

Trois petits pas et un grand saut dans Internet : du nouveau en droit international privé québécois

*Gérald GOLDSTEIN**

Résumé

Trois litiges récents, en matière extracontractuelle (appropriation d'informations personnelles, diffamation et entente anticoncurrentielle), ont donné lieu au Québec, en 2010, aux premières décisions ayant directement abordé l'aspect international de la problématique posée par les réseaux informatiques, qui peut se traduire par des difficultés de détermination du tribunal compétent ou de la loi applicable. Dans ces jugements, par réalisme et par économie de raisonnement, les tribunaux québécois se sont servis des règles normales du droit international privé qui montrent leur potentiel, et n'ont pas adopté une approche spécifique au commerce électronique.

Abstract

The immaterial nature of Internet transactions raise some challenges to the existing conflict of law rules since their connecting factors take into account material links between a State's law or authority. So which court has jurisdiction and what law applies over the Internet? The first three judgments directly dealing with torts over the Internet have been recently rendered in Quebec and tend to show that Quebec judges are not ready to « throw the baby with the bath water ». They realize that, so far, the usual rules still work in such new context as long as one looks at the reality of the situation without any need to depart from them in favor of an approach specific to e-commerce.

* Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Docteur en droit (McGill), DESS (Paris I), Licence en droit (Paris I).





Plan de l'article

Introduction	191
I. Le coût des courriels frauduleux: <i>Facebook c. Guerbuez</i>	192
A. Exposé des faits et de la position des parties	192
B. Évaluation critique.....	194
1. Considérations juridiques.....	194
a. Compétence internationale du tribunal	194
b. Absence de violation de l'ordre public.....	196
2. Portée pratique	197
II. Une diffamation sanctionnée: <i>National Bank of Canada c. Weir</i>	198
A. Exposé des faits et de la position des parties	198
B. Évaluation critique.....	199
1. Considérations juridiques.....	199
2. Portée pratique	201
III. Une entente d'une validité douteuse: <i>Option Consommateurs c. British Airways</i>	202
A. Exposé des faits et de la position des parties	202
B. Évaluation critique.....	204
1. Considérations juridiques.....	204
2. Portée pratique	204
IV. Synthèse	205
Conclusion	206







Il existe une forte tendance doctrinale à vouloir faire bénéficier les opérations du commerce dit « électronique » d'un traitement adapté et particularisé à l'« environnement » informatisé¹. Souvent, cette tendance prône en fait un assouplissement des sanctions normales, une indulgence spécifique afin de ne pas porter préjudice au commerce international². Au contraire, une tendance opposée, plus minoritaire, considère que si le moyen de communication utilisé est différent, néanmoins, en principe, il ne justifie pas nécessairement l'adoption de règles spécifiques³.

Ce débat se reflète en droit international privé, puisque ce droit régit les relations internationales de nature privée en assurant une certaine prévisibilité aux parties, dans un but de justice et d'efficacité, mais aussi le respect de principes visant une coordination et une harmonie internatio-

¹ Voir ainsi, notamment : David R. JOHNSON et David POST, « Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace », (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367; Henry H. PERRITT JR., « Jurisdiction in Cyberspace », (1996) 41 *Vill. L. Rev.* 1; Pierre TRUDEL, France ABRAM, Karim BENYekhlef et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997; Karim BENYekhlef, Vincent GAUTRAIS et Guy LEFEBVRE, « Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547; Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) *Journal du droit international* 323; Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998; Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002; Éric A. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris, Litec, 2002; Paul SCHIFF BERMAN, « Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era », (2005) 153 *Un. of Penn. L. Rev.* 1819; Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

² Voir Joel R. REIDENBERG, « Technology and Internet Jurisdiction », (2005) 153 *Un. of Penn. L. Rev.* 1951.

³ Voir, à titre d'exemples de cette tendance : Jack L. GOLDSMITH, « The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty », (1997-98) 5 *Ind. J. Global Legal Stud.* 475; Jack L. GOLDSMITH, « Against Cyberanarchy », (1998) 65 *Un. Chicago L. Rev.* 1199; Tanguy VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », 1998 *Revue de droit des affaires internationales* 3, 373; Katharina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998; Jean-Gabriel CASTEL, « The Internet in Light of Traditional Public and Private International Law Principles and Rules Applied in Canada », (2001) 39 *Canadian Yearbook of International Law* 3; J. R. REIDENBERG, préc., note 2.



nales⁴. La problématique posée par les nouveaux réseaux informatiques se traduit notamment par des difficultés de détermination du tribunal compétent ou de la loi applicable, dans la mesure où les facteurs de compétence juridictionnelle, ou de rattachement des règles de conflit de lois⁵, s'expriment par des liens de nature géographique comme le lieu de conclusion d'un contrat ou de survenance d'un dommage ou d'une faute. Étant donné les caractères du réseau Internet, notamment la possibilité de communiquer partout au même moment et l'immatérialité des transactions qui s'y déroulent, il est possible que les rattachements classiques des règles du droit international privé ne permettent plus de désigner un tribunal ou une loi.

