

- Version 1.3 -

Y A-T-IL UN « LÀ » LÀ?
POUR PLUS DE CERTITUDE JURIDIQUE EN RAPPORT AVEC LA
COMPÉTENCE JUDICIAIRE À L'ÉGARD D'INTERNET

Professeur Michael Geist*
Université d'Ottawa, Faculté de droit
Directeur du droit du commerce électronique, Goodmans LLP

Étude commandée par
la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada
et Industrie Canada

* L'auteur aimerait remercier Teresa David et William Karam pour leur assistance en matière de recherche spécialisée, Vincent Gautrais pour son aide en rapport avec la compétence juridictionnelle à l'égard d'Internet en droit civil, de même que Vaso Maric, Rene Geist, Harvey Goldschmid, Ted Killheffer, Denis Rice et les participants à l'Atelier sur la protection des consommateurs et la compétence judiciaire dans le domaine du commerce électronique, organisé par le Comité des mesures en matière de consommation et la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, pour leurs commentaires au sujet de versions antérieures du présent rapport. Toute erreur ou omission relève entièrement de la responsabilité de l'auteur.

« Internet n'a pas de frontières territoriales. Pour paraphraser Gertrude Stein, en ce qui concerne Internet, non seulement n'y a-t-il peut-être "aucun 'là' là", mais le "là" est partout où il y a un accès Internet. »¹
- Juge Nancy Gertner, *Digital Equipment Corp. c. Altavista Technology, Inc.*, 1997

« [Nous o]rdonnons à YAHOO! Inc. de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ; »²
- Juge Jean-Jacques Gomez, *UEJF et LICRA c. Yahoo! Inc. et Yahoo France*, mai 2000

Partie I – Introduction

Avec l'arrivée du commerce sur Internet au cours de la seconde moitié des années 1990, les préoccupations relatives aux risques juridiques liés aux activités menées en ligne ont rapidement pris de l'importance à mesure qu'ont commencé à surgir les problèmes juridiques inhérents à la vente de produits, à la prestation de services à la clientèle ou simplement à l'exploitation d'un site Web d'information³. Certains risques juridiques, tels que ceux liés à la vente de produits défectueux ou à la divulgation de renseignements inexacts, étaient déjà bien connus des entreprises étant donné que ces risques se présentent et sont gérés quotidiennement dans le monde physique⁴.

¹ *Digital Equipment Corp. c. Altavista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997).

² *UEJF et LICRA c. Yahoo! Inc. et Yahoo France*, Tribunal de grande instance de Paris, n° RG_: 00/05308, 22 mai 2000 (ci-après *LICRA c. Yahoo!*).

³ Voir, p. ex., L. Trager, « _Unhappy Holidays At Toys "R" Us_ », *ZDNet Interactive Week* (12 janvier 2000), en ligne_: ZDNet <<http://www.zdnet.com/filters/printerfriendly/0,6061,2421416-35,00.html>> (consulté le 30 mars 2001).

⁴ « _Products Liability Law: An Overview_ », Cornell Law School, en ligne_: Cornell Law School <http://www.law.cornell.edu/topics/products_liability.html> (consulté le 30 mars 2001).

Le défi unique que présente Internet tient à ce qu'il est rarement suffisant pour une entreprise d'observer le droit local afin de s'assurer de limiter son exposition aux risques juridiques. Puisque les sites Web sont accessibles partout dans le monde, la perspective pour un propriétaire de site Web d'être poursuivi en justice dans un État lointain est beaucoup plus qu'une simple hypothèse d'école - dans un cyberenvironnement qui permet un accès mondial instantané, il s'agit d'une possibilité très réelle⁵. Les entreprises qui cherchent à profiter du marché mondial à portée de souris que leur promet Internet doivent tenir compte d'éventuels coûts additionnels liés à l'observation des lois et aux litiges.

Cela dit, les risques ne pèsent pas uniquement sur les entreprises. Les consommateurs désireux d'effectuer des achats en ligne doivent aussi soupeser la promesse d'un choix illimité, d'un meilleur accès à l'information et d'un marché mondial plus compétitif, d'une part, et la perspective de ne pas jouir de la sécurité que leur assurent normalement les lois locales sur la protection des consommateurs, d'autre part. Bien que de telles lois existent en ligne tout comme dans le monde physique, leur efficacité est sérieusement minée si les consommateurs n'ont pas la possibilité de recourir à leur système judiciaire local, ou encore, si l'exécution d'un jugement requiert des procédures additionnelles dans un autre État⁶.

Par ailleurs, les préoccupations relatives aux risques juridiques liés à Internet s'étendent au-delà des activités commerciales. Les sites d'information d'intérêt public sur des sujets controversés peuvent devoir faire face à la perspective de poursuites dans des États lointains

⁵ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2, et *Braintech, Inc. c. Kostiuk*, 1999 ACWSJ LEXIS 1924 (C.A.C.-B. 1999) [ci-après *Braintech*].

⁶ La *U.S. Federal Trade Commission* (Commission fédérale du commerce des États-Unis) a fait remarquer que : [TRADUCTION] « L'adoption d'une approche axée uniquement sur le pays d'origine pour faire face aux défis inhérents au système actuel risque de miner la protection des consommateurs, et, en bout de ligne, leur confiance dans le commerce électronique. Il en irait de même d'une approche axée sur les 'stipulations du vendeur' dans la mesure où elle permettrait au vendeur de dicter des clauses de choix de loi et des clauses attributives de juridiction ayant pour effet de contourner les protections essentielles assurées aux consommateurs dans leur pays ou de les priver du droit d'intenter des poursuites devant les tribunaux locaux. »

Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace: Looking Ahead (Staff Report), US Federal Trade Commission - Bureau of Consumer Protection (septembre 2000), à la page 7; en ligne : US Federal Trade Commission, <<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/electronicmkpl.pdf>> (consulté le 30 mars 2001).

même s'ils sont parfaitement conformes au droit de l'État où ils sont exploités⁷. Quant aux auteurs anonymes d'articles publiés dans des groupes de discussion Internet, ils courent le risque de voir la cible de leurs commentaires être sujet à une action en justice visant principalement à percer le voile de leur anonymat⁸.

Le défi posé par la prise en compte adéquate du risque juridique découlant de la compétence judiciaire à l'égard d'Internet a été exacerbé au cours des dernières années par l'adoption du cadre juridique proposé dans l'affaire *Zippo*⁹, communément appelé le critère du caractère passif ou actif. Ce critère ne fournit que des indications limitées aux parties, et il entraîne souvent des décisions judiciaires nuisibles du point de vue des politiques. Tandis que les tribunaux commencent à s'affranchir du critère du caractère passif ou actif, ils commencent désormais à se tourner vers une approche axée sur les effets, ce qui est tout aussi problématique car cela est susceptible de donner compétence à tous les tribunaux partout dans le monde¹⁰.

Examinons, à titre d'exemples, trois affaires se rapportant à Internet, survenues au cours de l'année 2000, qui ont des implications transfrontalières et qui présentent des situations factuelles difficiles - l'affaire *Yahoo.com France*¹¹, l'affaire *iCraveTV*¹², et l'affaire du *World Stock*

⁷ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2; voir aussi «_Yahoo! ordered to bar French from Nazi sites_», Reuters (20 novembre 2000), en ligne_ : ZDNet UK <<http://www.zdnet.co.uk/news/2000/46/ns-19192.html>> (consulté le 30 Mars 2001).

⁸ Au Canada, voir *Irwin Toy Ltd. c. Doe* [2000] O.J. No. 3318. Les causes américaines sont les suivantes_ : *J. Erik Hvide c. "John Does 1-8," et al.*, No. 99-22831-CA01, Fla. Cir., Miami-Dade Co.; *John Doe, also known as Aquacool 2000 c. Yahoo! Inc.*, Civ Action No. 00-20677 (plainte déposée devant la cour supérieure de l'État de la Californie pour le comté de Los Angeles, renvoyée par la suite à San Jose). Pour un compte rendu général de la question, voir C. S. Kaplan, «_Judge Says Online Critic Has No Right To Hide_», *New York Times Cyber Law Journal* (9 juin 2000), en ligne_ : NY Times <<http://www.nytimes.com/library/tech/00/06/cyber/cyberlaw/09law.html>> (consulté le 30 mars 2001).

⁹ *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) [ci-après *Zippo*].

¹⁰ Voir la partie III, section B, *infra*.

¹¹ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2.

¹² *Twentieth Century Fox Film Corp., et al. c. iCraveTV, et al.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1013 (W.D. Pa. Jan. 28, 2000). [ci-après *iCraveTV*].

*Exchange*¹³.

a. L'affaire *Yahoo.com France*

Peu d'affaires judiciaires relatives à Internet ont attiré autant d'attention que l'affaire *Yahoo! France*, dans laquelle un juge français a ordonné au site Web le plus populaire au monde de prendre des mesures techniques ou des mesures de contrôle d'accès pour bloquer aux résidents de la France l'accès à des ventes aux enchères d'objets Nazi hébergées sur le site *Yahoo.com*¹⁴. *Yahoo!* a réagi avec inquiétude, soutenant que le tribunal français ne pouvait se déclarer compétent sur la question. L'entreprise a souligné qu'elle exploitait des douzaines de sites Web nationaux, y compris un site *Yahoo.fr* pour la France qui était exempt de tout contenu relié au nazisme¹⁵. Ces sites nationaux ciblent la population locale dans sa propre langue et s'efforcent d'observer l'ensemble des exigences du droit local.

La compagnie a ensuite ajouté que son site porte-étendard, *Yahoo.com*, ciblait principalement le public américain. Puisque les objets nazis sont protégés en vertu des lois américaines relatives à la liberté d'expression, les enchères étaient parfaitement légales aux États-Unis. En outre, le site *Yahoo.com* comportait une convention d'utilisation qui stipulait que le site était régi par le droit des États-Unis. Puisque le site *Yahoo.com* n'était pas destiné à un public français et que ses utilisateurs convenaient implicitement que le droit américain

¹³ *World Stock Exchange (Re)*, *Thomas Kim Seto and Orest Rusnak* ((2000) 9 ASCS 658), décision de la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta, datée du 15 février 2000 [ci-après *WSE*].

¹⁴ Voir Jim Hu et Evan Hansen, « Yahoo Auction Case May Reveal Borders Of Cyberspace », *CNET News.com* (11 août 2000), en ligne : C-Net News <<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-2495751.html>> (consulté le 31 mars 2001) ([TRADUCTION] « Un avertissement aux sociétés Internet faisant affaire à l'étranger : les gouvernements locaux pourraient avoir le pouvoir d'imposer des restrictions même si vos serveurs sont aux États-Unis »); Kristi Essick, « Yahoo Told to Block Nazi Goods From French », *The Standard* (20 novembre 2000), en ligne : The Standard <http://www.thestandard.com/article/article_print/0,1153,20320,00.html> (consulté le 31 mars 2001) ([TRADUCTION] « Un juge français maintient sa décision antérieure, ordonnant à la compagnie d'installer un système de filtrage pour son site de vente aux enchères. L'affaire soulève des questions en rapport avec la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des sociétés Internet internationales. »).

¹⁵ Brian Love, « Can Neo-Nazis Yahoo! in France? », Reuters (10 août 2000), en ligne : ZDNet News <<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2614196,00.html>> (consulté le 31 mars 2001) ([TRADUCTION] « Le droit français interdit la vente ou la présentation d'objets à connotation raciste, et aucun objet semblable n'est disponible ou visible directement sur le site *Yahoo.fr*. »).

s'appliquerait, la compagnie était relativement sûre qu'un juge français ne se déclarerait pas compétent à l'égard de son site¹⁶.

Le juge Jean-Jacques Gomez, du Tribunal de grande instance de Paris, ne fut pas de cet avis, statuant qu'il pouvait se déclarer compétent à l'égard du litige puisque le contenu du site Yahoo.com était accessible aux résidents français et était contraire au droit français¹⁷. Avant de rendre son jugement final, le juge a chargé un comité international de déterminer s'il existait des moyens technologiques susceptibles de permettre à Yahoo! de se plier à une ordonnance l'enjoignant d'empêcher les résidents français d'avoir accès au contenu interdit. Dans son rapport, le comité a conclu que, bien que ces technologies soient imparfaites, elles étaient capables d'identifier les internautes français avec une efficacité d'au moins 70 %¹⁸.

S'appuyant sur cette analyse, le juge Gomez a ordonné à Yahoo! de s'assurer que les résidents français ne pourraient pas accéder au contenu du site qui violait le droit français. À défaut d'observer cette ordonnance, Yahoo! encourrait des astreintes de 13_000_\$ par jour¹⁹. Peu de temps après, Yahoo! retirait le contenu controversé de son site²⁰, mais la compagnie a ensuite contesté la validité de l'ordonnance du tribunal français devant un tribunal de la Californie²¹. Cette affaire est encore en instance.

b. L'affaire iCraveTV

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2.

¹⁸ *LICRA c. Yahoo! Inc.*, Tribunal de grande instance de Paris, N° RG : 00/05308, mai 2000 (ordonnance judiciaire provisoire), en ligne : Internet Societal Task Force <http://www.istf.org/archive/yahoo_france.html> (consulté le 31 mars 2001).

¹⁹ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2.

²⁰ L. Guernsey, « Yahoo to Try Harder to Rid Postings of Hateful Material », *New York Times* (3 janvier 2001), en ligne: NY Times <<http://www.nytimes.com/2001/01/03/technology/03YAHOO.html?printpage=yes>> (consulté le 31 mars 2001) ([TRADUCTION] « Hier, des représentants de Yahoo ont déclaré que la politique de surveillance n'était pas une réaction au jugement français. Ils ont plutôt indiqué que la compagnie répondait aux utilisateurs qui avaient demandé une politique plus dynamique et à des groupes comme le Centre Wiesenthal et l'Anti-Defamation League, qui ont été en pourparlers avec Yahoo tout au long de l'année. »).

²¹ *Yahoo!, Inc. c. LICRA*, No. C 00-21275 (PVT) (N.D. Cal., 21 déc. 2000).

À la fin de 1999, iCraveTV, une jeune entreprise Internet canadienne, s'est attirée les foudres juridiques de télédiffuseurs, de groupements sportifs et de studios de cinéma tant au Canada qu'aux États-Unis lorsqu'elle a commencé à offrir aux internautes la possibilité d'écouter la télévision en temps réel directement sur leurs ordinateurs personnels²². Les poursuites se sont avérées efficaces, car le 28 février 2000, soit environ un mois après avoir temporairement interrompu ses activités de webdiffusion en vertu d'une ordonnance judiciaire émanant d'une cour fédérale à Pittsburgh²³, iCraveTV a annoncé qu'elle était parvenue à un règlement avec les télédiffuseurs, les groupements sportifs et les studios de cinéma des deux côtés de la frontière, et qu'elle avait convenu de mettre un terme définitif à ses activités non autorisées de webdiffusion²⁴.

Un des aspects les plus intéressants de l'affaire tient à l'aisance avec laquelle un tribunal américain s'est déclaré compétent à l'égard d'une société canadienne menant des activités de webdiffusion au Canada. iCraveTV avait cherché à limiter sa distribution aux Canadiens et, ce faisant, à échapper à la compétence des tribunaux américains. Puisque iCraveTV reconnaissait que ses activités étaient légales au Canada mais potentiellement illégales ailleurs, l'accès à son site était soumis à trois étapes préalables de vérification et de contrats au clic (clickwrap) pour s'assurer que seules les personnes situées au Canada accéderaient au service en toute légalité. À la première étape, l'utilisateur potentiel devait entrer son indicatif régional local. Si l'indicatif régional n'était pas un indicatif régional canadien, l'utilisateur se voyait refuser l'accès au service. Ce

²² « Une minuscule compagnie Internet canadienne en démarrage s'attire les foudres d'Hollywood et des grands réseaux de télédiffusion aux États-Unis. La compagnie s'appelle iCraveTV. Elle est en affaires depuis moins de deux mois, et elle vient de se voir signifier une poursuite colossale, appuyée par la majeure partie de l'industrie américaine du spectacle. », Michael Colton, « U.S. Broadcasters Take iCraveTV To Court », *CBC Radio - World Report* (21 janvier 2000), en ligne : CBC Radio <http://www.infoculture.cbc.ca/archives/newmedia/newmedia_01202000_icraveTVaction.phtml> (consulté le 31 mars 2001).

²³ *iCraveTV*, précité, note 12.

²⁴ Bloomberg News, « *Broadcasters Pull Plug on iCraveTV, CNET News.com* » (28 février 2000), en ligne : CNET News.com <<http://news.cnet.com/category/0-1004-200-1559907.html>> (consulté le 9 mai 2000). Pour le règlement à l'amiable, voir, en ligne : Association canadienne des radiodiffuseurs <<http://www.cab-acr.ca/english/joint/submissions/settlement.htm>> (consulté le 10 mai 2000). Chose intéressante, le règlement prévoit que si un tribunal canadien statue, dans un jugement final, que la webdiffusion non autorisée n'est pas contraire aux règles du droit d'auteur au Canada, iCrave pourra demander une modification de l'entente. Par ailleurs, en plus de suspendre ses activités de webdiffusion, iCrave a convenu de retirer sa demande de redevances Internet devant la Commission du droit d'auteur.

processus a été jugé, non sans raison, comme relevant plutôt de l'astuce étant donné que iCraveTV affichait son propre indicatif régional torontois sur le site²⁵.

À la deuxième étape, l'utilisateur devait conclure un contrat au clic (clickwrap) dans lequel il confirmait être situé au Canada. L'utilisateur se voyait présenter deux icônes - un icône « Au Canada » et un icône « Pas au Canada ». S'il cliquait sur l'icône « au Canada », on lui présentait alors la troisième étape, soit un autre contrat au clic (clickwrap). Ce contrat comportait une entente complète relative aux modalités d'utilisation du service qui comprenait une autre confirmation que l'utilisateur était situé au Canada. L'utilisateur devait faire défiler le texte jusqu'au bas du contrat et cliquer sur l'icône « J'accepte ».

Étant donné que les utilisateurs situés aux États-Unis devaient franchir les trois étapes pour accéder au site, notamment en concluant frauduleusement deux contrats au clic, selon le critère de l'affaire *Zippo* décrit plus loin, le site iCraveTV était sans doute « _actif_ » au Canada mais passif aux États-Unis, et il aurait donc dû échapper à la compétence des tribunaux américains.

c. L'affaire du *World Stock Exchange*

En février 2000, la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta a rendu une décision marquante visant une société délocalisée et un site Web du nom de *World Stock Exchange* (Marché boursier mondial)²⁶. La Commission a statué qu'elle pouvait se déclarer compétente à l'égard du World Stock Exchange au motif que, malgré que le marché boursier en question fut situé sur un site Web à l'extérieur du Canada, ses effets étaient ressentis en Alberta. En outre, puisque les dirigeants de la compagnie résidaient dans la province, l'application du droit local était raisonnable.

²⁵ Voir, en ligne : ICRAVETV.com <http://www.icravetv.com/adinfo/adinfo_frameset.html> (consulté le 9 mai 2000).

²⁶ *WSE*, précité, note 13.

L'affaire a commencé en 1997 lorsque plusieurs résidents de l'Alberta ont créé un marché boursier en ligne basé dans la province. Lorsque les autorités responsables des valeurs mobilières leur ont demandé de fermer le site, les promoteurs l'ont déplacé aux îles Caïmans, où ils ont constitué une société de portefeuille. Lorsque les autorités des îles Caïmans ont élevé des objections contre le site, celui-ci a été déplacé à nouveau, cette fois à Antigua.

En dépit du fait que le site appartenait à une société des îles Caïmans et était hébergé sur un serveur situé à Antigua, les autorités albertaines responsables des valeurs mobilières ont tout de même intenté des procédures contre les promoteurs basés en Alberta. Ils ont allégué que les promoteurs avaient approché plusieurs Albertains et plusieurs sociétés albertaines pour qu'ils injectent des fonds dans le *World Stock Exchange*. Dans un exposé des motifs justifiant l'exercice de sa compétence, la Commission a statué que:

[TRADUCTION] « Le WSE a tenté de choisir son organisme de réglementation en recherchant délibérément le régime réglementaire le moins contraignant. Lorsque les autorités des îles Caïmans y ont fait cesser les activités du WSE, celui-ci a été déplacé à Antigua. À notre avis, cette recherche d'un « pavillon de complaisance » démontre l'absence de tout rapport substantiel entre le WSE et l'un ou l'autre des États dans lesquels il prétend être basé. Même si le WSE avait des liens beaucoup plus étroits avec les États dans lesquels il prétend être établi, l'absence de réglementation significative dans ces États les empêcherait, à notre avis, d'être considérés comme des États d'origine comparables à ceux des marchés boursiers réglementés. En ce sens, les marchés boursiers non réglementés sont délocalisés. On peut donc les considérer comme faisant affaire partout où ils mettent le pied et comme pouvant faire l'objet de mesures d'exécution dans tout État ayant des normes comparables aux nôtres.

Le WSE présente des liens réels et substantiels avec l'Alberta qui justifient amplement l'application du droit albertain. Le WSE a été constitué en Alberta et a été exploité à partir de l'Alberta. Tom Seto et Orest Rusnak étaient tous deux des résidents de l'Alberta qui ont passé une bonne partie de leur temps ici à promouvoir le WSE auprès des Albertains. La nature réelle et substantielle de ces liens est évidente lorsqu'on les compare avec les liens artificiels et insignifiants entre le WSE et les îles Caïmans (lieu de constitution) ou Antigua (emplacement de l'ordinateur).

Nous estimons également que la Commission a un intérêt légitime à appliquer le droit albertain au WSE du seul fait que ses activités ont des conséquences illégales ici. Si le WSE avait fonctionné de manière totalement « délocalisée », comme il le souhaitait, nous aurions quand même compétence pour prendre des mesures d'exécution contre toute personne en Alberta ayant un rapport suffisant avec le WSE. Des considérations semblables prévaudraient dans n'importe quel autre État ayant un régime juridique comparable au nôtre en matière de valeurs mobilières.»²⁷

Le raisonnement de la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta au sujet de sa

²⁷ *WSE*, précité, note 13, p. 37.

compétence mérite d'être noté, puisqu'elle semble prétendre qu'elle peut se déclarer compétente du seul fait que le site délocalisé avait des effets illégaux dans la province. Selon ce raisonnement, la plupart des tribunaux seraient admis à exercer leur compétence à l'égard des jeux de hasard en ligne ou de certains sites destinés aux adultes, même si les sites fonctionnaient en toute légalité dans leur État d'origine. Par ailleurs, en qualifiant de «_délocalisées_» les entreprises établies dans des États à la réglementation laxiste, la Commission laisse entrevoir une course au sommet qui pourrait entraver la concurrence réglementaire entre États.

À la lumière de la diversité des normes appliquées par les tribunaux pour déterminer la compétence juridictionnelle dans le cyberenvironnement, le présent rapport a été commandé pour examiner l'efficacité des approches actuelles et pour recommander des réformes éventuelles. Nous estimons que le critère du caractère passif ou actif établi dans l'affaire *Zippo* est devenu, au fil du temps, de plus en plus dépassé et non pertinent. Il a été surpassé en pratique par une analyse axée sur les effets qui menace encore plus la certitude juridique et qui ouvre la voie à une «_surréglementation_» des activités menées sur Internet. Nous plaidons plutôt en faveur de l'adoption d'un critère de ciblage tripartite, comprenant une analyse des contrats, de la technologie et de la connaissance des parties, comme norme pour déterminer la compétence à l'égard d'Internet.

Notre rapport se divise en cinq parties, incluant l'introduction qui précède. Dans la deuxième partie, nous analyserons les problèmes posés par la compétence à l'égard d'Internet, en soulignant quatre considérations de politique générale qui doivent être prises en compte afin d'élaborer un critère qui recueille l'approbation d'un vaste éventail d'intéressés tout en demeurant pertinent à mesure que les technologies évolueront - ces considérations sont : la prévisibilité, un penchant pour une analyse axée sur les effets, la réciprocité entre États et la neutralité technologique.

Dans la troisième partie, nous passerons en revue la jurisprudence récente relative à la compétence à l'égard d'Internet tant aux États-Unis qu'au Canada, en commençant par l'établissement du critère du caractère passif ou actif dans l'affaire *Zippo* et son approbation ultérieure. Nous décrirons ensuite les changements subtils qui sont survenus depuis la fin de 1999,

à mesure que les tribunaux ont commencé à trouver le critère trop contraignant et à recentrer leur analyse sur une approche axée sur les effets.

