

Capsule

**Les injonctions d'application
mondiale visant le retrait de
résultats de recherche : un nouveau
remède d'exception en matière de
propriété intellectuelle – *Google Inc c*
*Equustek Solutions Inc***

Eloïse Gratton* et Julien Boudreault**

Introduction	131
1. Les faits	132
2. La décision	133
2.1 L'opinion de la majorité	133
2.2 L'opinion dissidente	136
3. Le commentaire	139
3.1 La courtoisie internationale	140
3.2 La liberté d'expression	142
4. Conclusion	145

© Eloïse Gratton et Julien Boudreault, 2018.

* Associée et cochef national du groupe Respect de la vie privée et protection des renseignements personnels chez Borden Ladner Gervais.

** Stagiaire chez Borden Ladner Gervais.

[Note de la rédaction : cette capsule a été soumise à une évaluation à double anonymat.]

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada confirme, dans l'arrêt *Google Inc c Equustek Solutions Inc*¹, que les tribunaux canadiens peuvent ordonner à un tiers, un moteur de recherche en l'occurrence, de retirer certains résultats, et ce, à l'échelle mondiale. Dans une décision partagée (à 7 contre 2), elle maintient une injonction interlocutoire interdisant à Google d'afficher le site Internet d'une société accusée de contrefaire les produits d'un autre fabricant. Ce type d'ordonnance sera dorénavant disponible, dans certaines circonstances exceptionnelles, en cas de violation des droits de la propriété intellectuelle ou d'appropriation illégale de secrets commerciaux. Ainsi, la Cour établit qu'Internet n'est pas une zone de non-droit et que les tribunaux canadiens ne sont pas impuissants face aux défendeurs qui opèrent sur Internet à partir d'un endroit inconnu, à l'extérieur du pays.

La décision de la Cour s'inscrit dans un débat plus large, partout dans le monde, sur le difficile équilibre entre, d'une part, l'application efficace des lois nationales sur Internet, et, d'autre part, le respect à accorder aux juridictions étrangères et à la libre circulation de l'information. À cet égard, certains craignent que la décision de la Cour banalise les ordonnances d'application mondiale et incite les tribunaux d'autres pays, qui ne partagent peut-être pas la même conception des libertés et droits fondamentaux, à suivre son exemple.

Ces inquiétudes sont compréhensibles, mais il ne faut pas perdre de vue que la décision porte sur une situation bien circonscrite : la vente sur Internet de produits prétendument illégaux, par une société ayant fui le Canada, alors qu'aucun autre remède n'est disponible. En outre, la majorité présume que les activités en cause sont prohibées partout dans le monde et ne mettent pas en jeu la liberté d'expression.

Par conséquent, le raisonnement de la Cour doit, selon nous, être réservé aux affaires qui concernent des activités dont l'illégalité

1. 2017 CSC 34 (*Equustek*).

fait largement consensus et qui soulèvent peu de préoccupations quant au respect des droits et libertés. Ainsi, et à titre d'exemple, les tribunaux canadiens et étrangers devraient se garder d'appliquer directement l'arrêt *Equustek* à des demandes d'ordonnances enjoignant à un tiers de retirer des résultats de recherche en cas d'allégations de diffamation, de propos haineux ou d'atteinte au droit à la vie privée.

1. LES FAITS

Equustek Solutions Inc. (« Equustek ») est une entreprise de technologie de la Colombie-Britannique qui fabrique des dispositifs de réseautage qui permettent la communication entre des appareils industriels produits par différents fabricants.

En avril 2011, Equustek intente une action contre l'un de ses distributeurs, Datalink Technology Gateways Inc. (« Datalink »), lui reprochant de réétiqueter ses produits afin de les faire passer pour les siens, et d'utiliser ses secrets commerciaux pour concevoir et vendre un produit concurrent². Equustek obtient une première injonction interlocutoire pour protéger ses intérêts en attendant le procès. L'ordonnance interdit notamment à Datalink de faire référence à Equustek ou à ses produits sur ses sites Internet et lui enjoint d'afficher un avis redirigeant ses clients vers le site Internet d'Equustek³.

Datalink ignore les ordonnances, abandonne les procédures et quitte la province⁴. La Cour suprême de la Colombie-Britannique accorde par la suite une injonction de type *Mareva* pour geler l'actif global de Datalink, ainsi qu'une autre injonction interlocutoire lui interdisant d'utiliser des éléments de propriété intellectuelle associés aux activités d'Equustek⁵. Ces ordonnances restent elles aussi lettre morte. Datalink continue d'exercer ses activités à partir d'un endroit inconnu en vendant les produits en cause par l'entremise de ses sites Internet⁶.