Trois litiges récents, en matières contractuelle et extracontractuelle, ont donné lieu au Québec en 2010 aux premières décisions ayant abordé l'aspect international de cette problématique. Elles donnent déjà une assez bonne idée de l'attitude des tribunaux québécois dans ce contexte.

I. Le coût des courriels frauduleux: *Facebook c. Guerbuez*⁶

A. Exposé des faits et de la position des parties

Dans cette affaire, Facebook, compagnie californienne de « réseautage » bien connue, demandait la reconnaissance et l'exécution d'une décision californienne ayant condamné par défaut un défendeur québécois, M. Guerbuez, à payer une somme de plus d'un milliard de dollars, à titre de dommages intérêts, pour violation d'obligations contractuelles et extracontractuelles. Le défendeur avait récupéré des adresses de clients de Facebook et leur avait envoyé 4 millions de « pourriels » (ou courriels non sollicités) afin de vendre divers produits (drogues et médicaments, maté-

⁴ Voir, notamment: Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956; Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », (2007) 327 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 13.

⁵ Sur ces notions générales, voir, entre autres: Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, t. 1 « Théorie générale », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.

⁶ *Facebook Inc. c. Guerbuez*, [2010] R.J.Q. 2373 (C.S.).

riel pornographique, etc.). Il avait utilisé certaines données personnelles de ces clients afin de faire croire que ces courriels venaient de leurs amis ou connaissances, ce qui avait fortement porté préjudice à la réputation de Facebook.

La requête visait aussi l'exécution d'ordonnances californiennes d'injonctions permanentes afin que M. Guerbez cesse ce comportement et fournisse certaines informations à Facebook.

Le défendeur invoquait essentiellement qu'il était contraire à l'ordre public de reconnaître ces décisions en raison de leur nature punitive et de l'énormité de la somme, dont il n'avait pu prévoir le montant à l'avance à partir de la seule signification de l'action en Californie, qui n'envisageait qu'une condamnation de l'ordre de 5000 \$. Il invoquait une décision québécoise antérieure, rendue dans l'affaire *Cortas Canning*⁷, dans laquelle la Cour supérieure du Québec avait refusé de reconnaître une décision du Texas, ayant estimé qu'une condamnation à payer une somme de 12 millions de dollars, notamment à titre de dommages punitifs, n'avait aucun lien suffisant avec un dommage de 96 \$ effectivement subi au Texas.

En l'espèce, la cour californienne ayant jugé par défaut, avait procédé par approximation préétablie par la loi californienne pour évaluer les dommages. Elle avait déterminé que chaque violation suscitait une condamnation à payer 100 \$ (le maximum prévu), ce qui entraînait au total un montant de plus de 436 millions de dollars, à titre de dommages *compensatoires*. Puis, alors que le demandeur avait proposé une condamnation à des dommages exemplaires ou punitifs de trois fois cette somme, la Cour californienne avait simplement accordé le même montant, à ce titre, sans le tripler. Traduite en monnaie canadienne, la condamnation était de l'ordre d'un milliard de dollars.

La Cour supérieure dans *Facebook c. Guerbez* distingue la situation de celle de l'affaire *Cortas Canning* en raison de l'absence de lien de causalité dans cette dernière affaire entre le dommage et la faute. Au contraire, en l'espèce, elle considère que le nombre de fautes, une expédition de l'ordre de 4 millions de courriels, avait un lien direct et proportionnel avec le montant des dommages, évalués à 100 \$ pour chaque expédition. Elle

⁷ *Cortas Canning and Refrigerating Co. c. Suidan Bros.*, [1999] R.J.Q. 2086 (C.S.).

invoque en plus un arrêt de la Cour Suprême du Canada, l'affaire *Beals*⁸ provenant des provinces de common law, qui avait déclaré que le caractère punitif des dommages n'était pas contraire en lui-même à l'ordre public canadien. Elle envisage aussi la nature de l'infraction (l'appropriation de données personnelles pour vendre des produits illicites) pour affirmer que le droit canadien condamne aussi de telles actions et que rien dans une telle condamnation n'était contraire aux principes fondamentaux du Canada.

