

# Vie privée et protection des renseignements personnels : revue de la jurisprudence 2017

Alexandre Thibeault et Antoine Guilmain\*

RÉSUMÉ / ABSTRACT .....	669
INTRODUCTION .....	671
1. AXE 1 : AFFAIRES <i>MARAKAH</i> / <i>JONES</i> ET MESSAGES	
TEXTES .....	673
1.1 Arrêt <i>Marakah</i> .....	673
1.1.1 Contexte .....	673
1.1.2 Décision .....	674
1.2 Arrêt <i>Jones</i> .....	678
1.2.1 Contexte .....	678
1.2.2 Décision .....	679
1.3 Observations .....	682

---

© Alexandre Thibeault et Antoine Guilmain, 2018.

\* Alexandre Thibeault, LL.M., est avocat au ministère de la Justice du Canada, « Centre du droit à l'information et à la protection des renseignements personnels ». Antoine Guilmain, LL.D., est avocat et membre du groupe national « Protection de l'information et de la vie privée » chez Fasken (Montréal). Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que les auteurs et ne représentent pas celles de leurs employeurs respectifs.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2. AXE 2 : AFFAIRE <i>DOUEZ</i> ET JURIDICTION . . . . .	683
2.1 Contexte . . . . .	684
2.2 Décision . . . . .	685
2.3 Observations . . . . .	690
3. AXE 3 : AFFAIRE <i>EQUUSTEK</i> ET TERRITORIALITÉ . . . . .	691
3.1 Contexte . . . . .	691
3.2 Décision . . . . .	693
3.3 Observations . . . . .	695
4. AXE 4 : AFFAIRE <i>TREB</i> ET CONCURRENCE . . . . .	697
4.1 Contexte . . . . .	697
4.2 Décision . . . . .	698
4.3 Observations . . . . .	701
5. AXE 5 : AFFAIRE <i>COMPU.FINDER</i> ET POURRIEL . . . . .	701
5.1 Contexte . . . . .	702
5.2 Décision . . . . .	702
5.2.1 Décision portant sur les violations de la Loi . . . . .	702
5.2.2 Décision portant sur la constitutionnalité de la Loi . . . . .	705
5.3 Observations . . . . .	709
CONCLUSION . . . . .	710

## **RÉSUMÉ**

Le présent article analyse plusieurs décisions en matière de vie privée et de protection des renseignements personnels, présentée par priorité et axes d'intérêt. Nous débuterons par les enjeux de vie privée et de messages textes (axe 1), puis par les questions de juridiction (axe 2) et de territorialité (axe 3), nous poursuivrons sur l'angle de la concurrence (axe 4) pour finir sur les aspects anti-pourriel (axe 5). Cette structure jalonne selon nous les moments importants de l'année 2017 en matière de vie privée et de protection des renseignements personnels – étant entendu que d'autres décisions et enquêtes, notamment du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et de la Commission d'accès à l'information du Québec, soulèvent également des questions intéressantes, mais écrire, c'est choisir, et choisir, c'est renoncer.

## **ABSTRACT**

The present article analyzes of several decisions regarding privacy and protection of personal information, presented by priority and axes of interest. We will begin with issues regarding privacy and text messages (axis 1), then questions of jurisdiction (axis 2) and territoriality (axis 3), we will continue on the angle of competition (axis 4) to finish with anti-spam aspects (axis 5). In our opinion, this structure lays out the key moments of 2017 in terms of privacy and protection of personal information – it being understood that other decisions and investigations, in particular by the Office of the Privacy Commissioner of Canada and the Quebec Access to Information Commission, also raise interesting questions, but writing is choosing, and choosing is giving up.

**MOTS-CLÉS**

Vie privée, protection des renseignements personnels, message électronique, pourriel, jurisprudence, jurisprudence (rétrospective), Canada, vie privée, violation de droits, recours, ordonnance Norwich, Mareva, compétence, Charte des droits.

## INTRODUCTION

Le millésime 2017 s'est annoncé petit par la production, mais grand par la qualité. C'est là un constat commun entre l'industrie viticole et le domaine de la vie privée et de la protection des renseignements personnels. La comparaison ne s'arrête pas là puisque le calendrier de l'un en dit long sur le parcours de l'autre :

- de janvier à mai, c'est le temps de la taille, de l'ouillage, du palissage, mais pas vraiment de bourgeons (de décisions) à l'horizon ;
- juin marque le début des festivités et rend hommage au proverbe : « en juin, prépare autant de tonneaux que tu compteras de jours beaux ». Le 23 et le 28 juin 2017, la Cour suprême du Canada fait belles vendanges en rendant deux arrêts très attendus sur des sujets contemporains : la possibilité de poursuivre un intermédiaire technique ailleurs qu'en Californie malgré ses conditions d'utilisation dans *Douez c. Facebook, Inc.*<sup>1</sup>, ainsi que les enjeux relatifs à la territorialité des injonctions et à la désindexation sur un moteur de recherche dans *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*<sup>2</sup> ;
- de juillet à septembre, l'heure est à l'éclaircissage, au traitement contre les parasites et à la surveillance : il y a de l'espoir dans la patience ;
- octobre, mois faste, c'est (enfin !) le temps de cueillir les raisins. Le 19 octobre 2017, dans les affaires *Compu.Finder*, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes s'en donne à cœur joie en se prononçant à la fois sur les conséquences et la constitutionnalité de la *Loi anti-pourriel*<sup>3</sup>. Une autre confir-

---

1. 2017 CSC 33 (ci-après « *Douez* »).

2. 2017 CSC 34 (ci-après « *Equustek* »).

3. 3510395 *Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Violations de la Loi canadienne anti-pourriel*, 19 octobre 2017 (C.R.T.C.), décision de conformité et enquêtes CRTC 2017-368 en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-368.htm>> (dernière consultation le 4 avril 2018) (ci-après « Décision de conformité 2017-368 »); 3510395 *Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder –*

mation du dicton « quand octobre est dans sa fin, dans la cuve est le raisin » ;

- novembre, on s'affaire à la pré-taille et au buttage, mais surtout c'est le moment de goûter le vin nouveau. Le « mal de la Saint Martin » sévit (soit l'abus de vin), ce qui justifie une période plus tranquille en matière de vie privée ; et
- décembre, la fin d'année est imminente, il faut s'aventurer dans les caves et vider les tonneaux. Encore une fois, la Cour suprême du Canada est au rendez-vous (avant l'heure même !), notamment par le biais de ses décisions rendues le même jour dans les affaires *R. c. Marakah*<sup>4</sup> et *R. c. Jones*<sup>5</sup>. On y précise la portée et l'application de la protection conférée par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la « Charte ») aux messages textes<sup>6</sup>. La Cour d'appel fédérale n'est pas en reste, en rendant, le premier du mois, son arrêt *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*<sup>7</sup>, à la croisée du droit de la concurrence et de la protection des renseignements personnels.

Au bout du compte, on peut lever son verre à l'année 2017 qui a été un beau millésime, avec une série de décisions « grand cru ». Il convient maintenant de ranger les bouteilles et de laisser place au sérieux. En l'occurrence, nous analyserons les décisions mentionnées ci-dessus, non pas par ordre chronologique, mais par priorité et axes d'intérêt.

Nous débuterons d'abord par les enjeux de vie privée et de messages textes (axe 1), puis par les questions de juridiction (axe 2) et de territorialité (axe 3), nous poursuivrons sur l'angle de la concurrence (axe 4) pour finir sur les aspects anti-pourriel (axe 5). Cette structure jalonne selon nous les moments importants de l'année 2017 en matière de vie privée et de protection des renseignements personnels – étant entendu que d'autres décisions et enquêtes, notamment du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et de la Commission d'accès à l'information du Québec, soulèvent également des questions

---

*Contestation constitutionnelle de la Loi canadienne anti-pourriel*, 19 octobre 2017 (C.R.T.C.), décision de conformité et enquêtes CRTC 2017-367, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-367.htm>> (dernière consultation le 4 avril 2018) (ci-après « Décision de conformité 2017-367 ») (ci-après conjointement les « affaires *Compu.Finder* »).

4. 2017 CSC 59 (ci-après « *Marakah* »).

5. 2017 CSC 60 (ci-après « *Jones* »).

6. Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

7. 2017 CAF 236 (ci-après « affaire *TREB* »).

intéressantes, mais écrire, c'est choisir, et choisir, c'est renoncer. Sur ce, on ne peut que vous souhaiter une agréable dégustation...

## **1. AXE 1 : AFFAIRES MARAKAH/JONES ET MESSAGES TEXTES**

Le 8 décembre 2017, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions très attendues, dans les affaires *Marakah*<sup>8</sup> et *Jones*<sup>9</sup>, entendues le même jour. Ces deux arrêts complémentaires ont tranché certaines questions liées à la portée et l'application de la protection conférée par l'article 8 de la *Charte* aux messages textes. Dans *Marakah*, la Cour s'est penchée en détail sur l'attente raisonnable d'un individu pour le respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation par message texte récupérée sur l'appareil du destinataire des messages en question. Nous concentrerons ici notre attention sur l'arrêt *Marakah*, qui traite exclusivement de la question de l'attente raisonnable au respect de la vie privée. Dans *Jones*, la Cour s'est également penchée sur l'attente raisonnable au respect de la vie privée, cette fois à l'égard des copies des messages textes conservées par un fournisseur de services de télécommunications. L'intérêt de cet arrêt pour le présent texte réside dans ses éléments portant sur le caractère privé des messages textes<sup>10</sup>.

### **1.1 Arrêt *Marakah***

#### **1.1.1 Contexte**

Les faits ayant donné lieu à la décision *Marakah* sont relativement simples<sup>11</sup>. En 2012, le Service de police de la Ville de Toronto a entamé une enquête sur des opérations illégales impliquant des armes à feu. Dans le cadre de cette enquête, le Service de police a procédé, en novembre 2012, à l'exécution de quatre mandats de perquisition visant trois adresses associées à M. Winchester, ainsi qu'une associée à M. Marakah<sup>12</sup>. À cette occasion, les autorités policières ont procédé

8. *Supra*, note 4.

9. *Supra*, note 5.

10. Nous sommes conscients que cet arrêt aurait aisément pu mériter un traitement individuel beaucoup plus approfondi. L'intérêt de l'arrêt *Jones* découle partiellement de la manière dont la Cour y dispose de certaines questions procédurales et techniques (par exemple, en ce qui a trait à la détermination de la forme d'auto-risation appropriée, en vertu du *Code criminel*, en vue de la saisie des messages textes conservés sur l'infrastructure d'un fournisseur de télécommunications).

11. *Supra*, note 4, par. 2.

12. *R. v. Marakah*, 2016 ONCA 542, par. 5-15 qui fournissent un excellent résumé des faits et de l'historique procédural.

à la saisie, puis à la fouille des téléphones cellulaires de M. Marakah et M. Winchester. Cette fouille a révélé des messages textes incriminants les deux individus dans une opération illégale de trafic d'armes à feu. Les autorités ont alors porté des accusations contre les deux hommes. Lors du procès, M. Marakah a contesté la validité du mandat de perquisition visant son domicile, de même que la saisie et la fouille de son téléphone cellulaire et de celui de M. Winchester. Le juge du procès a invalidé le mandat de perquisition exécuté au domicile de M. Marakah et a conclu que les messages textes récupérés sur son téléphone cellulaire ne pouvaient être utilisés contre lui. Il a toutefois conclu que M. Marakah n'avait pas d'attente raisonnable eu égard aux messages textes récupérés sur le téléphone cellulaire de M. Winchester et, par le fait même, n'avait pas qualité pour contester l'admissibilité en preuve de ces messages textes. Le juge du procès a donc admis en preuve ces messages textes et déclaré M. Marakah coupable d'infractions relatives aux armes à feu. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé cette décision, le juge La Forme étant dissident.

Devant la Cour suprême du Canada, la question à trancher était donc celle de savoir dans quelle mesure la protection conférée contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, prévue à l'article 8 de la *Charte*, s'applique aux messages textes se trouvant sur l'appareil du destinataire de ces messages. En d'autres termes, « [l]es Canadiens peuvent-ils raisonnablement s'attendre à ce que les messages textes qu'ils envoient demeurent privés, même après qu'ils soient parvenus à destination »<sup>13</sup> ?

### 1.1.2 *Décision*

Les juges majoritaires, sous la plume de la juge en chef McLachlin, ont reconnu qu'un individu pouvait bénéficier d'une attente raisonnable relativement aux messages textes récupérés sur l'appareil destinataire. Les juges majoritaires ont accueilli le pourvoi, annulé les déclarations de culpabilité et prononcé l'acquittement à l'égard de tous les chefs d'accusation<sup>14</sup>. Les juges majoritaires ont souligné, d'entrée de jeu, que « [la conclusion] qu'une conversation par message texte *peut*, dans certains cas, susciter une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne condui[ra] pas forcément à la conclusion selon laquelle un échange de messages électroniques fait *toujours* naître une telle attente »<sup>15</sup>. Les juges majoritaires ont précisé que la

13. *Marakah*, *supra*, note 4, par. 1.

