paris sportifs sont illégales au Minnesota. À la suite de la consultation du site Web et de l'appel téléphonique, l'État a poursuivi Granite Gate pour pratiques commerciales mensongères, fausse publicité et fraude à la consommation.

Le tribunal de première instance du Minnesota a conclu qu'il avait la compétence nécessaire pour être saisi de la poursuite contre Granite Gate, et la Cour d'appel du Minnesota lui a donné raison. Le tribunal s'est fondé sur la loi du Minnesota visant la compétence *in personam* des tribunaux à l'égard des non-résidents, laquelle prévoyait que le tribunal est compétent à l'égard d'un défendeur non-résident pour autant que cela ne va pas à l'encontre de la Due Process Clause. Le demandeur devait donc démontrer que le défendeur avait eu des contacts minimums avec l'État et que la compétence n'allait pas à l'encontre des notions traditionnelles de «fair play» et de justice fondamentale. Selon le tribunal, le défendeur doit avoir commis quelque acte par lequel il s'est [traduction] «délibérément prévalu du privilège d'exercer ses activités dans l'État, se prévalant par le fait même les avantages et les protections accordés par ses lois».

Pour déterminer si ces critères avaient été remplis, le tribunal du Minnesota a examiné cinq facteurs:

- **le nombre de contrats:** le tribunal a noté que les ordinateurs situés au Minnesota comptaient parmi les 500 ordinateurs qui avaient le plus fréquemment accédé au site Web du défendeur et que la liste d'envoi de Wagernet comprenait les nom et adresse d'au moins

un résident du Minnesota. Des résidents du Minnesota y étaient également indiqués comme ayant utilisé le numéro de téléphone sans frais d'interurbain fourni sur le site;

- **la qualité des contrats:** selon le tribunal, le défendeur avait ciblé un marché américain en affichant son site Web en anglais et en y offrant un numéro de téléphone américain;
- **le lien entre la cause d'action et les contrats:** la poursuite judiciaire était fondée sur des informations disponibles sur le site Web, ces informations étaient destinées aux consommateurs du Minnesota et avaient été reçues par eux;
- **l'intérêt de l'État:** le tribunal a trouvé que l'intérêt de l'État allait de soi puisque si l'État n'avait aucun intérêt, il ne pourrait pas faire appliquer ses lois sur la protection du consommateur;
- **la commodité pour les parties:** selon le tribunal, la société qui se réservait le droit de poursuivre ses abonnés dans l'État de leur résidence ne pouvait se plaindre lorsqu'elle était à son tour poursuivie dans cet État. Le tribunal s'est exprimé ainsi: [traduction] «Les sociétés étrangères qui désirent faire des affaires au Minnesota et qui se réservent le droit de poursuivre des clients du Minnesota en justice au Minnesota ne peuvent invoquer le manque de commodité comme excuse pour éviter la compétence *in personam* ici, particulièrement compte tenu de l'intérêt de l'État dans la réglementation de la publicité et des paris.»

Cette décision, comme la décision *Bensusan*, tente d'appliquer les règles traditionnelles en matière de compétence aux activités sur Internet. Les résultats sont mitigés. Il est difficile de contester que l'intérêt de l'État était en jeu dès lors qu'il avait été établi qu'un résident du Minnesota avait été informé par téléphone qu'il pourrait légalement participer à des paris sportifs en direct et qu'au moins un résident du Minnesota était inscrit sur une liste d'envoi.

Cependant, la décision du tribunal n'était pas fondée sur ces facteurs principalement, mais plutôt sur les caractéristiques du site Web. Encore une fois, il a été conclu qu'un site Web constituait une «diffusion» délibérée partout dans le monde et que cette caractéristique intrinsèque, de même que le fait qu'un numéro de téléphone sans frais d'interurbain soit fourni sur le site, suffisait pour attribuer la compétence à un tribunal de n'importe quel État. Ainsi, comme dans l'affaire *Cybersell*, le tribunal a fondé sa compétence sur le nombre d'accès à partir d'ordinateurs situés dans le territoire de l'État, facteur qui échappait au contrôle de l'exploitant du site Web. L'avertissement donné sur le site Web au sujet de la vérification de la législation locale concernant les paris en direct a été ignoré par le tribunal. Quant au manque de commodité que représentait le fait de comparaître devant un tribunal d'un territoire éloigné, le tribunal a écarté cet argument pour l'unique raison que le défendeur s'était réservé le droit de poursuivre tout abonné dans l'État de sa résidence.