B. Évaluation critique

1. Considérations juridiques

Du point de vue juridique, l'article 3155 C.c.Q. exige notamment, pour reconnaître au Québec une décision étrangère, une vérification que le tribunal étranger était compétent selon nos conceptions (a) et que la décision ne violait pas nos conceptions de l'ordre public quant à la procédure et quant au fond (b).

a. Compétence internationale du tribunal

Quant à la compétence du tribunal californien, la Cour supérieure ne se prononce pas et il ne semble pas y avoir eu de contestation à ce sujet. Toutefois, selon l'article 3168 C.c.Q., il faut une faute *et* un dommage dans la juridiction du tribunal étranger, ou l'exécution de toutes les obligations d'un contrat en Californie, ou la situation du défendeur en Californie, ou encore une soumission aux tribunaux étrangers. Or, hormis l'existence d'une clause attributive de juridiction aux tribunaux californiens sur les aspects contractuels, ou même extracontractuels du litige, il semble qu'aucune de ces circonstances n'était présente en l'espèce⁹, ce qui aurait pu être un argument nettement plus efficace que celui de la violation de l'ordre public.

En effet, le défendeur, présumément domicilié et résident au Québec, ce qui justifiait la demande de reconnaissance au Québec, ne produisit aucune réponse aux procédures qui lui furent signifiées en Californie et

⁸ *Sadhanha c. Beals*, [2003] R.C.S. 416.

⁹ L'arrêt ne le précise pas.

n'y comparut pas¹⁰. Il ne s'était donc pas soumis à la compétence des tribunaux californiens.

Si l'on suppose que l'une des circonstances prévues à l'article 3168 C.c.Q. se trouvait présente, on peut en tirer certains enseignements sur la compétence internationale des tribunaux sur Internet, du point de vue du droit québécois. Il était évident qu'un dommage avait été subi en Californie du fait de l'atteinte à la réputation de Facebook dans cet État.

Mais comment la *faute* avait-elle été commise en Californie¹¹? L'arrêt ne se prononce pas expressément sur ce point. On peut penser que le fait de se servir, à *partir de Montréal*, des serveurs de Facebook, situés en Californie, pour accomplir son activité de sollicitation, remplissait cette condition, ce qui constitue un raisonnement assez sophistiqué et original en droit québécois.

La position la plus réaliste aurait abouti à la conclusion que l'activité fautive ne s'était effectivement déroulée qu'au lieu où le défendeur avait effectivement manipulé son ordinateur, donc probablement au Québec. Dans ce cas, le tribunal californien ne pouvait pas avoir compétence selon les règles québécoises.

Toutefois, on peut proposer une autre analyse, selon laquelle l'« activité » (au sens large) a lieu à *chaque endroit où elle se manifeste*. Dans cette conception, l'utilisation à partir du Québec des ordinateurs physiquement placés en Californie, ainsi que le fait d'avoir expédié en Californie ou ailleurs des messages non sollicités à partir de ces serveurs, constituait une *activité fautive en Californie* et justifiait la compétence internationale des tribunaux de cet État selon notre article 3168 C.c.Q.

Cette conception large de la compétence juridictionnelle est rejetée par la tendance doctrinale favorisant le commerce électronique au motif que cette conception entraîne une multiplicité de cours potentiellement saisies du litige et une multiplicité de condamnations éventuellement incompatibles, ce qui risque d'entraîner un retrait de bon nombre d'opérateurs économiques de ce type de commerce.

¹⁰ *Facebook Inc. c. Guerbuez*, préc., note 6, par. 17.

¹¹ C'est la question normalement la plus délicate à envisager du point de vue de l'adaptation des règles du droit international privé aux rapports intervenus sur Internet. En effet, le dommage est assez facilement localisable.

On peut répondre qu'il existe des remèdes bien connus aux problèmes découlant de compétences juridictionnelles multiples: la théorie du *forum non conveniens*, fondée notamment sur la vérification de l'existence d'un lien étroit entre le tribunal et le litige, celle de la litispendance internationale, la possibilité d'utiliser les injonctions de ne pas poursuivre à l'étranger, le respect des clauses d'élection de for, la limitation des compétences juridictionnelle et législative aux dommages locaux, etc. En effet, de toute manière le résultat concret de la saisine dépend en définitive de la loi applicable devant les divers tribunaux. La formulation de règles de conflit fondées sur une localisation objective, non axée sur une préférence envers le droit du for, favorise aussi grandement l'harmonie des décisions et la possibilité de les concilier sans pour autant éviter toute relation commerciale.