14. *Id.*, par. 82.

15. *Id.*, par. 5.



détermination de « l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation par message » doit s'effectuer en appliquant le cadre d'analyse de l'ensemble des circonstances<sup>16</sup>. Les juges majoritaires ont procédé à cette analyse en s'inspirant des quatre questions suivantes : a) quel était l'objet de la prétendue fouille ? ; b) le demandeur avait-il un intérêt direct dans l'objet de la fouille ? ; c) le demandeur avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ? ; et d) dans l'affirmative, cette attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable<sup>17</sup> ?

En l'espèce, les juges majoritaires ont rejeté l'opinion que l'objet de la fouille en l'espèce aurait été le cellulaire de M. Winchester. Ils ont plutôt déterminé que cet objet visait la conversation électronique intervenue entre M. Marakah et M. Winchester<sup>18</sup>. Les juges ont repris avec approbation les propos de la juge Abella dans l'arrêt *R. c. Société Telus Communications* (ci-après « *Telus* »), ont précisé que « l'objet de la fouille est la conversation elle-même et non ses composantes »<sup>19</sup>, puis ont conclu que :

[L]orsqu'il s'agit de juger si l'art. 8 peut protéger les messages SMS ou d'autres messages textes, l'objet de la fouille est la conversation électronique entre l'expéditeur et le ou les destinataires. Cette protection englobe l'existence de la conversation, l'identité des participants, les renseignements échangés, ainsi que toute inférence que l'on peut tirer de ces renseignements quant aux fréquentations et aux activités des participants.<sup>20</sup>

En conséquence, les juges majoritaires ont conclu que M. Marakah avait un intérêt direct à l'égard des renseignements contenus dans la conversation électronique par message texte visé par la fouille du téléphone de M. Winchester, et qu'il s'attendait subjectivement à ce que la teneur de cette conversation demeure privée<sup>21</sup>. Cette

16. *Id.*, par. 10. Voir l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, selon lequel « [l]'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée [devait] être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances », dans une situation donnée.

17. Voir *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, par. 40.

18. *Marakah*, *supra*, note 4, par. 16-17.

19. *Id.*, par. 19. La juge Abella écrivait, au paragraphe 5 de l'arrêt *Telus*, 2013 CSC 16, que « [l]a messagerie texte est, essentiellement, une conversation électronique » et que « [l]es différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l'étendue de la protection accordée aux communications privées ».

20. *Marakah*, *supra*, note 4, par. 20.

21. *Id.*, par. 21 et 23.

attente subjective était objectivement raisonnable<sup>22</sup>, à la lumière de l'analyse du lieu de la fouille, du caractère privé de l'objet de cette fouille, ainsi que du contrôle du demandeur sur cet objet. En l'espèce, le lieu n'était « qu'un des multiples facteurs à soupeser »<sup>23</sup>. La majorité a conclu que les conversations électroniques sont « susceptibles de révéler une somme considérable de renseignements personnels », que l'espace privé protégeant ces renseignements contre les intrusions de l'État « s'étend bien au-delà de l'appareil mobile d'une personne » et que cet espace « peut englober les conversations électroniques par lesquelles on communique des renseignements personnels à d'autres personnes »<sup>24</sup>. Par conséquent, il était raisonnable de s'attendre à ce que des conversations électroniques demeurent privées<sup>25</sup>. Un contrôle partagé et non exclusif de la conversation électronique (en l'espèce, l'objet de la fouille) ne rend pas, en soi, déraisonnable l'attente de M. Marakah à l'égard de cette conversation. Il en va de même pour le risque que le destinataire, M. Winchester, ait pu divulguer les messages textes à autrui. Le contrôle effectif, dans le contexte d'une conversation électronique, peut prendre sa source dans « le choix du moyen de communication et du destinataire » et, de ce fait, M. Marakah exerçait en l'espèce un contrôle sur la conversation électronique<sup>26</sup>. Finalement, M. Marakah bénéficiait d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de sa conversation électronique avec M. Winchester, et il avait qualité pour agir en vertu de l'article 8 de la *Charte*<sup>27</sup>.

Les préoccupations d'ordre public soulevées dans le dossier ne suffisaient pas à écarter l'existence de l'attente raisonnable de M. Marakah à l'égard de la conversation électronique dans le cas à l'étude. À ce titre, rien dans le dossier « ne [laissait] croire que le système de justice ne peut s'adapter aux difficultés engendrées par la reconnaissance de la possibilité que certaines conversations par message texte fassent intervenir l'art. 8 de la *Charte* »<sup>28</sup>. Les juges majoritaires ont par la suite déclaré abusive la fouille ayant mené à la saisie des messages textes sur le téléphone de M. Winchester, puis

---

22. *Id.*, par. 54.

23. *Id.*, par. 30.

24. *Id.*, par. 37.

25. *Id.*

26. *Id.*, par. 40 et 45.

27. *Id.*, par. 54-55. Les juges majoritaires ont toutefois reconnu que leur décision à cet égard reflétait les faits particuliers de l'affaire et que « des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent » (par. 55).

28. *Id.*, par. 46-53.

exclu ces messages de la preuve à la suite de l'analyse que commande le paragraphe 24(2) de la *Charte*<sup>29</sup>.

Le juge Rowe, pour sa part, s'est rangé derrière l'approche générale de la juge McLachlin quant à la détermination de l'existence d'une attente raisonnable. Après avoir appliqué cette approche aux faits du dossier, le juge Rowe a également conclu que M. Marakah avait qualité pour agir<sup>30</sup>. Le juge Rowe a reconnu partager les préoccupations des juges dissidents relativement aux conséquences de cette décision sur la qualité pour agir<sup>31</sup>, mais, en dernière analyse, il a partagé l'avis de la juge McLachlin<sup>32</sup>.

Les juges Moldaver et Côté, dissidents, ont quant à eux conclu que M. Marakah ne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte récupéré sur le téléphone cellulaire de M. Winchester et, par conséquent, n'avait pas la qualité pour agir afin d'en contester l'admissibilité en preuve. Les juges dissidents auraient rejeté le pourvoi et confirmé les déclarations de culpabilité de M. Marakah<sup>33</sup>, sur la base d'un ensemble de considérations juridiques et de politique générale. Sur le plan juridique, les juges ont abordé le dossier sous l'angle de la qualité pour agir.

Les juges dissidents ont accordé, à l'étape de l'analyse de l'ensemble des circonstances, une grande importance au critère du contrôle par rapport à l'objet de la fouille. Ainsi, les juges écrivent « [qu'il] faut examiner la nature et la solidité du lien personnel de l'intéressé avec l'objet de la fouille pour juger du caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée personnelle », puis soulignent le caractère crucial de ce contrôle<sup>34</sup>. Après avoir reconnu que ce contrôle n'a pas à être exclusif ou direct<sup>35</sup>, les juges dissidents ont conclu « [qu'une] absence totale de contrôle constitue un motif convaincant de refuser de reconnaître la qualité pour agir »<sup>36</sup>. Les juges considèrent que M. Marakah n'exerçait, en l'espèce, aucun

29. *Id.*, par. 56-73. Nous ne nous pencherons pas ici sur ces éléments, pas plus que sur l'analyse, aux paragraphes 74 à 79, de la « disposition réparatrice » du sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

30. *Id.*, par. 88.

31. *Id.*, par. 89.

32. *Id.*, par. 90.

33. *Id.*, par. 199-200.

34. *Id.*, par. 113.

35. *Id.*, par. 131. Voir la discussion sur le contrôle non exclusif, aux paragraphes 132 à 135, puis celle sur le contrôle imputé, aux paragraphes 136 à 141.

36. *Id.*, par. 143.

contrôle sur les messages textes dans le téléphone de M. Winchester<sup>37</sup>. À la différence des juges majoritaires, les juges dissidents modulent leur interprétation de l'analyse de l'attente raisonnable en matière de vie privée en fonction des différents éléments d'une conversation par message texte. Ainsi, ils notent une différence entre l'interception d'une conversation par message texte (c.-à-d. au moment où le message texte est en train d'être acheminé vers le téléphone cellulaire du destinataire), la saisie d'un message texte stocké sur le téléphone cellulaire de son destinataire, ou encore la saisie de ce même message stocké sur le téléphone cellulaire de son auteur<sup>38</sup>. Par la suite, les juges dissidents notent leur désaccord quant à la manière dont les juges majoritaires ont abordé le caractère raisonnable de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée<sup>39</sup>. Les juges dissidents mettent également l'accent sur l'importance pour les particuliers, sujette à quelques exceptions, de pouvoir communiquer librement les renseignements sur lesquels ils exercent un contrôle exclusif<sup>40</sup>. Les juges Moldaver et Côté concluent leur dissidence en abordant certaines considérations de politique générale qui militent en faveur du refus d'accorder à M. Marakah la reconnaissance de la qualité pour agir<sup>41</sup>.

## 1.2 Arrêt *Jones*

### 1.2.1 Contexte

En 2009, le Service de police d'Ottawa a entamé une enquête sur la possession et le trafic d'armes à feu dans la région d'Ottawa. Dans le cadre de cette enquête, le Service de police a obtenu une ordonnance de communication visant Bell, Rogers et Telus. Cette ordonnance concernait, notamment, tout message texte envoyé ou reçu en lien avec un compte associé à M. Waldon. Telus a remis au Service de police des relevés révélant l'existence de messages textes

37. *Id.*, par. 145 et 148.

38. *Id.*, par. 145-147.

39. *Id.*, par. 149 à 172 : les juges abordent les questions du lieu et du contrôle exercé par M. Marakah sur les conversations par message texte, l'application de l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30 (ci-après « *Duarte* ») aux faits du dossier, puis sur la manière dont les juges majoritaires limitent leur analyse aux faits en l'espèce. Il est ici intéressant de noter, aux paragraphes 158 à 166, l'interprétation différente que proposent les juges majoritaires et les juges dissidents de l'application de l'arrêt *Duarte* à la pertinence – ou à son absence – de l'incapacité de M. Marakah à maîtriser ce que fait M. Winchester avec leur conversation (en d'autres termes, le risque qu'il la rende publique), dans le cadre de la détermination de l'attente raisonnable en matière de vie privée.

40. *Id.*, par. 173-177.

41. *Id.*, par. 178 à 196 : les juges discutent de considérations pratiques concernant l'application de la loi et l'administration de la justice pénale.

entre des comptes associés à M. Waldon et M. Jones et portant sur la vente d'armes à feu<sup>42</sup>. Sur la base de cet échange, le Service de police a obtenu une autorisation visée à la partie VI du *Code criminel* et portant sur certains téléphones associés aux suspects<sup>43</sup>. L'interception de communications en vertu de cette autorisation a permis l'obtention d'une seconde autorisation visée à la partie VI du *Code criminel*. L'interception de communications en vertu de cette seconde autorisation a mené à la délivrance et à l'exécution de mandats de perquisition. Les fruits de ces perquisitions ont mené au dépôt d'accusations pour trafic d'armes à feu et de drogues. M. Jones a été reconnu coupable de plusieurs infractions liées au trafic d'armes à feu et de drogues. Ces déclarations reposent, dans une large mesure, sur les messages textes obtenus de Telus en vertu de l'ordonnance de communication. Le juge du procès a conclu que M. Jones n'avait pas qualité pour contester cette ordonnance sur le fondement de l'article 8 de la *Charte*.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de M. Jones à l'encontre des déclarations de culpabilité<sup>44</sup>. Devant la Cour suprême, le pourvoi soulevait trois questions. Tout d'abord, M. Jones pouvait-il s'appuyer sur la thèse de la Couronne selon laquelle il était l'auteur des messages textes, afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard de ces messages textes, dans le cadre de sa demande fondée sur l'article 8 ? Le cas échéant, l'attente subjective de M. Jones au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable et, ce faisant, avait-il qualité pour contester l'ordonnance de communication ? Finalement, cette ordonnance permettait-elle au Service de police d'Ottawa de saisir les relevés de communication contenant des messages textes en possession de Telus<sup>45</sup> ?

### **1.2.2 Décision**

D'entrée de jeu, les juges majoritaires, sous la plume de la juge Côté, ont retenu l'approche élaborée dans *Marakah* en vue de qualifier l'objet de la fouille d'un message texte et conclu, à cet égard, qu'il s'agissait de la « conversation électronique » entre M. Jones et son complice<sup>46</sup>. Les juges ont conclu que M. Jones aurait dû pouvoir s'appuyer sur la thèse de la Couronne suivant laquelle il était l'auteur

42. Seul Telus conserve pendant une certaine période le contenu des messages textes envoyés ou reçus par ses abonnés.

43. En l'espèce, M. Jones avait envoyé les messages textes à partir d'un téléphone enregistré au nom de sa conjointe.

44. Voir *Jones, supra*, note 5, par. 1-7 et *R. v. Jones*, 2016 ONCA 543, par. 1-12.

45. *Jones, supra*, note 5, par. 8.