Dans la quatrième partie, nous exposerons les arguments qui militent en faveur d'un critère axé sur le ciblage pour déterminer la compétence à l'égard d'Internet, en démontrant, d'abord, la faveur croissante que connaît le ciblage tant dans la jurisprudence qu'au niveau des politiques internationales. Nous plaiderons ensuite pour l'adoption d'une approche à trois volets en matière de ciblage qui comprend une appréciation des stipulations contractuelles relatives à la juridiction, le cas échéant, des mesures technologiques employées pour identifier le ressort ciblé et de la connaissance réelle ou implicite de l'exploitant du site Web relativement aux ressorts ciblés.

Dans la cinquième partie, nous concluons en appliquant le critère du ciblage aux affaires *Yahoo!*, *iCraveTV* et *World Stock Exchange*. Même si l'analyse ne modifierait pas le dénouement de ces trois affaires, elle démontre en quoi une analyse axée sur le ciblage procurerait plus de certitude juridique aux parties.

Partie II – La compétence à l'égard d'Internet

Le professeur Yochai Benkler, de la faculté de droit de l'Université de New York, affirme que les systèmes de communications se divisent en trois couches interreliées²⁸. Il y a d'abord une couche matérielle qui comprend les fils et les connections matérielles nécessaires pour relier les téléphones, les ordinateurs, les routeurs et les autres dispositifs de communication. Par-dessus cette couche matérielle, il y a une couche logique qui détermine qui peut accéder à quoi sur le réseau. Enfin, par-dessus ces deux couches, il y a une couche de contenu où l'on retrouve le contenu qui est communiqué.

La compétence à l'égard d'Internet peut également être conceptualisée en trois couches. Il

²⁸ *A Free Information Ecology In The Digital Environment (New York University, Conference Session 12)*, The Information Law Institute at New York University School of Law, p. 29; en ligne : New York University School of Law <<http://www.law.nyu.edu/ili/conferences/freeinfo2000/webcast/transcripts/105124DemDiscourse.pdf>> (consulté le 30 mars 2001).

y a une dimension «_application_» qui détermine si les tribunaux peuvent appliquer leur droit à un litige donné. Au-dessus, il y a une dimension substantive où les tribunaux appliquent leur droit substantif au litige²⁹. Et au-dessus de la dimension substantive, il y a la dimension «_application_», où les décisions judiciaires doivent être appliquées dans un cyberenvironnement souvent réfractaire aux jugements étrangers en raison des distances importantes et de la faible valeur des litiges³⁰.

Les analyses relatives à la compétence à l'égard d'Internet omettent souvent de distinguer adéquatement ces trois dimensions. Par exemple, les critiques formulées à l'endroit du jugement français dans l'affaire *Yahoo!* ont porté sur la décision du tribunal de se déclarer compétent à l'égard d'un site basé aux États-Unis, sur l'inadéquation du droit français relatif à la liberté d'expression et sur la difficulté à contraindre Yahoo à respecter l'ordonnance³¹. Bien que chacune de ces critiques soit traitée comme une seule critique de l'affaire, en fait, chacune concerne un

²⁹ Le volet substantif est souvent le plus controversé parce qu'il tend à mettre en cause des points de vue divergents au sujet de libertés fondamentales telles que la liberté d'expression. Voir, p. exemple, Stephan Wilske et Teresa Schiller, «_International Jurisdiction In Cyberspace: Which States Mai Regulate The Internet?_», 50 *Fed. Comm. L.J.* 117, 122-3 (1997) ([TRADUCTION] «_Lorsque CompuServe, Inc. a bloqué l'accès de ses abonnés aux États-Unis et partout dans le monde à 200 groupes de discussion après qu'un procureur fédéral en Allemagne eut déclaré qu'ils enfrenaient peut-être les lois allemandes sur la pornographie, les internautes ont réalisé que "le cyberspace n'appartient pas à un seul pays" mais à tout un éventail de pays différents ayant des conceptions juridiques diverses._»)

³⁰ Malgré l'accent mis sur le volet «_application_», aussi appelé la compétence judiciaire ou juridictionnelle, certains auteurs ont affirmé qu'en fait, c'est le volet «_exécution_» qui présente le plus grand défi dans le cyberenvironnement. Voir, p. ex., Henry H. Perritt, Jr., «_Will the Judgment-Proof Own Cyberspace?_», 32 *Int'l Law.* 1121, 1123 (1998) [ci-après *Perritt*] ([TRADUCTION] «_Le vrai problème consiste à transformer un jugement rendu par une autorité compétente en une mesure de réparation concrète. Le problème ne concerne pas l'adaptabilité de la règle de l'arrêt *International Shoe* - soit la saisine d'une autorité compétente en théorie. Le problème consiste à obtenir une réparation concrète._»).

³¹ L'affaire a été commentée comme suit par le *Center for Democracy and Technology* (Centre pour la démocratie et la technologie) :

[TRADUCTION] «_Dans une décision qui constitue un recul pour la liberté d'expression, un tribunal français a jugé que la société américaine Yahoo, Inc. doit être tenue responsable, en vertu du droit français, d'avoir permis à des citoyens français d'accéder à des sites de vente aux enchères d'objets nazis de l'époque de la Seconde Guerre Mondiale. [...] Le jugement semble imposer des exigences de blocage que plusieurs considèrent comme peu pratiques à satisfaire à grande échelle et comme ayant une efficacité très discutable pour identifier les internautes par pays. Ce jugement établit également un dangereux précédent pour les pays qui cherchent à imposer des restrictions à la liberté d'expression au-delà de leurs frontières._»

French Court Holds Yahoo Accountable For U.S. Auction Content, Center For Democracy and Technology, en ligne_ : CDT <http://www.cdt.org/publications/pp_6.20.shtml> (consulté le 31 mars 2001).

aspect distinct de la juridiction et mérite une réponse différente.

Le présent rapport porte principalement sur les critères qui déterminent la compétence judiciaire à l'égard d'Internet. Les arguments relatifs à la dimension substantive de la compétence sont beaucoup plus difficiles à défendre, différents pays ayant des normes et des valeurs différentes, et il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'Internet entraîne une harmonisation de toutes les questions de fond. De même, les arguments relatifs au volet «_exécution_» de la compétence impliquent souvent une analyse du risque commercial plutôt qu'une analyse du risque juridique. En effet, la capacité d'exécuter une décision locale dépendra souvent de la question de savoir si la partie visée a des biens saisissables dans la juridiction ou, si elle est suffisamment importante pour ne pas pouvoir se permettre de faire fi d'une ordonnance judiciaire rendue contre elle, peu importe où elle est située³².

L'analyse des conflits de lois et des prétentions contradictoires pose souvent des choix difficiles en matière de politiques aux législateurs et aux tribunaux - des choix qui tendent à brouiller la distinction entre les trois dimensions de la compétence. Par exemple, bien que l'on puisse soutenir intuitivement que le droit local devrait protéger les consommateurs sur Internet de la même façon qu'il les protège dans le monde physique, l'application de ces principes sur Internet est particulièrement complexe. Cette complexité soulève des préoccupations concernant l'application du droit local, le désir de protéger les citoyens locaux contre les conséquences préjudiciables de la cyberactivité, l'application de politiques visant à encourager le commerce électronique et l'utilisation d'Internet, de même que la difficulté à élaborer des politiques qui sont neutres sur le plan technologique. Puisque les questions à examiner touchent des éléments relevant de chacune des trois dimensions de la compétence, l'on doit se poser les questions suivantes_ : les tribunaux locaux devraient-ils se déclarer compétents à l'égard de tout achat effectué en ligne par un consommateur (détermination de la compétence)? Les politiques devraient-elles chercher explicitement à encourager le commerce électronique en établissant des règles particulières de protection des consommateurs dans le cadre du commerce électronique (aspect substantif)? Un consommateur profitera-t-il réellement d'un jugement local si celui-ci doit

³² *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2.

ensuite être exécuté ailleurs (aspect «_exécution_»)?

Le problème de la détermination de la compétence soulève une question en apparence simple_: dans quelles circonstances est-il approprié pour un tribunal d'exercer sa compétence à l'égard d'activités menées sur Internet? Étant donné que la question de la compétence n'est pas nouvelle (la plupart des pays ont des régimes juridiques très élaborés en matière de conflits de lois, de conflits de juridiction et d'exécution des jugements)³³, la plupart des tribunaux et des responsables des politiques se tournent, non sans raison, vers des principes de base pour élaborer des règles appropriées³⁴.

Dans de nombreuses juridictions, le critère décisif pour déterminer s'il y a lieu pour un tribunal d'exercer sa compétence implique une analyse de la question de savoir si la compétence est raisonnable dans les circonstances, et les tribunaux américains et canadiens se laissent régulièrement guider par le critère du caractère raisonnable. Aux États-Unis, la norme du caractère raisonnable se traduit par le critère des «_contacts minimaux_»³⁵, tandis qu'au Canada on préfère le critère du «_rapport réel et substantiel_»³⁶. Bien que ces termes appellent des analyses quelque peu différentes, le principe essentiel demeure le même_: le caractère approprié de l'exercice de la compétence dépend de la question de savoir si les parties elles-mêmes trouveraient cet exercice raisonnable³⁷.

³³ Eugene F. Scoles et Peter Hay, *Conflict of Laws*, Hornbrook Series, Minnesota, West Publishing Company, décembre 1998.

³⁴ Groupe Internet d'Ogilvy Renault, *Compétence judiciaire et Internet_: Les règles traditionnelles suffisent-elles encore?*, Canada, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, juillet 1998, en ligne_: Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada <<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ejurisd.htm>> (consulté le 30 mars 2001).

³⁵ *International Shoe Co. c. Washington*, 326 U.S. 310, 66 S.Ct. 154, 90 L.Ed. 95 (1945).

³⁶ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

³⁷ La *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert d'actions* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada complète les principes du droit judiciaire canadien dans ce domaine. Bien que la Loi n'ait pas envisagé les problèmes liés à Internet, elle cherche à étoffer le critère du rapport réel et substantiel établi par la Cour suprême. Compte tenu des défis liés à l'application de ces principes au cyberspace, des travaux additionnels relatifs aux implications d'Internet pour la Loi pourraient s'avérer nécessaires.

Malheureusement, à part pour assurer aux parties qu'un tribunal ne se déclarera pas incompetent pour des motifs arbitraires, le remplacement du mot «_approprié_» par le mot «_raisonnable_» ne procure pas beaucoup plus de certitude juridique. C'est pourquoi il est revenu à la jurisprudence de donner des indications quant à la façon dont il convient d'interpréter le terme «_raisonnable_». L'analyse de la jurisprudence dans le domaine des conflits de juridiction porte à croire qu'on trouve, au cœur du critère du caractère raisonnable, un critère de prévisibilité suivant lequel une partie devrait seulement être traînée devant un tribunal étranger lorsqu'une telle éventualité était envisageable.

Bien qu'un critère de prévisibilité ne soit pas toujours susceptible de fournir une certitude juridique absolue, il donne tout de même une idée des circonstances dans lesquelles un tribunal se déclarera compétent pour connaître d'un litige. Par exemple, si un litige contractuel surgissait entre deux parties résidant dans des pays différents, en l'absence d'une clause attributive de juridiction (par laquelle les parties conviennent à l'avance des autorités qui seront compétentes pour connaître de tout litige éventuel entre elles), on considérerait généralement que l'on pourrait prévoir que les tribunaux de l'un ou l'autre des deux pays soient susceptibles de se considérer compétents. Dans d'autres cas, telles qu'une action en diffamation, un tribunal procéderait probablement à une analyse relative aux effets prévisibles de l'acte reproché qui l'amènerait à conclure que l'auteur de la prétendue diffamation pouvait prévoir que ses propos diffamatoires auraient des répercussions dans le ressort de la partie diffamée et qu'il risquerait donc d'y être poursuivi.

Bien que la norme de la prévisibilité et du caractère raisonnable ait pu fonctionner efficacement dans le monde physique, Internet vient compliquer la question pour plusieurs raisons. Premièrement, compte tenu de l'accessibilité d'Internet partout dans le monde³⁸, la prévisibilité est beaucoup plus difficile à évaluer. Des spécialistes ont fait remarquer qu'un «_Internet sans frontières_» entravait considérablement l'application des lois formulées en contemplation du monde physique, ce qui en a amené certains à prôner la reconnaissance du

³⁸ Voir la partie IV, section 2.

cyberespace comme un ordre juridique distinct³⁹. Puisque le critère vise essentiellement à fournir plus de précision, Internet embrouille les questions en créant un contexte «_tout ou rien_» dans lequel soit les tribunaux de tous les ressorts sont compétents, soit aucun ne l'est.

Deuxièmement, les tribunaux et les responsables des politiques sont susceptibles d'être enclins à favoriser l'exercice de la compétence judiciaire dans les circonstances où un préjudice a été subi localement⁴⁰. On peut le comprendre aisément en prenant l'exemple d'une transaction simple conclue sur Internet entre une entreprise et un consommateur. Prenons un consommateur situé à Ottawa qui télécharge un livre électronique à partir du site d'Amazon.com, un des chefs de file en matière de commerce électronique, situé à Seattle (Washington). Si le consommateur est insatisfait de la transaction - le livre téléchargé provoque une défaillance dans son système informatique qui lui fait perdre des données précieuses - et que les parties ne parviennent pas à négocier un règlement à l'amiable, il souhaitera peut-être poursuivre l'entreprise devant un tribunal ontarien pour être indemnisé du prix du livre et des dommages qu'il a subis. Amazon demandera probablement le rejet de l'action en soulevant une exception d'incompétence, au motif que le contrat de vente entre les parties stipule que tout litige doit être porté devant un tribunal de l'État de Washington.

Le tribunal ontarien devrait-il rejeter l'action en vertu de la clause attributive de juridiction? Dans l'affirmative, cette décision aura-t-elle pour effet de priver le consommateur de la possibilité de se prévaloir de la législation ontarienne sur la protection des consommateurs? Les

³⁹ David R. Johnson et David G. Post, «_Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace_», *Stan. L. Rev.* 1367 (1996) [ci-après *Law and Borders*].

⁴⁰ Selon un rapport sur les activités européennes_ :

[TRADUCTION] «_La loi, communément appelée «_Bruxelles I_», entrera en vigueur en mars prochain. Elle dispose qu'en cas de litige entre un consommateur situé dans un pays de l'UE et un détaillant en ligne situé dans un autre pays de l'UE, le consommateur peut introduire une action dans son propre pays. Les ministres de la Justice et la Commission européenne, qui est l'auteur de la loi, soutiennent que cette protection du consommateur est essentielle pour aider le commerce électronique à décoller en Europe. "La méfiance des consommateurs constitue le principal obstacle à l'essor du commerce électronique ici", a affirmé Leonello Gabrici, porte-parole de la Commission en matière judiciaire. Il a affirmé qu'en conférant la compétence sur ces litiges transfrontaliers aux tribunaux de l'État du consommateur, la loi encouragera les consommateurs à réaliser des achats en ligne._»

Paul Meller, «_European Justices Pass Stiff E-Commerce Law_», *IDG* (30 novembre 2000), en ligne_ : IDG <http://www.idg.net/ic_300048_1794_9-10000.html> (consulté le 31 mars 2001).

tribunaux partout en Amérique du Nord semblent divisés sur cette question. Dans une affaire ontarienne de 1999, un tribunal a rejeté une requête en autorisation d'intenter un recours collectif contre Microsoft au motif qu'un contrat au clic (clickwrap) entre les parties stipulait que tout litige serait régi par le droit de l'État de Washington⁴¹. En revanche, dans une affaire récente, un tribunal californien a adopté une position contraire, statuant qu'il avait compétence pour connaître d'un litige entre AOL et un de ses clients malgré l'existence d'une clause attributive de juridiction stipulant que tout litige devait être porté devant un tribunal de la Virginie⁴².

Le scénario se complique encore davantage lorsque l'affaire se rapporte à la liberté d'expression plutôt qu'à des questions commerciales. Par exemple, la récente affaire française d'objets nazis mettant en cause Yahoo! illustre comment un tribunal local est susceptible d'exercer sa compétence même en l'absence de preuves indiquant que le préjudice était dirigé contre sa juridiction, au motif que le préjudice local est trop important pour qu'on l'ignore⁴³. Bien qu'une telle approche soulève peu de préoccupations lorsqu'elle concerne une activité telle que la fraude en matière de valeurs mobilières, pour laquelle les règles sont relativement uniformes à l'échelle de la planète⁴⁴, l'application d'une norme fondée sur les effets à des questions telles que la liberté d'expression risque de s'avérer hautement controversée.

Bien que les tribunaux et les responsables des politiques puissent incliner à favoriser la protection des citoyens locaux contre les préjudices commerciaux ou les contenus offensants, la question est encore compliquée davantage par le fait que tous les pays sont confrontés à la même préoccupation. En conséquence, tandis qu'un pays voudra peut-être protéger ses propres consommateurs en se déclarant compétent à l'égard d'entités étrangères, il préférera sans doute

⁴¹ *Rudder c. Microsoft Corporation* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S. J. Ont.).

⁴² *Mendoza c. AOL*, Superior Ct. of Cal., County of Alameda, Dept. No. 22. (jugement inédit) [ci-après *Mendoza*].

⁴³ *LICRA c. Yahoo!*, précité, note 2.

⁴⁴ *Securities Activity on the Internet*, International Organisation of Securities Commissions (IOSCO) - Technical Committee (septembre 1998), en ligne : <http://www.iosco.org/download/pdf/1998-internet_security.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2001) [ci-après *IOSCO*].

que les autres pays n'exercent pas le même pouvoir sur ses citoyens et ses sociétés⁴⁵.

En outre, les lois appliquées localement varieront puisque différents pays auront des priorités différentes en matière de politiques. Il se peut que certains pays attachent une plus grande importance à la protection des consommateurs qu'à la promotion de l'essor du commerce électronique et adoptent en conséquence des critères de compétence très larges pour protéger les consommateurs locaux. Il se peut que d'autres favorisent la protection de la vie privée et cherchent en conséquence à exercer leur compétence dans le cadre d'un régime de protection de la vie privée. Comme l'affirme Lawrence Lessig dans son ouvrage pionnier, *Code and Other Laws of Cyberspace*, ces priorités contradictoires en matière de politiques incitent les pays à adopter une approche fondée sur la réciprocité en matière de coopération juridictionnelle⁴⁶. Parlant de la volonté de l'État du Minnesota d'appliquer ses lois interdisant les jeux de hasard, Lessig écrit:

[TRADUCTION] «_Qu'est qui pourrait faire qu'un autre État veuille appliquer la réglementation du Minnesota?»

La réponse, c'est qu'il ne voudrait pas si cette réglementation était la seule en cause. Le Minnesota veut protéger ses citoyens contre les jeux de hasard, mais New York pourrait vouloir protéger ses citoyens contre l'utilisation de leurs renseignements personnels à des fins répréhensibles. Il se peut que l'Union Européenne partage l'objectif de l'État de New York; et que l'Utah partage celui du Minnesota.

Chaque État a des raisons particulières de contrôler certains comportements, et ces comportements sont différents. Mais la clé du problème, c'est que la même architecture qui permet au Minnesota de réaliser ses objectifs législatifs peut aussi aider d'autres États à réaliser leurs objectifs législatifs. Et cela peut entraîner une sorte de réciprocité entre les États.»⁴⁷

Comme si les choix stratégiques n'étaient pas encore assez compliqués, l'analyse doit tenir compte d'une considération additionnelle. Tandis que les responsables des politiques continuent de se débattre avec les défis posés par Internet, on admet de plus en plus que l'établissement de lignes

⁴⁵ Le doyen Henry Perritt fait remarquer que [TRADUCTION] «_l'extension des fondements de la compétence est une arme à deux tranchants. Les citoyens américains sont parfois admis à faire valoir le droit américain devant des tribunaux américains relativement à des actes préjudiciables posés à l'étranger, mais, en revanche, ils peuvent parfois être poursuivis ou entraînés dans un litige devant des tribunaux étrangers._» Perritt, *loc. cit.*, note 30, à la page 1131.

⁴⁶ Lawrence Lessig, *Code And Other Laws Of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p. 55 [ci-après *Code*].

⁴⁷ *Ibid.*

directrices ou de normes efficaces et durables à l'égard d'Internet implique nécessairement d'adopter une approche «_neutre sur le plan technologique_»⁴⁸. Les approches neutres sur le plan technologique ont été un des traits caractéristiques de plusieurs projets de politique sur le droit relatif à Internet (c'est le cas notamment du projet de législation sur le commerce électronique au Canada⁴⁹ et de lois sur la preuve électronique⁵⁰). Dans ce contexte, la neutralité sur le plan technologique s'entend de critères ou de règles juridiques qui ne dépendent pas d'une technologie particulière ou d'un stade particulier de développement technologique, mais qui se fondent plutôt sur des principes essentiels susceptibles d'être adaptés aux changements technologiques. Puisque la technologie est en perpétuelle évolution, les normes conçues en fonction de technologies spécifiques courent le risque de devenir désuètes avec l'avènement de nouvelles technologies. Dans le contexte de la compétence judiciaire à l'égard d'Internet, il est hasardeux de recourir à des critères qui reflètent l'état actuel d'Internet et des technologies qui le sous-tendent puisque que ces critères risquent de perdre leur pertinence avec l'avènement de nouvelles technologies.

L'élaboration d'une norme unique pour déterminer la compétence à l'égard d'Internet tout en tenant compte des quatre facteurs (prévisibilité, penchant en faveur d'une analyse axée sur les effets, réciprocité juridictionnelle et neutralité sur le plan technologique) constitue un défi considérable mais non insurmontable. Malheureusement, le critère actuel du caractère passif ou actif oriente carrément le droit dans la mauvaise direction en n'éclairant pas suffisamment les parties au regard d'aucun de ces quatre facteurs.

⁴⁸ Comme l'a fait remarquer le bureau du procureur général de l'Australie dans le cadre des négociations relatives au commerce électronique menées sous les auspices de la CNUDCI_:

[TRADUCTION] «_Une approche neutre sur le plan technologique est préférable puisqu'il est clair de nos jours que les régimes législatifs qui sont élaborés en fonction de technologies particulières peuvent restreindre les choix des consommateurs. En outre, les régimes législatifs qui privilégient une technologie plutôt qu'une autre créent des obstacles au commerce électronique et freinent l'innovation._»

UNCITRAL Developments, Australian Attorney General's Department - Information Economy Section, en ligne_ : Australian Attorney General's Department <<http://law.gov.au/publications/ecommerce/>> (consulté le 30 mars 2001).

⁴⁹ *Loi uniforme sur le commerce électronique*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC), en ligne_ : CHLC <<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/euecafin.htm>> (consulté le 30 mars 2001).

⁵⁰ *Loi uniforme sur la preuve électronique*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC), en ligne_ : CHLC <<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/eeeact.htm>> (consulté le 30 mars 2001).

Partie III – L'essor et le déclin du critère *Zippo*

A. L'apparition du critère du caractère passif ou actif établi dans l'affaire *Zippo*

La jurisprudence relative à la compétence à l'égard d'Internet en Amérique du Nord remonte à 1996 et à l'affaire *Inset Systems, Inc. c. Instruction Set, Inc.*, tranchée par une cour de district du Connecticut⁵¹. Dans cette cause, Inset Systems, une société du Connecticut, avait intenté une action en contrefaçon de marque de commerce contre Instruction Set, une société du Massachusetts, fondée sur l'utilisation par cette dernière du nom de domaine «_Inset.com_»⁵². Instruction Set utilisait ce nom de domaine pour annoncer ses biens et services sur Internet, une pratique à laquelle s'objectait Inset puisqu'elle était propriétaire de la marque de commerce fédérale «_Inset_». La question de droit posée au tribunal en était une de compétence : est-ce que les activités d'Instruction Set (dans ce cas-ci, l'établissement d'un site Web) relevaient de la compétence des tribunaux du Connecticut en vertu de la loi de cet État en matière de compétence personnelle extraterritoriale et conformément à la règle des contacts minimaux établie par la Cour Suprême des États-Unis dans l'arrêt *World-Wide Volkswagen Corp. c. Woodson*⁵³?

Le tribunal a conclu qu'il pouvait se déclarer compétent en raison de l'utilisation qu'Instruction Set avait faite d'Internet. Assimilant Internet à une publicité continue, le tribunal a jugé qu'Instruction Set avait délibérément dirigé ses activités publicitaires sur le Connecticut en continu au moyen de son site Web, et que, par conséquent, ladite société pouvait raisonnablement prévoir la possibilité d'être poursuivie devant les tribunaux de cet État⁵⁴.

⁵¹ *Inset Systems, Inc. c. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996) [ci-après *Inset Systems*].