Finalement, il est discutable de vouloir à tout prix favoriser des acteurs du commerce électronique qui ne respectent pas les règles habituelles. Si leur participation se traduit par des poursuites multiples, on peut penser que ces normes vont dans le sens d'un assainissement de ce milieu et qu'il est au contraire tout à fait souhaitable qu'elles aboutissent à un retrait de ces acteurs.

b. Absence de violation de l'ordre public

Du point de vue de la condition de l'absence de violation de l'ordre public, il n'y a rien à reprocher à cette décision. Elle a appliqué l'article 3155 C.c.Q. en utilisant correctement le pouvoir discrétionnaire d'évaluation que lui donne cet article. La vente illégale de matériel pornographique, de drogue et de médicaments par une personne s'étant auparavant frauduleusement appropriée des données personnelles et s'étant fait passer pour quelqu'un d'autre afin de tromper ses propres clients ne peut que justifier en soi une telle condamnation.

De plus, la violation de l'obligation de source légale ou contractuelle de ne pas se procurer ou utiliser des données personnelles justifie aussi une telle attitude, étant donné le caractère d'ordre public de ces obligations, qui n'appartiennent pas aux matières laissées à la volonté des parties.

Quant à la nature punitive des dommages, la Cour envisage le droit canadien analogue sur le sujet, tel qu'exposé dans l'affaire *Beals* par l'Honorable Louis LeBel, et en déduit que celui-ci admet aussi les dommages

punitifs *si le comportement du défendeur est moralement répréhensible*¹². Elle estime alors qu'en l'espèce le comportement du défendeur suscitait la réprobation autant aux États-Unis qu'au Canada, ce qui respectait les conceptions canadiennes relatives à l'attribution de dommages punitifs¹³. Elle ajoute que la condamnation n'était pas arbitraire puisqu'elle tenait compte d'un comportement répété et intentionnel¹⁴. Donc il n'y avait pas d'opposition de conceptions entre la loi californienne et la loi québécoise. Elle indique qu'il serait plutôt contraire à l'ordre public que le droit québécois lui permette d'échapper à cette condamnation en précisant « [S]'il en était ainsi, cela permettrait que toute une série d'infractions via l'Internet se fasse en toute impunité et que les revenus provenant de telles activités soient insaisissables au Québec »¹⁵.

On peut voir dans cette décision une déclaration de politique importante du point de vue du droit international privé québécois : il est d'ordre public que l'on sanctionne au Québec une infraction commise par le réseau Internet alors qu'elle serait sanctionnée si elle avait été commise autrement. On trouve donc ici l'affirmation d'un principe général de *similitude de traitement* des infractions commises par Internet, qui est tout à fait justifié, à notre avis.

2. Portée pratique

Du point de vue de sa portée pratique, quantitativement, cette décision de donner effet à un jugement étranger est probablement celle qui condamne un défendeur québécois à la plus grosse somme jamais admise jusqu'à présent. Cette collaboration entre les tribunaux québécois et californiens aura très certainement l'effet, escompté, de porter un grave coup aux entreprises sur Internet du défendeur.

Mais du point de vue du résultat, elle peut probablement choquer certains promoteurs du commerce électronique dans la mesure où le caractère universel de l'accès donné par Internet est exactement sanctionné comme s'il s'agissait de multiples actes accomplis chacun séparément, sans tenir compte de l'ubiquité intrinsèque du réseau qui pousserait plutôt à

¹² *Facebook Inc. c. Guerbuez*, préc., note 6, par. 73.

¹³ *Id.*, par. 75.

¹⁴ *Id.*, par. 76.

¹⁵ *Id.*, par. 78.

un voir un seul acte réellement accompli au Québec et non en Californie. Ainsi, en matière de diffamation, certains considèrent qu'il faut uniquement tenir compte du lieu de la première publication diffamatoire. On oppose généralement à ce libéralisme l'idée selon laquelle celui qui se prévaut du moyen aussi efficace qu'Internet prend consciemment les risques de ce genre de poursuite entamée en raison de l'immense impact potentiel de l'activité en cause. Et, en l'espèce, il est justement mentionné dans l'arrêt que le défendeur tirait de revenus *très importants* de ce commerce par Internet. Donc il paraît normal, et non exagéré, comme il le prétendait, de lui faire subir une condamnation aussi lourde, tenant compte du nombre de fois où ses messages furent expédiés grâce à Internet, condamnation dont l'aspect dissuasif ne doit certainement pas être négligé.

De toute manière, ces préoccupations ne peuvent justifier la défense d'un commerce partout jugé illégal.