46. *Id.*, par. 14.

des messages textes afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l'objet de la fouille. Les juges majoritaires sont arrivés à cette conclusion sur la base que la démonstration de cette attente requiert une preuve relativement minime, et que cette conclusion s'accorde avec le principe protégeant un accusé contre l'auto-incrimination<sup>47</sup>.

Lors de la détermination du caractère objectif de l'attente subjective en matière de vie privée de M. Jones, les juges majoritaires avaient à répondre à la question de savoir si « l'expéditeur d'un message texte possède une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies de ce message texte conservées dans l'infrastructure du fournisseur de services »<sup>48</sup>. Sur ce point, les juges ont conclu qu'il était raisonnable, pour M. Jones, de s'attendre à ce que Telus « ne communiquerait à personne d'autre qu'au destinataire visé les [messages] textes qu'il envoyait »<sup>49</sup>. Le fait que M. Jones ait renoncé à exercer un contrôle direct sur ces messages ne suffit pas à écarter son attente raisonnable au respect de sa vie privée<sup>50</sup>. Par la suite, les juges majoritaires ont reconnu que l'absence d'une entente de confidentialité liant M. Jones à Telus ne suffisait pas à écarter cette attente raisonnable et à faire échec à sa prétention relative à la qualité pour agir en vertu de l'article 8 de la *Charte*<sup>51</sup>. Il en va de même eu égard au fait que l'ordonnance de communication ait visé le compte d'un tiers, dans la mesure où l'attente raisonnable de M. Jones quant au respect de sa vie privée visait les messages textes en possession du fournisseur de services de télécommunications, à titre d'intermédiaire<sup>52</sup>.

---

47. *Id.*, par. 19-34.

48. *Id.*, par. 35. Cette question est complémentaire à celle dans l'arrêt *Marakah*, à savoir la détermination du caractère raisonnable de l'attente subjective d'un individu en matière de vie privée à l'égard de renseignements contenus dans un message texte en possession du destinataire de ce message.

49. *Id.*, par. 37.

50. *Id.*, par. 45 : les juges majoritaires notent que cette conclusion « s'accorde avec les normes sociales actuelles, ainsi qu'avec une interprétation téléologique de l'art. 8 ».

51. *Id.*, par. 49 : l'absence d'une telle entente s'explique, en l'espèce, par le fait que M. Jones avait envoyé les messages textes saisis en application de l'ordonnance de communication à partir d'un téléphone enregistré au nom de sa conjointe. Au paragraphe 49, les juges se sont fondés sur la jurisprudence de la Cour afin de réitérer que la prudence était de mise lorsqu'il s'agit de « déterminer les conséquences [des dispositions d'un contrat d'adhésion] sur la reconnaissance d'une attente raisonnable au respect de la vie privée » (voir *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, par. 33), et ont souligné le caractère relatif de l'utilité des dispositions contractuelles aux fins d'une telle détermination (voir *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, par. 55).

52. *Jones, supra*, note 5, par. 52.

À la lumière de ces éléments, les juges majoritaires ont conclu à l'existence, pour M. Jones, d'une attente raisonnable en matière de vie privée, et lui ont reconnu qualité pour contester l'ordonnance de communication<sup>53</sup>.

Finalement, les juges majoritaires ont conclu que l'obtention, par le Service de police d'Ottawa, des relevés de communication contenant des messages textes ne constituait pas une « interception » au sens de la partie VI du *Code criminel*, notamment dû au fait que cette obtention ne visait pas la « communication *prospective* de messages textes *futurs* »<sup>54</sup>. Les juges majoritaires ont confirmé que l'ordonnance de communication constituait bel et bien la forme d'autorisation appropriée en vue de la saisie des messages textes « existants » auprès de Telus<sup>55</sup>. Par conséquent, la fouille et la saisie des messages textes de M. Jones ne portaient pas atteinte à ses droits garantis par l'article 8 de la *Charte*. Les juges majoritaires ont donc rejeté le pourvoi et confirmé la validité de l'ordonnance de communication.

Le juge Rowe s'est rallié aux conclusions des juges majoritaires, mais a formulé certaines remarques incidentes portant sur l'interception des messages textes pendant leur transmission<sup>56</sup>. La juge Abella souscrit, quant à elle, aux motifs des juges majoritaires relativement à l'attente raisonnable de M. Jones en matière de vie privée à l'égard des messages textes envoyés, de même qu'en ce qui a trait au fait que M. Jones avait qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'article 8 de la *Charte*<sup>57</sup>.

La juge Abella est toutefois dissidente quant à la décision des juges majoritaires relativement à l'autorisation de fouille et de saisie des messages textes de M. Jones au moyen d'une ordonnance de communication – par opposition à une autorisation sous le régime de la partie VI du *Code criminel*. Ainsi, elle rejette ce qu'elle considère être une approche « technique » de la majorité eu égard à la définition du concept d'« interception » au sens de cette partie, dans la mesure où le raisonnement de la majorité opère une distinction sur la base du

---

53. *Id.*, par. 55.

54. *Id.*, par. 56-81.

55. *Id.*, par. 81.

56. *Id.*, par. 83 : nous ne nous pencherons pas ici sur ces remarques puisqu'elles ne portent pas sur la détermination de l'attente raisonnable en matière de vie privée et que, selon le juge Rowe, ces remarques portent sur « une question qui n'est pas examinée dans les motifs du jugement, et qui n'a pas non plus été soulevée lors des débats ».

57. *Id.*, par. 90.

fait que les messages sont en transmission ou « existants »<sup>58</sup>. La juge Abella considère que le fait de mettre l'accent sur le caractère existant des messages textes visés « fait dépendre le droit des participants à ces messages au respect de leur vie privée des différences techniques qui existent entre les fournisseurs de services »<sup>59</sup> – comme mentionné précédemment, seul Telus conserve pendant une certaine période le contenu des messages textes envoyés ou reçus par ses abonnés<sup>60</sup>. Elle estime que cette approche s'écarte du contenu et de la nature du relevé des messages textes, lesquels portent sur une conversation électronique<sup>61</sup>. La juge Abella conclut, en l'espèce, que l'obtention des messages textes de M. Jones constituait une interception au sens de la partie VI du *Code criminel*. Elle aurait écarté ces messages obtenus au moyen de l'ordonnance de communication, annulé la déclaration de culpabilité et accueilli le pourvoi<sup>62</sup>.

### 1.3 Observations

Les arrêts *Marakah* et *Jones* font tous deux avancer la jurisprudence entourant la protection conférée par l'article 8 de la *Charte* à la messagerie textuelle. Dans ces arrêts, la Cour analyse, puis tranche des questions différentes, bien que complémentaires. Étudiés ensemble, ces arrêts apportent plus de certitude quant à la détermination d'une attente raisonnable en matière de vie privée eu égard aux messages textes en possession de leur destinataire (*Marakah*) ou d'un fournisseur de services de télécommunications (*Jones*).

Ces décisions ont également un impact sur la qualification du critère de qualité pour agir permettant à un individu de faire valoir ses droits prévus à l'article 8 de la *Charte* dans ces situations. Ainsi, dans l'arrêt *Marakah*, la Cour a reconnu qu'un individu bénéficiait d'une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses messages textes *sur l'appareil de leur destinataire*, et qu'il avait qualité pour en contester l'admissibilité en preuve, à l'étape du procès. Dans l'arrêt *Jones*, la Cour a reconnu qu'un individu bénéficiait d'une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux copies de ses messages textes *en possession du fournisseur de services de télécommunication*, et qu'il avait qualité pour en contester l'admissibilité

58. *Id.*, par. 104.

59. *Id.*, par. 108.

60. *Id.*, par. 108 : la juge Abella ajoute que « les outils technologiques qui permettent à l'État d'obtenir des copies de messages textes existants auprès de fournisseurs de services ne devraient pas déterminer l'étendue de la protection accordée à ces messages ».

61. *Id.*, par. 106.

62. *Id.*, par. 119.



en preuve. Pour parvenir à ce résultat, la Cour a retenu l'approche qui requiert une analyse de l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire. Par conséquent, des faits différents auraient pu mener à des résultats différents.

Les deux arrêts réitérent également l'approche visant à établir un lien direct entre l'individu et l'objet de la fouille, aux fins de l'analyse que commande l'article 8 de la *Charte*, dans le contexte de la saisie et de la fouille de messages textes. Conformément à sa position dans l'arrêt *Telus*, la Cour confirme que l'objet d'une telle fouille est la « conversation électronique » que ces messages visent à transmettre – et non les composantes de la conversation. Les deux décisions confirment également que le caractère non exclusif, voire non absolu, du contrôle d'un individu sur l'objet de la fouille d'une conversation par message texte ne suffit pas, à lui seul, à écarter l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée.

Les arrêts *Marakah* et *Jones* illustrent également la flexibilité d'adaptation du cadre d'analyse prévu à l'article 8 de la *Charte* eu égard à l'évolution rapide – et continue – des moyens technologiques grâce auxquels nous communiquons, et de nos habitudes à cet égard. Ils s'ajoutent aux arrêts récents de la Cour suprême portant sur l'application de la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'article 8 de la *Charte*<sup>63</sup>. Le caractère fouillé, détaillé et nuancé des longues dissidences dans *Marakah* et *Jones* suggère que les questions entourant la protection du caractère privé des conversations par messages textes continueront vraisemblablement de faire couler beaucoup d'encre, au fur et à mesure que les tribunaux canadiens continueront à en déterminer les balises. La nécessité d'analyser l'ensemble des circonstances particulières à chaque cas abonde dans le même sens.

## **2. AXE 2 : AFFAIRE DOUEZ ET JURIDICTION**

Le 23 juin 2017, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Douez*<sup>64</sup>. Cette affaire portait sur l'applicabilité d'une clause d'élection de for prévue aux conditions d'utilisation du réseau social Facebook.com, dans le cadre d'un litige opposant Deborah Louise Douez à Facebook, Inc. (ci-après « Facebook ») et découlant d'une contravention alléguée au *Privacy Act* de la Colombie-

63. Voir *Telus*, *supra*, note 19 (communication prospective de messages textes futurs stockés sur l'ordinateur d'un fournisseur de services) et *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77 (fouille d'un téléphone cellulaire accessoirement à l'arrestation d'un individu).

64. *Douez*, *supra*, note 1.

Britannique<sup>65</sup>. Dans sa décision, la majorité de la Cour a déclaré inexécutoire la clause d'élection de for à l'étude et confirmé la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à entendre l'affaire.

## 2.1 Contexte

M<sup>me</sup> Douez, résidente de la Colombie-Britannique, est membre de Facebook depuis 2007. En 2011, Facebook a lancé le produit publicitaire nommé « actualités sponsorisées », qui utilisait le nom et la photo de membres du réseau social afin de faire, prétendument à l'insu de ces membres, la publicité d'entreprises et de produits sur le site et ailleurs sur Internet<sup>66</sup>. Après avoir constaté l'utilisation de son nom et de sa photo de profil dans certaines « actualités sponsorisées », M<sup>me</sup> Douez a intenté, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action contre Facebook, au motif que l'entreprise aurait utilisé son nom et sa photo de profil à des fins publicitaires, et ce, sans son consentement. M<sup>me</sup> Douez a fondé son action sur le paragraphe 3(2) du *Privacy Act* de la Colombie-Britannique, qui prévoit que l'utilisation du nom ou de l'image d'autrui à des fins publicitaires, sans le consentement d'autrui, constitue un délit civil pouvant être poursuivi<sup>67</sup>. M<sup>me</sup> Douez a également demandé la certification d'un recours collectif au nom d'un groupe projeté englobant « tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée », ce qui équivaut à environ 1,8 million d'individus<sup>68</sup>.

Au stade préliminaire de l'affaire, devant la Cour suprême de Colombie-Britannique, Facebook a demandé la suspension de l'action intentée par M<sup>me</sup> Douez, sur la base de l'existence d'une clause d'élection de for prévue aux conditions d'utilisation de Facebook. Cette clause prévoyait essentiellement que l'utilisateur de Facebook consentait à ce que toute action en justice découlant de l'utilisation du site dût exclusivement être portée devant un tribunal du comté de Santa Clara, et que celle-ci serait régie par le droit de l'État de Californie (États-Unis)<sup>69</sup>. Facebook a également fait valoir, à titre subsidiaire, que la Colombie-Britannique était un *forum non conveniens* au sens

65. R.S.B.C. 1996, c. 373 (ci-après « *Privacy Act* »).

66. *Douez, supra*, note 1, par. 6.

67. Le paragraphe 3(2) du *Privacy Act* se lit ainsi : « [i]t is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose. »

68. *Douez, supra*, note 1, par. 7.

69. *Id.*, par. 8.

de l'article 11 de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (ci-après la « CJPTA »)<sup>70</sup>.