Conclusions

Pouvoir législatif de réglementer Internet

Les autorités actuelles qui ont délimité les pouvoirs législatifs du fédéral et des provinces à l'égard des télécommunications ne constituent pas nécessairement des autorités concluantes en ce qui a trait au pouvoir législatif de réglementer Internet, qui est à certains égards un mode de communication totalement nouveau et unique en son genre. Nous voyons donc se profiler à

l'horizon un important contentieux d'ordre constitutionnel au sujet du pouvoir législatif de réglementer Internet. À notre avis, sur le fondement des autorités actuelles, les tribunaux canadiens devraient vraisemblablement conclure que le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer à l'égard des travaux et entreprises reliés à Internet.

La reconnaissance de la compétence exclusive du fédéral à l'égard des travaux et entreprises qui font partie intégrante du système de communication Internet permettrait quand même aux provinces de promulguer des lois qui auraient une incidence sur Internet. Selon de récents jugements de la Cour suprême, ceci laisserait beaucoup de jeu pour l'adoption de lois provinciales touchant les communications par Internet. En fait, certains organismes de réglementation provinciaux, comme l'Office de la langue française et la Commission d'accès à l'information du Québec *See footnote 53 53*, ont déjà commencé à appliquer certaines lois provinciales aux activités reliées au cyberspace.

À notre avis, ceux qui élaborent des politiques ou stratégies législatives concernant la réglementation d'Internet seraient bien avisés de garder à l'esprit les questions d'ordre constitutionnel qui sous-tendent leurs initiatives en ce domaine.

Comment les questions de compétence territoriale concernant Internet devraient-elles être tranchées par les tribunaux canadiens ?

Compte tenu des difficultés auxquelles les tribunaux américains ont déjà été confrontés, il est approprié de se demander si les principes traditionnels en matière de compétence territoriale peuvent être adaptés aux différends se rapportant à Internet, ou si des règles particulières en matière de compétence devraient être élaborées pour s'appliquer à de tels conflits.

Les règles traditionnelles se sont avérées appropriées en certains cas comme dans l'affaire *Bensusan*. Lorsque le litige porte sur l'activité exercée par le défendeur dans un territoire géographique bien déterminé, l'utilisation d'Internet à des fins publicitaires ne devrait pas permettre d'écarter les règles usuelles relatives à la preuve du dommage au sein du territoire en question et de l'intention de défendeur (ou de l'absence d'intention) de cibler un marché particulier. En pareil cas, l'utilisation d'Internet est accessoire, et ses qualités propres ne devraient pas modifier les principes de compétence territoriale usuels *See footnote 54 54*.

Par contre, ces règles peuvent s'avérer inadéquates lorsque les activités reprochées ont lieu principalement dans le cyberspace. Un affichage figurant sur un site Web peut ne pas entraîner d'effet particulier à un endroit donné. L'application des règles traditionnelles en ces circonstances pourrait aboutir à une compétence trop vaste, fondée sur le principe que le défendeur devrait pouvoir être contraint à comparaître devant les tribunaux de tout État où les citoyens peuvent utiliser Internet.

Certains tribunaux ont tenté d'adapter les règles reconnues en matière de compétence en établissant une distinction entre les sites Web actifs et passifs. Il semble raisonnable que l'exploitant d'un site Web qui a ciblé un marché déterminé, soit en spécifiant un territoire particulier ou en vendant des services en direct aux clients, devrait être soumis à la compétence des tribunaux du territoire en question. Toutefois, il y a deux problèmes en ce qui a trait à ce critère tel que formulé jusqu'à présent par les tribunaux américains.