⁵² Les noms de domaine Internet, qui sont devenus un aspect omniprésent de la publicité commerciale, permettent aux utilisateurs d'accéder à des sites Web en entrant simplement un nom tel que «_www.inset.com_» dans leur moteur de recherche. La portion «_www_» de l'adresse signifie que le site fait partie du *World Wide Web*; la portion «_Inset_» correspond habituellement au nom d'une compagnie ou à d'autres identificateurs; et «_com_» identifie le type d'organisme, dans ce cas-ci une compagnie. Les noms de domaine, qui ont donné lieu à plusieurs autres affaires judiciaires, sont administrés aux États-Unis par une société désignée par l'État, Network Solutions Inc. (NSI), et ils sont attribués selon le principe du premier arrivé, premier servi.

⁵³ *World-Wide Volkswagen Corp. c. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980).

⁵⁴ *Inset Systems*, précité, note 51, p. 165.

Ce jugement était problématique pour plusieurs raisons. Premièrement, sa conclusion selon laquelle quiconque crée un site Web dirige délibérément son activité sur tous les États a pour effet d'étendre à l'extrême la portée de l'expression «_diriger délibérément_» ses activités. Deuxièmement, le tribunal n'a procédé à aucune analyse d'Internet comme tel, estimant qu'il était suffisant d'assimiler Internet à un média plus traditionnel, dans ce cas-ci la publicité continue, et d'appliquer le droit existant. Toutefois, les implications de ce raisonnement, à supposer son bien fondé - à savoir que *n'importe quel tribunal n'importe où* pourrait se déclarer compétent au motif qu'un site Web est dirigé sur son ressort - pourrait entraver l'essor d'Internet à l'avenir puisque les participants éventuels à Internet seraient obligés de peser les avantages liés à Internet et la possibilité d'être poursuivis n'importe où dans le monde.

Troisièmement, le tribunal n'a pas examiné les activités spécifiques d'Instruction Set sur Internet. Dans l'esprit du tribunal, la simple *utilisation* d'Internet suffisait à justifier sa compétence. En fait, le tribunal a reconnu qu'Instruction Set n'avait aucun bureau au Connecticut ni aucun vendeur ou employé dans cet État⁵⁵. Une analyse plus complète des faits de l'espèce aurait comporté un examen des activités particulières qui se déroulaient sur Internet. Est-ce qu'Instruction Set vendait des produits directement à des gens au Connecticut par le biais de son site Web? Fournissait-elle un service directement par le biais de son site Web? Est-ce qu'elle sollicitait activement la participation d'utilisateurs potentiels en les invitant à correspondre avec elle? Combien d'utilisateurs du Connecticut avaient accédé au site Web dans les faits? Si le tribunal s'était posé ces questions et d'autres questions semblables, il aurait disposé de motifs beaucoup plus solides pour affirmer qu'Instruction Set avait délibérément dirigé ses activités sur le Connecticut, et, par ailleurs, il aurait établi un cadre d'analyse permettant de ne pas mettre l'ensemble des activités menées sur Internet dans le même sac.

Suite au jugement dans l'affaire *Inset*, plusieurs causes semblables n'ont pas tardé à suivre. Dans *Maritz, Inc. c. Cybergold, Inc.*, une cause tranchée par une cour de district du Missouri en août 1996, le tribunal était saisi encore une fois de la question de la compétence

⁵⁵ *Id.*

personnelle dans le contexte d'une action en contrefaçon de marque de commerce⁵⁶. Le tribunal cite avec approbation le jugement dans l'affaire *Inset Systems*, et, s'efforçant de trouver une métaphore efficace, il écrit :

[TRADUCTION] « [...] la nature et la qualité des liens créés par l'exploitation d'un site Web sur Internet diffère clairement de la nature et de la qualité d'autres modes de rattachement à une juridiction tels que le publipostage sur le territoire [...] ou l'annonce d'un numéro d'appel sans frais dans une publication nationale. »⁵⁷

Le tribunal, incapable d'établir une analogie efficace, a finalement conclu que la transmission d'information publicitaire à tous les internautes était une décision consciente et que cette connaissance suffisait à justifier la compétence personnelle du tribunal⁵⁸.

L'expérience canadienne en matière de compétence à l'égard d'Internet a suivi de près l'expérience américaine. En 1998, dans l'affaire *Alteen c. Informix Corp.*, le juge Woolridge, de la Cour Suprême de Terre-Neuve, s'est déclaré compétent en se fondant uniquement sur la fourniture de renseignements par le biais d'Internet⁵⁹.

L'affaire se rapportait à des allégations selon lesquelles Informix Corp., un fabricant américain de supports de données, aurait émis des déclarations fausses et trompeuses qui auraient fait gonfler artificiellement la valeur de ses actions en bourse. Lorsque des actionnaires résidant à Terre-Neuve ont intenté une action en responsabilité civile délictuelle, Informix a répliqué en soutenant que le tribunal local n'avait pas compétence puisque la compagnie ne transigeait aucune action sur les marchés boursiers publics canadiens, ne faisait aucune déclaration publique à la presse canadienne et n'avait aucun lien direct avec les demandeurs.

Le tribunal a rejeté ces prétentions et s'est rendu aux arguments des demandeurs, qui soutenaient que la disponibilité de déclarations publiques auprès de sources telles qu'Internet

⁵⁶ *Maritz, Inc. c. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1332.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Alteen c. Informix Corp.* [1998] N.J. No. 122 1997 No. C.B. 439 (C.S.T.-N. - Sect. 1^{er} inst.).

entraînait souvent une couverture médiatique canadienne. Puisque les actions avaient été acquises à Terre-Neuve et que des renseignements relatifs à la société étaient disponibles dans cette province, le tribunal a statué qu'il avait compétence pour connaître de l'action en responsabilité civile délictuelle.

Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Investors Group c. Hudson*⁶⁰, la première cause soulevant une question de compétence judiciaire à l'égard d'Internet à être tranchée en fonction du *Code Civil du Québec*, le tribunal assimile Internet à un média traditionnel et largement accessible. L'affaire se rapportait à des déclarations prétendument diffamatoires publiées sur un site tenu par un ancien employé mécontent d'une société de fonds mutuels. L'ancien employé résidait au Québec, mais le site Web en cause était hébergé sur un serveur situé à l'extérieur de la province.

Le tribunal s'est déclaré compétent pour trancher l'affaire, assimilant le site Web à un journal ayant une distribution mondiale simultanée. Après avoir fait cette qualification, le tribunal s'est fondé sur l'alinéa 68(2) du *Code de procédure civile* du Québec, et il a affirmé :

« [...] en effectuant un parallèle avec l'article 68 C.p.c., applicable notamment dans les cas de libelle de presse, la présente action peut être portée devant le tribunal du lieu où réside la requérante, puisque le matériel sur les sites de l'intimé est disponible au Québec, mais également partout dans le monde. »

Même si les actions concernaient des délits plutôt que des contrefaçons de marque de commerce, les affaires *Informix* et *Hudson* présentent une grande ressemblance avec les causes américaines antérieures relatives à Internet, dans lesquelles on avait jugé que la disponibilité de renseignements sur Internet suffisait à elle seule à justifier la compétence judiciaire. Si cette analyse avait été adoptée, tous les tribunaux canadiens pourraient théoriquement se déclarer compétents à l'égard de toute personne affichant de l'information sur Internet⁶¹.

⁶⁰ [1999] R.J.Q. 599 (C.S.).

⁶¹ Pour une analyse plus détaillée du jugement dans l'affaire *Hudson*, voir D. McGowan, «_Internet Jurisdiction: The View from the Quebec Courts_», 1(9) *Internet and E-commerce Law in Canada* 65 (nov. 2000) [ci-après *Quebec Courts*].

Bien que plusieurs autres jugements américains aient adopté le raisonnement formulé dans l'affaire *Inset*⁶², il y a tout de même une décision d'une cour de district de l'État de New York qui ressort comme une exception importante⁶³. «_The Blue Note_» était une petite boîte de nuit de Columbia, au Missouri, exploitée par Richard King. Celui-ci faisait la promotion de sa boîte de nuit au moyen d'un site Web qui présentait de l'information au sujet de la boîte de nuit, un calendrier des événements et des renseignements relatifs à la billetterie. Or, on trouvait aussi à New York une boîte de nuit appelée «_The Blue Note_», exploitée celle-là par la Bensusan Restaurant Corporation, qui détenait une marque de commerce fédérale dans le nom en question. King connaissait bien le Blue Note de New York puisqu'il avait affiché l'avertissement suivant sur son site Web: [TRADUCTION] « Le site Web du Blue Note ne devrait pas être confondu avec une des meilleures boîtes de jazz au monde, le Blue Note, situé au cœur de Greenwich Village à New York. Si jamais vous passez par là, rendez leur visite_»⁶⁴.

Dans les mois suivant la mise en service du site Web du Blue Note de King, Bensusan intentait une action en contrefaçon de marque de commerce et pour dilution devant une cour fédérale dans l'État de New York. Encore un fois, le tribunal était saisi de la question de la compétence personnelle dans le contexte d'une action relative à une marque de commerce découlant d'activités menées sur Internet. Cependant, contrairement aux jugements rendus dans la foulée de l'affaire *Inset*, le tribunal a examiné dans ce cas-ci les particularités du site Web en question. Il a noté que le site Web de King était de nature passive plutôt qu'active - un résident de l'État de New York serait obligé de prendre plusieurs mesures positives pour pouvoir amener un produit contrefait dans l'État. En effet, les billets ne pouvaient pas être commandés en ligne, de sorte que quiconque voudrait effectuer un achat serait obligé de téléphoner à la billetterie au Missouri, qui lui indiquerait que la boîte de nuit du Missouri n'expédiait pas de billets par la poste.

⁶² Voir, p. ex., *Heroes, Inc. c. Heroes Foundation*, 958 F. Supp. 1 (D. D.C. 1996) (citant *Inset Systems* avec approbation pour conclure qu'un site Web présentait des liens avec le District de Columbia); et *Panavision International, L.P. c. Toeppen*, 938 F. Supp. 616 (C.D. Cal. 1996) (statuant que l'utilisation d'une marque de commerce contrefaisant un nom de domaine en Illinois constituait un acte dirigé délibérément sur la Californie).

⁶³ *Bensusan Restaurant Corporation c. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), confirmé par 126 F. 3d. 25 (2nd Cir. 1997).

⁶⁴ *Inset Systems*, précité, note 52, pp. 297-8.

L'acheteur serait obligé de se rendre au Missouri pour obtenir ses billets⁶⁵. Compte tenu de ce degré de passivité, le tribunal a conclu que le site Web ne donnait lieu à aucune contrefaçon dans l'État de New York⁶⁶. En fait, le tribunal écrit que [TRADUCTION] «_le simple fait qu'une personne puisse obtenir de l'information au sujet du produit prétendument contrefait ne saurait être assimilé à une personne qui fait de la publicité, de la promotion, de la vente ou quelque autre effort pour diriger son produit sur l'État de New York._»⁶⁷

Le jugement dans l'affaire *Bensusan*, confirmé en appel par une cour du deuxième circuit en septembre 1997, a posé un jalon important en vue de l'élaboration d'une analyse juridique plus approfondie des activités menées sur Internet. Bien que le tribunal n'ait pas cherché à concilier son jugement avec la jurisprudence *Inset*, il a préparé la voie à un nouveau courant jurisprudentiel⁶⁸. Néanmoins, à la fin de 1996, la majorité des décisions se rapportant à Internet donnaient peu d'indications d'une véritable compréhension des activités menées sur Internet. La plupart des tribunaux ne semblaient pas se préoccuper des implications de leurs jugements sur le plan de la compétence et favorisaient plutôt un raisonnement par analogie suivant lequel Internet était qualifié *en bloc*.

Au début de 1997, une nouvelle approche est apparue dans le jugement d'une cour de district de la Pennsylvanie dans l'affaire *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*⁶⁹. C'est

⁶⁵ *Ibid.*, p. 299.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Par exemple, dans un jugement rendu en 1997 dans l'affaire *Hearst Corporation c. Goldberger*, 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. 1997), une cour de district de l'État de New York s'est appuyée fortement sur l'analyse exposée dans l'affaire *Bensusan* pour décliner sa compétence personnelle sur une question de contrefaçon de marque de commerce concernant le nom de domaine «_Esqwire.com_». Le tribunal a passé en revue la jurisprudence sur cette question, a exprimé son désaccord avec des jugements tels que ceux rendus dans les affaires *Inset*, *Maritz*, *EDIAS* et *Panavision*, et a formulé l'avertissement suivant :

[TRADUCTION] «_Lorsque, comme c'est le cas ici, le défendeur n'a pas contracté en vue de vendre aucun produit ou service et n'en a vendu aucun à des résidents de l'État de New York, l'exercice de la compétence judiciaire à l'endroit du défendeur dans cet État, fondée sur un site Web, impliquerait que le tribunal ait compétence à l'égard de quiconque met sur pied un site Web, et ce, peu importe le lieu de résidence du défendeur au pays (et même dans le monde). Une telle compétence d'étendue nationale déroge à la jurisprudence traditionnelle sur la compétence personnelle, et la Cour la juge inopportune sur le plan des principes._»

⁶⁹ *Zippo*, précité, note 9.

à partir de cette affaire que les tribunaux ont graduellement commencé à reconnaître que les activités menées sur Internet étaient aussi variées que dans le monde physique et que l'application d'analogies à l'emporte-pièce convenait mal à ce nouveau média.

Zippo Manufacturing, une société basée en Pennsylvanie, était le fabricant de la marque bien connue de briquets «_Zippo_». Zippo Dot Com, une société basée en Californie, exploitait une entreprise d'information sur Internet qui employait le nom de domaine «_Zippo.com_» pour donner accès à des groupes de discussion sur Internet. Dot Com proposait trois catégories d'abonnements - gratuit, «_original_» et «_super_». Les abonnés qui désiraient obtenir le service «_original_» ou «_super_» étaient tenus de remplir un formulaire de demande en ligne et de fournir leur numéro de carte de crédit par Internet ou par téléphone. Les liens entre Dot Com et la Pennsylvanie étaient établis presque exclusivement par le biais d'Internet puisque la société n'avait aucun bureau ni aucun employé ou représentant dans l'État en question. Dot Com avait réussi à recruter un certain nombre d'abonnés en Pennsylvanie. En effet, au moment où l'action a été intentée, environ 3 000 (2 %) de ses abonnés résidaient dans cet État. Encore une fois, le tribunal était saisi de la question de la compétence personnelle découlant d'une allégation de contrefaçon et de dilution de marque de commerce.

Plutôt que de fonder son analyse sur l'application d'analogies à Internet, le tribunal s'est concentré sur la jurisprudence antérieure quelque peu limitée relative à Internet⁷⁰. L'examen de la jurisprudence par le tribunal, qui s'inspirait clairement du jugement *Bensusan*, a mené à la conclusion suivante_ :

[TRADUCTION] «_Avec cette révolution mondiale qui pointe à l'horizon, l'élaboration du droit relatif à l'étendue de la compétence personnelle fondée sur l'utilisation d'Internet en est à ses balbutiements. Les

⁷⁰ Il convient de mentionner un jugement dont la Cour n'a pas discuté dans l'affaire *Zippo*, mais sur lequel elle s'est appuyée, soit *Compuserve, Inc. c. Patterson*, 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996). Bien que la Cour désigne cette cause comme une affaire se rapportant à Internet, l'activité en cause n'impliquait pas l'utilisation d'Internet. En fait, Patterson avait utilisé le réseau propriétaire appartenant à Compuserve pour distribuer des logiciels (shareware). En conséquence, les liens de Patterson avec l'Ohio, État du siège social de Compuserve et du tribunal saisi du litige, se limitaient à un contrat conclu hors réseau et à l'affichage de logiciels contributifs sur un serveur appartenant à Compuserve auquel avaient accès les utilisateurs du réseau de cette dernière (et non les internautes en général).

décisions judiciaires sont rares. Néanmoins, notre examen de la jurisprudence et de la doctrine disponible révèle que la probabilité que la compétence personnelle puisse être exercée en conformité avec la constitution est *directement proportionnelle à la nature et à la qualité des activités commerciales qu'une entité mène sur Internet*. Ce critère variable s'accorde avec les principes bien établis de la compétence personnelle. À une extrémité du spectre, on trouve les situations où un défendeur fait clairement affaire sur Internet. Si un défendeur conclut des contrats avec des résidents d'un État étranger qui impliquent la connaissance et la transmission répétée de fichiers informatiques sur Internet, la compétence personnelle est appropriée. À l'autre extrémité du spectre, on trouve les situations où un défendeur a simplement affiché de l'information sur un site Web Internet qui est accessible aux utilisateurs situés dans d'autres ressorts. Un site Web passif qui se borne en pratique à mettre de l'information à la disposition des personnes intéressées ne constitue pas un motif justifiant l'exercice de la compétence personnelle. À mi-chemin entre ces deux situations extrêmes, on trouve les sites Web interactifs où un utilisateur peut échanger de l'information avec l'ordinateur hôte. Dans ces cas, la compétence dépend de l'examen du degré d'interactivité et de la nature commerciale de l'échange d'information réalisé sur le site Web. »⁷¹

Bien que le tribunal ait peut-être interprété certaines décisions antérieures de manière tendancieuse pour obtenir le résultat désiré, sa conclusion essentielle était que l'analyse de la compétence à l'égard d'Internet devrait se fonder, comme l'indique le tribunal, sur la nature et la qualité de l'activité commerciale menée sur Internet. L'on pourrait dire qu'avant l'affaire *Zippo*, l'analyse de la compétence se fondait sur la simple utilisation d'Internet comme tel, une conclusion qui risquait fort de déboucher sur une analogie quelque peu inappropriée et de mener à l'application subséquente d'une théorie juridique inadaptée aux circonstances. Dans la foulée du jugement *Zippo*, dans lequel le tribunal a appliqué son analyse pour conclure que sa compétence était justifiée en raison de la vente d'abonnements à des résidents de l'État par Dot Com, l'analyse juridique d'Internet a subi un virage important.

Au cours des années qui ont suivi l'affaire *Zippo*, le critère du caractère passif ou actif a été cité avec approbation dans de nombreux jugements⁷². Par exemple, dans *Cybersell, Inc. c.*

⁷¹ 952 F. Supp., p. 1124 (citations omises) (nos italiques).

⁷² Voir aussi : *Amberson Holdings LLC c. Westside Story Newspaper*, 110 F.Supp.2d 332 (U.S.D.C., D. New Jersey, 2000); *Hasbro, Inc. c. Clue Computing, Inc.*, 66 F.Supp.2d 117 (D. Mass., 1999); *Search Force Inc. c. DataForce Intern., Inc.*, 112 F.Supp.2d 771 (S.D. Ind., 2000); *American Eyewear, Inc. c. Peeper's Sunglasses and Accessories, Inc.*, 106 F.Supp.2d 895 (N.D. Tex., 2000); *Patriot Systems, Inc. c. C-Cubed Corp.*, 21 F.Supp.2d 1318 (D. Utah, 1998); *Roche c. Worldwide Media, Inc.*, 90 F.Supp.2d 714 (E.D. Va., 2000); *Coastal Video Communications, Corp. c. Staywell Corp.*, 59 F.Supp.2d 562, (E.D. Va., 1999); *Soma Medical Intern. c. Standard Chartered Bank*, 196 F.3d 1292 (10th Cir. (Utah), 1999); *Butler c. Beer Across America*, 83 F.Supp.2d 1261 (N.D. Ala., 2000); *Colt Studio, Inc. c. Badpuppy Enterprise*, 75 F.Supp.2d 1104 (C.D. Cal., 1999); *CIVIX-DDI LLC c. Microsoft Corp.*, 1999 WL 1020248 (D. Colo., 1999); *Blumenthal c. Drudge*, 992 F.Supp 44 (D.D.C., 1998); *J.B. Oxford Holdings, Inc. c. Net Trade, Inc.* 76 F.Supp.2d 1363 (S.D. Fla., 1999); *Berthold Types Ltd. c. European Mikrograf Corp.*, 102 F.Supp.2d 928 (N.D. Ill., 2000); *International Star Registry of Illinois c. Bowman-Haight Ventures, Inc.*, 1999 WL 300285 (N.D. Ill., 1999); *Vitullo c. Velocity Powerboat, Inc.*, 1998 WL 246152 (N.D. Ill.,

Cybersell, Inc., un arrêt rendu par la cour du neuvième circuit en décembre 1997, on demandait au tribunal de déterminer si l'utilisation d'une marque de service prétendument contrefaite sur un site Web constituait un motif suffisant pour fonder l'exercice de la compétence personnelle⁷³. Cybersell Arizona, propriétaire de la marque de service fédérale «_Cybersell_», et Cybersell Florida fournissaient toutes deux des services de marketing et de conseils en rapport avec Internet⁷⁴. La présence de Cybersell Florida en Arizona se limitait à un site Web annonçant ses services et invitant les intéressés à communiquer avec elle pour plus de renseignements. Le raisonnement du tribunal a suivi l'approche *Zippo* en cherchant à cerner la nature et la qualité des activités menées par Cybersell Florida sur le Web. Dans le cadre de son analyse, le tribunal a pris en compte la nature passive du site, le fait qu'aucun résident de l'Arizona n'avait jamais visité le site (à l'exception de Cybersell Arizona) et le fait qu'il n'y avait aucune preuve de relations

1998); *F. McConnell and Sons, Inc. c. Target Data Systems, Inc.*, 84 F.Supp.2d 961 (N.D. Ind., 1999); *Resuscitation Technologies, Inc. c. Continental Health Care Corp.*, 1997 WL 148567 (S.D. Ind., 1997); *Alantech Distribution, Inc. c. Credit General Ins. Co.*, 30 F.Supp.2d 534 (D. Md., 1998); *McRae's, Inc. c. Hussain*, 105 F.Supp.2d 594 (S.D. Miss., 2000); *Lofton c. Turbine Design, Inc.*, 100 F.Supp.2d 404 (N.D. Miss., 2000); *Citigroup c. City Holding Co.*, 97 F.Supp.2d 549 (S.D.N.Y., 2000); *K.C.P.L., Inc. c. Nash*, 1998 WL 82367 (S.D.N.Y., 1998); *Tech Heads, Inc. c. Desktop Service Center, Inc.*, 105 F.Supp.2d 1142 (D.Or., 2000); *Standard Knitting, Ltd. c. Outside Design, Inc.*, 2000 WL 804434 (E.D. Pa., 2000); *Westcode, Inc. c. RBE Electronics, Inc.*, 2000 WL 124566 (E.D. Pa., 2000); *Harbuck c. Aramco, Inc.*, 1999 WL 999431 (E.D. Pa., 1999); *Renick c. Manfredy*, 52 F.Supp.2d 462 (E.D. Pa., 1999); *Barrett c. Catacombs Press*, 44 F.Supp.2d 717 (E.D. Pa., 1999); *Blackburn c. Walker Oriental Rug Galleries, Inc.*, 999 F.Supp 636 (E.D. Pa., 1998); *Brown c. Geha-Werke GmbH*, 69 F.Supp.2d 770 (D.S.C., 1999); *ESAB Group, Inc. c. Centricut, LLC*, 34 F.Supp.2d 323 (D.S.C., 1999); *Mieckowski c. Masco Corp.*, 997 F.Supp. 782 (E.D. Tex., 1998); *Agar Corp. Inc. c. Multi-Fluid Inc.*, 1997 WL 829340 (S.D. Tex., 1997); *Jewish Defence Organization, Inc. c. Superior Court*, 85 Cal. Rptr. 2d 611 (Cal.App. 2 Dist., 1999); *Nida Corp. c. Nida*, 2000 WL 1610635 (M.D. Fla., 2000); *Smith c. Hobby Loby Stores, Inc.*, 968 F.Supp. 1356 (W.D. Ark., 1997); *Online Partners.Com, Inc. c. Atanticet Media Corp.*, 2000 WL 101242 (N.D. Cal., 2000); *Quokka Sports, Inc., c. Cup Intern. Ltd.*, 99 F.Supp.2d 1105 (N.D. Cal., 1999); *Mallinkrodt Medical, Inc. c. Sonus Pharmaceuticals, Inc.*, 989 F.Supp 265 (D.D.C., 1998); *Ameritech Services, Inc. c. SCA Promotions, Inc.*, 2000 WL 283098 (N.D. Ill., 2000); *LFG, LLC c. Zapata Corp.*, 78 F. Supp.2d 731 (N.D. Ill., 1999); *Biometrics, LLC c. New Womyn, Inc.*, 112 F.Supp.2d 869 (E.D. Mo., 2000); *Decker c. Circus Circus Hotel*, 49 F.Supp.2d 748 (D.N.J., 1999); *Hurley c. Cancun Playa Oasis Intern. Hotels*, 1999 WL 718556 (E.D. Pa., 1999); *Grutowski c. Steamoat Lake Guides & Outfitters, Inc.*, 1998 WL 962042 (E.D. Pa., 1998); *Fix My PC, L.L.C. c. N.F.N. Associates, Inc.*, 48 F.Supp.2d 640 (N.D. Tex., 1999); *Origin Instruments Corp. c. Adaptive Computer Systems, Inc.*, 1999 WL 76794 (N.D. Tex., 1999); *Telephone Audio Productions, Inc. c. Smith*, 1998 WL 159932 (N.D. Tex., 1998); *Thompson c. Handa-Lopez, Inc.*, 998 F. Supp. 738 (W.D. Tex., 1998); *America Online, Inc. c. Huang*, 106 F.Supp.2d 848 (E.D. Va., 2000); *TELCO Communications c. An Apple A Day*, 977 F.Supp.404 (E.D. Va., 1997); *Conseco, Inc. c. Hickerson*, 698 N.E. 2d 816 (Ind.App., 1998); *State by Humphrey c. Granite Gate Resorts, Inc.*, (Minn. App., 1997).