La juge de première instance a refusé de donner effet à la clause d'élection de for, rejeté la demande de suspension de Facebook, conclu qu'il n'était pas plus approprié qu'un tribunal de la Californie, plutôt que de la Colombie-Britannique, entende l'affaire, puis a rejeté la demande de suspension de Facebook. La juge de première instance a déterminé, dans sa décision très étoffée, que l'article 4 du *Privacy Act* de la Colombie-Britannique, qui confère compétence exclusive à la Cour suprême pour connaître d'une action intentée en vertu de la Loi, l'emportait sur la clause d'élection de for, dans la mesure où il existait des motifs sérieux relevant de l'intérêt public de ne pas appliquer cette clause<sup>71</sup>.

En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, déclaré la clause d'élection de for exécutoire et ordonné la suspension de l'instance sur le fondement de cette clause. La Cour d'appel a conclu à l'interprétation erronée de l'article 4 par la juge de première instance, et que le législateur n'avait vraisemblablement pas souhaité écarter, à travers le *Privacy Act*, les clauses d'élection de for<sup>72</sup>.

Devant la Cour suprême du Canada, les questions à trancher étaient celles de savoir s'il y avait lieu de suspendre l'action intentée par M<sup>me</sup> Douez sur la base de la clause d'élection de for, de même que la détermination de l'interaction entre les clauses d'élection de for et la CJPTA.

## 2.2 Décision

La majorité de la Cour, sous la plume des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon, a tout d'abord précisé que les clauses d'élection de for et la doctrine du *forum non conveniens* commandent des analyses différentes, et ce, malgré l'adoption de l'article 11 de la CJPTA. Les juges ont rappelé que cet article « codifie [...] intégralement la règle du *forum non conveniens* de la common law [et] n'admet aucune exception »<sup>73</sup>. Les juges précisent toutefois que cet article n'a pas

70. *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28. L'article 11 de cette loi encadre l'analyse, par un tribunal de Colombie-Britannique, du refus d'exercer sa compétence territoriale dans une affaire donnée.

71. *Douez, supra*, note 1, par. 10. Voir *Douez v. Facebook, Inc.*, 2014 BCSC 953.

72. *Douez, supra*, note 1, par. 14-15. Voir *Douez v. Facebook, supra*, note 71.

73. *Douez, supra*, note 1, par. 20. Voir également l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, par. 22.

pour but de codifier le test applicable aux clauses d'élection de for, notamment dans la mesure où il ne fait aucune mention des stipulations contractuelles liant deux parties<sup>74</sup>. Par conséquent, les juges concluent que le législateur n'a pas souhaité que la CJPTA remplace le test de common law applicable aux clauses d'élection de for et que celui-ci s'applique en l'espèce.

À cette étape, les juges majoritaires se penchent sur la manière d'appliquer ce test, retenu dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.* (ci-après l'arrêt « *Pompey* »), au contrat de consommation intervenu entre M<sup>me</sup> Douez et Facebook<sup>75</sup>. Ce test, développé et appliqué dans le contexte commercial, prévoit que lorsqu'aucune loi n'a préséance sur une clause d'élection de for, un tribunal doit entreprendre une analyse en deux temps afin de déterminer s'il doit ou non donner effet à cette clause. Ainsi, la partie qui invoque la suspension d'une instance sur la base d'une telle clause doit en établir la validité, la clarté, le caractère exécutoire et l'applicabilité à l'affaire dont le tribunal est saisi. Une fois la validité de la clause établie, le demandeur devra démontrer l'existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause et suspendre l'action<sup>76</sup>. Les juges en ont profité pour rappeler que ces considérations « ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial »<sup>77</sup>.

Les juges soulignent par la suite la différence entre les rapports commerciaux et les rapports de consommation et précisent qu'« [i]ndépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d'élection de for »<sup>78</sup>. Selon les juges, la différence des préoccupations que soulèvent les contrats de consommation de celles considérées dans l'arrêt *Pompey*, dans un contexte commercial, nécessite la prise en compte d'éléments différents dans l'application du critère des motifs sérieux<sup>79</sup>. Pour cette raison, les juges majoritaires ont décidé de modifier expressément ce critère, dans le contexte d'un contrat de consommation. À cet égard, les juges précisent que les considérations d'intérêt public touchant « l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre les parties et

74. *Douez, supra*, note 1, par. 20.

75. *Id.*, par. 23. Voir *Pompey*, 2003 CSC 27. Dans cet arrêt, la Cour a fait siens des éléments élaborés dans *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.).

76. *Douez, supra*, note 1, par. 28.

77. *Id.*, par. 31.

78. *Id.*, par. 33. Les juges citent ici l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties et les droits auxquels le consommateur renonce dans un contrat d'adhésion.

79. *Id.*, par. 35.

la nature des droits en jeu », feront partie de l'ensemble des circonstances dont un tribunal devra tenir compte afin de décider s'il est juste et raisonnable de donner effet à une clause d'élection de for, dans un tel contexte<sup>80</sup>.

Après avoir disposé de ces questions, les juges majoritaires appliquent leur analyse aux faits du dossier. Ils concluent tout d'abord que le texte du *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne suffit pas à écarter l'application de la clause d'élection de for entre M<sup>me</sup> Douez et Facebook<sup>81</sup>. Les juges majoritaires rejettent par la suite la prétention de M<sup>me</sup> Douez voulant que cette clause est invalide, mais concluent qu'elle s'est déchargée de son fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas y donner effet.

Afin de parvenir à cette dernière conclusion, les juges ont mis l'accent sur l'existence de considérations convaincantes et décisives touchant à l'intérêt public, à savoir (1) l'inégalité du pouvoir de négociation dans le contrat de consommation à l'étude, qui tient du contrat d'adhésion, et (2) l'intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent « dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels » tels que la vie privée<sup>82</sup>. Les juges majoritaires ont également tenu compte ici de considérations dites secondaires, soit l'intérêt de la justice et la question des frais et inconvénients liée à l'obligation de poursuivre Facebook en Californie<sup>83</sup>. Pour l'ensemble de ces motifs, les juges ont déclaré la clause d'élection de for inexécutoire et rétabli l'ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande de Facebook afin que la Cour suprême de Colombie-Britannique décline compétence pour entendre l'affaire.

La juge Abella a, quant à elle, rédigé des motifs concordants quant au résultat de la majorité, mais divergents quant à l'analyse. Ainsi, la juge Abella considère que la clause d'élection de for prévue

80. *Id.*, par. 38. Les juges prennent toutefois soin de mentionner que cette « inégalité flagrante du pouvoir de négociation » n'aura pas pour effet, à elle seule, d'établir l'existence de motifs sérieux – il ne s'agit plutôt que d'un des éléments pertinents à considérer (par. 39).

81. *Id.*, par. 43.

82. *Id.*, par. 52, 57, 58, 59, 63 et 64. Voir également l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, par. 24-25. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît le caractère quasi constitutionnel et la nature privilégiée des dispositions législatives visant à assurer le respect de la vie privée en droit canadien. Voir également l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, par. 19.

83. *Douez, supra*, note 1, par. 72-73.

à l'entente liant M<sup>me</sup> Douez et Facebook est inexécutoire suivant le premier critère du test de l'arrêt *Pompey* – et non pas en fonction de celui des motifs sérieux de ne pas donner application à la clause, tel que l'ont conclu les juges majoritaires. La juge Abella aborde ainsi la première étape du test en situant la clause au regard des principes du droit contractuel et dans le contexte contractuel à l'étude, à savoir un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne<sup>84</sup>. La juge Abella considère que ce type de contrat en ligne met à l'épreuve les principes traditionnels du droit contractuel et elle remet en question le caractère automatique du consentement « automatique » caractérisant la conclusion d'un accord « sur simple pression d'une touche de clavier »<sup>85</sup>. La juge Abella précise ensuite que les considérations liées à l'ordre public l'emporteront sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d'une clause d'élection de for « lorsqu'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu'a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s'il s'agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels »<sup>86</sup>. La juge Abella conclut par la suite que le *Privacy Act* de la Colombie-Britannique confère à la Cour suprême de la province la compétence exclusive, et ce, à l'encontre de tout autre tribunal. Elle estime par ailleurs que donner effet à la clause d'élection de for dans un contrat de consommation et empêchant un individu de saisir d'une affaire un tribunal désigné par la loi irait à l'encontre de l'ordre public<sup>87</sup>. Finalement, la juge Abella a déterminé que la doctrine de l'iniquité s'appliquait en l'espèce, dû à l'inégalité du pouvoir de négociation entre Facebook et M<sup>me</sup> Douez, de même qu'à l'injustice qui résulterait de l'obligation, pour cette dernière, de faire valoir toute réclamation contre Facebook en Californie<sup>88</sup>. Pour l'ensemble de ces raisons, la juge Abella a conclu au caractère inexécutoire de la clause d'élection de for.

Les juges McLachlin, Moldaver et Côté, dissidents, auraient conclu que l'action intentée contre Facebook par M<sup>me</sup> Douez aurait dû faire l'objet d'une suspension d'instance, conformément aux dispositions du contrat intervenu entre les parties. Les juges dissidents, sous la plume des juges McLachlin et Côté, considèrent qu'il n'existe pas de besoin de rompre avec les principes établis du droit international privé concernant les clauses d'élection de for, et que la question à

---

84. *Id.*, par. 94-99.

85. *Id.*, par. 99.

86. *Id.*, par. 104.

87. *Id.*, par. 107-108.

88. *Id.*, par. 112-116.

trancher en l'espèce était celle de savoir si M<sup>me</sup> Douez avait établi des motifs sérieux de ne pas donner effet à cette clause, dans l'entente la liant à Facebook, conformément au second critère du test de l'arrêt *Pompey*<sup>89</sup>. Les juges dissidents ont par la suite déterminé que l'arrêt *Pompey* continuait de s'appliquer lorsqu'un tribunal est appelé à se prononcer sur une clause d'élection de for, et que la CJPTA n'a pas préséance sur les principes de common law sous-tendant l'application d'une telle clause<sup>90</sup>. Lors de l'analyse de la première étape du test de l'arrêt *Pompey*, les juges dissidents ont considéré que Facebook s'était acquitté de son fardeau d'établir que la clause d'élection de for à l'étude était exécutoire et qu'elle s'appliquait dans les circonstances<sup>91</sup>. Les juges rejettent ici les arguments de M<sup>me</sup> Douez voulant que la clause était invalide ou inapplicable à son égard puisque non portée à son attention<sup>92</sup>, parce que les conditions d'utilisation de Facebook ne seraient pas claires<sup>93</sup>, ou encore parce que le *Privacy Act* de la Colombie-Britannique rendrait la clause inexécutoire<sup>94</sup>. Les juges rejettent également l'argument de la juge Abella selon lequel la clause serait contraire à l'ordre public<sup>95</sup>. Pour ces motifs, les juges dissidents ont conclu à la validité et à l'applicabilité de la clause d'élection de for. Après avoir procédé à l'analyse du second critère de l'arrêt *Pompey*, les juges dissidents ont conclu que M<sup>me</sup> Douez n'avait pas établi l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause d'élection de for prévue à l'entente la liant à Facebook<sup>96</sup>. En effet, les juges ont considéré qu'aucune des considérations spécifiquement retenues par la Cour dans *Pompey* n'établissait de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for à laquelle M<sup>me</sup> Douez avait consentie<sup>97</sup>. Les juges dissidents ont par la suite refusé de modifier le critère des motifs sérieux de l'arrêt *Pompey* afin de tenir compte de « l'inégalité intrinsèque des parties ou de l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur », ou encore de renverser le fardeau de preuve

89. *Id.*, par. 125.

90. *Id.*, par. 131.

91. *Id.*, par. 134-135.

92. *Id.*, par. 136 et 137. Les juges précisent ici que l'*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10 prévoit qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée.

93. *Id.*, par. 140. Les juges considèrent que « [l]e contrat est incontestablement clair ».

94. *Id.*, par. 142. Les juges considèrent qu'aucun élément du libellé de l'article 4 du *Privacy Act* ne « donne à penser qu'il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide ».

95. *Id.*, par. 147 et 148. Les juges estiment qu'un tribunal ne saurait invalider une stipulation contractuelle « pour le seul motif qu'elle serait contraire à l'ordre public dans l'abstrait » et que les clauses d'élection de for procèdent de considérations d'intérêt public, en ce qu'elles contribuent à « accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières ».

96. *Id.*, par. 176.

97. *Id.*, par. 170. Voir également les paragraphes 162 à 169.

quant à l'existence de tels motifs, dans les cas où un consommateur conclurait un contrat d'adhésion<sup>98</sup>. Pour l'ensemble de ces raisons, les juges dissidents auraient conclu que la clause d'élection de for était valide et exécutoire et que M<sup>me</sup> Douez ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet<sup>99</sup>. Les juges auraient donc rejeté le pourvoi et convenu, avec la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que l'affaire aurait dû faire l'objet d'une suspension d'instance.