Premièrement, le degré d'«interactivité» jugé suffisant pour enclencher la compétence est faible. Le seul fait d'indiquer un numéro sans frais d'interurbain sur un site Web devrait-il être suffisant

pour rendre compétents les tribunaux de chaque territoire où ce numéro peut être utilisé? L'affichage d'un message en anglais équivaut-il nécessairement à une tentative de cibler un marché nord-américain? N'y aurait-il pas lieu d'exiger une manifestation plus évidente de l'intention d'atteindre un marché particulier?

Deuxièmement, et c'est un problème plus important, il y a la volonté des tribunaux de considérer l'interactivité sur un site Web comme l'équivalent de son utilisation par les parties dans un territoire donné. Cette interprétation est injuste, car il peut s'avérer impossible de savoir qui a utilisé le site Web ou d'en contrôler l'accès à partir d'un endroit particulier. L'importance attribuée au nombre d'accès de la part d'utilisateurs d'un même territoire démontre une mauvaise conception fondamentale de l'anonymat offert par le cyberspace. C'est également une dérogation à la règle traditionnelle qui exige que le défendeur ait posé un geste pour enclencher la compétence des tribunaux dans un territoire donné.

Quant à la question de décider si les règles traditionnelles relatives à la compétence doivent être utilisées telles quelles ou adaptées pour les différends reliés à Internet, il importe de se rappeler que le critère du *forum non conveniens* tel qu'il est actuellement appliqué par les tribunaux canadiens n'offre pas toujours la même protection que les exigences relatives à l'application régulière de la loi contenues dans le 14^e amendement de la Constitution des États-Unis. Le critère canadien met l'accent sur les mérites relatifs de deux ou plusieurs territoires, tandis que le critère américain porte sur l'injustice qui pourrait se produire si une partie était forcée de se défendre dans un État étranger. Les tribunaux canadiens tendent à se livrer à un exercice d'équilibre, alors que les tribunaux américains se soucient de garanties procédurales.

Compte tenu de ces difficultés potentielles, les premiers jugements qui seront rendus par les tribunaux canadiens quant à leur compétence à l'égard des différends reliés à Internet devrait être suivie de près. Le défaut des tribunaux à tenir compte de la nature unique d'Internet pourrait nuire à l'utilisation commerciale de ce média, étant donné que l'application des règles traditionnelles sans aucune modification pourrait mener à la revendication de la compétence judiciaire sur le seul fondement de contacts très minimes avec le territoire en question. Pour déterminer s'ils sont ou non compétents, les tribunaux canadiens seraient bien avisés, à notre avis, de tenir compte des lignes directrices suivantes:

- Les tribunaux devraient éviter de suivre la règle générale selon laquelle la possibilité (ou même le fait) d'avoir accès à un site Web à partir du territoire du tribunal suffit en soit pour enclencher la compétence. L'affichage sur un site Web ne devrait pas constituer en soi «l'exploitation d'une entreprise» dans un territoire donné.
- Au départ, les tribunaux devraient se demander si l'utilisation d'Internet est réellement au cœur du différend, ou si cela n'est qu'un facteur accessoire. Dans ce dernier cas, la compétence devrait être déterminée en fonction des critères traditionnels et non pas en accordant une trop grande importance au facteur Internet.
- Même si l'utilisation d'Internet est au cœur du différend, les tribunaux devraient examiner attentivement d'autres facteurs qui pourraient, en l'absence d'Internet, déclencher la compétence d'un tribunal particulier ou militer contre cette compétence.

- Les tribunaux canadiens pourraient avantageusement adopter la distinction que font les tribunaux américains entre les sites Web passifs et actifs, car un haut degré d'interactivité pourrait démontrer le désir du défendeur de se prévaloir des lois d'un territoire particulier.
- Si ce critère est utilisé, cependant, il y a lieu de faire preuve de prudence afin de s'assurer que l'interactivité est importante. Par exemple, le simple fait d'afficher des renseignements en anglais (souvent considéré comme la langue internationale du commerce) ne doit pas être interprété comme un désir du défendeur de cibler un public nord-américain, et encore moins comme un facteur attributif de compétence des tribunaux dans une province ou un État en particulier.
- Les tribunaux doivent également faire preuve de prudence en faisant une distinction entre les actes du défendeur dans le cyberspace et ceux d'autres utilisateurs d'Internet. Le calcul des «accès» provenant d'un territoire donné peut être un moyen légitime d'évaluer les attentes des parties à l'égard d'un territoire donné dans certains cas, par exemple là où les activités sur un site Web peuvent, selon toute attente raisonnable, être surveillées par son exploitant. Par ailleurs, les tribunaux devraient reconnaître qu'une telle surveillance n'est pas toujours faisable ni raisonnable.
- Éventuellement, s'il apparaît que les tribunaux revendiquent trop facilement la compétence à l'égard des différends reliés à Internet, il y aurait peut-être lieu de penser à intégrer dans le critère du *forum non conveniens* une exigence expresse d'équité semblable à celle qui existe dans le 14^e amendement.