⁷³ *Cybersell, Inc. c. Cybersell, Inc.*, 130 F. 3d. 414 (9th Cir. 1997).

⁷⁴ Chose intéressante, les dirigeants de Cybersell Arizona étaient Laurence Canter et Martha Siegel, deux avocats tristement célèbres au sein de la cybercommunauté pour avoir été les premiers «_arroseurs_» ou publiposteurs importuns.

contractuelles entre aucun résident de l'Arizona et Cybersell Florida⁷⁵. À la lumière de ces faits, le tribunal, faisant sien le résumé de l'état du droit exposé dans le jugement *Zippo*, a conclu qu'il n'avait pas compétence en l'espèce.

Dans le même ordre d'idées, dans *Mink c. AAAA Development LLC*⁷⁶, le demandeur, un programmeur informatique, avait introduit une action devant une cour de district du Texas contre une société du Vermont à laquelle il reprochait d'avoir conspiré en vue de copier son programme informatique. La cour de district a décliné sa compétence personnelle en l'espèce et a rejeté l'action. En appel devant la cour du cinquième circuit, le demandeur a soutenu que le Texas était le forum approprié puisque le site Web de la société défenderesse était accessible à partir de cet État. La cour a rejeté l'appel au motif que même si le site Web fournissait aux utilisateurs un bon de commande postale imprimable, une adresse de courrier électronique, un numéro de téléphone sans frais et une adresse postale, le fait qu'aucune commande n'était prise par le biais du site signifiait que celui-ci ne constituait rien de plus qu'une publicité passive.

Dans *GTE New Media Services Incorporated c. Ameritech Corporation, et al.*⁷⁷, la cour était invitée à se déclarer compétente à l'égard d'une société qui fournissait des services nationaux de Pages Jaunes sur Internet. Appliquant le critère du caractère passif ou actif de ses activités, le tribunal a fait remarquer que les défendeurs exploitaient un site Web interactif qui les reliait au District de Columbia. Ce fait, combiné à celui que les défendeurs percevaient d'importants revenus publicitaires de leur site lorsque des résidents du District de Columbia y accédaient et utilisaient ses Pages Jaunes Internet, a amené le tribunal à exercer sa compétence personnelle.

Enfin, dans *Desktop Technologies, Inc. c. Colorworks Reproduction & Design, Inc.*⁷⁸, la demanderesse, une société de la Pennsylvanie, avait intenté une action devant une cour de district

⁷⁵ 130 F. 3d, p. 415.

⁷⁶ 190 F.3d 333 (5th Cir. (Tex.), 1999).

⁷⁷ 44 F.Supp.2d 313 (D.D.C., 1999).

⁷⁸ 1999 WL 98572 (E.D. Pa., 1999).

de la Pennsylvanie contre une société canadienne faisant affaire exclusivement dans l'Ouest canadien. La demanderesse alléguait une contrefaçon de marque de commerce et une violation de la législation étatique sur la concurrence déloyale fondée sur l'utilisation par la défenderesse d'une marque de commerce comme nom de domaine sur Internet. La défenderesse demandait le rejet de l'action pour cause d'absence de compétence personnelle. Invoquant le fait que sa présence sur Internet et ses liens à des fonctions de courrier électronique étaient ses seuls contacts avec la Pennsylvanie, la défenderesse faisait remarquer qu'elle n'avait jamais conclu de contrats en Pennsylvanie et n'avait jamais vendu quoi que ce soit dans cet État. Le tribunal a appliqué le critère du jugement *Zippo*, et il a conclu que le degré d'interactivité du site Web en cause ne justifiait pas l'exercice d'une compétence personnelle spécifique sur la défenderesse, qui ne faisait pas affaire sur Internet avec des résidents de la Pennsylvanie.

Les tribunaux canadiens ont manifesté leur approbation de l'approche *Zippo* dans l'arrêt *Braintech Inc. c. Kostiuk*⁷⁹. Cet arrêt de 1999 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le premier jugement d'appel au Canada concernant une question de compétence à l'égard d'Internet, se rapportait à une série de messages prétendument diffamatoires publiés par un résident de la Colombie-Britannique sur un site de discussion relatif aux valeurs mobilières⁸⁰. Braintech, une société de la Colombie-Britannique, avait poursuivi l'auteur de ces messages devant un tribunal du Texas, lequel avait accordé à la compagnie des dommages-intérêts totalisant environ 400 000 \$.

Lorsque la société est revenue en Colombie-Britannique pour faire exécuter le jugement, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont évalué les motifs pouvant justifier l'exercice de la compétence du tribunal du Texas en l'espèce. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, adoptant le critère du caractère passif ou actif en citant directement le jugement *Zippo*, a jugé que le tribunal du Texas n'aurait pas dû se déclarer compétent. La Cour d'appel a affirmé que les messages affichés étaient de nature passive et ne fournissaient donc pas de motifs suffisants pour justifier la compétence du tribunal du Texas sur l'affaire. La demande d'autorisation d'interjeter

⁷⁹ *Braintech*, précité, note 5.

⁸⁰ Pour une analyse critique de l'arrêt *Braintech*, voir V. Black et M. Deturbide, «_Commentary: Braintech Inc. c. Kostiuk: Adjudicatory Jurisdiction for Internet Torts_», 33 *R. du B. can.* 427 (2000).

appel formulée par Braintech auprès de la Cour Suprême du Canada a été rejetée au début du mois de mars 2000⁸¹.

Les tribunaux québécois ont également pris leurs distances par rapport à l'approche *Inset* dans un jugement rendu peu de temps après l'affaire *Hudson* décrite ci-dessus. Dans *Convectair N.M.T. c. Ouellet Canada*⁸², la Cour supérieure s'est penchée sur une affaire impliquant une prétendue contrefaçon de marque de commerce dans les marqueurs Méta (métatags) d'un site Web. La Cour a rejeté l'argument selon lequel l'alinéa 68(2) du *Code de procédure civile* du Québec pouvait s'appliquer à la question de la compétence à l'égard d'Internet. La Cour a affirmé qu'une interprétation de cet article qui permettrait d'y inclure des documents transmis sur Internet aurait pour effet d'élargir considérablement la portée de cette disposition, au point où le tribunal se trouverait à légiférer plutôt qu'à interpréter le droit⁸³.

L'approbation très répandue du critère *Zippo* n'a rien de très surprenant. L'incertitude créée par les questions entourant la compétence à l'égard d'Internet a fait naître le besoin de trouver une solution pratique établissant un juste équilibre entre la crainte d'un Internet sans loi et la perspective d'un Internet accablé par une réglementation excessive. Le critère *Zippo* semblait offrir la meilleure solution disponible, surtout à la lumière de la jurisprudence *Inset* qui montrait bien que la solution de rechange pourrait s'avérer la compétence de tous les tribunaux partout dans le monde. Dans le passage suivant de son jugement de 1999 dans l'affaire *Neato c. Stomp LLC*, une cour fédérale en Californie a bien résumé les différents intérêts stratégiques en présence_ :

[TRADUCTION] «_ La cour reconnaît également qu'un exercice aussi large de la juridiction personnelle sur les défendeurs qui font affaire sur Internet pourrait avoir un effet dévastateur sur les marchands locaux et les petites entreprises qui cherchent à prendre de l'expansion par le biais d'Internet. Ces petites entreprises constituent la base de l'économie américaine, et elles ne devraient pas avoir à assumer le fardeau de devoir se défendre dans le cadre d'actions intentées dans des États éloignés lorsqu'elles cherchent simplement à permettre aux consommateurs locaux d'acheter leurs marchandises depuis le confort de leur foyer. Cette

⁸¹ *Cour suprême du Canada - Jugements sur demandes d'autorisation de se pourvoir en appel*, Cour suprême du Canada (9 mars 2000), en ligne_ : Lexum <<http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/com/2000/html/00-03-09.3a.html>> (consulté le 31 mars 2001).

⁸² [1999] R.J.Q. 1430 (C.S.).

⁸³ Pour une analyse plus détaillée du jugement dans l'affaire *Convectair*, voir *Quebec Courts*, précité, note 61.

préoccupation doit être conciliée avec la capacité pour un consommateur éloigné de faire valoir ses droits contre un défendeur qui utilise Internet pour faire affaire dans le territoire du consommateur tout en demeurant à l'extérieur des frontières du ressort. Bien qu'un demandeur qui s'adresse aux tribunaux doive s'attendre à devoir surmonter plusieurs des obstacles inhérents au processus judiciaire, ce sont les marchands qui cherchent à vendre leurs biens uniquement aux consommateurs situés dans une région géographique particulière qui contrôlent le lieu d'introduction des poursuites pouvant en résulter [...] lorsqu'un marchand cherche à tirer profit des possibilités qu'offre le commerce interétatique illimité sur Internet, il court le risque d'être assujéti à la procédure des tribunaux de ces États. »⁸⁴

Il convient également de rappeler que le critère du caractère passif ou actif établi dans l'affaire *Zippo* était fondé sur les principes traditionnels de la compétence. L'analyse effectuée en vertu de ce critère se fonde largement sur la notion de prévisibilité, qui semble mener à la conclusion que le propriétaire d'un site Web passif ne peut pas prévoir qu'il sera éventuellement traîné en cour dans différents États un peu partout dans le monde. Inversement, comme l'a reconnu le tribunal dans l'affaire *Neato*, le propriétaire d'un site Web de commerce électronique actif doit certainement envisager la possibilité que des litiges surviennent dans d'autres juridictions, et il doit reconnaître que les tribunaux dans ces ressorts peuvent protéger les résidents locaux en exerçant leur compétence et en appliquant le droit local.

Mais surtout, par son rejet clair de l'idée qu'Internet pourrait constituer une juridiction distincte, le jugement *Zippo* a clairement établi que le droit local continue à s'appliquer à Internet. Bien qu'il puisse s'avérer parfois difficile de déterminer quel droit s'applique, il fait peu de doute que les tribunaux d'au moins un État, si ce n'est pas plus, peuvent se déclarer compétents à l'égard de tout litige relié à Internet. Fort de ce principe, le tribunal dans l'affaire *Zippo* a clairement signifié à la communauté Internet que les tribunaux entendaient adopter une approche nuancée quant aux règles de compétence applicables à ce médium.

B. L'abandon du critère *Zippo*

Malgré l'acceptation largement répandue du critère *Zippo* (même au-delà des frontières des États-Unis, notamment au Canada), le critère a commencé à présenter des faiblesses à la fin de 1999. En fait, si l'on examine la jurisprudence de plus près, on s'aperçoit qu'en 2001, de nombreux tribunaux n'appliquaient plus strictement le critère *Zippo* mais utilisaient plutôt d'autres

⁸⁴ *Stomp Inc. c. Neato LLC*, 61 F. Supp. 2d 1074, 1080-1 (C.D. Cal. 1999). [ci-après *Neato*].

critères pour déterminer l'étendue de leur compétence⁸⁵.

De nombreux jugements révèlent que les tribunaux américains ont adopté une approche plus générale axée sur les effets pour déterminer leur compétence dans le contexte d'Internet. Suivant cette nouvelle approche, plutôt que d'examiner les caractéristiques spécifiques d'un site Web et ses répercussions potentielles, les tribunaux ont concentré leur analyse sur les incidences réelles du site Web dans leur juridiction. En fait, les tribunaux s'appuient désormais de plus en plus sur la théorie des effets qui a été établie par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Calder c. Jones*⁸⁶.

Suivant cette théorie, la compétence personnelle à l'égard d'un défendeur est approprié lorsque a) les actes délictueux intentionnels du défendeur b) dirigés délibérément sur le ressort du tribunal saisi c) causent un préjudice au demandeur dans ce ressort, préjudice dont le défendeur pouvait raisonnablement envisager la survenance. Dans l'affaire *Calder*, une artiste de spectacle californienne avait poursuivi un éditeur de la Floride en diffamation devant une cour de district de la Californie. La Cour a invoqué les effets des actes du défendeur pour conclure que l'exercice de la compétence personnelle à son endroit était bien fondée. Après avoir noté que la demanderesse vivait et travaillait en Californie, y avait fait la majeure partie de sa carrière et y avait subi une atteinte à sa réputation professionnelle ainsi que des dommages moraux, la Cour a conclu que le défendeur avait délibérément visé une résidente de la Californie et que la victime était donc justifiée de poursuivre l'éditeur dans cet État.

L'application du critère de l'arrêt *Calder* dans le contexte d'Internet ressort clairement du jugement dans l'affaire *Blakey c. Continental Airlines, Inc.*⁸⁷, une affaire de diffamation en ligne

⁸⁵ En plus des causes mentionnées ci-dessus, voir : *Search Force c. DataForce Intern.*, 112 F.Supp.2d 771 (S.D. Ind., 2000); *Neato c. Great Gizmos*, 2000 WL 305949 (D. Conn., 2000); *Bochan c. La Fontaine*, 68 F.Supp.2d 701 (E.D. Va., 1999); *Rothschild Berry Farm c. Serendipity Group LLC*, 84 F.Supp.2d 904 (S.D. Ohio, 1999); *Uncle Sam's Safari Outfitters, Inc. c. Uncle Sam's Navy Outfitters – Manhattan, Inc.*, 96 F.Supp.2d 919 (E.D. Mo., 2000), *Compuserve c. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996); *Neogen Corp. c. Neo Gen Screening, Inc.*, 109 F.Supp.2d 724 (W.D. Mich., 2000); *Panavision Intern., L.P. c. Toeppen*, 141 F.3d 1316 (9th Cir. (Cal), 1998).

⁸⁶ 465 U.S. 783 (1984).

⁸⁷ 164 N.J. 38 (N.J. 2000).

mettant en cause une employée de la ligne aérienne vivant à Seattle et originaire de Houston. L'employée avait intenté une poursuite au New Jersey contre ses collègues de travail, alléguant qu'ils avaient publié des déclarations diffamatoires sur le babillard électronique de son employeur, et contre son employeur, une société basée au New Jersey, alléguant que cette dernière était responsable du milieu de travail hostile qui avait résulté des déclarations en question. Le tribunal de première instance avait accueilli la requête des coemployés en exception d'incompétence personnelle et avait rendu un jugement sommaire en faveur de l'employeur sur la question du milieu de travail hostile.

La Cour suprême du New Jersey a renversé ce jugement, statuant que les défendeurs qui publiaient des messages électroniques diffamatoires en sachant que ces messages seraient publiés au New Jersey pouvaient être soumis à la juridiction de cet État. Le tribunal a appliqué la théorie des effets et a jugé que, bien que les actes causant les effets reprochés au New Jersey aient été posés à l'extérieur de l'État, cela n'empêchait pas le tribunal de se déclarer compétent à l'égard d'une cause d'action fondée sur ces effets.

L'analyse plus large axée sur les effets a aussi été étendue au-delà des actions en diffamation dont il était question dans les affaires *Calder* et *Blakey* pour s'appliquer à tout un éventail de litiges concernant notamment la propriété intellectuelle et des activités commerciales. Au chapitre de la propriété intellectuelle, l'affaire *Nissan Motor Co. Ltd. c. Nissan Computer Corporation*⁸⁸ illustre bien cette approche. La société demanderesse, un fabricant automobile, avait intenté une poursuite devant une cour de district de la Californie contre un vendeur d'ordinateurs basé au Massachusetts, alléguant que les noms de domaine «_nissan.com_» et «_nissan.net_» du défendeur contrefaisaient la marque de commerce «_Nissan_». L'action était fondée sur l'allégation selon laquelle le défendeur aurait modifié le contenu de son site Web «_nissan.com_» de manière à y inclure un logo similaire au logo de la demanderesse, de même que des liens à des vendeurs d'automobile et à des portions de moteurs de recherche se rapportant aux automobiles. En octobre 1999, les parties s'étaient rencontrées pour discuter de la possibilité de transférer le nom de domaine «_nissan.com_». Ces négociations avaient finalement échoué.

⁸⁸ 89 F.Supp.2d 1154 (C.D. Cal., 2000).

La défenderesse avait alors formulé une requête en rejet pour défaut de compétence personnelle et en *forum non conveniens* tandis, qu'en mars 2000, la demanderesse formulait une requête en injonction provisoire.

Pour ce qui est de la requête de la défenderesse, le tribunal a appliqué la théorie des effets pour conclure qu'il avait compétence, statuant que la défenderesse avait délibérément modifié le contenu de son site Web pour exploiter l'achalandage de la demanderesse et profiter de la confusion dans l'esprit des consommateurs. En outre, puisque la demanderesse était basée en Californie, les dommages avaient été subis principalement dans l'État du tribunal saisi. Le tribunal a rejeté la prétention de la défenderesse selon laquelle elle échappait à la compétence personnelle du tribunal parce qu'elle exploitait simplement un site Web passif. Même si la défenderesse ne vendait rien sur Internet, elle tirait tout de même des revenus publicitaires grâce à l'exploitation intentionnelle de la confusion chez les consommateurs. Selon le tribunal, ce fait satisfaisait à l'exigence du «_quelque chose de plus_» formulée dans l'affaire *Cybersell* en ce qu'il indiquait que le comportement de la défenderesse visait délibérément, et de façon importante, la juridiction du tribunal saisi.

De façon similaire, dans l'affaire *Euromarket Designs Inc. c. Crate & Barrel Ltd.*⁸⁹, le tribunal était appelé à déterminer si une société basée en Illinois pouvait poursuivre en contrefaçon de marque de commerce devant un tribunal local un détaillant irlandais qui exploitait un site Web interactif permettant aux résidents de l'Illinois de commander des biens destinés à être expédiés à une adresse située à l'étranger. Le tribunal a estimé que, pour trancher la question, il convenait essentiellement de déterminer si la défenderesse s'était délibérément prévalu de la juridiction et si la nature du comportement de la défenderesse et de son rapport avec celle-ci faisaient en sorte qu'elle pouvait raisonnablement anticiper d'y être poursuivie en justice. Le tribunal a statué que la défenderesse avait délibérément établi des contacts minimaux avec l'Illinois et s'était délibérément prévalu du privilège de mener des activités en Illinois suivant la théorie des effets établie dans l'arrêt *Calder*.

⁸⁹ 96 F.Supp.2d 824 (N.D. Ill., 2000).

Le tribunal a conclu que les actes de la défenderesse avaient pour effet de l'assujettir à la compétence du tribunal suivant la théorie des effets puisque : a) s'il était porté atteinte à la marque de commerce de la demanderesse, ce préjudice serait ressenti principalement en Illinois; b) la défenderesse avait intentionnellement et délibérément dirigé ses actes sur l'Illinois et contre la demanderesse, une société dans cet État, ce qui avait prétendument causé un préjudice à la demanderesse en Illinois; et c) la défenderesse savait qu'un préjudice serait vraisemblablement subi en Illinois⁹⁰.

Les tribunaux ont également décliné leur compétence dans plusieurs affaires en se fondant sur ce qu'on pourrait décrire comme l'insuffisance des effets commerciaux. Par exemple, dans *People Solutions, Inc. c. People Solutions, Inc.*⁹¹, la défenderesse, une société basée en Californie, avait demandé le rejet d'une action en contrefaçon de marque de commerce intentée contre elle par une société du même nom basée au Texas. La demanderesse soutenait que l'action avait été introduite de bon droit au Texas puisque la défenderesse était propriétaire d'un site Web accessible aux résidents du Texas. Le site comportait plusieurs pages interactives qui permettaient aux clients de subir et de noter des tests de performances, de télécharger des démonstrateurs de produits et de commander des produits en ligne.

Le tribunal a qualifié le site d'interactif, mais il a décliné sa compétence pour connaître de l'affaire. Après avoir constaté que, dans les faits, aucun résident du Texas n'avait réalisé d'achats à partir du site Web, le tribunal a statué que [TRADUCTION] « [l]a compétence personnelle ne devrait pas se fonder sur la simple éventualité, sans rien de plus, qu'un défendeur puisse faire affaire avec des résidents du Texas par le biais de son site Web. »⁹² Le tribunal a plutôt jugé que la demanderesse devait démontrer que la défenderesse s'était [TRADUCTION] « délibérément prévalu des avantages de l'État du tribunal saisi et de ses lois. »⁹³

⁹⁰ *Ibid.*, p. 836.

⁹¹ 2000 WL 1030619 (N.D. Tex., 2000).

⁹² 2000 WL 1030619, p. 5.

⁹³ *Id.*

Un litige relatif à des droits d'auteur relatifs à des patrons a abouti à un résultat semblable dans l'affaire *Winfield Collection, Ltd. c. McCauley*⁹⁴. La demanderesse, un fabricant de patrons basé au Michigan, poursuivait la défenderesse, une résidente du Texas, devant une cour de district du Michigan, en lui reprochant de violer les droits d'auteur de patrons qu'elle lui avait fournis. La défenderesse demandait le rejet de l'action pour défaut de compétence personnelle. La demanderesse soutenait que le tribunal pouvait exercer sa compétence personnelle parce que : a) la défenderesse avait vendu à deux occasions des biens confectionnés à l'aide des patrons de la demanderesse à des résidents du Michigan, et b) la défenderesse exploitait un site Web interactif qui pouvait envoyer et recevoir des messages.

Le tribunal a décliné sa compétence, rejetant les deux arguments de la demanderesse. Statuant sur le premier argument, le tribunal a surtout retenu le fait que les ventes étaient réalisées en réalité sur eBay, un site de vente aux enchères sur Internet. Puisque les articles étaient vendus au plus offrant, la défenderesse ne pouvait pas savoir à l'avance où les produits seraient vendus. Ainsi, elle ne s'était pas prévalu délibérément du privilège de faire affaire au Michigan.

En réponse au deuxième argument de la défenderesse, le tribunal a affirmé qu'il n'était pas prêt à admettre [TRADUCTION] «_que le simple fait d'exploiter un site Web qui comporte des caractéristiques interactives établit *ipso facto* la compétence personnelle sur le promoteur de ce site Web n'importe où aux États-Unis._»⁹⁵ Dans son jugement, le tribunal a mentionné que la demanderesse lui avait fourni le jugement inédit rendu dans une cause intitulée *Amway c. Proctor & Gamble*. Dans cette affaire, le tribunal avait jugé qu'il faudrait «_quelque chose de plus_» qu'une simple activité pour justifier l'exercice de sa compétence personnelle, et il avait conclu que ce «_quelque chose de plus_» correspondait à la théorie des effets. Le tribunal a jugé que la demanderesse ne pouvait s'appuyer sur cette théorie puisqu'elle n'avait pas réussi à déceler une relation suivie avec le Michigan ni avec aucun résident du Michigan.