II. Une diffamation sanctionnée: *National Bank of Canada c. Weir*¹⁶

A. Exposé des faits et de la position des parties

Dans l'affaire Weir, un résident de la Nouvelle-Écosse avait expédié sur un site de discussion des messages de caractère diffamatoire à l'égard de la Banque nationale et de ses employés pendant plusieurs mois. La Banque a des établissements au Québec et la plupart de ses employés sujets à la diffamation y résident. La banque présente alors devant le tribunal québécois une requête en injonction pour faire cesser le comportement diffamatoire et demande des dommages punitifs de 20 000 \$.

La question qui se pose est celle de savoir si le tribunal québécois est compétent. On invoque l'article 3148 (3) C.c.Q. qui dispose que le fait de subir un dommage au Québec suffit pour donner compétence à ses tribunaux. La Cour note que les remarques expédiées sur le site étaient accessibles à partir du Québec et qu'effectivement elles y furent consultées¹⁷. Elle déduit du fait que les employés y résidaient (et, implicitement, du fait que la Banque y avait des établissements) qu'un dommage fut effective-

¹⁶ [2010] R.J.Q. 823 (C.S.), 2010 QCCS 402.

¹⁷ *Id.*, par. 34.

ment subi au Québec¹⁸, ce qui entraînait la compétence juridictionnelle pour émettre l'injonction demandée ainsi que pour une condamnation à des dommages punitifs de 20 000 \$.

B. Évaluation critique

1. Considérations juridiques

L'article 3148 C.c.Q. admet, de manière peut être discutable¹⁹, que le seul dommage subi au Québec donne compétence aux tribunaux québécois, sans exiger que la faute s'y soit produite. On favorise ainsi la victime domiciliée au lieu où il subit son dommage, qui n'aura pas à engager des frais supplémentaires pour aller devant le tribunal de l'auteur prétendu du préjudice. Cette compétence du demandeur peut s'avérer exorbitante. Dans ce cas, le droit québécois dispose notamment de l'exception du *forum non conveniens* (art. 3135 C.c.Q.) qui permet au tribunal de *ne pas exercer cette compétence* si un autre tribunal est mieux à même de traiter le litige en tenant compte de toutes les circonstances. Il peut aussi surseoir à statuer selon l'article 3137 C.c.Q., qui codifie en droit québécois la théorie de la litispendance internationale, et attendre que le tribunal étranger mieux placé rende sa décision qui sera ensuite reconnue au Québec.

Dans le contexte du réseau Internet, les attrayantes possibilités d'atteindre à peu de frais en même temps tous les pays du monde se traduisent aussi par de grands risques de faire instantanément de très nombreuses victimes, ou, en cas de diffamation, de ruiner la réputation d'une personne sur une grande échelle. Certains droits essayent de tenir compte des conceptions plus libérales relatives au droit de critique existant dans le pays de l'auteur des commentaires prétendus diffamatoires, en essayant de rattacher au moins en partie la compétence législative à ce pays, pour plus de prévisibilité²⁰.

¹⁸ *Id.*, par. 35.

¹⁹ Voir sur ce point: GÉRALD GOLDSTEIN, « De la localisation et de la pertinence du préjudice économique ou continu aux fins de la compétence internationale des tribunaux québécois », (2010) 69 *R. du B.* 169.

²⁰ Voir ainsi l'article 13 de la loi anglaise de 1995 (*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, (R.U.) 1995, c. 42, Part. III [traduction non officielle en français dans Alexander E. ANTON, « Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé (1) », (1996) 85 *R.C.D.I.P.* 267, 274] qui

De plus, sur le plan de la compétence du tribunal, une tendance assez forte notamment en droit américain ne se contente pas de la preuve qu'une personne a placé des commentaires sur un babillard électronique qui était accessible au lieu du domicile de la victime et d'une atteinte à sa réputation en ce lieu, mais exige un élément *intentionnel* par lequel l'auteur des propos *visait* ou *ciblait* spécifiquement le lieu de ce domicile²¹. Si cette condition de ciblage (*targeting*) n'est pas respectée, le tribunal du lieu du domicile de la victime ne doit pas prendre compétence.