La croissance d'Internet soulève de grands défis d'ordre philosophique et pratique pour les avocats. La loi et les compétences de ceux qui exercent le droit doivent évoluer en fonction du développement du cyberspace. Bien qu'il soit actuellement prématuré d'adopter des lois particulières dans ce domaine, il conviendra d'envisager cette possibilité si les règles traditionnelles ne peuvent être adaptées à ce nouveau média.

Annexe

[par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada]

Si les règles traditionnelles sont en fin de compte inadéquates, une loi uniforme pourrait être adoptée par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Le Parlement du Canada et le législateur provincial ont tous les deux un rôle en la réglementation de l'usage et du contenu d'internet. Il serait possible que la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux adoptent des règles uniformes. La Cour fédérale a déjà une compétence nationale, mais l'harmonie avec les provinces demeure souhaitable.

La question plus difficile est de savoir l'utilité d'une règle qui s'applique uniquement au Canada. Les règles canadiennes n'empêchent pas au tribunaux étrangers d'exercer une compétence exorbitante sur des résidents ou des entreprises canadiens, ni garantissent aux Canadiens du recours juste et raisonnable contre les internautes étrangers. Cependant le marché canadien reste le plus important pour les entreprises et les consommateurs canadiens. Le commerce sur internet bénéficiera de la capacité de faire des transactions à l'intérieur du Canada avec de la confiance en les règles sur la compétence ; cette confiance pourrait inspirer le choix de faire affaires avec des sites qui sont identifiables comme canadiens. Il est également possible qu'une ensemble de règles

bien conçues puisse inspirer d'autres pays à en adopter aussi. La Conférence pour l'harmonisation des lois devrait collaborer aux efforts internationaux pour étudier et résoudre les questions de compétence, mais si une loi canadienne s'impose, les limites sur une telle loi ne devrait pas détourner la Conférence de l'effort requis.

Footnotes

Footnote: 1 1 Le présent exposé est une synthèse d'une recherche et d'une analyse effectuées par le groupe d'Internet d'Ogilvy Renault, particulièrement par Frédéric Bachand, Christian Beaudry, Gregory Bordan, Andrew Foty, Sally Gomery et Claudine Roy.

(c) Ogilvy Renault, 1998

Footnote: 2 2 Voir, par exemple, l'affaire *United States of America v. Thomas*, 74 F.3d 701 (1996) (quoiqu'elle puisse faire l'objet d'une distinction puisqu'il s'agissait un service de babillard électronique plutôt que d'un site Web).

Footnote: 3 3 Les questions se rapportant à la contrefaçon de marques de commerce et de droit d'auteur, à l'ingérence fautive dans les relations contractuelles et à la concurrence ont constitué jusqu'à présent la source la plus prolifique de jurisprudence concernant l'utilisation d'Internet. Les décisions américaines comprennent notamment *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 40 U.S.P.Q. (2d) 1519 (S.D.N.Y.), confirmée par la Cour d'appel des États-Unis (2d cir.) le 10 septembre 1997; *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.* (U.S.C.A., 9th Cir. 1997); *Hearst Corp. v. Goldberger*, 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. 1997); *Heroes Inc. v. Heroes Foundation*, 958 F. Supp. 1 (D.D.C. 1996); *IDS Life Insurance Co. v. Sun America Inc.*, 958 F. Supp. 1258 (N.D. Ill. 1997); *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.*, 937 F. Supp. 166 (D. Conn. 1996); *Maritz Inc. v. Cybergold Inc.*, 947 F. Supp. 28 (E.D. Mo. 1996); *McDonough v. Fallon McElligott Inc.*, 40 U.S.P.Q. (2d) 1826 (S.D. Cal. 1996); *Panavision International, L. P. v. Toebben*, 938 F. Supp. 616 (C.D. Cal. 1996); *Playboy Enterprises Inc. v. Chuckleberry Publishing Inc.*, 39 U.S.P.Q. (2d) 1746 et 1846 (S.D.N.Y. 1996); *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