Une des critiques les plus sévères du critère *Zippo* se retrouve dans le jugement rendu

⁹⁴ 105 F.Supp.2d 746 (E.D. Mich., 2000).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 751.

dans l'affaire *Millenium Enterprises, Inc. c. Millenium Music L.P.*⁹⁶, une autre affaire dans laquelle le tribunal a invoqué l'insuffisance des effets commerciaux pour décliner sa compétence. La défenderesse, une société de la Caroline du Sud, vendait des produits à la fois dans le monde physique et sur le Web. La demanderesse, une société basée en Oregon, poursuivait la défenderesse en contrefaçon de marque de commerce devant une cour de district de l'Oregon. La défenderesse demandait le rejet de l'action pour défaut de compétence personnelle. Après avoir passé en revue plusieurs arrêts du neuvième circuit concernant la compétence juridictionnelle à l'égard d'Internet, de même que l'affaire *Zippo*, le tribunal écrit :

[TRADUCTION] « La catégorie interactive mitoyenne de contacts Internet telle que décrite dans l'arrêt *Zippo* doit être raffinée davantage de manière à inclure l'exigence fondamentale de la compétence personnelle : l'«_acte délibéré_» dans l'État du tribunal saisi sous forme de transactions entre le défendeur et le résident du ressort territorial ou d'un comportement de la part du défendeur visant délibérément les résidents de la juridiction du tribunal saisi. Voir *Calder*, 465 U.S., pp. 798-790. C'est là, à notre avis, le «_quelque chose de plus_» qu'envisageait le neuvième circuit dans les affaires *Cybersell* et *Panavision.* »⁹⁷

Le tribunal, appliquant ce raisonnement à l'espèce, a accueilli la requête en rejet de l'action formulée par la défenderesse au motif que celle-ci n'avait réalisé aucune transaction en Oregon et n'avait pas établi de contacts délibérés et répétés avec l'Oregon par le biais de son site Web au point de pouvoir raisonnablement envisager la possibilité d'être poursuivie en justice en Oregon. Dans ses conclusions, le tribunal écrit :

[TRADUCTION] « Malgré ce qui précède, le tribunal n'abandonnera pas le principe essentiel selon lequel il faut que le défendeur ait pris certaines mesures pour diriger ses activités sur l'État du tribunal saisi de manière à «_se prévaloir délibérément_» du privilège de faire affaire en Oregon. Le principe immémorial et fondamental de la compétence personnelle nous assure, à tous, qu'un défendeur ne sera pas «_traîné_» devant un tribunal étranger en raison seulement de la prévisibilité ou de l'éventualité d'activités commerciales avec l'État du tribunal saisi [...] [L]es défendeurs ne peuvent pas raisonnablement prévoir qu'ils seront amenés devant ce tribunal du seul fait qu'ils annoncent leurs produits sur un média planétaire qui permet de réaliser des transactions commerciales. »⁹⁸

Bien que la jurisprudence révèle qu'il n'y a pas un motif unique à l'origine de l'abandon

⁹⁶ 33 F.Supp.2d 907 (D. Or., 1999).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 921.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 923.

du critère *Zippo*, on relève tout de même plusieurs thèmes. Premièrement, le critère ne fonctionne tout simplement pas très bien dans tous les cas. Par exemple, compte tenu que les tribunaux qualifient de passive la publication d'articles de forum sur Internet (chat)⁹⁹, plusieurs pourraient être enclins à rejeter des causes relatives à des propos diffamatoires ou à du harcèlement verbal pour des motifs liés à la compétence. Ce genre de propos risque souvent de viser une personne ou une entité spécifique située dans une juridiction différente de celui de l'auteur du propos ou du forum sur Internet (chat) lui-même. Le fait de qualifier cet acte de passif ne fournit pas un résultat souhaitable puisque l'auteur des propos sait ou devrait savoir que les effets de sa déclaration seront ressentis principalement dans la juridiction de la personne ou de l'entité visée. Si cette dernière n'est pas admise à intenter une poursuite chez elle en raison d'une application stricte du critère du caractère passif ou actif, le droit risque d'être perçu comme encourageant les propos diffamatoires en ligne en créant un obstacle juridictionnel à l'introduction d'une action en justice.

Le critère *Zippo* achoppe aussi lorsque des sites actifs sont en cause, comme l'a reconnu le tribunal dans l'affaire *People Solutions*. Le fait que ce tribunal ait demandé qu'on lui fasse la preuve que des ventes avaient effectivement été réalisées dans son ressort illustre que la simple possibilité de vendre à l'intérieur du ressort ne confère pas nécessairement à un site Web un caractère actif. Bien que les promoteurs d'un site Web actif puissent souhaiter réaliser des ventes partout dans le monde, la prévisibilité d'une action en justice est confinée principalement aux endroits où des ventes sont effectivement réalisées. Cependant, le critère *Zippo* ne distingue pas les ventes réelles et les ventes potentielles mais prévoit plutôt que l'existence même d'un site actif suffit à fonder la compétence du tribunal saisi.

Le critère *Zippo* n'est pas seulement problématique parce qu'il débouche sur des résultats variables et souvent indésirables. En effet, le critère encourage aussi un comportement pervers qui est contraire aux orientations stratégiques relatives à Internet et au commerce électronique. La plupart des pays ont reconnu le potentiel du commerce électronique et ont

⁹⁹ Au Canada, voir *Braintech* précité, note 5; aux États-Unis, voir *Barrett c. Catacombs Press*, 44 F. Supp. 2d 717 (E.D. Pa. 1999).

adopté des politiques visant à encourager l'utilisation d'Internet à des fins commerciales¹⁰⁰. Or, le critère *Zippo* gêne le commerce électronique en décourageant effectivement la création de sites Web interactifs. Les promoteurs éventuels de sites Web qui se préoccupent de leur exposition à des risques juridiques renonceront vraisemblablement à créer des sites Web interactifs puisque ces sites augmentent leurs risques d'être poursuivis en justice à l'étranger. Le critère favorise plutôt les sites Web passifs qui comportent une exposition juridique limitée et présentent donc un risque limité. Puisque les politiques visent à accroître l'interactivité et l'adoption du commerce électronique (et, ce faisant, à étendre le choix des consommateurs et à ouvrir de nouveaux marchés aux petites et moyennes entreprises), le critère *Zippo* représente un obstacle à cette orientation stratégique.

L'adoption rapide et généralisée du critère *Zippo* tenait notamment au désir d'assurer plus de certitude juridique en rapport avec les questions de compétence à l'égard d'Internet. Le critère n'était peut-être pas parfait, mais ses tenants estimaient qu'il fournissait une norme claire qui permettrait aux entreprises d'effectuer des analyses efficaces du risque juridique et de faire des

¹⁰⁰ La politique du gouvernement canadien sur le commerce électronique énonce ce qui suit :

« Le 22 septembre, le Premier ministre a annoncé la Stratégie canadienne en matière de commerce électronique, qui décrit les initiatives visant à faire du Canada un leader mondial pour ce qui est de l'adoption et de l'utilisation du commerce électronique. En travaillant en étroite collaboration avec le secteur privé, le gouvernement fédéral s'est attaché à créer l'environnement le plus favorable possible dans les secteurs essentiels au développement rapide du commerce électronique. »

Commerce électronique au Canada – Stratégie canadienne, Industrie Canada – Groupe de travail sur le commerce électronique (GTCE-IC), en ligne : IC-GTCE <<http://www.ecom.ic.gc.ca/francais/60.html>> (consulté le 30 mars 2001).

Dans le même ordre d'idées, la politique du gouvernement américain sur le commerce électronique énonce ce qui suit :

[TRADUCTION] « Le commerce sur Internet pourrait représenter des dizaines de milliards de dollars au tournant du siècle. Afin de réaliser pleinement ce potentiel, les gouvernements doivent adopter à l'égard du commerce électronique une approche centrée sur le marché et caractérisée par une retenue en matière de réglementation, une approche qui puisse favoriser la naissance d'un cadre juridique transparent et prévisible étayant le commerce mondial. Les décideurs publics doivent respecter la nature unique du média et reconnaître que la concurrence généralisée et un plus grand choix pour les consommateurs devraient constituer les traits caractéristiques du nouveau marché numérique. »

United States Government Electronic Commerce Policy - A Framework for Global Electronic Commerce (Politique du gouvernement des États-Unis sur le commerce électronique - Un cadre pour le commerce électronique mondial), la Maison Blanche (01 juillet 1997), en ligne : United States Government Electronic Commerce Policy <<http://www.ecommerce.gov/framework.htm>> (consulté le 30 mars 2001).

choix rationnels quant à leur stratégie Internet¹⁰¹.

En bout de ligne, cependant, le critère *Zippo* ne donne tout simplement pas les résultats désirés. Premièrement, la majorité des sites Web ne sont ni entièrement passifs ni complètement actifs. En conséquence, ils tombent dans la «_zone grise_», ce qui oblige les tribunaux à évaluer tous les éléments de preuve pertinents et à déterminer si le site est «_plutôt passif_» ou «_plutôt actif_». Étant donné que de nombreux sites tombent dans cette zone mitoyenne, leurs conseillers juridiques sont souvent incapables de formuler un avis catégorique quant à la manière dont un tribunal pourrait évaluer le degré d'interactivité du site Web.

Deuxièmement, la distinction entre les sites passifs et les sites actifs est compliquée par le fait que certains sites peuvent avoir une apparence trompeuse. Par exemple, on peut imaginer un site comportant un contenu que l'on qualifierait à juste titre de passif, mais qui utilise en réalité des mouchards électroniques (cookies) ou d'autres technologies de collecte de données dans des zones cachées, à l'insu des internautes¹⁰². En raison de la valeur accordée aux renseignements

¹⁰¹ Le professeur John Gedid tenait les propos suivants lors d'une conférence internationale sur la compétence judiciaire à l'égard d'Internet_:

[TRADUCTION] «_Le jugement dans l'affaire *Zippo* est complet, approfondi et persuasif. Le tribunal y témoigne_ : d'une compréhension appréciable des activités menées sur Internet, ou, à tout le moins, d'une volonté d'en apprendre à ce sujet; d'une compréhension de l'idée que les principes de l'arrêt *International Shoe* régissent cette nouvelle technologie; et d'une volonté de raisonner par analogie pour appliquer les critères de l'arrêt *International Shoe* au problème de la compétence à l'égard du cyberspace. L'analyse jurisprudentielle faite par le tribunal est exhaustive et complète, et sa logique est irréfutable. Le tribunal dans cette affaire a parfaitement compris et expliqué des jugements complexes, afin qu'ils puissent être compris au regard des critères de l'arrêt *International Shoe*. Bien que certains reprocheraient à cette approche de ne pas aller assez loin, ou encore, d'aller trop loin, il demeure que ce jugement tente de formuler une approche plus exhaustive et plus cohérente relativement aux affaires concernant la compétence à l'égard d'Internet. Le jugement dans l'affaire *Zippo* est probablement le jugement le plus persuasif et le plus influent à avoir été publié sur le sujet de la compétence à l'égard du cyberspace. Le jugement *Zippo* a été cité et appliqué dans un si grand nombre de jugements subséquents qu'il est devenu la décision de principe en matière de compétence à l'égard du cyberspace._»

Professeur John L. Gedid, *Minimum Contacts Analysis In Cyberspace--Sale Of Goods And Services (ÉBAUCHE)*, Internet Law and Policy Forum - Jurisdiction: Building Confidence in a Borderless Medium (Montréal, Canada, 26-27 juillet 1999), en ligne_ : ILPF <http://ilpf.org/confer/present99/gedid_addl.htm> (consulté le 2 avril 2001). Voir aussi Charles H. Fleischer, «_Will The Internet Abrogate Territorial Limits On Personal Jurisdiction?_», 33 *Tort & Ins. L.J.* 107 (1997); Michael J. Sikora III «_Beam Me Into Your Jurisdiction: Establishing Personal Jurisdiction Via Electronic Contacts In Light Of The Sixth Circuit's Decision In *Compuserve, Inc. c. Patterson*_», 27 *Cap. U. L. Rev.* 163, 184-5 (1998).

¹⁰² Jerry Kang, «_Information Privacy in Cyberspace Transactions_», 50 *Stan. L. Rev.* 1193, 1226-9 (1998).

personnels¹⁰³, leur collecte est qualifiée d'active, et ce, peu importe qu'elle soit faite en toute transparence ou subrepticement.

Troisièmement, il importe de noter que les normes relatives au caractère passif ou actif d'un site Web sont en évolution constante. À l'époque où le critère a été formulé en 1997, on aurait pu qualifier d'actif un site Web comportant tout simplement un lien à une fonction de courrier électronique et une fonction de correspondance rudimentaire. De nos jours, les sites présentant ce degré d'interactivité seraient probablement considérés comme passifs, puisque l'ensemble du spectre de la passivité par opposition à l'activité a évolué à la hausse avec le développement de la technologie. En réalité, il ne serait pas déraisonnable d'affirmer qu'un site doit constamment réévaluer sa situation au regard du critère du caractère passif ou actif à mesure qu'évolue la technologie liée au Web.

Quatrièmement, l'efficacité du critère *Zippo* ne sera pas plus grande même si les normes relatives au caractère passif ou actif des sites demeurent constantes. Étant donné que les dépenses liées à la création d'un site Web sophistiqué dépassent facilement les 100 000 \$¹⁰⁴, peu nombreuses sont les organisations qui réaliseront un tel investissement sans anticiper d'en tirer un certain revenu. Puisque les revenus sont habituellement la marque distinctive des sites Web actifs, la plupart des nouveaux sites sont susceptibles de comporter des caractéristiques interactives et d'être classés parmi les sites actifs. Sur le plan de la compétence, il s'ensuit des conséquences analogues à celle de la jurisprudence *Inset* - n'importe quel tribunal n'importe où peut se déclarer compétent à l'égard d'un site Web puisqu'à peu près tous les sites sont actifs selon le critère *Zippo*.

À la lumière de l'évolution constante de la technologie et de la prédominance croissante de sites Web actifs, l'efficacité de la théorie *Zippo* est sérieusement minée, et ce, peu importe son évolution future. Si le critère évolue avec les changements technologiques, il ne pourra pas procurer la certitude juridique tant souhaitée. Si le critère demeure statique pour procurer

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ David Legard, «_Average Cost to Build E-commerce Site: \$1 Million_», *The Standard* (31 mai 1999), en ligne_: *The Standard* <http://www.thestandard.com/article/article_print/0,1153,4731,00.html> (consulté le 31 mars 2001).

davantage de certitude juridique, il risque de devenir inutile puisque la majorité des sites Web ont un caractère actif selon le critère.

Partie IV – Vers un trio de cibles

Compte tenu des inadéquations du critère du caractère passif/actif formulé dans l'affaire *Zippo*, il convient maintenant de rechercher une norme plus efficace pour déterminer dans quelles circonstances il est approprié pour un tribunal de se déclarer compétent dans des affaires impliquant principalement des contacts établis par le biais d'Internet. À la lumière de l'expérience *Zippo*, le nouveau critère devrait demeurer neutre sur le plan technologique afin de : a) demeurer pertinent malgré l'évolution constante des technologies reliées au Web; b) créer des incitatifs qui, à tout le moins, ne décourageront pas l'interactivité en ligne; et, c) procurer suffisamment de certitude pour permettre d'évaluer efficacement à l'avance le risque juridique lié aux activités Internet.

La solution proposée ici consiste à se tourner vers une analyse axée sur le ciblage. À la différence de l'approche *Zippo*, une analyse centrée sur le ciblage chercherait à cerner les intentions des parties et à évaluer les mesures prises soit pour entrer dans une juridiction particulière, soit pour l'éviter. Le ciblage réduirait également l'importance de l'analyse axée sur les effets, qui est une source considérable d'incertitudes puisque les activités menées sur Internet peuvent habituellement être considérées comme ayant des effets dans la plupart des juridictions.

Une approche axée sur le ciblage n'est pas une idée nouvelle. Plusieurs tribunaux américains ont tenu compte de questions de ciblage au moment d'évaluer l'opportunité d'exercer leur compétence à l'égard d'activités menées sur Internet. Par exemple, dans l'affaire *Bancroft & Masters, Inc. c. Augusta National Inc.*, un litige relatif au nom de domaine «_masters.com_», la Cour d'appel du neuvième circuit écrit :

[TRADUCTION] «_Pour satisfaire au critère des effets, il faut que le défendeur ait (1) commis un acte intentionnel (2) délibérément dirigé sur l'État du tribunal saisi et (3) ayant causé un préjudice, lequel a été subi principalement dans la juridiction du tribunal saisi et dont le défendeur savait qu'il y serait vraisemblablement subi. Voir *Panavision Int'l, L.P. c. Toeppen*, 141 F.3d 1316, p. 1321 (Neuvième Circuit, 1998). La jurisprudence subséquente s'est interrogée sur la portée de l'arrêt *Calder*, reconnaissant

que cette affaire ne pouvait pas justifier l'affirmation générale voulant qu'un acte étranger ayant des effets prévisibles dans l'État du tribunal saisi justifie systématiquement sa compétence. Nous avons dit qu'il doit y avoir «_quelque chose de plus_», mais nous n'avons pas indiqué de quoi il pourrait s'agir. Voir *Panavision*, 141 F.3d, à la page 1322. Nous concluons maintenant que ce «_quelque chose de plus_» correspond à ce que la Cour suprême a décrit comme le «_ciblage délibéré_» de l'État du tribunal saisi. Voir *Calder*, 465 U.S., à la page 789, 104 S.Ct. 1482. *Le ciblage délibéré est un concept qui appelle des explications dans le contexte de la compétence juridictionnelle. Nous déduisons de la jurisprudence disponible que l'exigence est satisfaite lorsqu'on allègue que le défendeur a eu un comportement répréhensible visant un demandeur dont le défendeur sait qu'il est un résident de l'État du tribunal saisi.*»¹⁰⁵ [nos italiques]

Le ciblage a également été évoqué dans le contexte des affaires de jeux de hasard en ligne, où les tribunaux américains n'ont pas hésité à considérer que les sites délocalisés de jeux de hasard «_ciblaient_» des résidents locaux. Dans *People c. World Interactive Gaming*¹⁰⁶, le tribunal a examiné la question du ciblage et a affirmé_ :

[TRADUCTION] «_Si la cour devait admettre l'argument des intimés selon lequel les activités ou les transactions susceptibles de viser des résidents de l'État de New York échappent à la juridiction de l'État, il s'ensuivrait toute une série d'implications. Non seulement une telle approche minerait-elle sérieusement la politique bien établie dans notre État contre les jeux de hasard non autorisés, mais elle mettrait à l'abri de toute responsabilité quiconque s'adonnerait à n'importe quelle activité sur Internet qui serait par ailleurs illégale dans cet État. On ne saurait permettre qu'un serveur informatique serve de bouclier contre la responsabilité, particulièrement dans le cas qui nous occupe, où les intimés ont activement ciblé l'État de New York comme lieu où ils ont mené plusieurs de leurs prétendues activités illégales._»¹⁰⁷

L'indication la plus claire d'une évolution vers un critère de ciblage pour déterminer la compétence à l'égard d'Internet a été donnée en avril 2001 dans le jugement rendu par une cour de district du Maryland dans l'affaire *American Information Corporation c. American Infometrics, Inc*¹⁰⁸. Il ressort clairement des motifs du tribunal que le ciblage était un élément essentiel de son analyse de la compétence lorsqu'il écrit_ :

[TRADUCTION] «_En l'espèce, les personnes qui ne sont pas des clients ne peuvent pas interagir avec le site Web sauf, selon Goreff, pour fournir leurs coordonnées afin d'obtenir des renseignements relatifs aux

¹⁰⁵ *Bancroft & Masters Inc. c. Augusta National Inc.*, 223 F.3d 1082, 1087 (9th Cir. 2000).

¹⁰⁶ 714 N.Y.S. 2d 844 (N.Y. Sup. 1999), 1999 N.Y. Misc. LEXIS 425 (S.C. N.Y. 1999).[ci-après *World Interactive Gaming*].

¹⁰⁷ *Ibid.*, paragr. 9.

¹⁰⁸ 139 F.Supp.2d 696 (D.Md.,2001).

services ou aux emplois disponibles. Or, personne du Maryland ne s'est jamais enquis ainsi auprès d'American Infometrics ni n'en a jamais été client. Sur le site Web d'une entreprise, ni la «_simple existence d'un lien à une fonction de courrier électronique, sans plus_» ni «_la réception [...] d'une manifestation d'intérêt_», sans plus, n'ont pour effet d'assujettir la compagnie à la compétence du tribunal saisi. La possibilité pour les utilisateurs de s'enquérir au sujet des services de l'entreprise, particulièrement en l'absence de toute preuve que qui que ce soit au Maryland ne l'ait jamais fait, n'a pas pour effet d'assujettir l'entreprise à la compétence de la cour.

Les décisions du quatrième circuit concernant les contacts minimaux étayent l'idée que le site Web d'American Infometrics échappe à la compétence des tribunaux du Maryland. Les activités de vente d'une entreprise qui se concentrent «_généralement sur des clients situés partout aux États-Unis et au Canada sans se concentrer sur l'État du tribunal saisi et sans cibler cet État_» ne constituent pas un motif justifiant l'exercice de la compétence du tribunal à l'égard de la défenderesse. Il devrait en être de même d'une présence sur le Web qui permet seulement aux clients du Maryland de demander des renseignements généraux, qui n'a jamais suscité de demandes de renseignements d'aucun client du Maryland dans les faits et qui ne cible d'aucune façon le Maryland.»¹⁰⁹

L'analyse axée sur ciblage est également de plus en plus répandue chez les organisations internationales qui cherchent à élaborer des normes juridiques minimales planétaires en matière de commerce électronique. Les Lignes directrices sur la protection des consommateurs de l'Organisation pour le commerce et le développement économique (OCDE) évoquent le concept de ciblage lorsqu'elles énoncent que [TRADUCTION] «_les acteurs commerciaux devraient tenir compte de la nature mondiale du commerce électronique et, dans la mesure du possible, ils devraient considérer les diverses caractéristiques réglementaires des marchés qu'ils ciblent._»¹¹⁰

De même, une version récente du projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers de la Conférence de La Haye de droit international privé comporte des dispositions liées au ciblage¹¹¹. Au cours des négociations relatives aux implications du projet de convention pour le commerce électronique qui se sont déroulées à Ottawa en février 2001, les délégués se sont concentrés sur le ciblage comme moyen de distinguer les situations dans lesquelles les consommateurs devraient être admis à s'adresser aux tribunaux de l'État de leur

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 700.

¹¹⁰ OCDE, *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* (Paris, 9 décembre 1999), en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/prod/CPGuidelines_final.pdf. (consulté le 31 mars 2001).

¹¹¹ *Conférence de La Haye de droit international privé : Avant-projet préliminaire de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 30 octobre 1999, en ligne : Conférence de La Haye <<http://www.hcch.net/f/conventions/draft36f.html>> (consulté le 31 mars 2001).

résidence habituelle. La version 0.4a de l'alinéa 7(3)b) comporte une disposition qui énonce que «_l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un Etat si l'autre partie démontre qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet Etat._»¹¹²

Le ciblage constitue également la considération essentielle des organismes de réglementation des valeurs mobilières qui s'intéressent aux activités menées en ligne. Comme l'a affirmé la *U.S. Securities and Exchange Commission* (Commission des valeurs mobilières des États-Unis) dans son communiqué relatif à la réglementation des offres faites par le biais d'Internet_ :

[TRADUCTION] «_La réglementation des offres est un élément fondamental du régime fédéral et de certains régimes étatiques de réglementation des valeurs mobilières aux États-Unis. En l'absence d'activités réalisées aux États-Unis ou avec des Américains, toutefois, notre intérêt à réglementer des activités de sollicitation est moins grand. Nous estimons que la meilleure façon de répondre à nos préoccupations relatives à la protection des investisseurs passe par l'adoption par les émetteurs et les prestataires de services financiers de mesures de précaution qui sont raisonnablement conçues pour veiller à ce que les offres faites sur des sites Internet délocalisés ne ciblent pas des personnes situées aux États-Unis ou des Américains.»¹¹³

La même approche axée sur le ciblage a été accueillie favorablement au Canada¹¹⁴, au Royaume-Uni¹¹⁵ et ailleurs dans le monde¹¹⁶. Au Canada, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) ont adopté une politique qui exige que les offres de valeurs mobilières faites en ligne excluent expressément le Canada pour pouvoir échapper à la compétence des organismes canadiens de réglementation des valeurs mobilières. D'après les ACVM, pour exclure le Canada, il faut afficher un avertissement bien en vue et prendre des précautions raisonnables pour veiller à ce

¹¹² *Ibid.*, article 7, version 0.4a.

¹¹³ *Interpretation: Re: Use of Internet Web Sites to Offer Securities, Solicit Securities Transactions, or Advertise Investment Services Offshore*, Release No. 33-17516, (23 mars 1998).

¹¹⁴ *National Policy 47-210: Trading in Securities Using the Internet and Other Electronic Means*, (Avis NIN n° 98/72), en ligne_ : Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique <<http://www.bsc.bc.ca/Policy/Nin98-72.pdf>> (consulté le 30 mars 2001). [ci-après *CVMCB*].

¹¹⁵ Financial Services Authority, *Discussion Paper - The FSA's Approach To Regulation Of The Market Infrastructure*, (janvier 2000), en ligne_ : FSA <<http://www.fsa.gov.uk/pubs/discussion/d02.pdf>> (consulté le 31 mars 2001).

¹¹⁶ *IOSCO*, précité, note 44.

qu'aucune valeur mobilière ne soit vendue à qui que ce soit au Canada¹¹⁷.