### 2.3 Observations

Dans l'arrêt *Douez*, la Cour suprême du Canada s'est penchée, pour la première fois, sur la manière dont il convient d'appliquer le test de l'arrêt *Pompey* aux clauses d'élection de for dans le contexte d'un contrat de consommation conclu en ligne. La Cour précise ainsi certains éléments dont un tribunal devra tenir compte lors de l'analyse des motifs sérieux pour et pour lesquels il pourra refuser de donner effet à une telle clause. Ainsi, la Cour s'écarte, dans *Douez*, de l'interprétation et de l'application restrictive de ces motifs, tel que c'est le cas dans le domaine commercial. À cet égard, la Cour confirme qu'un contrat de consommation ne soulève pas les mêmes préoccupations qu'un contrat commercial, sur la base de laquelle l'analyse des motifs sérieux fut élaborée. La décision fournit des précisions quant aux considérations qui seront, dans ce contexte « convaincantes et décisives touchant à l'intérêt public ». La Cour priorise ainsi le critère de l'inégalité du pouvoir de négociation dans le contrat de consommation, de même que l'intérêt à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui touchent aux droits constitutionnels ou quasi constitutionnels. Tous les litiges opposant un individu au Canada et une entreprise du Web à l'étranger n'impliqueront toutefois pas de tels droits. Dans une perspective pratique, cette décision est susceptible d'introduire, au sein de l'environnement commercial numérique, une relative incertitude quant au caractère exécutoire des clauses d'élection de for impliquant des consommateurs canadiens, lorsqu'elles sont prévues dans ce qui s'apparente à un contrat d'adhésion. Cette décision est également susceptible de remettre en question, dans ce contexte précis – et dans une certaine mesure seulement – l'efficacité de l'obtention d'un consentement à l'applicabilité d'une clause d'élection de for, par le biais d'un simple clic en ligne. Finalement, si l'on se fie aux motifs concordants et dissidents des juges de la Cour

98. *Id.*, par. 171-175.

99. *Id.*, par. 177.



dans l'arrêt *Douez*, les questions y étant soulevées continueront vraisemblablement à défrayer la chronique.

### **3. AXE 3 : AFFAIRE EQUUSTEK ET TERRITORIALITÉ**

Le 28 juin 2017, dans *Equustek*<sup>100</sup>, la Cour suprême du Canada confirme le droit d'une partie lésée d'obtenir une injonction à portée mondiale forçant un moteur de recherche, en l'occurrence celui de Google, à supprimer de ses résultats de recherche les sites Internet promouvant la vente de produits contrefaits.

#### **3.1 Contexte**

À l'origine, Equustek Solutions Inc. (ci-après « Equustek ») intente une action en commercialisation trompeuse contre l'un de ses distributeurs, le groupe défendeur Datalink, car ce dernier réétiquetterait ses produits en les faisant passer pour les siens, en plus d'utiliser les secrets commerciaux d'Equustek pour concevoir et vendre un produit concurrent. Dans ce contexte, Equustek se voit accorder une injonction interlocutoire pour protéger ses intérêts en attendant le procès. Datalink ne tient pas compte des ordonnances, quitte la province de la Colombie-Britannique et décide de continuer ses activités à partir d'un lieu inconnu, par l'entremise de son site Internet. Plus exactement, Datalink vend lesdits produits sur différents sites Internet et, ensuite, mise sur l'indexation sur différents moteurs de recherche, dont celui de Google Inc. (ci-après « Google »), pour diriger de potentiels clients vers son propre site Internet.

Compte tenu de cette situation, Equustek réclame à Google, en tant que « joueur dominant sur le marché des moteurs de recherche »<sup>101</sup>, de supprimer l'indexation des sites Internet de Datalink. Google consent seulement à supprimer 345 adresses URL des résultats de recherche, ce qui est perçu comme insuffisant par Equustek : d'un côté, Datalink transvasait le contenu des pages désindexées sur Google vers d'autres pages toujours indexées (l'image du jeu tape-taupe est à cet égard évocatrice)<sup>102</sup>, d'autre part, la suppression des adresses URL ne s'étend qu'à google.ca sans viser les autres extensions du moteur de recherche (incluant google.com).

Equustek s'adresse alors à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour obtenir une injonction interlocutoire empêchant

100. *Supra*, note 2.

101. *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, 2015 BCCA 265, par. 19.

102. *Id.*, par. 25.

Google d'inclure les sites Internet de Datalink dans les résultats de recherche à l'échelle mondiale. Dans sa décision du 13 juin 2014, *Equustek Solutions Inc. c. Jack*<sup>103</sup>, la juge Fallon accède à cette requête et ordonne que « [d]ans les quatorze jours suivants la date du jugement, Google Inc. doit cesser de permettre l'utilisation de fonctions d'indexation et de référence, dans les résultats de recherche obtenus grâce à ses moteurs de recherche sur Internet, relativement aux sites Internet mentionnés dans l'Annexe A, y compris quant à toutes les sous-pages et tous les sous-répertoires de ces sites Internet, jusqu'à la conclusion de l'instruction de l'action ou jusqu'à ce que le tribunal émette une autre ordonnance »<sup>104</sup>.

Google interjette appel de cette décision auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il s'agit essentiellement de savoir si les tribunaux de la Colombie-Britannique sont habilités à rendre une décision contre une société non résidente et non partie à l'action, et s'ils peuvent imposer des restrictions quant aux activités d'une telle société à l'extérieur du Canada. Le 11 juin 2015, le juge Groberman rejette ultimement l'appel de Google, en considérant que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a compétence *in personam* sur Google au regard des motifs suivants :

- en vertu de la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*<sup>105</sup>, la compétence territoriale sur l'action en cause est suffisante pour établir le pouvoir des tribunaux de la Colombie-Britannique d'émettre une injonction contre Google ;
- les services de référencement offerts par Google permettent d'établir un lien entre les produits contrefaits et les potentiels consommateurs, ils sont donc substantiellement reliés au fond de l'instance (« *substantially connected to the substance of the lawsuit* »)<sup>106</sup> ;
- Google – bien que n'ayant ni serveurs, ni bureaux, ni employés en Colombie-Britannique – fait des affaires en Colombie-Britannique (en collectant des données en Colombie-Britannique, en diffusant des publicités qui ciblent des utilisateurs de Google en Colombie-Britannique, en vendant des espaces publicitaires aux entreprises en Colombie-Britannique, etc.)<sup>107</sup>.

103. 2014 BCSC 1063.

104. *Id.*, par. 31.

105. *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, SBC 2003, c. 28.

106. *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, *supra*, note 101, par. 51.

107. *Id.*, par. 51-56.

Google dépose alors une demande d'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada, autorisée en février 2016<sup>108</sup>. Le 28 juin 2017, la Cour suprême du Canada rejette finalement le pourvoi de Google (sept juges contre deux) et confirme l'ordonnance prononcée le 13 janvier 2014 par la Cour suprême de la Colombie-Britannique<sup>109</sup>. Comme le souligne la Cour suprême du Canada, « il s'agit de déterminer s'il serait juste et équitable d'accorder l'injonction eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire »<sup>110</sup>.

### 3.2 Décision

Les juges majoritaires, sous la plume de la juge Abella, notent d'abord que la décision d'accorder une injonction interlocutoire est de nature « discrétionnaire » et fait appel à des pouvoirs « illimités », sous réserve de toute restriction législative<sup>111</sup>. Par la suite, ils réitèrent le critère à trois volets pour déterminer si un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'octroyer une injonction interlocutoire, soit : (i) existe-t-il une question sérieuse à juger ?; (ii) la personne sollicitant l'injonction subirait-elle un préjudice irréparable si cette mesure n'était pas accordée ?; et (iii) la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle l'octroi ou le refus de l'injonction interlocutoire<sup>112</sup> ? La majorité conclut que ces trois exigences sont respectées dans le cas de l'affaire *Equustek*.

Précisément, le plus haut tribunal du pays répond à trois arguments de Google de la manière suivante. D'abord, les tiers peuvent tout à fait faire l'objet d'une injonction interlocutoire, y compris les moteurs de recherche, s'ils facilitent (même involontairement) le préjudice subi<sup>113</sup>. Les ordonnances de type *Norwich* ou les injonctions *Mareva* répondent à cette même logique<sup>114</sup>. Plus avant, l'injonction interlocutoire en l'espèce découle du fait que le concours de Google est nécessaire pour ne pas faciliter la violation d'ordonnances judiciaires par Datalink et causer un préjudice irréparable à *Equustek*<sup>115</sup>.

Ensuite, la majorité souligne qu'un tribunal peut accorder une injonction dictant la conduite de la personne visée « n'importe où dans le monde », sous réserve que ce soit nécessaire pour en assurer

108. *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc. et al.*, 2016 CanLII 7602 (CSC).

109. *Equustek*, *supra*, note 2.

110. *Id.*, par. 1.

111. *Id.*, par. 22-23.

112. *Id.*, par. 25.

113. *Id.*, par. 28-30.

114. *Id.*, par. 31-35.

115. *Id.*, par. 25.

l'efficacité et de la compétence personnelle<sup>116</sup>. Ce constat se vérifie d'autant plus que, selon la majorité, « le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale », « l'Internet n'a pas de frontières – son habitat naturel est mondial », et que « la seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement »<sup>117</sup>.

Finalement, les juges majoritaires considèrent l'argument de Google selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale comme étant « théorique »<sup>118</sup> : d'une part, la plupart des pays perçoivent « la vente de produits piratés comme une transgression du droit positif »<sup>119</sup>, d'autre part, Google n'a pas fait la preuve démontrant qu'elle doit contrevenir aux lois d'un autre pays, et notamment porter atteinte à la liberté d'expression, pour se conformer à l'injonction en cause<sup>120</sup>. La majorité ajoute sur ce dernier point qu'il n'est pas « reconnu que la liberté d'expression exige qu'on facilite la vente illégale de biens »<sup>121</sup>.

Au bout du compte, bien que Google ne soit aucunement responsable du préjudice, les circonstances font en sorte que Google joue un rôle déterminant en l'espèce en permettant au préjudice de se produire. Dans ce contexte, l'injonction interlocutoire apparaît pour la majorité comme étant « la seule façon efficace de réduire le préjudice causé à Equustek jusqu'à ce que le litige sous-jacent soit réglé [...] et puisque le préjudice subi par Google en contrepois est minime, voire inexistant, l'injonction interlocutoire devrait donc être confirmée »<sup>122</sup>.

Les juges dissidents Côté et Rowe sont d'avis que l'injonction contre Google n'aurait pas dû être accordée au nom de la retenue judiciaire, sans pour autant remettre en question la compétence des tribunaux concernant la portée des injonctions<sup>123</sup>. Ils soulignent d'abord que l'ordonnance visant Google donne à Equustek une réparation en *equity* supérieure à celle sollicitée contre Datalink et lui accorde une réparation additionnelle de nature finale : « [p]lutôt que de simplement exiger la modification des sites Web de Datalink, cette ordonnance prévoit la cessation complète de ses activités au moyen

---

116. *Id.*, par. 38.

117. *Id.*, par. 41.

118. *Id.*, par. 44.

119. *Id.*

120. *Id.*, par. 46-47.

121. *Id.*, par. 48.

122. *Id.*, par. 53.

123. *Id.*, par. 55.

de tout site Web »<sup>124</sup>. De plus, il n'a pas été établi avec certitude que Datalink a conçu et vendu des versions contrefaites de son produit ou que cela a causé une contrefaçon de marque de commerce et une appropriation illégale de secrets commerciaux<sup>125</sup>. Par ailleurs, les juges dissidents considèrent que Google ne joue aucun rôle dans la violation par Datalink de l'ordonnance judiciaire<sup>126</sup>. En outre, l'ordonnance visant Google nécessite des modifications et une supervision continues parce que Datalink met en service de nouveaux sites Internet pour remplacer ceux qui sont déréférencés. Selon la dissidence, « les tribunaux devraient éviter d'accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd de mise à jour sous supervision judiciaire »<sup>127</sup>. Enfin, les juges dissidents remettent en question l'efficacité de l'injonction visant Google, particulièrement car les sites Internet de Datalink demeurent accessibles par le biais d'autres moteurs de recherche<sup>128</sup>, tout en indiquant qu'il existait d'autres recours juridiques appropriés<sup>129</sup>.

### 3.3 Observations

D'aucuns pourraient s'interroger sur la place (voire la pertinence) de l'arrêt *Equustek* dans une revue de jurisprudence dédiée aux enjeux de vie privée et de protection des renseignements personnels. En effet, en fin de compte, cette affaire porte avant tout sur la portée territoriale des injonctions dans un contexte de vente de produits contrefaits. Ce constat, qui n'est pas faux en soi, ne tient néanmoins pas compte des répercussions potentielles de cette affaire sur le domaine de la protection des renseignements personnels. Tout d'abord, cet arrêt – tout comme l'affaire *Douez* – pose la question de l'exercice réel et effectif des droits à l'heure des technologies de l'information et des nouveaux modèles d'affaires<sup>130</sup>. Il convient ici de réitérer le constat de la Cour suprême du Canada selon lequel « le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale » et « l'Internet n'a pas de frontières – son habitat naturel est mondial »<sup>131</sup>. Cette observation et

124. *Id.*, par. 62.