Footnote: 4 4 Les jugements qui ont traité de la compétence dans des cas d'allégations de diffamation sur Internet comprennent notamment *California Software Inc. v. Reliability Research Inc.*, 631 F. Supp. 1356 (C.D. Cal. 1986); *Naxos Resources (U.S.A.) Ltd. v. Southam Inc.*, 1996 WL 662451 (C.D. Cal. 1996); *It's in the Cards v. Fuschetto*, 1995 Wisc. App. LEXIS 489 (C.A. Wis. 1995).

Footnote: 5 5 Le jugement le plus important en matière de pratiques commerciales déloyales sur Internet est *Minnesota (State of) v. Granite Gate Resorts, Inc.*, 568 N.W. 2d 715 (Minn. C.A. 1997).

Footnote: 6 6 Les jugements qui ont traité de la question de compétence en matière de différends contractuels découlant de l'utilisation d'Internet comprennent *Beverage Management Solutions Inc. v. Yankee Spirits Inc.*, 460 SE 2d 564 (GA C.A. 1995); *Cody v. Ward*, 954 F. Supp. 43 (D. Conn. 1997); *Compuserve Inc. v. Patterson*, 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996); *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997); *Edias Software International v. Basis International Ltd.* 947 F. Supp. 413 (D. Ariz. 1996); *Hall v. LaRonde*, 66 Cal. Rptr. 2d 399 (Ca. C.A., 1997); *Pres-Kap Inc. v. System One Direct Access Inc.*, 636 So 2d 1351 (Fla. App. 3 Dist. 1994); *Resuscitation Technologies Inc. v. Continental Health Care Corp.*, 1997 WL 148567 (S.D. Ind. 1997).

Footnote: 7 7 Cela peut s'avérer particulièrement problématique dans le contexte d'un différend portant sur Internet, mais le sujet plus vaste du choix de la loi applicable dépasse le cadre du présent exposé. Il y a certaines situations bien reconnues où le droit substantif étranger sera considéré comme applicable: par exemple, lorsque les parties ont inclus une clause sur le choix de la législation applicable dans un contrat; lorsqu'en vertu des propres lois du territoire où siège le tribunal, l'état civil est déterminé en vertu des lois du lieu de naissance ou de mariage; en responsabilité délictuelle, lorsque la *lex loci delicti* s'applique; et en matière d'exécution de jugements étrangers (en supposant que l'application de la loi étrangère ne va pas à l'encontre de l'ordre public).

Footnote: 8 8 Voir les commentaires sur l'affaire *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.*, 937 F. Supp. 961 (D. Conn. 1996), *infra*.

Footnote: 9 9 Il faut reconnaître qu'il est peu probable que les tribunaux soient réticents à proclamer leur compétence relativement à des différends pour le seul motif qu'ils impliquent l'utilisation d'Internet. Comme un juge de la Cour fédérale l'a récemment fait remarquer en accordant une injonction contre un exploitant de site Web apparemment en contrefaçon d'une marque de commerce [traduction]: «Il est peut-être possible de dire que l'affaire qui m'a été soumise constitue déjà un cas dans lequel, nonobstant les pérégrinations d'Internet en termes de frontières sans lignes de démarcation et de sa présence importune à travers des continents entiers, les principes fondamentaux de la propriété exigent une protection constante.» Voir *Tele-Direct (Publications) Inc. v. Canadian Business Online Inc.*, [1997] F.C.J. No. 1387 (décision non rapportée du juge Joyal rendue le 17 septembre 1997, dossier de la cour no T-1340-97).