C'est à ce moment, en septembre 2012, qu'Equustek demande à Google de délister, ou « déréférencer », les sites Internet de Datalink⁷. Google accepte de supprimer les références à certaines pages Internet

2. *Ibid* aux para 3, 62, 66.

3. *Ibid* au para 5.

4. *Ibid* au para 7.

5. *Ibid* aux para 8, 9. En ce qui concerne l'octroi de l'ordonnance de type *Mareva*, voir *Equustek Solutions Inc v Jack*, 2012 BCSC 1490.

6. *Ibid* au para 11.

7. *Ibid* au para 12.

précises à condition qu'Equustek obtienne une ordonnance judiciaire interdisant à Datalink d'exercer des activités sur Internet. Après que le tribunal ait accepté d'accorder une telle injonction interlocutoire, Google commence à délistier certaines pages Internet, sans toutefois retirer l'ensemble des sites Internet de Datalink. Cette mesure n'a pas l'effet espéré. Datalink contourne aisément les ordonnances en déplaçant le contenu en cause vers de nouvelles pages Internet⁸.

Mais ce qui est encore plus déterminant, c'est que Google limite le référencement aux recherches effectuées sur « google.ca ». Les sites de Google destinés à d'autres pays continuent d'afficher l'entière des pages Internet de Datalink. En conséquence, les acheteurs potentiels à l'extérieur du Canada n'ont aucune difficulté à les trouver. De même, les clients canadiens n'ont qu'à utiliser l'URL du site Google d'un autre pays (google.fr, par exemple) pour les repérer⁹.

Equustek se met par la suite en quête d'une interdiction plus large : une injonction interlocutoire interdisant à Google d'afficher toute page des sites Internet de Datalink dans ses résultats de recherche, et ce, partout dans le monde¹⁰. La Cour suprême de la Colombie-Britannique accorde l'ordonnance, en dépit de l'opposition de Google¹¹. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejette ensuite l'appel de celle-ci¹². Finalement, sur les neuf juges de la Cour suprême du Canada, sept confirment l'injonction interlocutoire visant le moteur de recherche.

2. LA DÉCISION

2.1 L'opinion de la majorité

S'exprimant au nom de la majorité, la juge Abella observe d'abord que, sous réserve de toute restriction législative, les pouvoirs discrétionnaires des tribunaux ayant compétence en *equity* (y compris la Cour suprême de la Colombie-Britannique) sont « illimités » en ce qui concerne l'octroi d'injonctions. La juge Abella rappelle ensuite qu'une injonction interlocutoire vise à assurer qu'une réparation efficace soit encore possible lorsque l'affaire sera finalement jugée au fond¹³. La décision confirme que les critères habituels pour déterminer si un tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire

8. *Ibid* aux para 13-15.

9. *Ibid* au para 16.

10. *Ibid* au para 17.

11. *Ibid* aux para 18-19.

12. *Equustek Solutions Inc v Google Inc*, 2015 BCCA 265.

13. *Equustek*, *supra* note 1 aux para 23-24.

d'octroyer une injonction interlocutoire s'appliquent à une ordonnance d'application mondiale visant un tiers¹⁴. Ainsi, conformément au test à trois volets établi dans l'arrêt *RJR-Macdonald c Canada (Procureur général)*¹⁵, le tribunal doit évaluer s'il existe une question sérieuse à juger, si le demandeur encourt un préjudice irréparable en cas de refus du redressement et si la prépondérance des inconvénients favorise l'émission de l'injonction. La majorité estime que la demande d'Equustek respecte ces trois critères.

En ce qui concerne les deux premiers critères, la juge Abella constate simplement que Google ne conteste pas l'existence d'une question sérieuse ni le préjudice irréparable subi par Equustek du fait que Datalink continue de vendre les produits en cause sur Internet¹⁶. La majorité n'examine pas l'action sous-jacente d'Equustek à l'encontre de Datalink. En fait, la décision donne peu de détails sur la nature exacte des violations reprochées à Datalink, que ce soit au regard des lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle ou de la common law.

Selon la majorité, imposer une injonction à un tiers constitue un remède approprié lorsque ce tiers facilite l'acte répréhensible et contribue ainsi au préjudice subi par le demandeur¹⁷. À titre de comparaison, la juge Abella donne l'exemple des injonctions de type *Norwich*, qui obligent des tiers à communiquer des renseignements sur les auteurs présumés d'actes fautifs¹⁸, et les injonctions de type *Mareva*, qui requièrent le concours de tiers (généralement des institutions financières) pour geler les actifs du défendeur¹⁹.