125. *Id.*, par. 66.

126. *Id.*, par. 68-74.

127. *Id.*, par. 76.

128. *Id.*, par. 79.

129. *Id.*, par. 81.

130. Voir notamment Antoine GUILMAIN, Karl DELWAIDE et Antoine AYLWIN, « “Un signal fort en matière de commerce électronique et de protection de la vie privée” venu du Canada », *Lemonde.fr*, 5 juillet 2017, en ligne : <[http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/07/05/un-signal-fort-en-matiere-de-commerce-electronique-et-de-protection-de-la-vie-privee-venu-du-canada\\_5155762\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/07/05/un-signal-fort-en-matiere-de-commerce-electronique-et-de-protection-de-la-vie-privee-venu-du-canada_5155762_3232.html)> (dernière consultation le 4 avril 2018).

131. *Equustek, supra*, note 2, par. 41.

la position qui en découle ne manqueront pas d'inspirer les tribunaux canadiens, particulièrement, nous semble-t-il, dans un contexte de flux transfrontaliers de renseignements personnels<sup>132</sup>.

Ensuite, il faut souligner que cette décision s'apparente à une sorte de « clin d'œil » à la notion de « droit à l'oubli » découlant de l'arrêt *Google Spain*<sup>133</sup> et directement intégré dans la nouvelle réglementation européenne de protection des données personnelles<sup>134</sup>. En effet, l'un des enjeux importants de cette affaire porte sur la portée territoriale du déréférencement, qui doit être effectif sur toutes les extensions du moteur de recherche, incluant le « .com », à défaut d'avoir un déréférencement partiel et donc inefficace<sup>135</sup>. En ce sens, on peut dire que penser le « droit à l'oubli », dans son acception « droit au déréférencement », au Canada, c'est automatiquement considérer cet arrêt *Equustek*. Notons à ce propos que les décisions *A.T. c. Globe24h.com*<sup>136</sup> de la Cour fédérale et *C.L. c. BCF Avocats d'affaires*<sup>137</sup> de la Commission d'accès à l'information du Québec sont incontournables, de même que le récent Projet de position sur la réputation en ligne du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada<sup>138</sup> (semblant suggérer que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>139</sup> intégrerait déjà une forme de « droit à l'oubli »)<sup>140</sup>. Il y a finalement un enjeu de liberté d'expression qui a

132. Voir notamment Alex CAMERON *et al.*, « La Cour suprême du Canada confirme une injonction à l'échelle mondiale restreignant certains résultats de recherche de Google », *Fasken Bulletin Protection de l'information et de la vie privée*, 6 juillet 2017.

133. *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, Affaire C-131/12, arrêt, 13 mai 2014, en ligne : <[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_106320/fr/?rec=RG&jur=C&anchor=201405C0139#201405C0139](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/fr/?rec=RG&jur=C&anchor=201405C0139#201405C0139)> (consulté le 4 avril 2018).

134. *Règlement général sur la protection des données*, n° 2016/679/UE, avril 2016, art. 17.

135. Voir Antoine GUILMAIN et Karl DELWAIDE, « Une trilogie jurisprudentielle sur le "droit à l'oubli" au Canada », (2017) 29:2 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 431.

136. 2017 CF 114.

137. 2016 QCCA 114.

138. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Projet de position du Commissariat sur la réputation en ligne*, 26 janvier 2018, en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultation-sur-la-reputation-en-ligne/pos\\_or\\_201801/](https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultation-sur-la-reputation-en-ligne/pos_or_201801/)> (dernière consultation le 4 avril 2018)

139. L.C. 2000, c. 5.

140. Voir à ce sujet Antoine GUILMAIN, Antoine AYLWIN et Karl DELWAIDE, « Droit à l'oubli : deux solitudes entre le Québec et le reste du Canada ? », *Le Devoir*, 1<sup>er</sup> février 2018, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/opinion/idees/518994/droit-a-l-oubli-deux-solitudes-entre-le-quebec-et-le-reste-du-canada>> (dernière consultation le 4 avril 2018).

été relativement peu pris en compte par la Cour suprême du Canada, mais également de perception transnationale des droits fondamentaux<sup>141</sup>. Au bout du compte, cet arrêt *Equustek* est un matériel brut qui présente toutefois un énorme potentiel pour les décisions futures en matière de vie privée.

#### **4. AXE 4 : AFFAIRE *TREB* ET CONCURRENCE**

Le 1<sup>er</sup> décembre 2017, dans l'affaire *TREB*<sup>142</sup>, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur les interactions entre la protection des renseignements personnels et les pratiques en matière de concurrence, tout en offrant une analyse intéressante sur la notion de consentement.

##### **4.1 Contexte**

Le Toronto Real Estate Board (ci-après « *TREB* »), une société à but non lucratif ontarienne, gère un système en ligne qui recueille et distribue des renseignements immobiliers à ses quelque 46 000 membres. Particulièrement, cette base de données compile des renseignements sur les propriétés résidentielles à vendre dans la région du Grand Toronto, tels que l'adresse, le prix demandé, des photographies intérieures et extérieures, le temps écoulé avant la vente ainsi que l'état de l'inscription, etc.<sup>143</sup>. Ces renseignements sont consignés par les courtiers membres du *TREB* et sont affichés presque instantanément sur cette base de données. Les membres du *TREB* ont pleinement accès à la base de données en tout temps<sup>144</sup>.

Alors que le *TREB* transmet par voie électronique un certain nombre de données à ses membres afin qu'ils puissent alimenter leurs propres sites Internet, plusieurs renseignements provenant de la base de données sont exclus. Ces membres sont alors contraints de communiquer ces derniers renseignements à leurs clients par des canaux traditionnels (vive voix, courrier ou télécopieur), sans pouvoir les transmettre par le biais de moyens plus modernes, tels que le « bureau virtuel sur Internet » (ci-après « *BVI* »)<sup>145</sup>.

141. Eloise GRATTON, « Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.: Supreme Court Gives the Green Light to Global Orders to Take Down Search Results », 5 juillet 2017, en ligne : <<http://www.eloisegratton.com/blog/2017/07/05/%E2%80%8Bgoogle-inc-v-equustek-solutions-inc-supreme-court-gives-the-green-light-to-global-orders-to-take-down-search-results/>> (dernière consultation le 4 avril 2018).

142. *Supra*, note 7.

143. *Id.*, par. 5.

144. *Id.*

145. *Id.*, par. 6.

Aussi, en mai 2011, le commissaire de la concurrence présente une demande au Tribunal de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance interdisant les actes du TREB liés à la distribution restrictive des données numérisées sur la base du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*<sup>146</sup>. Le commissaire considère que cette pratique du TREB exclut, empêche ou entrave l'émergence d'offres de services ou de modèles commerciaux novateurs en matière de courtage immobilier résidentiel<sup>147</sup>.

À la suite de quelques atermoiements<sup>148</sup>, le Tribunal de la concurrence rend en avril 2016 une ordonnance accueillant, en partie, la demande du commissaire<sup>149</sup>. En substance, le Tribunal considère que les restrictions quant à la distribution des données empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence, ne sont pas justifiées par un quelconque droit d'auteur et ne reflètent pas un souci de protection des renseignements personnels. Le TREB interjette alors appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale, qui doit trancher des questions touchant respectivement au droit de la concurrence<sup>150</sup>, au droit d'auteur<sup>151</sup> et à la protection des renseignements personnels<sup>152</sup>. Au bout du compte, la Cour d'appel fédérale rejette l'appel de TREB en considérant que le Tribunal de la concurrence n'a commis aucune erreur de droit. Malgré l'intérêt des développements quant aux aspects de concurrence et de droit d'auteur, nous concentrerons nos propos sur l'analyse de la Cour d'appel fédérale en matière de protection des renseignements personnels.

## 4.2 Décision

En substance, le TREB tente de justifier ses pratiques restrictives quant à la communication des données de deux façons : d'une

146. L.R.C. 1985, c. C-34.

147. *TREB*, *supra*, note 7, par. 7.

148. *Id.*, par. 8.

149. *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 CACT 7.

150. *TREB*, *supra*, note 7, par. 35 : « [l]e Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le TREB avait sensiblement diminué la concurrence, au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence* ? »

151. *Id.* : « [l]e paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* empêche-t-il le TREB et l'ACI d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS ? Sinon, le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son examen du droit d'auteur invoqué par le TREB ? »

152. *Id.* : « [l]e Tribunal a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales du TREB à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale dont il peut être tenu compte dans l'analyse qu'appelle l'alinéa 79(1)b) ? »



part, en alléguant qu'il s'agit d'une « justification commerciale » suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence*; d'autre part, en affirmant qu'il est tenu de se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>153</sup> (ci-après « LPRPDE ») en ajoutant que les consentements ne permettaient pas la communication des données en litige<sup>154</sup>.

Concernant le premier argument, le Tribunal relève que « des considérations d'ordre juridique, comme la législation sur la protection de la vie privée, [peuvent] légitimement justifier une pratique contestée, à condition que la preuve soutienne l'argument selon lequel la conduite contestée a été principalement motivée par de telles considérations »<sup>155</sup>. Or, en l'espèce, le Tribunal considère que la preuve n'est pas convaincante, notamment pour les raisons suivantes : (i) les phases d'élaboration de la politique du TREB ne reflètent pas un souci particulier pour la protection des renseignements personnels<sup>156</sup>; (ii) les données en litige sont de toute manière accessibles à une multitude de personnes (dont 42 500 membres du TREB)<sup>157</sup>; (iii) TREB n'a pas pris de mesures à l'encontre de deux courtiers qui affichaient pourtant les données en litige<sup>158</sup>; (iv) il existe plusieurs manières de communiquer/transférer les données en litige<sup>159</sup>; (v) les consommateurs ne semblent pas s'inquiéter que les renseignements sur leur propriété soient affichés sur un site Internet<sup>160</sup>; etc.

La Cour d'appel fédérale commence son raisonnement en indiquant que le fardeau de la preuve repose sur le TREB, et non sur le commissaire, de démontrer son argument selon lequel la politique en cause découlait de considérations relatives à la protection des renseignements personnels<sup>161</sup>. Plus avant, la Cour souligne que « s'il peut être établi qu'une pratique ou une politique commerciale est prescrite par une loi ou un règlement, il importe peu que le respect en soit la motivation originale ou principale »<sup>162</sup>. Autrement dit, les raisons subjectives derrière une politique ou des pratiques doivent céder le pas aux obligations légales applicables. Malgré tout, la Cour

153. L.C. 2000, c. 5.

154. *TREB*, *supra*, note 7, par. 129-130.

155. *Id.*, par. 146.

156. *Id.*, par. 131.

157. *Id.*, par. 132.

158. *Id.*, par. 133.

159. *Id.*, par. 134.

160. *Id.*, par. 140.

161. *Id.*, par. 143-144.

162. *Id.*, par. 146.

explique que les critères d'application pour écarter l'alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence* ne sont pas remplis et considère que la conclusion du Tribunal est raisonnable à ce sujet<sup>163</sup>.

Concernant le deuxième argument, la Cour d'appel fédérale considère que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en appliquant la LPRPDE<sup>164</sup>, et plus exactement en interprétant la portée des consentements. La norme de contrôle est, à ce dernier égard, celle de la décision correcte<sup>165</sup>. En vertu de l'article 4.3.1 de l'Annexe 1 de la LPRPDE, les personnes doivent consentir à la collecte, à l'utilisation et à la communication de leurs renseignements personnels. Or, le prix de vente d'une propriété s'apparente à un renseignement personnel selon le Tribunal<sup>166</sup> et, en ce sens, la LPRPDE s'applique ainsi que l'exigence de consentement. Plus avant, le TREB prétend que le libellé du consentement contenu dans la convention d'inscription « n'était pas suffisamment précis pour autoriser la communication de renseignements personnels dans la transmission directe de données par voie électronique aux BVI »<sup>167</sup>. Au bout du compte, la Cour d'appel fédérale rejette cet argument en tenant les propos suivants, qui sont révélateurs en soi :

[l]a LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l'information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu'elle est diffusée par de nouvelles méthodes. L'introduction des BVI ne constitue pas une nouvelle fin ; l'objectif demeure l'offre de services immobiliers résidentiels, et la clause sur l'utilisation et la diffusion de l'information mentionne les utilisations prévues. L'argument selon lequel les consentements n'étaient pas suffisants – parce que leur libellé ne prévoyait pas l'utilisation de l'Internet comme le concevait la politique relative aux BVI – n'est pas conforme au libellé non ambigu du consentement.<sup>168</sup>

Au surplus de cette interprétation des consentements, la Cour d'appel fédérale se livre à une analyse additionnelle quant à la conduite des parties et aux autres éléments contextuels<sup>169</sup>. À cet égard, elle fait le lien avec l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Trang*<sup>170</sup> de

163. *Id.*, par. 149-151.