L'*American Bar Association Internet Jurisdiction Project* (Projet relatif à la compétence à l'égard d'Internet de l'Association du Barreau américain), une étude mondiale sur la compétence à l'égard d'Internet publiée en 2000, a également recommandé le ciblage comme méthode envisageable pour traiter les questions de compétence à l'égard d'Internet¹¹⁸. Le rapport fait remarquer que :

[TRADUCTION] « De nos jours, les entités qui cherchent à établir des rapports avec les résidents d'un État étranger n'ont pas à assurer elles-mêmes une présence physique dans cet État. Un État peut être « ciblé » par des personnes situées à l'étranger qui désirent profiter de rapports avec cet État par le biais d'Internet (en présumant, bien sûr, que l'acteur étranger est disposé à confiner sa cible à ceux qui ont accès à la technologie, ce qui représente une tranche croissante mais pas encore universelle de la population de tout État). Une relation ainsi choisie aura pour effet d'assujettir l'acteur étranger à la compétence tant personnelle que statutaire de l'État ciblé, et il est donc essentiel de bien comprendre ce qu'est le ciblage. »¹¹⁹

C'est le dernier commentaire de l'ABA - à savoir qu'il est essentiel de bien comprendre ce qu'est le ciblage - qui mérite d'être soigneusement examiné et analysé. En l'absence de normes d'application universelle pour évaluer le ciblage dans le cyberspace, un critère axé sur le ciblage risque de créer davantage d'incertitude. Par exemple, le rapport de l'ABA mentionne la langue comme facteur potentiellement important au regard du ciblage. Ce critère méconnaît le fait que le développement de nouvelles technologies de traduction pourrait bientôt permettre au propriétaire d'un site Web d'afficher son site dans la langue de son choix, tout en sachant que les visiteurs de partout dans le monde liront le contenu du site dans leur propre langue grâce à des technologies de traduction¹²⁰.

¹¹⁷ *CVMCB*, précité, note 114.

¹¹⁸ *Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created By the Internet*, ABA, 2000. Par souci de transparence, l'auteur signale qu'il a présidé le Groupe de travail sur la vente de services, un des neuf groupes de travail chargés de formuler des recommandations sur la compétence judiciaire à l'égard d'Internet.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Google propose aux internautes un logiciel, actuellement en phase avancée de développement, leur permettant de configurer leur fureteur Google pour qu'il traduise automatiquement tout résultat apparaissant dans une langue étrangère. Voir <http://www.google.com/machine_translation.html> (consulté le 3 avril 2001).

Le ciblage comme critère déterminant de la compétence à l'égard d'Internet constitue seulement la première étape du développement d'un critère cohérent qui procure une plus grande certitude juridique. La deuxième étape, plus difficile celle-là, consiste à élaborer les normes qui serviront à évaluer si un site Web a effectivement ciblé un État donné. Cette étape est difficile parce que les normes doivent satisfaire à au moins deux exigences importantes. Premièrement, elles doivent être neutres sur le plan technologique afin que la règle demeure pertinente à mesure qu'apparaîtront de nouvelles technologies. Cela semblerait disqualifier les critères tels que la langue ou la monnaie utilisée sur un site Web, qui sont susceptibles d'être convertis en temps réel grâce à de nouvelles technologies.

Deuxièmement, les normes doivent être neutres au regard du contenu de sorte qu'il n'y ait aucun parti pris apparent en faveur d'aucun groupe d'intérêt particulier. La compétence à l'égard d'Internet est une question particulièrement délicate. On trouve, d'un côté, plusieurs regroupements de gens d'affaires qui militent en faveur d'une «_règle du lieu d'origine_» suivant laquelle les activités menées sur Internet relèveraient toujours de la compétence des tribunaux de l'État du vendeur¹²¹; de l'autre, on retrouve des groupes de consommateurs qui ont milité en faveur d'une «_règle du lieu de destination_» qui assurerait aux consommateurs de toujours pouvoir s'adresser aux tribunaux de l'État de leur résidence habituelle¹²². Le débat entourant la règle du lieu d'origine par opposition à la règle du lieu de destination a polarisé les deux groupes, rendant difficile l'adoption d'un compromis qui reconnaîtrait que la protection efficace des consommateurs ne dépend pas uniquement de la loi applicable, d'une part, et, d'autre part, la reconnaissance de l'idée, soutenue notamment par le tribunal dans l'affaire *Neato*, selon laquelle les entreprises doivent assumer une part des risques découlant des transactions commerciales électroniques¹²³.

Pour établir une règle appropriée fondée sur le ciblage, il faut revenir en bout de ligne au

¹²¹ Voir, p. ex., *Global Business Dialogue on Electronic Commerce* <<http://www.gbde.org>> (consulté le 31 mars 2001).

¹²² Voir, p. ex., Consumers International <<http://www.consumersinternational.org>> (consulté le 31 mars 2001).

¹²³ *Neato*, précité, note 84.

principe essentiel des règles de compétence, soit la prévisibilité. Toutefois, la prévisibilité ne devrait pas se fonder sur le caractère passif ou actif des sites Web. Un critère de ciblage efficace doit plutôt évaluer si le ciblage d'un État particulier était lui-même prévisible. Dans ce contexte, la prévisibilité dépend de trois facteurs, soit les contrats, la technologie et la connaissance réelle ou implicite des parties. Les clauses attributives de juridiction que l'on retrouve sur les sites Web dans les conventions d'utilisation ou dans les contrats au clic (clickwrap) permettent aux parties de convenir à l'avance de la juridiction appropriée pour trancher tout litige éventuel. Elles favorisent donc grandement la prévisibilité de poursuites devant les tribunaux d'un État donné. Les nouvelles technologies de localisation géographique constituent le deuxième facteur. Ces technologies, qui remettent en cause des perceptions largement répandues au sujet de l'architecture d'Internet, pourraient peut être permettre aux sites de diriger leur contenu en pratiquant l'«_évitement de ressorts_». Le troisième facteur, soit la connaissance réelle ou implicite, est un fourre-tout qui englobe les connaissances pertinentes au regard du ciblage qui sont acquises par le biais de la localisation géographique des victimes de délits, de l'exécution de commandes dans le monde physique, des dossiers des intermédiaires financiers et de la circulation sur le Web.

Bien que chacun des trois facteurs soit important, aucun d'entre eux ne devrait être déterminant à lui seul. Il convient plutôt d'analyser chacun de ces facteurs pour évaluer adéquatement si les parties ont négocié dans des conditions équitables une clause attributive de juridiction dans le cadre de leurs rapports contractuels privés, si elles ont employé quelque moyen technologique pour cibler leurs activités et si elles savaient ou auraient dû savoir où se déroulaient leurs activités en ligne. Bien qu'il soit opportun de tenir compte de chacun des trois facteurs dans le cadre d'une analyse en matière de ciblage, leur importance relative respective variera. En outre, il se peut que certains facteurs n'entrent pas du tout en ligne de compte dans certains cas. Par exemple, il est peu probable qu'une action en diffamation comporte un aspect contractuel, tandis que les éléments de preuve liés au facteur de la connaissance pourront s'avérer suffisants pour identifier l'État ciblé.

Il importe également de noter que l'analyse axée sur le ciblage n'aboutira pas à la désignation d'une juridiction exclusive, mais permettra plutôt de déterminer si une juridiction donnée peut être considérée à juste titre comme ayant été ciblée. Le critère ne permet pas de

déterminer quelle juridiction est *la plus* appropriée parmi les juridictions qui satisfont au critère du ciblage.

A. Les contrats

Le premier des trois facteurs de la règle proposée fondée sur le ciblage se rapporte à la question de savoir si les parties ont fait un choix de loi par contrat. Le fait de fournir aux parties l'occasion de limiter leurs risques juridiques en réglant les questions de juridiction à l'avance par contrat peu s'avérer la solution la plus efficace et la plus rentable pour traiter les questions de compétence à l'égard d'Internet.

Cela dit, la simple existence d'une clause attributive de juridiction dans un contrat ne devrait pas être déterminante en elle-même, particulièrement dans le contexte des contrats de consommation. En plus de considérer les deux autres facteurs du ciblage, le poids accordé à un contrat en ligne devrait dépendre de la méthode employée pour obtenir le consentement et du caractère raisonnable des stipulations du contrat.

Les tribunaux, tant au Canada qu'aux États-Unis, ont reconnu le caractère exécutoire d'un contrat conclu en ligne¹²⁴, communément appelé «_contrat au clic_» (clickwrap). Ces contrats sont habituellement conclus lorsque l'internaute clique sur un icône «_J'accepte_» pour manifester son consentement. Compte tenu de leur omniprésence, il n'y a rien de très surprenant à ce que les tribunaux se soient empressés de confirmer leur caractère exécutoire. Par exemple, dans un jugement ontarien de 1999 *Rudder c. Microsoft Corp.*¹²⁵, relatif à un litige concernant la validité d'une clause attributive de juridiction, le tribunal écrit _ :

[TRADUCTION] «_Il est parfaitement clair que la prétention des demandeurs, selon laquelle toutes les dispositions de la convention d'adhésion équivalaient aux clauses en petits caractères d'un contrat écrit, ne repose sur aucun fondement factuel. Il est tout aussi clair que les demandeurs cherchent à éviter les conséquences de certaines dispositions de leur entente tout en cherchant à en faire appliquer d'autres. Ni

¹²⁴ *Rudder*, précité, note 41; *Killagen c. Network Solutions*, 99 F. Sup. 2d 125 (D. Mass. 2000); *Graves c. Pikulski*, 115 F. Supp. 2d 931 (S.D. Ill., 2000).

¹²⁵ *Rudder*, précité, note 41.

la forme de ce contrat ni son mode de présentation aux membres éventuels ne sont aberrants au point de mener à un résultat aussi incongru. Si le tribunal devait accueillir l'argument des demandeurs, plutôt que de favoriser l'objectif de la «_certitude commerciale_», pour reprendre l'expression du juge Huddart dans *Sarabia*, il porterait ce type de transaction électronique dans le domaine de l'absurdité commerciale. Il s'ensuivrait une anarchie sur le marché qui priverait le commerce électronique de toute efficacité et qui minerait l'intégrité de toute entente conclue par le biais de ce média.»¹²⁶

Les tribunaux américains se sont montrés tout aussi favorables aux clauses attributives de juridiction stipulées dans des contrats au clic (clickwrap). Dans un jugement récent dans l'affaire *Kilgallen c. Network Solutions, Inc.*¹²⁷, le tribunal était saisi d'un litige relatif au renouvellement de l'enregistrement d'un nom de domaine. Le demandeur prétendait que Network Solutions, la défenderesse, avait commis une faute contractuelle en transférant son nom de domaine à un tiers. Network Solutions se défendait en affirmant que le demandeur avait omis d'effectuer les paiements annuels nécessaires pour maintenir le domaine. De plus, la défenderesse demandait le rejet de l'action au motif que la juridiction appropriée était celle du District de l'Est de la Virginie, tel que stipulé dans le contrat d'enregistrement. La cour fédérale du Massachusetts a donné raison à la défenderesse, statuant que les clauses attributives de juridiction sont exécutoires à moins qu'il ne soit établi qu'elles sont déraisonnables dans les circonstances.

Même si les tribunaux sont apparemment enclins à reconnaître la validité des clauses attributives de juridiction stipulées dans les contrats au clic (clickwrap), la présence d'une telle clause devrait seulement servir de point de départ de l'analyse. Un tribunal doit tout d'abord examiner comment le consentement du cocontractant a été obtenu. Si le contrat est un contrat au clic (clickwrap) type à l'égard duquel l'utilisateur a été obligé d'exprimer son consentement par un acte positif en cliquant sur un icône «_J'accepte_» ou autre icône semblable, le tribunal jugera probablement que le consentement a été valablement donné.

Bien souvent, cependant, les clauses attributives de juridiction ne se retrouvent pas dans le contrat au clic (clickwrap) mais plutôt dans la convention d'utilisation affichée sur le site Web. Ces conventions stipulent habituellement que l'utilisation du site Web vaut acceptation de l'ensemble des dispositions qui y sont contenues.

¹²⁶ *Rudder*, précité, note 41, paragr. 16.

¹²⁷ *Kilgallen*, précité, note 124.

La validité de ce type de contrat, qui n'exige pas de manifestation positive du consentement et dont les dispositions sont peu susceptibles d'avoir été lues par le visiteur du site Web, est plus discutable. Trois récents jugements américains ont statué sur la validité de ce type de contrat, et la tendance est plutôt à considérer qu'ils ne sont pas exécutoires. Dans *Ticketmaster c. Tickets.com*¹²⁸, un litige relatif à des liens entre deux sites de billetteries concurrentes, le tribunal a examiné la validité de la convention d'utilisation affichée sur une page du site de *Ticketmaster*, et il a conclu comme suit :

[TRADUCTION] « _La requête en rejet du deuxième moyen (faute contractuelle) est fondée sur les «_conditions_» énoncées à la page d'accueil du site de *Ticketmaster*. Celles-ci stipulent que quiconque va au-delà de la page d'accueil accepte les conditions qui y sont énoncées, lesquelles prévoient notamment que les renseignements ne peuvent être utilisés qu'à des fins personnelles et à aucune fin commerciale et qu'il est interdit d'établir des liens profonds avec le site. Au soutien de ses prétentions, *Ticketmaster* évoque les affaires d'accords de licence automatiques liant quiconque ouvre l'emballage d'un logiciel [«_shrink-wrap licenses_»], dans lesquelles l'emballage extérieur du DC comportait un avertissement indiquant que le déballage du produit valait acceptation de l'accord de licence (interdisant toute reproduction) qui y était contenu. Ces accords ont été jugés valides. Ils se distinguent toutefois de la situation qui nous occupe ici parce que l'«_accord de licence automatique_» est bien en évidence et franchement difficile à ne pas voir. De nombreux sites Web vous obligent à cliquer sur une icône indiquant “J'accepte” les conditions avant d'aller plus loin, mais *Ticketmaster* ne le fait pas. En outre, les conditions sont présentées de telle façon que le client doit faire défiler le texte jusqu'au bas de la page pour les trouver et les lire. De nombreux clients iront sans doute immédiatement à la page qui les intéresse plutôt que de lire les “clauses en petits caractères”. *L'on ne saurait prétendre que la seule présentation des conditions de cette façon crée nécessairement un contrat avec quiconque utilise le site Web.*_»¹²⁹ [nos italiques]

L'affaire *Ticketmaster* laisse entendre que la simple inclusion d'une clause attributive de juridiction dans les conditions d'utilisation pourrait s'avérer inefficace puisque la clause n'est pas suffisamment portée à l'attention de l'utilisateur.

Plusieurs mois après le jugement dans l'affaire *Ticketmaster*, une autre Cour fédérale a adopté une approche différente. L'affaire *Register.com, Inc. c. Verio, Inc*¹³⁰ concernait un litige relatif à l'utilisation par Verio d'un logiciel automatisé permettant de recueillir et de conserver les

¹²⁸ 2000 WL 525390 (C.D.Cal.,2000), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (C.D. Cal. 2000).

¹²⁹ *Ibid.*, paragr. 3.

¹³⁰ 126 F.Supp.2d 238 (S.D.N.Y. 2000).

renseignements relatifs aux coordonnées des déposants de noms de domaines contenus dans l'annuaire Internet de Register.com. Verio recueillait ces données et les utilisait ensuite à des fins de marketing. Register.com imposait les conditions suivantes à ceux qui souhaitent accéder à son annuaire Internet_ :

[TRADUCTION] «_En lançant une recherche dans notre annuaire Internet, vous convenez que vous utiliserez ces données uniquement à des fins licites et qu'en aucun cas vous n'utiliserez ces données_ : (1) pour permettre ou favoriser de quelque manière que ce soit la transmission de publicités ou de sollicitations commerciales non sollicitées en masse par courrier direct, par courrier électronique ou par téléphone; ou (2) pour permettre le fonctionnement de processus électroniques automatisés à grande capacité qui s'appliquent à Register.com (ou à ses systèmes). La compilation, le remballage, la diffusion ou toute autre utilisation de ces données est expressément interdite sans le consentement écrit préalable de Register.com. Register.com se réserve le droit de modifier les présentes conditions à tout moment. Par la soumission de votre requête, vous convenez d'observer les présentes conditions._»¹³¹

Contrairement au tribunal dans l'affaire *Ticketmaster*, la cour dans l'affaire *Register.com* a jugé que ces dispositions liaient les utilisateurs, et ce, malgré l'absence d'une manifestation claire de consentement.

Plus récemment, une cour fédérale dans l'État de New York a opéré une distinction entre les contrats au clic (*clickwrap agreements*), qui, à son avis, obligent l'utilisateur à poser un acte positif pour exprimer son consentement en cliquant sur l'icône «_J'accepte_», et les contrats conclus par simple furetage (*browsewrap agreements*), en rapport avec lesquels l'utilisateur est seulement informé de l'existence d'un contrat au moyen d'un avertissement ou autre avis¹³². Le tribunal a jugé que cette dernière forme de contrat, employée en l'espèce par Netscape Communications, ne liait pas l'utilisateur puisque Netscape n'avait pas obtenu le consentement exprès de l'utilisateur. Dans une analyse détaillée du site Web de Netscape, le tribunal écrit_ :

[TRADUCTION] «_Netscape prétend que le simple fait de télécharger son logiciel vaut consentement. Toutefois, le téléchargement est loin d'être une manifestation claire de consentement. Le téléchargement vise principalement à obtenir un produit, et non à consentir à conclure un contrat. Par contraste, le fait de cliquer sur une icône affirmant «_J'accepte_» n'a aucune autre signification ou finalité que d'indiquer un tel consentement. Le défaut pour Netscape d'exiger que les utilisateurs de SmartDownload manifestent leur consentement à sa licence comme condition préalable au téléchargement et à l'utilisation de son logiciel porte un coup fatal à son argument selon lequel un contrat aurait été formé.

¹³¹ *Ibid.*, paragr. 1.

¹³² *Specht c. Netscape Communications Corp.*, 2001 WL 755396 (S.D.N.Y. 2001).

En outre, à la différence de l'utilisateur de Netscape Navigator ou d'autres licenciés au titre de contrats au clic (clickwrap) ou d'accords automatiques de licence, la personne qui obtient SmartDownload n'est pas avisée qu'elle est en train de conclure un contrat. SmartDownload peut être obtenu gratuitement sur le site Web de Netscape. Avant de télécharger le logiciel, l'utilisateur n'est pas obligé de visionner quelque contrat licence que ce soit ni même quelque référence que ce soit à un contrat de licence ni de faire quoique ce soit pour manifester son consentement à un tel contrat de licence autrement qu'en prenant effectivement possession du produit. Du point de vue de l'utilisateur, SmartDownload pourrait être assimilé à un journal de quartier gratuit, qu'il peut obtenir facilement dans une machine distributrice installée sur le trottoir ou au comptoir d'un supermarché sans avoir à traiter avec un vendeur. Il est là pour qu'on le prenne. Le seul indice du fait qu'un contrat est train d'être conclu consiste en une petite boîte de texte renvoyant au contrat de licence, un texte qui apparaît en-dessous de l'écran utilisé pour le téléchargement et qu'un utilisateur n'a même pas besoin de voir avant d'obtenir le produit :

“Veuillez lire et accepter les dispositions du contrat de licence relatif au logiciel Netscape SmartDownload avant de télécharger et d'utiliser le logiciel.”

Ce libellé (“Veuillez lire”) se lit comme une simple invitation, et non comme une condition. Il n'indique pas qu'un utilisateur doit consentir aux conditions de la licence avant de télécharger et d'utiliser le logiciel. Bien qu'on retrouve des dispositions plus claires dans le contrat de licence comme tel, les termes de l'invitation n'exigent pas la lecture de ces dispositions et n'indiquent pas avec suffisamment de clarté qu'un contrat est en voie d'être conclu ou que les dispositions du contrat de licence lieront l'utilisateur. »¹³³

Bien que la forme du consentement puisse influencer sur la validité d'un contrat en ligne, les dispositions du contrat lui-même portent encore plus à conséquence. Les tribunaux doivent évaluer le caractère raisonnable des dispositions d'un contrat dans le cadre de leur analyse. Dans le contexte de la détermination de la compétence, plusieurs scénarii différents sont susceptibles d'amener le tribunal à minimiser l'importance du contrat dans le cadre de leur analyse relative au ciblage.

Il se peut qu'un tribunal juge tout simplement qu'une clause attributive de juridiction est inexécutoire à la lumière de l'économie générale du contrat. C'est ce qui s'est produit dans *Mendoza c. AOL*¹³⁴, une récente affaire californienne concernant une contestation relative à une facture émise par un fournisseur d'accès Internet. Après avoir été poursuivie par Mendoza devant une cour étatique de la Californie, AOL a répliqué au moyen d'une requête en rejet d'action fondée sur son contrat de service, qui comporte une clause attributive de juridiction selon laquelle tous les litiges découlant du contrat doivent être portés devant les tribunaux de la Virginie. Le

¹³³ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁴ *Mendoza*, précité, note 42.

tribunal a surpris AOL en refusant d'appliquer cette disposition de l'entente de service de l'entreprise au motif que [TRADUCTION] «_ce serait injuste et déraisonnable parce que la clause en question n'a pas été négociée à armes égales, elle était stipulée dans un contrat type et elle ne pouvait pas être identifiée aisément par le demandeur en raison de la petite taille des caractères de la clause et du fait que celle-ci apparaissait à la fin de l'entente._»¹³⁵ Ce jugement a été confirmé en juin 2001 par la Cour d'appel de l'État de la Californie, qui a approuvé l'invalidation de la clause attributive de juridiction au nom de l'ordre public¹³⁶.

Bien que les affaires comme celle qui précède soient l'exception plutôt que la règle, elles démontrent tout de même qu'une clause attributive de juridiction ne sera pas toujours reconnue, particulièrement dans le cadre de litiges mettant en cause des consommateurs, où il se peut que le tribunal considère que la clause est trop onéreuse compte tenu de la faiblesse du montant en jeu¹³⁷.

Il se peut également que les tribunaux refusent d'appliquer de telles clauses lorsqu'ils estiment que la partie cherche à échapper, par des stipulations contractuelles, à la compétence de l'État ayant les liens les plus étroits avec les parties. Les tribunaux doivent faire preuve d'une

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *America Online c. Superior Court of Alameda County*, Alameda County Super Ct. No. 827047-2 (CA 1st App. Dist., Div. Two, 2001).

¹³⁷ Pour un autre exemple récent, voir *Williams c. AOL*, (<http://www.sociallaw.com/superior/000962.html>) où une cour étatique du Massachusetts a refusé de reconnaître la clause attributive de juridiction stipulée par AOL dans un recours collectif concernant le logiciel d'exploitation du système d'AOL. Cette approche s'accorde également avec les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la protection des consommateurs. L'article 3117 dispose_:

«_Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation._»

grande vigilance en pareils cas pour veiller à ce que les clauses attributives de juridiction n'entraînent pas une «_course vers le bas_» où les parties choisissent les États ayant la réglementation la plus laxiste en vue d'éviter les réglementations plus contraignantes de l'État du vendeur ou de l'acheteur¹³⁸. Il se peut également que certains tribunaux refusent de reconnaître une clause leur attribuant compétence lorsque le litige ne présente aucun lien avec leur juridiction. Par exemple, dans *Standard Knitting, Ltd. c. Outside Design, Inc.*¹³⁹, une affaire de compétence judiciaire à l'égard d'Internet mettant en cause une demanderesse canadienne, la Cour fédérale en Pennsylvanie a renvoyé l'affaire dans l'État de Washington après avoir conclu que ce for serait plus commode pour les parties.

Au lieu de dicter son choix de juridiction à un consommateur et de courir le risque qu'un tribunal fasse fi de cette désignation, une entreprise peut choisir plutôt d'offrir au consommateur l'occasion de désigner lui-même son État. Cette approche offre comme avantage que l'entreprise peut refuser de traiter avec le consommateur si ce dernier désigne un État présentant un risque juridique trop élevé. Par exemple, Expedia, un des chefs de file des services de voyages en ligne, demande aux utilisateurs d'indiquer l'État de leur résidence habituelle avant d'utiliser ses services¹⁴⁰. Si l'utilisateur indique qu'il réside habituellement aux États-Unis, il demeure sur le site d'Expedia.com. S'il désigne le Canada comme lieu de sa résidence habituelle, il est renvoyé à Expedia.ca, un site propre au Canada. S'il désigne le Mexique comme lieu de sa résidence habituelle, le site l'informe qu'Expedia n'est pas en mesure de fournir des services à l'heure actuelle en raison de contraintes réglementaires.

Cette approche présente comme avantage additionnelle que l'entreprise devrait pouvoir se fier à l'autodéclaration du consommateur. Si le consommateur fournit intentionnellement des renseignements inexacts (p. ex., s'il réside au Mexique, mais qu'il déclare résider habituellement

¹³⁸ Par exemple, le *Wall Street Journal* rapporte que les Bahamas sont devenues un refuge pour les entreprises «_point com_» désireuses d'éviter les mesures fiscales et autres mesures réglementaires en Amérique du Nord. Voir M. Allen, «_As Dot-Coms Go Bust in the U.S., Bermuda Hosts a Little Boomlet_», *Wall Street Journal* (8 janvier 2001).