Footnote: 10 10 Les tribunaux de divers pays européens et autres se sont également penchés sur la question de la compétence des tribunaux à l'égard des différends découlant de l'utilisation d'Internet, mais en raison du manque d'espace, cette jurisprudence ne sera pas invoquée dans le présent exposé.

Footnote: 11 11 *Reno v. American Civil Liberties Union*, 000 U.S. 96-511 (1997).

Footnote: 12 12 Voir, généralement, P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, (Carswell, Toronto, 1992), aux pages 565 et suivantes.

Footnote: 13 13 *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, C.S.C.,no 25259, 18 mars 1998, à la p. 30.

Footnote: 14 14 *Id.*, à la p. 30.

Footnote: 15 15 Voir par exemple *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141 (télévision); *Toronto v. Bell Telephone Co.*, [1905] A.C. 52, *Alberta Government Telephones c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1989] 2 R.C.S. 225 et *Téléphone Guévremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878 (téléphone).

Footnote: 16 16 *Re Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.); *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161.

Footnote: 17 17 Voir par exemple D. MULLAN et R. BEAMAN, «The Constitutional Implications of the Regulation of Telecommunications», (1973) 4 *Queens L.J.* 67, à la p. 71. La Cour d'appel de l'Ontario est arrivée à la même conclusion dans *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, à la p. 823.

Footnote: 18 18 R.A. BRAITT, «The Constitutional Jurisdiction to Regulate the Provision of Telephone Services in Canada», (1981) 13 *Ott. L.R.* 53, aux pages 79 et suivantes.

Footnote: 19 19 Pour une revue instructive de la jurisprudence, voir P. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (Carswell, Toronto, 1992) aux pages 565 et suivantes.

Footnote: 20 20 *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, à la p. 762.

Footnote: 21 21 *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 162.

Footnote: 22 22 Dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour suprême a conclu qu'une loi réglementant la publicité adressée aux mineurs, y compris un message publicitaire à la télévision, était *intra vires* de l'Assemblée nationale du Québec parce que la loi provinciale visait expressément les annonceurs, non pas les diffuseurs. Voir également *Le procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211 et *Air Canada c. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 R.C.S. 581, à la p. 609.

Footnote: 23 23 Par exemple, l'article 3134 du *Code civil du Québec* stipule ceci: «En l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec». En Ontario, l'attribution de compétence à l'égard des défendeurs résidant dans cette province est implicite dans la

règle 17 des *Rules of Civil Procedure*, laquelle établit les circonstances dans lesquelles l'acte introductif d'instance peut être signifié, sans l'autorisation de la cour, à un défendeur ne résidant pas en Ontario. Par ailleurs, la compétence *in personam* est préservée au paragraphe 3(d) du projet de loi de la CULC intitulé *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (ci-après appelé «*Uniform Jurisdiction Act*»), lequel stipule que [traduction] «Un tribunal a compétence territoriale dans une procédure intentée contre une personne seulement si [...] cette personne est ordinairement un résident du» territoire de la province légiférante «au moment de l'introduction de l'instance». La Loi uniforme se trouve au site suivant: <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/acts/ejurisd.htm> (en anglais seulement, pour le moment.)

Footnote: 24 24 Ce principe a été adopté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 et maintenu subséquentement dans l'affaire *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême du Canada écrivait que le critère du «lien réel et important» trouvait son fondement dans les valeurs constitutionnelles. Voir également J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws 4th ed.* (Butterworths, Toronto, 1997) aux pages 52 et suivantes.

Footnote: 25 25 Art. 3148, al. 2, *C.c.Q.* et art. 10(h) de l' *Uniform Jurisdiction Act*. La règle 17.02(p) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario prévoit simplement que la signification extraterritoriale est possible sans autorisation à toute personne exploitant une entreprise en Ontario.

Footnote: 26 26 Art. 3148, al. 3, *C.c.Q.*, règle 17.02(g) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario et art. 10(g) de l' *Uniform Jurisdiction Act*.

Footnote: 27 27 Art. 3148, al. 3, *C.c.Q.*, règle 17.02(h) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario.