164. *Id.*, par. 154.

165. *Id.*, par. 155.

166. *Id.*, par. 159.

167. *Id.*, par. 160.

168. *Id.*, par. 165.

169. *Id.*, par. 166-174.

170. 2016 CSC 50.

la Cour suprême du Canada, en indiquant que les prix de vente de chaque bien immobilier en Ontario sont publics et que ce seraient donc des informations « moins sensibles »<sup>171</sup>. En fin de compte, tous les arguments de TREB concernant la protection des renseignements personnels sont rejetés et l'appel est ultimement refusé.

### 4.3 Observations

Cet arrêt, en plus de faire le pont entre deux domaines qui communiquent rarement (soit le droit de la concurrence et la protection des renseignements personnels), est intéressant pour plusieurs raisons ; nous nous limiterons à en énoncer deux. Premièrement, la distinction entre « nouvelle fin » et « nouvelle méthode » mérite notre attention en ce sens qu'elle fait appel à la notion de neutralité technologique. Plus avant, toutes les dispositions de la LPRPDE sont conformes à cette même idée. Il est donc surprenant que la Cour d'appel fédérale n'en fasse pas mention, car il s'agit selon nous d'un argument supplémentaire pour justifier la validité des consentements. Deuxièmement, il nous semble salutaire que la Cour d'appel fédérale insiste sur le fait que le plus important n'est pas de prouver les motivations subjectives en matière de protection des renseignements personnels, mais bien la conformité ou non au droit applicable. Ce dernier élément ne ressortait pas clairement de la décision du Tribunal de la concurrence. Il faut finalement noter qu'une demande d'autorisation d'appel a été déposée par TREB auprès de la Cour suprême du Canada. Affaire à suivre donc.

## 5. AXE 5 : AFFAIRE *COMPU.FINDER* ET *POURRIEL*

Le 19 octobre 2017, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après le « CRTC » ou le « Conseil ») a rendu deux décisions portant sur certaines pratiques de 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de *Compu.Finder* (ci-après « *Compu.Finder* »), en vertu de la *Loi canadienne anti-pourriel*<sup>172</sup> (ci-après la « Loi »). La première de ces décisions conclut que *Compu.Finder* a commis quatre violations à la Loi, en juillet et septembre 2014, et impose à *Compu.Finder* une sanction administrative

171. *TREB, supra*, note 7, par. 174.

172. *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, L.C. 2010, c. 23.

pécuniaire de 200 000 \$<sup>173</sup>. La seconde décision rejette quant à elle la contestation constitutionnelle que Compu.Finder avait soulevée à l'encontre de la Loi, dans le cadre de l'examen du procès-verbal de signification des violations, dans le même dossier<sup>174</sup>.

## 5.1 Contexte

Compu.Finder a mené, entre le 4 juillet et le 16 septembre 2014, trois campagnes de communication faisant la promotion de services éducatifs de formation offerts par l'entreprise. Durant cette période, Compu.Finder a transmis certains courriels présumément sans le consentement des destinataires et contenant un mécanisme d'exclusion non fonctionnel<sup>175</sup>. Après enquête, une personne désignée par le CRTC<sup>176</sup> a signifié, le 5 mars 2015, un procès-verbal de violation à Compu.finder. Ce procès-verbal faisait état de trois violations de l'alinéa 6(1)a) de la Loi, qui interdit l'envoi non sollicité de messages électroniques commerciaux. Le procès-verbal faisait également état d'une violation de l'alinéa 6(2)c) de la Loi, qui requiert qu'un message électronique commercial comporte la description d'un mécanisme d'exclusion conforme à la Loi. Le procès-verbal faisait également état d'une sanction administrative pécuniaire (ci-après la « SAP ») de 1,1 million de dollars<sup>177</sup>. Le 15 mai 2015, Compu.Finder a fait part, au CRTC, de ses observations au sujet du procès-verbal. Certaines de ces observations portaient sur les prétendues violations de l'article 6 de la Loi. Dans ses observations, Compu.Finder a également soulevé une contestation relative à la constitutionnalité de la Loi. Le CRTC a disposé des observations portant sur les violations dans une décision, et de celles portant sur la constitutionnalité de la Loi dans une autre.

## 5.2 Décision

### 5.2.1 *Décision portant sur les violations de la Loi*

Dans cette décision, le CRTC a tout d'abord examiné s'il existait des questions subsidiaires affectant l'instance de révision du procès-verbal de violation. Le Conseil a tout d'abord déterminé que le

173. Décision de conformité 2017-368, *supra*, note 3.

174. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3.

175. Décision de conformité 2017-368, *supra*, note 3, par. 1 et 2.

176. L'article 14 de la *Loi canadienne anti-pourriel* permet au CRTC de désigner toute personne aux fins de l'exercice des pouvoirs d'enquête et des fonctions d'application de la Loi prévus aux articles 15 à 46 de la Loi.

177. Décision de conformité 2017-368, *supra*, note 3, par. 3. L'article 20 de la Loi encadre l'imposition de sanctions administratives pécuniaires découlant d'une violation des articles 6 à 9.

dépôt par Compu.Finder, en novembre 2016, d'une proposition à ses créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'avait pas d'incidence sur l'instance de révision du procès-verbal de violations de la Loi<sup>178</sup>. Cette proposition identifiait le CRTC à titre de créancier non garanti. Toutefois, le Conseil a conclu que la créance associée à la SAP ne deviendrait exigible qu'à la date de sa décision, ou de celle de la Cour lors d'un appel. Le Conseil a également mentionné que cette créance était payable au receveur du Canada – et non au Conseil<sup>179</sup>. Le CRTC a ensuite rejeté les allégations de Compu.Finder selon lesquelles l'entreprise aurait été préjudiciée par l'enquête du Conseil ayant mené à la signification du procès-verbal de violation<sup>180</sup>. Finalement, le CRTC a décidé d'exclure de la preuve 134 des 451 messages sur lesquels était fondé le procès-verbal de violation, étant donné que ces messages contenaient plusieurs lacunes<sup>181</sup>. Après avoir rappelé l'importance de la préservation des éléments de preuve dans leur format original, le Conseil a néanmoins insisté sur le maintien du caractère équitable du processus :

[L]orsque le destinataire d'un procès-verbal de violation ne parvient pas à accéder facilement aux éléments de preuve dans leur format original, on devrait s'efforcer de présenter les renseignements pertinents contenus dans les éléments de preuve d'une autre façon à la personne à qui l'avis est signifié, ou autrement établir des mesures raisonnables permettant à cette personne d'accéder aux éléments de preuve.<sup>182</sup>

Par la suite, le CRTC s'est penché sur les violations reprochées à Compu.Finder. À cette étape, le CRTC devait déterminer si, et dans quelle mesure, l'entreprise avait commis ces violations. Le Conseil a tout d'abord confirmé que Compu.Finder était bien l'expéditeur des 317 messages liés aux violations présumées de la Loi, que ces messages constituaient des messages électroniques commerciaux au sens du paragraphe 1(2) de la Loi et qu'ils avaient été envoyés à des destinataires vivant au Canada à partir d'un système informatique

178. *Id.*, par. 15.

179. *Id.*, par. 14.

180. *Id.*, par. 16 à 21. Les allégations de Compu.Finder portaient ici sur le contenu de l'avis de communication transmis par le Conseil durant son enquête, en vertu de l'article 17 de la Loi. Elles portaient également sur la décision du CRTC ayant refusé, en vertu de l'article 18 de la Loi, la demande de l'entreprise concernant la révision de cet avis.

181. *Id.*, par. 22 à 31. Parmi les éléments de preuve annexés au rapport d'enquête, les tableaux récapitulatifs résumant le détail des messages à l'égard desquels le procès-verbal de violation avait été signifié contenaient plusieurs lacunes (par exemple, manque de détails pertinents).

182. *Id.*, par. 29.

également situé au Canada<sup>183</sup>. Le CRTC a ensuite rejeté les prétentions de Compu.Finder selon lesquelles 168 des 317 messages étaient assujettis à l'exemption relative au « commerce interentreprises » et que, conséquemment, ces messages n'étaient pas visés par l'article 6 de la Loi<sup>184</sup>. Une fois ces questions tranchées, le Conseil a conclu à la violation de l'alinéa 6(2)c) de la Loi, dû au fait que 87 messages contenaient un mécanisme d'exclusion non conforme aux prescriptions législatives et réglementaires. Le mécanisme en question n'était pas énoncé en termes clairs et facilement lisibles, pas plus qu'il ne pouvait s'exécuter facilement<sup>185</sup>. Le CRTC a également rejeté l'argument selon lequel Compu.Finder bénéficiait, en vertu de l'alinéa 10(9)b) de la Loi, du consentement tacite des destinataires de 132 des 317 messages en cause, quant à l'envoi de ces messages<sup>186</sup>. De plus, le Conseil a conclu que Compu.Finder n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables qui lui auraient permis d'éviter de commettre les violations reprochées et que l'entreprise n'avait donc pas établi de défense de diligence raisonnable<sup>187</sup>.

Finalement, le CRTC s'est penché sur la question visant à déterminer si le montant de la SAP était approprié. Pour ce faire, le Conseil a appliqué au dossier les facteurs prévus au paragraphe 20(3) de la Loi, qui portent sur la détermination du montant d'une sanction administrative pécuniaire. Sur cette base, le Conseil a conclu que la SAP proposée de 1,1 million de dollars accordait trop d'importance à la dissuasion générale et semblait disproportionnée par rapport au montant nécessaire à promouvoir de la conformité de Compu.Finder<sup>188</sup>. Le Conseil a mis l'accent sur l'exercice d'équilibration au cœur de la détermination du montant d'une sanction administrative pécuniaire – et sur l'effet potentiellement contre-productif d'un montant trop élevé :

---

183. *Id.*, par. 33-38.

184. *Id.*, par. 39-56.

185. *Id.*, par. 57-64.

186. *Id.*, par. 65-74. Le CRTC a notamment noté le non-respect de l'exigence relative à la publication, ou encore de celle relative à la pertinence. En l'espèce, Compu.Finder avait transmis des messages à des individus dont l'adresse de courrier électronique avait été publiée dans un répertoire en ligne. L'entreprise avait également envoyé des messages à des adresses génériques ou centrales associées à certaines entreprises. Pour une discussion de ces éléments, voir les paragraphes 66 et suivants.

187. *Id.*, par. 75-83.

188. *Id.*, par. 89. Voir également les paragraphes 87 à 124. En l'espèce, le Conseil s'est penché plus longuement sur le but de la sanction (par. 92 et s.), la nature et la portée des violations reprochées à Compu.Finder (par. 99 et s.), la capacité de payer de l'entreprise (par. 104 et s.), son manque de coopération (par. 110 et s.), l'autocorrection des comportements fautifs (par. 114 et s.) et la proportionnalité (par. 118 et 119).

[I]e Conseil doit en arriver à un montant qui est représentatif des violations qui ont été commises et qui a suffisamment d'impact sur une personne pour favoriser des changements de comportement, de manière générale, et spécifique. Toutefois, si une sanction empêchait la personne de poursuivre ses activités commerciales, elle empêcherait également cette personne de participer aux activités réglementées en toute conformité, ce qui serait contraire aux objectifs réglementaires de la Loi.<sup>189</sup>

Le CRTC a également souligné que les recettes annuelles d'une entreprise pouvaient s'avérer utiles à la détermination de sa capacité de payer : « Les recettes annuelles d'une organisation, en particulier une petite entreprise privée, représentent en règle générale un indicateur de la capacité de payer plus fiable que les profits annuels d'une organisation. »<sup>190</sup> Pour toutes les raisons précédentes, le Conseil a conclu que Compu.Finder avait commis les quatre violations établies dans le procès-verbal de violation, c'est-à-dire avoir envoyé des messages électroniques commerciaux non sollicités, lesquels comportaient un mécanisme d'exclusion non conforme à la Loi. En conséquence, le Conseil a imposé à Compu.Finder une sanction totale de 200 000 \$<sup>191</sup>. Le Conseil a également fondé sa décision sur les motifs exposés dans sa décision connexe, portant sur la contestation de la constitutionnalité de la Loi.

### 5.2.2 *Décision portant sur la constitutionnalité de la Loi*

Dans cette décision, le CRTC a rejeté la contestation constitutionnelle soulevée par Compu.Finder<sup>192</sup>. Compu.Finder soutenait que certaines dispositions de la Loi étaient inconstitutionnelles<sup>193</sup>. L'entreprise a demandé au CRTC de conclure que les dispositions contestées avaient été invalideement adoptées, puisqu'*ultra vires* des pouvoirs accordés au Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Compu.Finder soutenait également qu'elles contrevenaient à la *Charte*, notamment dans la mesure où elles portaient atteinte à

---

189. *Id.*, par. 96.

190. *Id.*, par. 107.

191. *Id.*, par. 126.

192. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 9. Le CRTC souligne que si la contestation constitutionnelle avait été accueillie, le Conseil n'aurait pas eu à se pencher sur les allégations de violations de la Loi à l'encontre de Compu.Finder.