Mais le droit québécois actuel ne se rattache pas à cette tendance. La seule circonstance que le dommage a été subi au Québec suffit pour déclencher la compétence du tribunal, en cas de diffamation, par Internet ou non, comme dans les autres hypothèses de responsabilité civile, même si cette atteinte ne fut pas intentionnelle ou si l'auteur *ne visait pas spécifiquement* le Québec. Sur le plan de la loi applicable, par contre, la règle de conflit de l'article 3126 C.c.Q. donne compétence à la loi du lieu de l'acte fautif, sauf, en cas de dissociation entre ce lieu et celui où le dommage est apparu, auquel cas la loi de ce second lieu s'applique, mais uniquement à condition que l'auteur ait pu prévoir qu'il se manifesterait en ce lieu. Cette exigence au plan de la loi applicable du droit québécois remplit essentielle-

maintient la double règle de conflit traditionnelle en matière de diffamation, exigeant que l'acte fautif soit susceptible d'une poursuite en responsabilité civile selon la loi du for (normalement la loi du lieu où l'auteur agit), en plus de l'être selon la loi du lieu du délit (éventuellement celle du lieu où le préjudice est subi).

²¹ Voir *ALS Scan Inc. v. Digital Serv. Consultants Inc.*, 293 F.3d 707, 711 (4 th Cir. 2002), 714: « specific jurisdiction in the Internet context may be based only on an out-of-state person's Internet activity directed at [the forum state] and causing injury that gives rise to a potential claim cognizable in [that state] »; *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (4 th Cir. 2002), 10: « The newspapers must, through the Internet postings, manifest an intent to target and focus on Virginia readers »; *Revell v. Lidov*, 317 F.3d 467 (5 th Cir. 2002). Voir aussi: *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984): « California [was] the focal point both of the story and of the harm suffered »; *ESAB Group Inc. v. Centricut Inc.*, 126 F.3d 617, 625 (4 th Cir. 1997); *Pavlovich v. Superior Court*, 29 Cal. 4 th 262, 265-66, 127 Cal. Rptr. 2d 329, 58 P.3d 2 (2002); *Bancroft & Masters Inc. v. Augusta Nat'l Inc.*, 223 F.3d 1082, 1087 (9 th Cir. 2000) (« [Calder requires that] the defendant is alleged to have engaged in wrongful conduct targeted at a plaintiff whom the defendant knows to be a resident of the forum state »); *IMO Indus. Inc. v. Kiekert AG*, 155 F.3d 254, 266 (3d Cir. 1998): « The plaintiff must show that the defendant knew that the plaintiff would suffer the brunt of the harm caused by the tortious conduct in the forum, and point to specific activity indicating that the defendant expressly aimed its tortious conduct at the forum ».



ment la même fonction d'atteindre un objectif de justice que la condition de ciblage (*targeting*) utilisé en droit américain au plan de la compétence juridictionnelle.

Dans l'affaire *Weir*, il est assez clair que l'auteur visait intentionnellement le Québec et il pouvait prévoir que le dommage y apparaîtrait. Ainsi, quelle que soit la tendance à laquelle on se rattache, la solution donnée à l'espèce ne portait pas à la critique.

2. Portée pratique

On doit noter que la Cour québécoise tient expressément compte du contexte du réseau Internet et prend une attitude normalement sévère, afin de contrer les très grandes possibilités de dommages à la réputation découlant de la rapidité et de l'universalité de ce moyen de communication²².

Le fait même que le défendeur résidait en Nouvelle-Écosse ne la dissuade même pas d'émettre une injonction, malgré les éventuelles difficultés de respect de cette ordonnance, dues à son caractère extraterritorial. Mais la Cour suprême du Canada avait déjà tracé le chemin à ce propos dans un arrêt relativement récent²³.

On peut toutefois se demander si une telle solution, fondée sur l'article 3148 C.c.Q. serait aussi justifiée si M. Weir avait posté des commentaires désobligeants à l'endroit d'une personne physique sans savoir où elle allait subir un préjudice parce qu'il aurait ignoré où celle-ci demeurerait exactement. À notre avis, dans la mesure où la victime subit normalement son préjudice à l'endroit où elle est connue, les tribunaux de ce lieu devraient se voir reconnaître une telle compétence, notamment pour faciliter les preuves quant à l'étendue réelle des dommages et aussi pour juger des standards locaux de tolérance. Cette attitude ne devrait pas être diffé-

²² *National Bank of Canada c. Weir*, préc., note 16, par. 46 : « Defamation which occurs in postings on a website available on the internet world wide, raises new and complex difficulties with which the courts must now grapple ».

²³ *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 867.



rente parce que l'auteur des propos a utilisé Internet plutôt qu'un journal²⁴.

III. Une entente d'une validité douteuse: *Option Consommateurs c. British Airways*²⁵

A. Exposé des faits et de la position des parties

Une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif est déposée au Québec par Option Consommateur visant à obtenir des dommages compensatoires pour toute personne ayant acheté au Québec des billets d'avion de British Airways et de Virgin Atlantic Airways, parce que ces compagnies auraient conclu une entente pour relever artificiellement leurs prix. Mais les compagnies défenderesses soulevaient le moyen d'absence de compétence juridictionnelle des tribunaux québécois. La disposition pertinente en cause est encore l'article 3148 C.c.Q.²⁶.