¹³⁹ 2000 WL 804434 (E.D.Pa. 2000).

¹⁴⁰ Voir, p. ex., Expedia <<http://www.expedia.com>> (consulté le 31 mars 2001).

aux États-Unis), Expedia devrait être admise à se fier à la déclaration du consommateur pour s'assurer de ne pas contrevenir aux lois mexicaines puisqu'elle dirigeait clairement ses activités sur les États-Unis¹⁴¹.

Malgré les avantages potentiels liés à l'autodéclaration, les tribunaux ont jugé que les entreprises ne peuvent pas se fier à l'autodéclaration d'un utilisateur lorsqu'elles savent que cette déclaration est fautive ou lorsqu'elles ont des doutes sur sa véracité. Par exemple, dans *People c. World Interactive Gaming*¹⁴², une affaire de jeux de hasard en ligne, le tribunal a rejeté les tentatives faites par le casino virtuel de restreindre l'adhésion à son site aux joueurs résidant dans un État qui autorise les jeux de hasard. Le tribunal affirme notamment _ :

[TRADUCTION] « _Lors de l'ouverture d'un compte, on exigeait que les utilisateurs fournissent leur adresse permanente. Un utilisateur qui soumettait une adresse permanente dans un État qui permet les jeux de hasard à terre, tel que le Nevada, était autorisé à jouer. Même si l'utilisateur qui déclarait un État tel que New York (qui interdit les jeux de hasard à terre) se voyait interdire de jouer, étant donné que le logiciel ne vérifie pas la localisation réelle de l'utilisateur, celui qui s'était vu refuser l'accès au site une première fois pouvait facilement contourner l'interdiction en désignant plutôt l'État du Nevada, tout en demeurant physiquement dans l'État de New York. L'utilisateur pouvait alors accéder au casino GCC et jouer à des machines à sous virtuelles ou à des jeux virtuels de blackjack ou de roulette. Cela soulève un doute quant à savoir si un effort de bonne foi a été déployé pour éviter de proposer des jeux de hasard dans l'État de New York. _»¹⁴³

L'attitude du tribunal à l'égard de l'autodéclaration est semblable à l'attitude du tribunal dans l'affaire *iCraveTV*, qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'avait pas été impressionné par les mesures contractuelles prises par l'entreprise pour limiter ses signaux aux Canadiens¹⁴⁴.

Les contrats doivent clairement jouer un rôle essentiel dans toute évaluation du ciblage

¹⁴¹ Les implications juridiques d'une auto-déclaration erronée sont plus problématiques. Une auto-déclaration erronée est une hypothèse tout à fait probable lorsque la question posée oblige un profane à appliquer des principes juridiques. Par exemple, la réponse à la question «_Où résidez-vous habituellement?_» peut différer de la réponse à la question «_Où vivez-vous?_». Si le consommateur n'est pas bien au fait des règles relatives à la résidence habituelle, il risque de faire une déclaration erronée quant à l'État de sa résidence habituelle. En pareilles circonstances, la question n'est pas claire de savoir si le consommateur devrait assumer, en cas de litige, le risque juridique relié à une auto-déclaration erronée.

¹⁴² 1999 N.Y. Misc. LEXIS 425 (S.C. N.Y. 1999).

¹⁴³ *Ibid.*, paragr. 1.

¹⁴⁴ *iCraveTV*, précité, note 12.

d'un ressort puisque la liberté laissée aux parties d'établir leurs propres règles favorise la certitude juridique. Cependant, comme le révèle l'examen qui précède de la jurisprudence récente relative à la compétence à l'égard d'Internet, les contrats ne donnent à aucune des parties l'assurance absolue que leur choix sera respecté. En effet, les tribunaux doivent effectuer une analyse détaillée du mode d'obtention du consentement, et ils doivent évaluer le caractère raisonnable des dispositions contractuelles. Les résultats de cette analyse devraient déterminer quel poids accorder aux stipulations contractuelles en regard aux deux autres facteurs de l'analyse proposée axée sur le ciblage.

B. Technologie

Le deuxième facteur du ciblage se rapporte à l'utilisation de moyens technologiques soit pour cibler, soit pour éviter certaines juridictions. Tout comme la technologie a façonné Internet à l'origine, elle en refaçonne désormais les frontières en faisant rapidement de l'identification géographique sur Internet une réalité. Le développement rapide de ces nouvelles technologies remet en question ce que d'aucuns considéraient comme un truisme en droit du cyberspace, à savoir qu'Internet n'a pas de frontières et est donc réfractaire aux tentatives de lui imposer des lois du monde physique qui reflètent les délimitations géographiques traditionnelles¹⁴⁵.

Les tribunaux ont largement accepté l'idée qu'Internet ne connaît pas de frontières, comme le révèle leur réticence à même envisager seulement la possibilité d'un découpage géographique en ligne. Dans l'affaire *ALA c. Pataki*, où une loi de l'État de New York visant le contenu Internet obscène était contestée en vertu de la liberté de commerce, le tribunal a décrit la géographie sur Internet de la façon suivante :

[TRADUCTION] « Internet est totalement insensible aux distinctions géographiques. Dans presque tous les cas, les utilisateurs d'Internet ne connaissent pas l'emplacement physique des ressources Internet auxquelles ils accèdent, et ils ne s'en soucient guère. Les protocoles Internet ont été conçus pour ignorer plutôt que documenter l'emplacement géographique; bien que les ordinateurs sur le réseau aient des «_adresses_», il s'agit d'adresses logiques sur le réseau plutôt que d'adresses géographiques dans le monde physique. La majorité des adresses Internet ne comportent aucun indice géographique, et, même

¹⁴⁵ *Law and Borders*, précité, note 39.

lorsqu'une adresse Internet comporte un tel indice, celui-ci peut être trompeur.»¹⁴⁶

Cette analyse du tribunal était peut être juste en 1997, mais Internet a évolué depuis. Les fournisseurs de contenu sur Internet s'intéressent de plus en plus à la localisation géographique des ressources Internet et des utilisateurs qui y accèdent, tout comme les législateurs et les tribunaux qui sont susceptibles de vouloir imposer des délimitations spatiales dans le cyberspace¹⁴⁷. Plusieurs entreprises ont répondu à l'appel en développant des technologies qui permettent aux entreprises de réduire leurs risques juridiques en dirigeant leur présence en ligne sur des entités géographiques particulières. Ces technologies servent également les intérêts des gouvernements et des organismes de réglementation, qui pourraient s'avérer désormais mieux placés pour appliquer leur réglementation au cyberspace¹⁴⁸.

Puisque les entreprises et les gouvernements ont en commun un intérêt direct à introduire des frontières géographiques dans l'environnement en ligne (quoique pour des raisons différentes), il n'y a rien de très surprenant à ce que ces technologies soient apparues si rapidement sur le marché. En fait, elles étaient disponibles avant même que la communauté cybernétique commence à discuter des avantages, des défis et des conséquences reliés à la création de frontières ou au «_zonage_» d'Internet au moyen de ces nouvelles technologies¹⁴⁹. Cela est particulièrement

¹⁴⁶ *American Libraries Ass'n c. Pataki* (969 F.Supp. 160, 170 (S.D.N.Y.,1997)).

¹⁴⁷ B. Tedeschi, «_E-commerce: Borders Returning to the Internet_», *New York Times* (2 avril 2001) en ligne : *New York Times* < <http://www.nytimes.com/2001/04/02/technology/02Ecommerce.html>> (consulté le 3 avril 2001) [ci-après *Borders Returning*].

¹⁴⁸ En plus des développements exposés ci-après, voir Jack L. Goldsmith et Alan O. Sykes, «_The Internet and the Dormant Commerce Clause_», 110 *Yale L. J.* 785, 810-2 (2001).

¹⁴⁹ En toute équité, cependant, il faut mentionner que certains voyaient venir ces développements depuis longtemps. Dans le même numéro de la *Stanford Law Review* qui contenait l'article *Law and Borders* de Post et Johnson, précité à la note 39, le professeur Lawrence Lessig faisait les remarques suivantes_ :

[TRADUCTION] «_Dans sa forme actuelle, le cyberspace est ouvert, incontrôlé; la réglementation est assurée par des forces sociales assez semblables aux forces sociales qui réglementent le monde physique. Il est présentement non zoné_ : les démarcations ne sont pas des frontières; elles séparent un système d'un autre tout comme la Pennsylvanie est séparée de l'Ohio. L'essence du cyberspace à l'heure actuelle, c'est le moteur de recherche - un outil avec lequel on parcourt un espace infini pour repérer et obtenir ce que l'on veut. L'espace est actuellement ouvert, mais seulement parce qu'il est fait ainsi. Ou parce que nous l'avons fait ainsi. (Pour ce que vaut la notion de société, au moins le cyberspace est construit socialement.)

regrettable puisque les technologies de zonage géographique soulèvent d'importantes préoccupations en matière de respect de la vie privée qui, à ce jour, ont suscité peu de débats¹⁵⁰.

Bien que les critiques soulignent souvent l'imprécision de ces technologies, leurs utilisateurs sont peu nombreux en fait à avoir besoin d'un système parfait¹⁵¹. Les entreprises veulent soit diriger leurs messages sur des consommateurs dans une juridiction spécifique, soit pratiquer l'« évitement de la juridiction »¹⁵². Un processus efficace d'évitement de juridiction_ fournit le moyen d'exclure la majorité des visiteurs dont la localisation dans la juridiction_ visée ne peut pas être vérifiée. Par exemple, iCraveTV n'utilisait pas de technologies d'identification, préférant plutôt recourir à des convention d'utilisation au clic (clickwrap)¹⁵³. L'entreprise canadienne JumpTV, une nouvelle venue sur le marché de la webdiffusion, a fait savoir qu'elle utiliserait des technologies d'identification pour s'assurer que seuls les Canadiens auront accès à son signal¹⁵⁴. Bien que cela risque d'entraîner l'exclusion de certains Canadiens dont la localisation au Canada ne peut pas être confirmée avec certitude, ces technologies donneront tout de même à l'entreprise un certain degré d'assurance au regard de l'atteinte de son objectif consistant à limiter son signal en ligne.

Le cyberspace pourrait être modifié, et, à mon avis, c'est ce qui se produit. Son architecture actuelle est en train de changer. S'il y a une idée derrière les réformes menées à la fois dans les sphères sociales et économiques dans le cyberspace, c'est l'idée d'accroître la sophistication de l'architecture dans le cyberspace, pour favoriser les démarcations plutôt que les frontières. C'est le mouvement qui mène le zonage du cyberspace. »

Lawrence Lessig, «_The Zones of Cyberspace_», 48 *Stan. L. Rev.* 1403, 1408-9 (1996) [ci-après *Zones*]. Voir aussi *Code*, précité, note 46, pp. 56-7.

¹⁵⁰ Stephanie Olsen, «_Geographic Tracking Raises Opportunities, Fears_», *CNET News.com* (8 novembre 2000); en ligne_ : < <http://news.cnet.com/news/0-1005-200-3424168.html>> (consulté le 12 avril 2001) [ci-après *Geographic Tracking*].

¹⁵¹ Comme le souligne Lessig, [TRADUCTION]_«_Une réglementation n'a point besoin d'être d'une efficacité absolue pour être d'une efficacité suffisante._» *Zones*, p. 1405. Cela vaut aussi pour les technologies de démarcation; qu'elles soient utilisées à des fins de ciblage publicitaire ou d'observation des lois, elles n'ont pas à être parfaites.

¹⁵² *Borders Returning*, précité, note 147

¹⁵³ *iCraveTV*, précité, note 12.

¹⁵⁴ Matthew Fraser, «_JumpTV Takes On Vested Interests_», *Financial Post* (29 janvier 2001), en ligne_ : *National Post* <<http://www.nationalpost.com/search/story.html?f=/stories/20010129/454542.html>> (consulté le 31 mars 2001).

Pour ce qui est des gouvernements, ils pourraient s'intéresser à l'identification géographique de manière à pouvoir déterminer plus aisément dans quelles circonstances leurs lois s'appliquent. Par exemple, l'État du Nevada a récemment adopté une loi qui ouvre la voie à la légalisation des jeux de hasard en ligne par la *Nevada State Gaming Commission* (Commission des jeux du Nevada)¹⁵⁵. La localisation géographique se retrouve au cœur de cette nouvelle loi, dont le paragraphe 3(2) énonce_ :

[TRADUCTION] «_ La Commission ne peut adopter de règlement régissant la délivrance de licences et l'exploitation de jeux de hasard interactifs avant de s'être assurée que_ :

- a. les jeux de hasard interactifs peuvent être exploités en conformité avec l'ensemble des lois applicables;
- b. les systèmes de jeux de hasard interactifs sont sûrs et fiables, et ils fournissent une assurance raisonnable que les joueurs seront majeurs et qu'ils communiqueront uniquement à partir de ressorts où il est licite d'établir de telles communications; »¹⁵⁶

Pour satisfaire à l'exigence énoncée à l'alinéa *b*), la Commission devra procéder à une analyse des technologies d'identification géographique disponibles.

Les technologies d'identification géographique peuvent être regroupées en au moins trois catégories_ : a) identification de l'utilisateur, fondée habituellement sur les renseignements afférents à l'adresse IP; b) auto-identification, qui se fait souvent au moyen de certificat d'attributs; et c) identification dans le monde physique.

a. Identification de l'utilisateur

L'identification d'utilisateurs a cours sur Internet sous une forme relativement rudimentaire depuis quelque temps déjà. Par exemple, Microsoft a recours depuis plusieurs années aux recherches d'adresses IP (qui déterminent la localisation géographique des utilisateurs en reliant leur adresse IP aux renseignements contenus dans les bases de données qui recensent les

¹⁵⁵ «_ Nevada Governor Signs Internet Gambling Bill_ », *San Jose Mercury News* (15 juin 2001), en ligne_ : *San Jose Mercury News* < <http://www.siliconvalley.com/docs/news/tech/060919.htm> > (consulté le 30 juillet 2001).

¹⁵⁶ Projet de loi 466 de l'Assemblée du Nevada (71^e assemblée). En ligne_ : http://www.leg.state.nv.us/71st/bills/AB/AB466_EN.html (consulté le 30 juillet 2001).

emplacements des fournisseurs de services Internet) pour assurer l'observation de la réglementation américaine interdisant l'exportation de fureteurs à chiffrement fort¹⁵⁷. Malgré ses imperfections, le processus a été considéré comme suffisamment efficace pour répondre aux normes imposées par la réglementation. Récemment, plusieurs entreprises ont commencé à offrir des versions plus sophistiquées de ces technologies.

i. Infosplit

Infosplit prétend avoir la capacité de localiser avec précision n'importe quelle adresse IP au moyen d'un ensemble de techniques et d'algorithmes qui lui sont propres¹⁵⁸. La technologie permet une identification géographique et un routage de pages immédiat et précis au moyen d'un processus fonctionnant à l'insu de l'internaute. L'entreprise soutient que sa technologie permet d'identifier le pays d'origine avec une précision de 98,5 %, l'État ou la province avec une précision de 95 % et la ville avec un degré de précision de 85 %, et qu'elle peut même localiser avec précision les clients des fournisseurs d'accès Internet nationaux ou mondiaux comme AOL.

La technologie Infosplit produit une localisation géographique en envoyant l'adresse IP de l'utilisateur aux divers algorithmes comme Trace route et à la base de données ARIN/RIPE/APNIC, de même qu'en effectuant une recherche inverse dans le système de nommage de domaine Internet (DNS). La fonction ARIN/RIPE/APNIC analyse les renseignements tirés de la base de données ARIN/RIPE/APNIC. La fonction de recherche inverse DNS analyse les données relatives à l'enregistrement de noms de domaine qui sont accessibles au public. L'algorithme Trace route découvre et interprète la piste laissée par les paquets d'informations relatives aux réseaux qui sont associées aux recherches de l'internaute sur le Web. En combinant les résultats de ces trois algorithmes, Infosplit parvient à produire un résultat qui est de plus en plus efficace par rapport à une simple recherche d'adresse IP.

¹⁵⁷ A. Jesdanun, «_The Potential and Peril of National Internet Boundaries_», *S.F. Examiner* (4 mars 2001), en ligne; *S.F. Examiner* <<http://www.examiner.com/business/default.jsp?story=b.net.0107>> (consulté le 31 mars 2001) [ci-après *Microsoft*].

¹⁵⁸ Voir Infosplit <<http://www.infosplit.com>> (consulté le 31 mars 2001).

ii. NetGeo

NetGeo fournit une identification géographique principalement au moyen d'une analyse d'adresses Internet.¹⁵⁹ Le système de l'entreprise comporte une base de données et un processus de collecte de messages en langage Perl servant à relier les adresses Internet et les noms de domaine à des lieux physiques. Pour déterminer la latitude et la longitude d'un nom de domaine, NetGeo recherche d'abord un dossier contenant le nom visé dans sa propre base de données. La base de données NetGeo conserve en antémémoire les renseignements géographiques extraits des résultats de recherches antérieures dans les annuaires Internet (WHOIS), ceci pour minimiser la pression sur les serveurs des annuaires Internet. Si le système repère un dossier relatif au nom de domaine visé dans sa base de données, NetGeo produit les renseignements demandés. Si aucun dossier pertinent n'est trouvé dans la base de données NetGeo, NetGeo effectue une ou plusieurs recherches *whois* au moyen des serveurs *whois* InterNIC et/ou RIPE jusqu'à ce qu'il trouve un dossier *whois* relatif au nom de domaine visé.

Après avoir obtenu un dossier d'un serveur *whois*, les messages en langage Perl de NetGeo analysent le dossier *whois* et en tirent l'information géographique et la date de la dernière mise à jour. L'analyseur NetGeo tente d'extraire la ville, l'État, et le pays du texte du dossier *whois*. Pour les adresses américaines, l'analyseur extrait également le code postal si possible. Si l'analyseur est incapable d'analyser une adresse, il tente de trouver un indicatif régional ou un indicatif international dans la section des coordonnées; l'indicatif téléphonique est relié à un pays, puis l'analyseur tente d'analyser l'adresse à nouveau grâce à l'indice fourni par l'indicatif téléphonique. L'analyseur déduit également le pays à partir des adresses de courrier électronique comportant des noms de domaine de premier niveau de code pays (ccTLD) qui se retrouvent dans la section des coordonnées.

iii. EdgeScape

Akamai, un serveur de cache, offre également un service d'identification géographique

¹⁵⁹ Voir NetGeo <<http://www.netgeo.com>> (consulté le 31 mars 2001).

appelé EdgeScape.¹⁶⁰ EdgeScape relie les adresses IP des utilisateurs à leur lieu d'origine géographique ainsi qu'à l'emplacement géographique de leur réseau d'origine. Ces renseignements sont ordonnancés dans une base de données et sont mis à la disposition des clients d'EdgeScape. Chaque fois qu'un utilisateur accède au site Web du client, EdgeScape fournit des renseignements indiquant le pays à partir duquel l'utilisateur accède au site, la région géographique à l'intérieur de ce pays (c'est-à-dire, l'État ou la province) et le nom du réseau d'origine de l'utilisateur.

iv. Digital Envoy

Digital Envoy, une entreprise basée à Atlanta fondée en 1999, se spécialise dans l'identification géographique sur le Web.¹⁶¹ L'entreprise prétend que son produit phare, NetAcuity, permet le ciblage de pays avec un degré de précision supérieur à 99 %, en plus de permettre le ciblage de régions, de subdivisions territoriales ou de villes. L'entreprise s'est concentrée principalement sur le secteur du marketing commercial, aux fins duquel Digital Envoy est employé pour réaliser des publicités géographiquement ciblées.¹⁶² La technologie de cette entreprise est également utilisée par CinemaNow Inc., un distributeur en ligne de longs métrages basé en Californie qui utilise la technologie pour limiter la distribution de ses films de manière à s'assurer d'observer les règles relatives aux licences de distribution qui varient d'un pays à l'autre.¹⁶³

v. Quova

Quova, une des sociétés les mieux financées parmi celles qui offrent des technologies d'identification géographique¹⁶⁴, est une entreprise naissante basée en Californie qui a racheté le

¹⁶⁰ Voir Akamai, <http://www.akamai.com/html/en/sv/edgescape_works.html> (consulté le 31 mars 2001).

¹⁶¹ Voir Digital Envoy, <http://www.digitalenvoy.com/prod_netacu.htm> (consulté le 12 avril 2001).

¹⁶² Nicole Harris, « Digital Envoy Offers a Way To 'Geo-Target' Web Surfers », *Wall Street Journal Interactive* (12 avril 2001) en ligne <<http://interactive.wsj.com/articlesSB987024862803391097.htm>> (consulté le 12 avril 2001).

¹⁶³ Patricia Jacobus, « CinemaNow Appeases Studios By Locating Web Surfers », *CNET News.com* (26 février 2001); en ligne : <<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-3424168.html>> (consulté le 12 avril 2001).

¹⁶⁴ Voir Quova, <<http://www.quova.com>> (consulté le 12 avril 2001).

leader européen RealMapping au début de 2001¹⁶⁵. L'entreprise a passé neuf mois à analyser les 4,2 milliards d'adresses IP, ce qui lui a permis d'établir une carte physique détaillée d'Internet¹⁶⁶. Cette carte a ensuite servi à développer le produit phare de l'entreprise, GeoPoint, qui, aux dires de Quova, permet d'identifier le pays d'origine des internautes avec un degré de précision de 98 % et leur ville d'origine avec un degré de précision de 85 %¹⁶⁷. Une nouvelle technologie en cours de développement permettra une meilleure identification des utilisateurs d'AOL, dont la localisation géographique est habituellement plus difficile à établir que celle des utilisateurs de la plupart des autres fournisseurs d'accès Internet¹⁶⁸.

b. Auto-identification

À la différence des technologies d'identification d'utilisateurs, qui localisent l'utilisateur sans lui en demander la permission, l'auto-identification fait appel à des technologies permettant aux utilisateurs de fournir leur identification géographique directement au site Web. Cela se fait le plus souvent par le biais de certificats d'attributs, qui, comme l'explique le professeur Michael Froomkin, fournissent des renseignements au sujet des attributs d'un utilisateur spécifique sans révéler pour autant son identité:

[TRADUCTION] «_Bien que les certificats d'identification soient susceptibles d'être le type de certificat le plus populaire à court terme, à moyen terme, les organismes de certification commenceront probablement à certifier des attributs autres que l'identité. Un certificat d'autorisation pourrait indiquer le lieu de résidence de la personne, son âge, le fait qu'elle est membre en règle d'une organisation donnée, qu'elle est utilisatrice enregistrée d'un produit donné, ou encore, qu'elle est titulaire d'un permis tel qu'un permis d'exercer la profession d'avocat. Ces certificats d'identification ont de nombreuses applications potentielles. Par exemple, les professeurs de droit qui échangent des questions d'examen sur Internet pourraient exiger que leurs correspondants fassent la preuve de leur appartenance à l'*Association of American Law Schools* [AALS, Association des facultés de droit américaines] avant de pouvoir obtenir une copie des questions.

Il est illégal d'exporter des technologies de chiffrement fort à partir des États-Unis sans la permission

¹⁶⁵ Stephanie Olsen, « Tracking Web Users into European Territory », *CNET News.com* (3 avril 2001); en ligne : <<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-5461873.html>> (consulté le 12 avril 2001).

¹⁶⁶ *Geographic Tracking*, précité, note 150.

¹⁶⁷ *Web Users*, précité, note 165.

¹⁶⁸ *Web Users*, précité, note 165.

préalable du gouvernement fédéral, mais la loi n'impose aucune restriction à la distribution de ces technologies à des étrangers résidents ou à des citoyens américains aux États-Unis. L'absence de moyens fiables de repérage géographique d'une personne à partir d'une adresse Internet a pour effet d'exposer à des poursuites éventuelles quiconque offre des logiciels cryptographiques sur Internet. Par exemple, si Alice offre à la vente sur Internet un logiciel cryptographique à chiffrement fort, elle pourrait se protéger contre des risques considérables en exigeant que Bob produise un certificat valide émanant d'un organisme de certification réputé et indiquant qu'il est citoyen américain ou titulaire d'une carte verte résidant aux États-Unis avant de lui permettre de télécharger le logiciel cryptographique.