Footnote: 28 28 Art. 3148, al. 3, *C.c.Q.* et art. 10(e) de l'*Uniform Jurisdiction Act*. La règle 17.02(f)(iv) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario prévoit similairement qu'un défendeur de l'extérieur de la province peut recevoir signification sans autorisation dans le cadre d'une action découlant d'une inéécution contractuelle qui a eu lieu en Ontario, ce qui laisse présumer que les obligations contractuelles devaient y être exécutées.

Footnote: 29 29 Art. 3148, al. 4, *C.c.Q.*; règle 17.02(f)(iii) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario; et art. 3(c) du *Uniform Jurisdiction Act*.

Footnote: 30 30 Règle 17.02(f)(ii) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario et art. 10(e)(ii) de l'*Uniform Jurisdiction Act*. Il ne s'agit pas d'un fondement de compétence expressément reconnu dans le *Code civil du Québec*, bien qu'un choix de dispositions législatives rendant obligatoire l'application de la législation québécoise serait certainement pertinent en ce qui a trait à la question de la compétence.

Footnote: 31 31 Art. 3141 et suiv. du *C.c.Q.*; *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 3-7; règles 17.02(j), (k) et (l) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario. Aucune règle régissant la compétence en matière de droit familial n'est incluse dans l' *Uniform Jurisdiction Act*.

Footnote: 32 32 Art. 3152 et 3154 *C.c.Q.*; règles 17.02(a), (b), (c), (d) et (e) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario et art. 10(a), (b), (c) ou (d) de l' *Uniform Jurisdiction Act*.

Footnote: 33 33 Art. 3136 *C.c.Q.* (où l'expression «lien suffisant» est utilisée) et art. 3(e) de l'*Uniform Jurisdiction Act*. Les provinces de common law comme l'Ontario prévoient généralement que lorsque le demandeur allègue un «lien réel et important» qui n'est pas expressément prévu dans les règles, l'autorisation de la cour doit être obtenue pour que l'acte introductif d'instance puisse être signifié au demandeur non-résident; voir la règle 17.03(1) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario.

Footnote: 34 34 *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 et *Tolofsen c. Jensen*, précité, note 24.

Footnote: 35 35 Pour un exposé plus complet des règles régissant le tribunal compétent aux États-Unis et de leur incidence sur les différends reliés à Internet, voir Barry Sookman, «Personal Jurisdiction and the Internet: *If you put material in Cyberspace, Where can you be sued?*», communication présentée au Computer and Cyberspace Law Convention, University of Dayton School of Law, juillet 1997.

Footnote: 36 36 Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408; *Data Disc Inc. v. Systems Technology Associations Inc.*, 557F. 2d 1280 (9th Cir. 1977).

Footnote: 37 37 International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310.

Footnote: 38 38 World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286.

Footnote: 39 39 Ce critère est utilisé tant par la Cour d'appel du 9^e circuit que par la Cour d'appel du 6^e circuit. Pour un exemple de la manière dont ce critère a été appliqué dans une cause impliquant des questions reliées à Internet, voir *CompuServe Inc. v. Patterson*, précité, note 6.

Footnote: 40 40 Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462; *CompuServe Inc. v. Patterson*, précité, note 6; *California Software Inc. v. Reliability Research, Inc.*, précité, note 4.

Footnote: 41 41 Burger King Corp. v. Rudzewicz, *ibid*; *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, précité, note 38.

Footnote: 42 42 La règle 17.06(2) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario précise qu'un tribunal peut suspendre la procédure ou annuler la signification à un défendeur non-résident s'il est convaincu que l'Ontario n'est pas un lieu propice à l'audition de l'instance. L'article 14 du *Draft Uniform Jurisdiction Act* précise qu'une cause peut être transférée au tribunal d'un autre territoire si ce dernier a compétence *rationae materiae* et est un lieu plus approprié pour l'audition de l'instance.

Footnote: 43 43 Amchem Products Inc. c. Colombie Britannique, [1993] 1 R.C.S. 897.

Footnote: 44 44 Pour des exemples de l'application de ces principes, voir *Frymer v. Brettschneider* (1994), 28 C.P.C. (3d) 84 (Ont. C.A.) et *MacDonald v. Lasnier* (1994), 21 O.R. (3d) 177 (Ont. Gen. Div.).