Les demandeurs invoquaient notamment au contraire que la personne désignée pour intenter le recours collectif avait subi un préjudice au Québec. Tout le débat tourne autour de cette prétention et le juge l'accepte, ce qui lui donne compétence juridictionnelle.

²⁴ Si jamais l'auteur, domicilié ailleurs qu'au lieu du dommage, et n'y ayant aucun bien, se trouvait condamné devant ce tribunal en vertu d'une législation locale supprimant toute liberté de la presse et ne tenant pas compte de la prévisibilité, il pourrait éventuellement invoquer la contrariété à l'ordre public de la reconnaissance dans son pays d'une telle décision étrangère.

²⁵ 2010 QCCS 140.

²⁶ Il se lit ainsi : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants : 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ; 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ; 3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée ; 4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ; 5° Le défendeur a reconnu leur compétence. Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises ».

La question se posait de savoir s'il fallait considérer que le préjudice, de nature économique, avait été subi au Québec par l'acheteur du fait de la situation de son domicile au Québec et du fait qu'il y avait acheté le billet en cause.

La Cour explique d'abord que la seule nature économique du préjudice ne devait pas suffire à écarter la possibilité même d'un préjudice²⁷. Quant à sa localisation, la Cour analyse la prétention du demandeur selon lequel le préjudice avait pris naissance *au lieu de conclusion du contrat* par lequel il avait payé un prix « artificiellement gonflé » et donc y avait été subi en ce lieu. Or l'achat avait eu lieu par le biais du site Internet de British Airways. La question se devenait alors celle de savoir *où* un contrat passé entre absents, par Internet, *devait être considéré comme conclu*. Selon la règle générale du droit québécois, l'article 1387 C.c.Q., la conclusion d'un contrat a lieu au moment de la réception de l'acceptation. Or, soutenait implicitement British Airways, cette conclusion avait eu lieu à l'endroit où se trouvait le serveur par lequel elle avait reçu l'offre. Mais comme on ne savait pas quel serveur fut utilisé pour la transaction, on ne savait pas non plus où le contrat avait été conclu.

Sans retenir cet argument, la Cour estime qu'à ce stade de la procédure, on pouvait décider que le contrat avait été conclu au Québec puisqu'il concernait une personne domiciliée au Québec et que British Airways y a des établissements et qu'elle indique dans ce contrat une adresse québécoise.

Parvenue à ce stade, toutefois, la Cour poursuit son analyse en considérant que le lieu du préjudice ne se situait pas à celui de la conclusion du contrat, mais à celui de l'exécution de l'obligation de payer une trop grosse somme, puisque c'était là où le préjudice s'était « cristallisé »²⁸. En l'espèce, l'achat avait été effectué par carte de crédit via le site Internet de British Airways, mais au Québec.

Donc l'une des obligations du contrat devait être exécutée au Québec et le préjudice y avait été subi, ce qui constituait deux motifs retenus dans l'article 3148 C.c.Q. pour donner compétence aux tribunaux québécois²⁹.

²⁷ *Option Consommateurs c. British Airways*, préc., note 25, par. 42.

²⁸ *Id.*, par. 65.

²⁹ *Id.*, par. 68 et 69.

B. Évaluation critique

1. Considérations juridiques

La Cour a donc d'abord considéré que le lieu de conclusion d'un contrat passé par Internet n'était pas au lieu de situation des serveurs, mais au lieu du domicile ou de l'établissement réel des parties, c'est à dire au Québec. Il s'agit dans cet arrêt aussi d'une prise de position en faveur de la *réalité de la situation* des parties *et non d'une fiction* selon laquelle un serveur, un ordinateur, une machine, pourrait constituer un élément ou un endroit pertinent pour localiser un contrat³⁰.

De plus, dans la même optique réaliste, elle a admis que le lieu du paiement par carte de crédit sur un site Internet se trouvait au lieu réel de situation du débiteur, derrière son ordinateur, qui était aussi celui de son domicile, règle de principe consacrée dans l'article 1566 C.c.Q. et non sur le site, où au lieu de situation du serveur transactionnel.

2. Portée pratique

Cette approche réaliste témoigne de l'attitude des tribunaux québécois qui tendent à favoriser la tendance à l'assimilation des situations normales et celles mettant en jeu le réseau Internet, sans adopter des règles particulières plus ou moins favorables aux rapports qui s'y déroulent. Il 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 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.