Alice réduit de façon importante les risques auxquels elle s'expose au regard de l'*International Traffic in Arms Regulation* [ITAR, Règlement sur le trafic international d'armes] en exigeant que Bob produise un certificat d'autorisation indiquant sa citoyenneté, mais cela ne permet pas à Alice d'éliminer complètement les risques qui pèsent sur elle. En effet, Alice court tout de même le risque : (1) que la déclaration émanant de l'organisme de certification soit erronée; (2) que Bob ait perdu le contrôle de sa signature numérique et qu'elle soit tombée entre les mains de Mallet, qui n'est ni un citoyen américain ni un résident permanent des États-Unis, ou qui est situé à l'étranger; et (3) que la situation de Bob ait changé depuis qu'il a obtenu son certificat (par exemple, il a déménagé à l'étranger, il a perdu sa citoyenneté ou sa carte verte ou il est décédé et sa clé privée est entre les mains de son exécuteur testamentaire ou de son héritier).

Un certificat reliant la localisation géographique, l'âge ou d'autres attributs à une clé publique peut contenir le nom du titulaire du certificat, mais la clé publique sera suffisante si elle a été générée dans des conditions sûres et si elle est suffisamment longue pour être unique. Les certificats anonymes créent la possibilité d'un commerce Internet anonyme et sophistiqué. Par exemple, les personnes qui souhaitent acheter des produits ne pouvant être vendus qu'aux adultes pourraient obtenir des certificats attestant de leur majorité qui relient cet attribut à une clé publique, mais qui ne mentionnent pas leur nom. De même, une institution financière pourrait délivrer un certificat reliant une clé publique à un compte de dépôt anonyme. »¹⁶⁹

La technologie d'auto-identification se situe à mi-chemin entre l'identification d'utilisateurs, qui place le pouvoir d'identification entièrement entre les mains du site Web, et l'auto-déclaration, où l'utilisateur déclare son lieu de résidence, mais sans qu'aucune vérification indépendante ou technologique ne soit faite de l'exactitude de la déclaration. Les technologies d'auto-identification présentent un danger en ce que, si elles deviennent populaires, elles risquent de devenir rapidement obligatoires puisque les entreprises pourraient commencer à exiger que leurs utilisateurs fournissent les données contenues dans un certificat d'attributs avant de pouvoir obtenir leurs services¹⁷⁰.

¹⁶⁹ A. Michael Fromkin, « The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce », *75 Oregon L. Rev.* 49 (1996).

¹⁷⁰ Code précité, note 46, p. 42. « Credit Card Fraud Crippling Online Merchants », *E-commerce Times* (20 mars 2000), en ligne : *E-commerce Times* <<http://www.ecommercetimes.com/news/articles/articles2000/000320-2.shtml>> (consulté 13 31 mars 20001) ([TRADUCTION] « À l'heure actuelle, les émetteurs de cartes de crédit se bornent à vérifier l'exactitude du numéro de carte de crédit, puis à le relier à l'adresse de facturation du client. »).

c. Identification dans le monde physique

L'identification hors réseau combine une présence en ligne et certaines données obtenues hors réseau pour dresser un profil géographique de l'utilisateur. Les données relatives aux cartes de crédit constituent le meilleur exemple d'identification hors réseau. Puisque les cartes de crédit demeurent le mécanisme de paiement préféré pour la plupart des transactions en ligne, les vendeurs sont régulièrement appelés à vérifier la validité de la carte de crédit d'un utilisateur. Comme le sait quiconque a effectué un achat en ligne au moyen d'une carte de crédit, le processus de vérification comporte une dimension hors réseau, étant donné que l'adresse fournie par l'utilisateur est comparée à l'adresse figurant à son dossier pour en vérifier l'authenticité avant que l'achat soit autorisé ¹⁷¹. Ce processus permet aux sites Web d'accéder à des données hors réseau telles que l'adresse complète de l'utilisateur - qui sont confirmées par un tiers, soit l'intermédiaire financier.

Bien que ce système puisse s'avérer efficace pour les sites qui font activement du commerce électronique et pour ceux dont les risques géographiques sont confinés strictement aux situations où ils effectuent des ventes dans une juridiction particulière, l'utilisation de données associées aux cartes de crédit a une utilité limitée pour ceux qui ne vendent pas activement en ligne ou pour ceux qui se soucient de questions de compétence internationale préalablement à la communication d'un numéro de carte de crédit et d'une adresse.

Deux autres identificateurs hors réseau offrent des possibilités semblables d'identification géographique, mais ils soulèvent en même temps des préoccupations en matière de protection des renseignements personnels. À une certaine époque, Microsoft intégrait à son logiciel une fonction permettant de transmettre des renseignements personnels par le biais d'Internet à l'insu de l'utilisateur. Cette fonction permettait aux logiciels de Microsoft tels que Word ou Excel d'émettre des numéros d'identification uniques propres au logiciel et à l'ordinateur sur lequel il était installé. Au cours du processus d'enregistrement en ligne, le numéro, appelé le

¹⁷¹ « Credit Card Fraud Crippling Online Merchants », *E-commerce Times* (20 mars 2000), en ligne : *E-commerce Times* <<http://www.ecommercetimes.com/news/articles2000/000320-2.shtml>> (consulté le 31 mars 2001) ([TRADUCTION] « À l'heure actuelle, les émetteurs de cartes de crédit se bornent à vérifier l'exactitude du numéro de carte de crédit, puis à le relier à l'adresse de facturation du client. »).

Global Unique Identifier (GUID, identificateur universel unique), était transmis à Microsoft en même temps que le nom et l'adresse de l'utilisateur et d'autres renseignements personnels le concernant. Microsoft pouvait ensuite identifier les utilisateurs en reliant leur GUID aux renseignements conservés dans la base de données contrôlée par Microsoft ¹⁷².

Intel s'est retrouvée au cœur d'une controverse semblable touchant la protection des renseignements personnels lorsqu'on a révélé que l'entreprise était capable d'identifier les gens en ligne grâce à un *Processor Serial Number* (PSN, Numéro de série de processeur) qui était gravé sur chaque microprocesseur Intel au moment de sa fabrication à des fins d'authentification dans le contexte des communications Internet et du commerce électronique. Le PSN identifiait les internautes au moyen du matériel informatique qu'ils utilisaient, limitant ainsi leur possibilité de naviguer dans l'anonymat sur le Web, et offrant la perspective d'une identification rapide ¹⁷³.

Malgré leur portée clairement limitée, les identificateurs hors réseau sont souvent susceptibles de fournir la méthode de localisation géographique la moins coûteuse puisqu'ils s'appuient sur des données hors réseau qui sont recueillies indépendamment des activités en ligne. C'est précisément en raison du fait qu'elles combinent des données obtenues aussi bien en ligne que hors réseau que ces technologies soulèvent d'importantes préoccupations en matière de protection des renseignements personnels, étant donnée qu'elles sont susceptibles de permettre la transmission de renseignements nominaux en même temps que des données géographiques non identifiables.

d. Le ciblage et la technologie

Compte tenu du développement de technologies permettant une identification géographique relativement précise, un critère fondé sur le ciblage doit comporter un volet technologique obligeant la partie qui plaide pour ou contre la compétence du tribunal saisi à

¹⁷² M. Ricciuti, « Microsoft Admits Privacy Problem, Plans Fix », *CNET News.com* (7 mars 1999), en ligne : *CNET News.com* <<http://news.cnet.com/news/0-1006-200-339622.html>> (consulté le 31 mars 2001).

¹⁷³ « Privacy and the Internet Tutorial: Protecting Web Privacy - Processor Serial Number », *Privacy Exchange*, en ligne : *Privacy Exchange* <<http://www.privacyexchange.org/tsi/psn.htm>> (consulté le 31 mars 2001).

démontrer quelles mesures techniques elle a employées soit pour cibler une juridiction donnée, soit pour l'éviter. L'opportunité d'un tel fardeau de preuve rejoint le principe fondamental des règles de compétence, à savoir la prévisibilité de la compétence du tribunal saisi dans les circonstances. Les technologies de localisation géographique fournissent à la partie qui l'utilise une réponse crédible à cette question. Puisque les parties sont en mesure d'identifier les personnes qui accèdent à leur site, elles peuvent recourir à des mesures techniques pour en bloquer l'accès aux personnes situées dans des juridictions qui présentent des risques juridiques¹⁷⁴. Un critère de compétence équitable et équilibré fondé sur le ciblage commande qu'elles fassent précisément cela.

Il importe de noter que les parties ne sont habituellement pas tenues d'utiliser des technologies d'identification géographique¹⁷⁵. Dans bien des cas, elles ne se soucient guère de savoir qui accède à leur site, et elles ne seront donc pas disposées à investir dans l'installation de systèmes semblables. Dans d'autres cas, il se peut que la partie soit pleinement consciente de la nécessité d'identifier les utilisateurs situés dans une juridiction où certains contenus ou certaines activités sont interdits. En pareilles circonstances, la partie peut souhaiter limiter l'accès à son site aux utilisateurs qui sont en mesure de démontrer qu'ils se trouvent dans une juridiction ne présentant pas ce genre de risque.

Ainsi, l'inclusion de la technologie au critère du ciblage n'oblige pas les parties à utiliser la technologie en question. Elle force plutôt les parties à reconnaître que de telles technologies existent et que la prudence voudra parfois qu'elles y aient recours d'une manière ou d'une autre. En outre, le critère ne prescrit aucune technologie en particulier - il exige seulement que l'on tienne compte des technologies disponibles employées à une époque donnée. Ce volet du critère du ciblage qui est neutre sur le plan technologique procure également un contrepois efficace au regard des facteurs des contrats et de la connaissance des parties. Il empêche les exploitants de sites Web de fermer les yeux face aux utilisateurs qui concluent des contrats au clic (clickwrap) stipulant qu'ils se trouvent dans une certaine juridiction alors que les éléments de

¹⁷⁴ Il convient de noter, cependant, qu'on voit apparaître un nombre croissant de technologies conçues pour déjouer les technologies de réébergement géographiques (p. Ex., safeweb.com, anonymizer.com et silentsurf.com).

¹⁷⁵ Sauf là où la loi l'exige. Voir, p. e., *Microsoft*, précité, note 157.

preuve technologique indiquent tout autre chose.

C. Connaissance réelle et implicite

Le troisième facteur du critère du ciblage concerne la connaissance que les parties avaient ou auraient dû avoir du lieu géographique de l'activité en ligne. Bien que certains auteurs aient avancé qu'Internet rend l'intention et la connaissance obsolètes en raison de l'architecture d'Internet ¹⁷⁶, les technologies d'identification géographique décrites ci-dessus n'étaient pas cette opinion.

À certains égards, ce facteur n'est guère plus qu'une extension des facteurs contractuels et technologiques. Il vise à empêcher les parties de se réfugier derrière les contrats ou la technologie en alléguant leur manque de connaissances au regard du ciblage des activités lorsque la preuve révèle le contraire.

Les affaires de diffamation qui ont suivi l'arrêt *Calder* illustrent bien le facteur de la connaissance implicite. Dans ces affaires, les tribunaux ont estimé que l'auteur de la diffamation savait ou aurait dû savoir que le préjudice découlant de ses propos serait ressenti dans l'État de sa cible. En conséquence, en pareil cas, une partie ne serait pas admise à invoquer un contrat comportant une clause attributive de juridiction désignant les tribunaux d'un autre État.

La règle de conflit de loi énoncée à l'article 3126 du *Code civil du Québec* tient compte, elle aussi, de la connaissance et de la prévisibilité pour déterminer la loi applicable à la responsabilité civile extracontractuelle :

¹⁷⁶ Voir, p. ex., Martin H. Redish, « Of New Wine and Old Bottles: Personal Jurisdiction, The Internet, and the Nature of Constitutional Evolution », 38 *Jurimetrics J.* 575, pp. 605-6 (1998). ([TRADUCTION] « le meilleur argument en faveur d'une exception à l'exigence du ciblage délibéré dans le cas d'Internet n'est pas que les intérêts étatiques devraient jouer un rôle important seulement dans les affaires se rapportant à l'Internet, mais plutôt que l'évolution technologique d'Internet a pour effet de rendre le concept d'utilisation délibérée à la fois incohérent sur le plan conceptuel et non pertinent sur le plan pratique. Il est si facile pour une personne ou une entité de joindre rapidement le monde entier avec ses messages qu'il n'est tout simplement pas utile de chercher à déterminer si, en posant ce geste, la personne ou l'entité a pris consciemment et consciencieusement la décision soit de s'affilier à l'État du tribunal saisi, soit de chercher à se prévaloir des avantages associés à cet État.)

« **Art. 3126.** L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. [...]»

La volonté du tribunal de ne tolérer aucun aveuglement volontaire est évidente dans l'affaire *People c. World Interactive Gaming*, précitée¹⁷⁷. Dans cette affaire, le casino en ligne soutenait qu'il avait limité l'accès à son site aux seuls utilisateurs qui fournissait une adresse située dans un État qui permet les jeux de hasard. Le tribunal ne s'est pas laissé berné par cette ruse, toutefois, comme le montre le passage suivant :

[TRADUCTION] « La Cour rejette la prétention de l'intimée voulant qu'elle ait accepté sans le savoir des paris faits par des résidents de l'État de New York. Les utilisateurs new-yorkais peuvent facilement contourner le logiciel du casino afin de jouer, en fournissant tout simplement une adresse située à l'extérieur de l'État. Les intimées ont enfreint la Loi pénale en ce qu'elles ont persisté dans leur conduite illégale continue en vue de créer, d'établir et de développer des jeux de hasard non autorisés. Cette infraction avait commencé bien avant que le premier résident de New York ne fasse un pari. Étant donné que toutes les activités des intimées ont favorisé illégalement les jeux de hasard, la Cour conclut qu'elles ont sciemment enfreint l'article 225.05 de la Loi pénale. »¹⁷⁸

La pertinence d'un facteur fondé sur la connaissance va au-delà de l'invocation de contrats que les parties savent être faux. Dans le contexte du commerce électronique, les connaissances acquises lors de l'exécution de commandes sont tout aussi importantes. Par exemple, la vente de biens tangibles tels que du matériel informatique ou des livres procure aux vendeurs en ligne des données telles que l'adresse de livraison dans le monde physique, ce qui permet d'exclure aisément les États que le vendeur ne souhaite pas cibler.

Les tribunaux ont aussi commencé à recourir à une analyse fondée sur la connaissance en rapport avec la compétence à l'égard de litiges en propriété intellectuelle. Dans un jugement rendu par une cour fédérale dans l'État de New York en avril 2001 dans l'affaire *Starmedia Network c. Star Media, Inc.*,¹⁷⁹ le tribunal s'est déclaré compétent à l'égard d'une défenderesse de l'extérieur de l'État accusée de contrefaçon de marque de commerce, faisant remarquer que :

¹⁷⁷ *World Interactive Gaming*, précité, note 106.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ 2001 WL 417118 (S.D.N.Y., 2001).

[TRADUCTION]_«_la défenderesse connaissait le nom de domaine des demanderesse avant d'enregistrer "starmediausa.com" comme son nom de domaine. Par conséquent, la défenderesse connaissait ou aurait dû connaître la place d'affaires des demanderesse, et elle aurait dû anticiper d'être poursuivie en justice dans l'État de New York pour répondre du préjudice causé à une demanderesse new-yorkaise par l'utilisation d'une marque de commerce similaire.»¹⁸⁰

Bien que l'application du principe de la connaissance s'avère plus complexe lorsque la vente porte sur des biens numériques pour lesquels il n'y a pas de livraison hors réseau, le vendeur obtient tout de même habituellement des renseignements potentiellement pertinents. Comme nous l'avons noté précédemment, les renseignements les plus pertinents seront peut-être les données relatives à sa carte de crédit que l'acheteur fournit habituellement au vendeur. En plus du numéro et de la date d'expiration de la carte de crédit, l'acheteur est souvent obligé de fournir une adresse de facturation de manière à permettre la vérification des données relatives à la carte de crédit avant que la transaction soit autorisée. Étant donné que le vendeur obtient une adresse de facturation dans le monde physique dans le cadre des transactions relatives à des biens numériques, il demeure possible pour lui de renoncer à la vente s'il a des préoccupations en matière de compétence juridictionnelle. Par exemple, l'équipe de hockey des Capitals de Washington a récemment fait échouer les tentatives des supporters d'une équipe adverse, en l'occurrence de Pittsburgh, d'acheter des billets sur le site Web des Capitals. Le site a été programmé pour rejeter les demandes d'achat émanant des clients qui fournissait un indicatif régional correspondant à la région de Pittsburgh¹⁸¹. Bien qu'il puisse répugner à certains commerçants d'utiliser ainsi les renseignements fournis par leurs clients potentiels, cette approche reflète une tendance plus générale à la reconnaissance du rôle important des intermédiaires de paiement tels que les émetteurs de cartes de crédit dans le processus du commerce électronique destiné à la consommation¹⁸².

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸¹ Thomas Heath, « Capitals Owner Puts Pittsburgh Fans on Ice », *Washington Post* (14 avril 2001); en ligne : <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/sports/leaguesandsportss/nhl/19992000/washingtoncapitals/A16569-2001Apr13.html> (consulté le 15 avril 2001).

¹⁸² En mars 2001, la *Loi sur le commerce et l'information électroniques, modifiant la loi sur la protection du consommateur et la loi sur la preuve au Manitoba* (L.M> 200, c. E55. 77) et le *Règlement sur les contrats conclus sur Internet* (Règl. Man. 176/2000) sont entrés en vigueur dans la province. Les nouvelles règles, qui visent à favoriser un cyberenvironnement propice à la confiance des consommateurs, s'appliquent uniquement à la vente au détail de biens ou de services et à la location-achat de biens en ligne entre acheteurs et vendeurs. En vertu des

Part V – Conclusions

À la lumière de la résistance croissante des tribunaux face au critère de compétence fondé sur le caractère passif ou actif des sites Web (le critère *Zippo*), le temps est venu d'adopter un nouveau critère fondé sur le ciblage. À la différence du critère *Zippo*, qui présente une série d'inconvénients (notamment en ce qu'il produit des résultats variables et indésirables et il présente les limites inhérentes à une approche liée à des particularités technologiques), une analyse axée sur le ciblage fournit à tous les intéressés - notamment les tribunaux, les entreprises se livrant au commerce électronique et les consommateurs - les outils nécessaires pour effectuer une analyse plus efficace du risque juridique.

Dans le cadre du critère tripartite du ciblage, il importe de noter qu'aucun des trois facteurs n'est déterminant à lui seul. L'analyse dépendra d'une évaluation combinée des trois facteurs afin de déterminer si la partie a sciemment ciblé l'État en cause et si elle pouvait raisonnablement prévoir d'y être poursuivie en justice. Dans le contexte du commerce électronique, le critère du ciblage établit en définitive un compromis qui devrait profiter tant aux entreprises qu'aux consommateurs. Les entreprises jouiront de l'assurance que l'exploitation d'un site de commerce électronique ne les exposera pas nécessairement au risque d'être poursuivies n'importe où dans le monde. Elles pourront limiter plus efficacement leur exposition au risque juridique en ciblant seulement les pays où elles répondent aux exigences du droit local. Les consommateurs profiteront également de cette approche puisqu'ils seront assurés que les entreprises en ligne qui les ciblent pourront être tenues de répondre de leurs activités au regard de leur propre droit local.

Le critère est suffisamment souple pour permettre aux entreprises de prendre autant ou aussi peu de précautions qu'elles le jugent nécessaire. Par exemple, si une entreprise œuvre dans un domaine fortement réglementé ou hautement controversé, elle voudra probablement confiner ses activités à un nombre limité d'États et éviter ceux qui ne lui sont pas très familiers. Suivant le

nouvelles règles, le vendeur est tenu de fournir certains renseignements obligatoires à l'acheteur, à défaut de quoi l'acheteur peut demander l'annulation du contrat conclu par le biais d'Internet.

critère du ciblage, l'entreprise pourrait adopter une stratégie faisant appel à des mesures technologiques pour identifier la portée géographique de ses activités, tout en stipulant les restrictions appropriées dans ses documents contractuels. Inversement, les entreprises qui ont moins de préoccupations d'ordre juridique et qui souhaitent faire affaire à l'échelle mondiale sans égard aux frontières pourront continuer de poursuivre cet objectif en vertu du critère du ciblage. Ces entreprises feront affaire sans le soutien technologique des dispositifs de localisation géographique, avec tous les avantages et les obligations qui reviennent à une entreprise mondiale de commerce électronique.

Malgré ses avantages, un critère fondé sur le ciblage comporte tout de même des inconvénients potentiels. Premièrement, le critère accélère la création d'un cyberspace subdivisé. Bien qu'un cyberspace subdivisé présente certains avantages, il ouvre aussi la porte aux abus puisque les États peuvent utiliser des technologies permettant d'établir des frontières pour bloquer les influences extérieures et pour restreindre la liberté d'expression sur leur territoire¹⁸³. Deuxièmement, le critère du ciblage pourrait entraîner une limitation des choix offerts aux consommateurs puisque plusieurs vendeurs pourraient cesser de vendre à des consommateurs situés dans certains États en rapport avec lesquels l'analyse des risques effectuée par l'entreprise mène à la conclusion que les risques juridiques potentiels l'emportent sur les avantages.

La meilleure façon d'illustrer les avantages d'un critère fondé sur le ciblage consiste à déterminer comment le critère s'appliquerait aux trois affaires décrites au début du présent rapport. Les résultats auraient été les mêmes, mais l'analyse aurait été différente, et elle aurait donné aux tribunaux et aux entreprises une meilleure idée de l'emplacement des frontières.

Dans l'affaire *Yahoo! France*, l'entreprise plaidait avec insistance qu'elle ne devrait pas être assujettie à la compétence des tribunaux français parce que son site porte-étendard n'avait pas ciblé la France. Toutefois, l'application des trois facteurs du critère du ciblage porte à croire que le

¹⁸³ *Contra* : J. Ridenberg, « The Yahoo Case and the International Demoncratization of the Internet » (Fordham Law & Economics Research Paper No. 11, 2001), en ligne : http://papers2.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=267148, qui soutient que le zonage en ligne favorise la démocratie en permettant aux gouvernements démocratiquement élus de mettre en oeuvre des politiques qui touchent leurs citoyens à la fois en ligne et hors réseau.

jugement du tribunal français était bien fondé. En effet, Yahoo! utilise sur son site une page énonçant des modalités et conditions qui stipule que le site est régi par le droit américain, mais, comme l'a montré l'affaire *Ticketmaster*, les tribunaux ne reconnaissent pas toujours cette forme de contrat. En outre, l'entreprise n'employait aucun moyen technologique de localisation géographique des personnes qui accédaient à son site, et elle était vraisemblablement au courant que certaines de ces personnes étaient des résidents de la France. Bien que le résultat eût été le même, l'application d'un critère fondé sur le ciblage aurait fourni à l'entreprise un outil plus efficace pour évaluer les chances qu'un tribunal étranger se déclare compétent à son égard.

S'il avait appliqué le critère du ciblage dans l'affaire *iCraveTV*, le tribunal américain se serait peut-être quand même déclaré compétent à l'égard de l'entreprise, mais il l'aurait fait pour des motifs différents. Dans le cadre d'une analyse axée sur le ciblage, l'entreprise aurait invoqué les contrats qu'elle employait et aux termes desquels les utilisateurs déclaraient résider au Canada, de même que les moyens technologiques (plutôt perméables) qu'elle avait pris pour confiner son signal à l'intérieur du Canada. Un tribunal aurait probablement examiné les efforts déployés par *iCraveTV* et, observant que l'entreprise savait pertinemment que des résidents des États-Unis accédaient à son site et que ses mesures techniques étaient inefficaces, il se serait déclaré compétent. Cette affaire nous éclaire également sur les moyens qu'une entreprise semblable à *iCraveTV* pourrait prendre pour éviter d'être poursuivie à l'étranger, soit en prenant des mesures technologiques plus efficaces pour empêcher que son signal ne traverse la frontière.

Enfin, l'affaire du *World Stock Exchange* aurait également connu le même dénouement puisque l'on peut raisonnablement considérer que les promoteurs avaient ciblé des investisseurs dans la province et n'avaient pris aucune mesure technologique. En fait, compte tenu de la résidence des promoteurs dans la juridiction du tribunal saisi et de la preuve du ciblage d'investisseurs locaux, il fait peu de doutes que l'entreprise savait qu'elle menait des activités dans la province.

Le critère du ciblage ne modifiera pas systématiquement la solution aux questions de compétence, mais il fournira à toutes les parties une plus grande certitude juridique et des moyens plus efficaces d'évaluer le risque juridique. La tendance à recourir aux contrats et à la technologie

pour ériger des frontières virtuelles ne répondra peut-être pas à la question de savoir s'il y a un «_là_» là, mais elle nous aidera certainement à déterminer où ce «_là_» pourrait se trouver.