Footnote: 45 45 Dans l'affaire *Dennis v. Salvation Army Grace General Hospital* (1997), 14 C.P.C. (4th) 207 (N.S.C.A.), une poursuite relative à une faute professionnelle médicale, les défendeurs (médecins et l'hôpital) ont présenté une requête en suspension des poursuites en Nouvelle-Écosse au motif que la faute alléguée avait eu lieu à Terre-Neuve, que tous les défendeurs résidaient à Terre-Neuve et que tous les registres hospitaliers et médicaux se

rapportant à la faute professionnelle alléguée s'y trouvaient également. Ces facteurs semblaient militer fortement en faveur du transfert de la cause aux tribunaux de Terre-Neuve. Or, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'en a pas moins infirmé le jugement de première instance qui avait accueilli la requête, au motif que les demandeurs seraient soumis à de graves inconvénients financiers et psychologiques s'ils devaient retourner à Terre-Neuve pour les interrogatoires et le procès. La Cour d'appel a jugé que le dommage avait été subi tant à Terre-Neuve qu'en Nouvelle-Écosse, où les demandeurs avaient déménagé peu après la survenance de la faute professionnelle alléguée. Voir dans la même veine *Oakley v. Barry* (N.S.C.A. no137568, jugement rendu le 27 mars 1998) et *Dunlop v. Connecticut College* (1996), 50 C.P.C. (3d) 109 (Ont. Gen. Div.).

Footnote: 46 46 Frymer v. Brettschneider et MacDonald v. Lasnier, supra, à la note 32.

Footnote: 47 47 Une décision toute récente de la Cour de l'Ontario (Division générale) a abordé indirectement la question. Dans l'affaire *Kitakufe v. Oloya*, [1998] O.J. no2537 (décision non rapportée du juge Himel datée du 18 juin 1998 dans le dossier de la Cour no97-CV-133151), un résident de l'Ontario intentait une poursuite en dommages-intérêts relativement à un préjudice qu'il avait subi à la suite de la publication de déclarations à son sujet dans un journal de l'Ouganda, dont des extraits avaient été reproduits sur Internet. Le défendeur a présenté une requête invoquant le principe du *forum non conveniens* afin de suspendre les procédures en Ontario au motif que le tribunal de l'Ouganda était le tribunal le plus approprié pour entendre l'affaire. M. le juge Himel a rejeté la requête. Il n'a pas discuté directement de l'effet de l'affichage sur Internet sur la question de la compétence judiciaire, mais il a déclaré que le dommage allégué par le demandeur avait été subi en Ontario. Au-delà de ce commentaire, l'analyse de la Cour est fondée sur les facteurs traditionnels en matière de *forum non conveniens*, comme la résidence du défendeur, le lieu où se trouvent les témoins experts, les épreuves et dépenses éventuelles associées à l'obligation de poursuivre en Ouganda.

Footnote: 48 48 Remarquablement, la décision de la Cour de district américaine en Californie, dans l'affaire *California Software Inc. v. Reliability Research Inc.*, précitée, note 4, remonte à 1986, soit quelque dix ans avant tout autre jugement rapporté. Ce n'est pas une coïncidence si cette affaire impliquait des parties qui exerçaient leurs activités dans le domaine de la programmation et de la distribution de logiciels.

Footnote: 49 49 Précité, note 3.

Footnote: 50 50 Précité, à la note 3.

Footnote: 51 51 Précité, à la note 3.

Footnote: 52 52 Supra, à la note 5.

Footnote: 53 53 Voir la brochure de l'Office de la langue française intitulée «Les technologies de l'information en français. C'est votre droit. C'est votre devoir»; voir également le site Web de la Commission d'accès à l'information à www.cai.gouv.qc.ca/auto.html («L'accès à l'information et la confidentialité des renseignements personnels sur l'autoroute de l'information»).

*Footnote: 54 54 Dans une veine semblable, voir *Naxos Resources (U.S.A.) Ltd. v. Southam Inc.*, 1996 W.L. 662451 (C.D. Calif. 1996).*

Octobre 1998