³⁰ Cette position correspond d'ailleurs essentiellement à l'article 15.4 de la *Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique*, en ligne: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> (consulté le 5 mars 2012), qui énonce: « 15. [...] 4. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement ».

Malgré un certain nombre de protestations à l'effet contraire de la part de certaines entreprises, on sait qu'il existe maintenant des moyens efficaces d'éviter de faire affaire sur Internet avec les clients établis dans des lieux dont on n'entend pas ou dont on ne peut pas respecter la législation.

IV. Synthèse

La première décision sujette à nos commentaires admet que l'effet multiplicateur du réseau Internet peut justifier une condamnation proportionnelle au nombre de messages frauduleux expédiés, même si elle aboutit à un montant considérable de dommages-intérêts. Elle laisse implicitement la place à une interprétation large d'une règle de compétence juridictionnelle selon laquelle une activité fautive serait survenue en un lieu (la Californie) du fait d'y utiliser frauduleusement un serveur pourtant commandé à partir d'un ordinateur au Québec.

La seconde décision a affirmé sans grande surprise qu'un dommage à la réputation d'une personne subi au lieu de son établissement ou de son domicile justifiait la compétence du tribunal québécois, alors que les propos diffamatoires, accessibles au Québec, avaient été postés sur un site Web à partir de la Nouvelle-Écosse, sans exiger de preuve que l'auteur des propos ciblait intentionnellement le Québec, conformément à la règle de principe du droit québécois. Cette compétence fut même admise pour émettre une injonction, ayant théoriquement un effet extraterritorial, de cesser le comportement fautif en Nouvelle-Écosse.

Enfin, la troisième décision a pleinement assumé la compétence juridictionnelle sur une requête en recours collectif intentée au Québec du fait qu'un préjudice financier y avait été subi par des consommateurs, en raison d'une entente entre plusieurs transporteurs aériens ayant eu pour objet de hausser artificiellement le prix de billets d'avion. Selon la Cour, le préjudice s'était matérialisé au Québec qui était le lieu d'exécution de l'obligation de payer, alors même que ce paiement avait été effectué par carte de crédit à partir du Québec via un site Web. De même, la cour a considéré qu'il importait peu par quel serveur éventuellement situé à l'étranger deux parties ayant un établissement ou domiciliées au Québec avaient transité pour conclure un contrat: elle le considère passé au Québec, sous réserve de preuve contraire.

On peut déduire de ces trois jugements, respectant tous sans aucun doute la lettre des règles québécoises, que l'utilisation du réseau Internet présente quelques défis du point de vue de l'analyse juridique puisque la configuration des faits peut alors présenter certains éléments d'originalité et même d'incertitude. Naturellement, les juges les abordent avec de grandes précautions et ne sont pas prêts, comme certains auteurs, à « jeter le bébé avec l'eau du bain ». Ils constatent, sans doute avec soulagement, que les règles normales restent souvent aptes à leur fournir des réponses, pour peu qu'on examine avec réalisme la situation. Ils les appliquent sans partir d'un a priori spécialement favorable aux rapports sur Internet. Ce faisant, ils respectent le caractère général des règles en cause.

*
* * *

Les opérateurs du commerce qui veulent faire affaire avec des Québécois doivent donc savoir que l'utilisation du réseau Internet sera traitée avec une très grande attention en droit québécois. Le législateur a déjà adopté un certain nombre de règles internes spécialement adaptées au commerce dit électronique. Mais de son côté, la jurisprudence récente montre qu'en ce qui concerne les litiges internationaux, les tribunaux ne semblent pas prêts à faire des exceptions aux règles habituelles régissant leur compétence juridictionnelle. Par réalisme et par économie de raisonnement, ils se servent des règles normales qui montrent ici leur potentiel, sans nécessité évidente de les écarter pour adopter une approche plus ou moins favorable au commerce électronique.

Cette conclusion s'avère d'autant plus justifiée lorsqu'il s'agit, comme ces espèces l'illustrent, de comportements constituant des quasi-délits. Du point de vue des victimes, il est rassurant de constater que les tribunaux québécois ne semblent pas prêts à accepter plus facilement des violations aux normes acceptables de comportement (vol d'informations personnelles, tentative de fraude, diffamation, entente anticoncurrentielle, etc.) parce qu'elles auraient eu lieu sur un réseau informatisé, ou au moyen de celui-ci. Cette attitude jurisprudentielle prudente, qui assimile ce nouveau moyen de communication à ceux déjà connus, représente de toute manière l'une des stratégies habituellement prônées pour donner confiance aux utilisateurs et ainsi favoriser ultimement le « commerce électronique » (au sens large).