193. *Id.*, par. 11. La contestation visait notamment les dispositions définissant les concepts d'activité commerciale et de message électronique commercial, de même que les dispositions relatives à l'objet de la loi, aux procès-verbaux de violation et aux sanctions administratives pécuniaires.

sa liberté d'expression et qu'elles permettaient au CRTC d'imposer des sanctions de nature pénale, sans toutefois offrir les garanties procédurales afférentes<sup>194</sup>.

Le CRTC a tout d'abord confirmé sa compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées, puis confirmé qu'il existait un fondement factuel valable lui permettant de trancher ces questions<sup>195</sup>, en vertu du cadre d'analyse élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*<sup>196</sup>. Le CRTC a par la suite déterminé que la Loi était *intra vires* du Parlement du Canada, puisqu'elle relève du chef de compétence général fédéral en matière de trafic et de commerce, en vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>197</sup>. Pour ce faire, le Conseil a déterminé que le caractère véritable de la Loi portait sur la « mise en œuvre d'un régime visant à réglementer certains actes qui pourraient nuire à l'économie numérique canadienne »<sup>198</sup>.

Le Conseil a ensuite déterminé que la Loi relevait du chef général de compétence constitutionnelle en matière de trafic et de commerce<sup>199</sup>. Le CRTC a par la suite conclu que les dispositions contestées par Compu.Finder violaient la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte*. En se fondant sur le cadre d'analyse élaboré par la Cour suprême dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)* (ci-après « *Irwin Toy* »)<sup>200</sup>, le Conseil a reconnu qu'il était « évident » que les messages électroniques commerciaux servent à transmettre

194. *Id.*, par. 3.

195. *Id.*, par. 14-25. À cette étape, le CRTC a ainsi conclu que (1) les questions constitutionnelles à trancher s'inscrivaient dans le contexte d'une instance sur laquelle il avait le mandat d'agir, (2) que la décision du Conseil produirait des effets sur Compu.Finder et que le Conseil avait compétence pour trancher des questions de droit, puis (3) qu'il avait également compétence pour trancher des questions constitutionnelles. Ce dernier point n'était pas contesté.

196. 2003 CSC 54.

197. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 74. Le CRTC a ici appliqué le cadre d'analyse en deux temps développé par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66.

198. *Id.*, note 3, par. 48.

199. *Id.* Il en est ainsi puisque (1) la Loi fait partie d'un régime de réglementation général, (2) qu'elle est sous la surveillance continue du Conseil, (3) qu'elle vise des questions « d'une importance capitale pour l'économie canadienne », (4) qu'elle met en place un régime que les provinces ne sauraient instaurer (dans une mesure comparable), et (5) que le régime fédéral permet une approche globale qui serait difficilement réalisable à travers une approche provinciale. Voir généralement les paragraphes 52 à 74 et, en particulier, les paragraphes 53, 64, 71 et 73.

200. [1989] 1 R.C.S. 927.



un message, et que les dispositions contestées de la Loi restreignent la capacité de Compu.Finder de transmettre ce message. Ce faisant, les dispositions contestées portent atteinte à l'alinéa 2b)<sup>201</sup>.

Le Conseil a toutefois conclu que ces violations étaient justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*<sup>202</sup>. Le Conseil a déterminé que les dispositions de la Loi violant la liberté d'expression de Compu.Finder constituaient une règle de droit valide, fournissant à ceux susceptibles d'être touchés par elles un « minimum d'indications constituant une norme intelligible »<sup>203</sup>. Le Conseil a par la suite conclu que les objectifs du gouvernement lors de l'adoption de la Loi « étaient alors urgents et réels, et qu'ils le demeurent »<sup>204</sup>. Le Conseil a également déterminé que le dossier démontrait clairement l'existence d'un lien logique et rationnel entre les mesures attentatoires et les objectifs du gouvernement<sup>205</sup>. Le Conseil a ensuite conclu que les dispositions contestées de la Loi respectaient le critère de l'atteinte minimale<sup>206</sup>. Le Conseil a considéré que les dispositions contestées de la Loi ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Loi ; que les restrictions portant sur l'envoi de messages électroniques commerciaux n'étaient pas déraisonnables compte tenu de leur objet législatif<sup>207</sup> ; et que les effets bénéfiques des dispositions contestées de la Loi l'emportaient sur leurs effets préjudiciables<sup>208</sup>. Compte tenu de l'ensemble de ces

201. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 79.

202. Le CRTC a appliqué le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, tel que modifié par l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

203. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 101 : le CRTC s'est ici fondé sur la théorie de l'imprécision, élaborée par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

204. *Id.*, par. 119. Le CRTC mentionne, au paragraphe 110, qu'une « abondance de documents, d'analyses, de rapports et de statistiques probantes prouve l'existence des pourriels et d'autres menaces électroniques, les répercussions qu'ils ont sur les entreprises et les consommateurs canadiens et la nécessité d'adopter des lois pour contrer ces menaces dans différents pays du monde ».

205. *Id.*, par. 134. Sur ce point, le Conseil a précisé qu'il était raisonnable de croire qu'une interdiction à l'égard des messages électroniques commerciaux non sollicités réduira certaines menaces à la sécurité, diminuera les coûts pour les Canadiens et augmentera la confiance dans l'économie numérique (par. 130).

206. Ce critère fut élaboré par la Cour suprême dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30.

207. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 158. Le Conseil a par ailleurs reconnu que d'autres moyens imposant une restriction moins sévère à la liberté d'expression pourraient être utilisés pour contrer le problème des messages électroniques commerciaux non sollicités, mais qu'ils ne constituaient pas « un moyen également efficace d'atteindre l'objectif urgent et réel du gouvernement » (par. 150).

208. *Id.*, par. 184. À cette étape, le Conseil en a profité pour rappeler que l'expression commerciale, bien qu'importante, ne s'inscrit pas dans les valeurs fonamen-

éléments, le Conseil a conclu que la violation de la liberté d'expression de Compu.Finder était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*<sup>209</sup>.

Le CRTC devait par la suite déterminer si la Loi portait atteinte aux droits de Compu.Finder protégés par l'article 11 de la *Charte*, qui garantit à tout inculpé plusieurs droits applicables dans le contexte criminel et pénal<sup>210</sup>. Le Conseil a ici appliqué le cadre d'analyse élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guindon c. Canada*<sup>211</sup>. Dans cette affaire, la Cour a déterminé qu'une violation législative constituera une infraction – et fera donc intervenir l'article 11 de la *Charte* – lorsque l'imposition d'une pénalité est, de par sa nature, une procédure criminelle, ainsi que lorsque la sanction entraîne une véritable conséquence pénale<sup>212</sup>. En ce qui a trait au premier élément, le Conseil a conclu que les dispositions contestées de la Loi ne « prescriv[aient] pas de procédures de nature criminelle »<sup>213</sup>. En ce qui a trait au second élément, le Conseil a conclu que la Loi ne prescrivait pas de véritables conséquences<sup>214</sup>. Compte tenu de ces motifs, le CRTC a conclu que les dispositions contestées de la Loi n'enfreignaient pas l'article 11 de la *Charte*<sup>215</sup>.

Le Conseil a ensuite rapidement disposé des prétentions de Compu.Finder selon lesquelles la Loi portait atteinte au droit à la protection contre l'auto-incrimination conféré par l'article 7 de la *Charte*, ou à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives conférées par l'article 8 de la *Charte*. Le Conseil a déterminé que ces protections, pertinentes dans le contexte criminel, ne s'appliquaient pas en l'espèce, considérant la détermination du Conseil voulant que les procédures tenues en vertu de la Loi étaient de nature administrative<sup>216</sup>. À la lumière de l'ensemble de ces éléments, le CRTC a rejeté la contestation constitutionnelle de Compu.Finder.

---

tales de la liberté d'expression (par. 176). À ce sujet, voir principalement *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy, supra*, note 200, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

209. Décision de conformité 2017-367, par. 186.

210. L'article 11 consacre, entre autres, la présomption d'innocence, de même que le droit pour un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable et de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même.

211. 2015 CSC 41.

212. Décision de conformité 2017-367, *supra*, note 3, par. 188.

213. *Id.*, par. 204 et 207. Notamment dans la mesure où le processus menant à l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire ne ressemblait pas à une procédure criminelle sur des points essentiels.

214. *Id.*, par. 222. C'est le cas bien qu'elle permette l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire au montant important.

215. *Id.*, par. 223.

216. *Id.*, par. 228.

### 5.3 Observations

À travers une de ses deux décisions dans l'affaire *Compu.Finder*, le CRTC a tranché la question de la constitutionnalité de la *Loi canadienne anti-pourriel*<sup>217</sup>. Du moins, temporairement. En effet, *Compu.Finder* a interjeté appel des deux décisions devant la Cour d'appel fédérale, le 20 novembre 2017<sup>218</sup>. D'ici à ce que la Cour se penche sur le dossier, il est possible de formuler quelques observations préliminaires. Les deux décisions précisent les fondements et la méthode d'application des règles prévues à ce régime relativement nouveau<sup>219</sup>. Ainsi, la décision sur la contestation constitutionnelle de la Loi a confirmé la compétence du CRTC relativement aux questions de nature constitutionnelle soulevées dans le cadre de ses fonctions d'application de la Loi. Cette décision a également confirmé que l'envoi de messages électroniques commerciaux constituait bel et bien un exercice du droit à la liberté d'expression, consacré à l'alinéa 2b) de la *Charte*, et que les dispositions contestées portaient atteinte à ce droit. Néanmoins, le CRTC a conclu, à la suite d'une analyse méthodique de la question, que ces violations étaient justifiées au regard de l'article premier. Le détail et la précision de l'analyse des questions constitutionnelles seront certes fort utiles à l'analyse du dossier qu'est susceptible d'effectuer la Cour d'appel fédérale.

La décision sur les violations de la Loi apporte quant à elle un éclairage sur la manière dont le CRTC interprète et applique certains concepts au cœur du régime de la Loi. Ainsi, cette décision fournit notamment des précisions sur l'applicabilité de l'exemption relative au « commerce interentreprises », sur ce qui constitue un mécanisme d'exclusion conforme à la Loi, le concept de consentement tacite des destinataires de messages électroniques commerciaux, le recours à la défense de diligence raisonnable et la détermination du montant approprié d'une sanction administrative pécuniaire. Il est également à noter que, le 13 décembre 2017, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie a présenté au Parlement son rapport sur l'étude de la Loi, intitulé « La Loi canadienne anti-

217. Cette question avait préalablement fait couler beaucoup d'encre. Voir notamment Ravi SHUKLA, « Constitutionality of Anti-Spam Legislation », (2012-13) 13:6 I.E.C.L.C. 41; Emir CROWNE et Stephanie PROVATO, « Canada's Anti-Spam Legislation: A Constitutional Analysis », (2014) 31:1 *J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L.* 1.

218. Voir *3510395 Canada Inc. c. AGC*, C.A.F. A-382-17 et *3510395 Canada Inc. c. AGC*, C.A.F. A-383-17. En date du 21 février 2018, la Cour d'appel fédérale n'avait toujours pas entendu l'affaire.

219. Bien qu'ayant reçu la sanction royale le 5 décembre 2011, la Loi a pris effet seulement le 1<sup>er</sup> juillet 2014.

pourriel : des précisions s'imposent »<sup>220</sup>. Dans ce rapport, le Comité a formulé 13 recommandations qui visent, pour l'essentiel, à clarifier la Loi et à en faciliter l'application<sup>221</sup>. Peut-être la Cour d'appel fédérale apportera-t-elle également, dans le dossier Compu.Finder, certaines précisions entourant la nature, la portée et l'application de la Loi.

## CONCLUSION

« À bon vin point d'enseigne » suffit à résumer cette année 2017 – que ce soit par le nombre de décisions, la variété des thématiques ou les différences de points de vue. Le quantitatif, d'abord, parle de lui-même : quatre décisions de la Cour suprême du Canada, une de la Cour d'appel fédérale et deux du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. La variété, ensuite, ressort de l'ensemble de cette revue de jurisprudence : on parle de vie privée et de messages textes, d'enjeux de juridiction et de territorialité, d'interactions entre droit de la concurrence et protection des renseignements personnels, sans omettre toutes les conclusions inédites en matière anti-pourriel. Le qualitatif, enfin, découle de toutes les différences d'opinions quant à ces sujets d'actualité, les dissidences dans les arrêts de la Cour suprême du Canada sont à cet égard révélatrices. Bref, tout était là : la puissance, la sucrosité, l'acidité.

---

220. CANADA, Chambre des communes, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *La Loi canadienne anti-pourriel : des précisions s'imposent*, 13 décembre 2017, en ligne : <<http://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Reports/RP9330839/indurp10/indurp10-f.pdf>> (dernière consultation le 4 avril 2018).

221. Ces recommandations portent notamment sur la clarification de certaines définitions et d'en préciser la portée.