Dans l'affaire qui nous occupe, la majorité estime que Google facilite la violation par Datalink de l'ordonnance interdisant à celle-ci d'exercer des activités sur Internet²⁰. En refusant de supprimer les résultats de recherche associés aux sites Internet de Datalink, Google permet à celle-ci de continuer à causer un préjudice à Equustek²¹. Selon la majorité, une ordonnance visant les moteurs de recherche de Google est le seul moyen efficace de restreindre l'accès aux sites de Datalink et de réduire, par le fait même, le préjudice subi par

14. *Ibid* aux para 25, 28.

15. [1994] 1 RCS 311 (*RJR-Macdonald*).

16. *Equustek*, *supra* note 1 au para 26.

17. *Ibid* aux para 28-29, 35. Citant *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1996] 2 RCS 1048, au para 27, la juge Abella explique que rendre une injonction opposable à un tiers se justifie par la nécessité de prévenir une entrave à la justice.

18. *Equustek*, *supra* note 1 aux para 31-32.

19. *Ibid* au para 33.

20. *Ibid* aux para 34-35.

21. *Ibid* au para 52.

Equustek²². Cependant, la majorité prend soin de préciser que la responsabilité civile de Google n'est pas engagée par la simple publication de résultats de recherche liés aux sites Internet de Datalink²³.

En ce qui a trait à la portée mondiale de l'ordonnance, deux critères se dessinent. Dans un premier temps, le tribunal doit pouvoir exercer une compétence personnelle à l'égard de la personne visée²⁴. Dans le cas de Google, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu avoir compétence de par le fait que la société exerce des activités de publicité et de recherche dans la province²⁵. Cette conclusion n'a pas été contestée en Cour suprême du Canada. Dans un deuxième temps, la portée mondiale de l'injonction doit être nécessaire pour assurer son efficacité²⁶. Dans le dossier *Equustek*, une ordonnance d'application mondiale s'avère nécessaire, selon la majorité, puisque Datalink enregistre la plupart de ses ventes en dehors du Canada²⁷. D'après la juge Abella :

[I]l y a un 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. 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.²⁸

Concernant la prépondérance des inconvénients, la juge Abella constate que Google peut facilement déréférencer des sites Internet, sans que cela occasionne des dépenses importantes²⁹. Elle fait remarquer que Google supprime régulièrement des résultats de recherche qui renvoient vers des sites renfermant de la pornographie juvénile, des propos haineux et, dans certains cas, des contenus qui portent atteinte à des droits d'auteur³⁰.

La majorité rejette sommairement toute inquiétude relative aux droits et libertés. Selon la juge Abella, le contenu dont il est question – les résultats de recherche menant aux sites Internet de Datalink – ne fait pas intervenir des valeurs liées à la liberté

22. *Ibid.*

23. *Ibid.* au para 53.

24. *Ibid.* au para 38.

25. *Ibid.* au para 37. Voir *Equustek Solutions Inc v Jack*, 2014 BCSC 1063 aux para 22-65 (*Jack*); *Equustek Solutions Inc v Google Inc*, 2015 BCCA 265 aux para 29-56.

26. *Equustek*, *supra* note 1 au para 38.

27. *Ibid.* aux para 40-41.

28. *Ibid.* au para 41.

29. *Ibid.* aux para 43, 50.

30. *Ibid.* au para 50.

d'expression. À cet égard, elle souligne que, « jusqu'à maintenant, [la Cour suprême] n'[a] pas reconnu que la liberté d'expression exige qu'on facilite la vente illégale de biens »³¹.

De même, la majorité considère comme « théorique » l'argument selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale parce qu'il est possible qu'une ordonnance équivalente ne puisse pas être accordée dans un autre pays ou que Google viole les lois de ce pays en se conformant à celle-ci³². La juge Abella note que la vente de produits contrefaits est probablement illégale dans la plupart des pays et que, dans tous les cas, Google n'a pas su montrer que l'ordonnance violerait les lois d'un autre pays³³. Selon elle, il serait inéquitable d'imposer à Equustek le fardeau de démontrer – pays par pays – à quels endroits l'ordonnance serait légalement autorisée.

La majorité précise que Google pourra toujours demander au tribunal de première instance de modifier l'ordonnance si la société dispose d'éléments de preuve démontrant que le respect de l'injonction contreviendrait aux lois d'un autre pays, notamment en portant atteinte à la liberté d'expression³⁴. Ainsi, pour ce type d'ordonnance d'application mondiale, le fardeau de prouver que l'injonction enfreindrait le droit d'un autre pays reposera sur le tiers visé, lequel peut ou non avoir l'intérêt ou les ressources nécessaires pour contester l'ordonnance³⁵.

2.2 L'opinion dissidente

Bien qu'en désaccord avec la décision, les juges Côté et Rowe concèdent que les tribunaux ont compétence pour prononcer des injonctions interlocutoires d'application mondiale enjoignant à un tiers de supprimer des résultats de recherche. Les juges minoritaires

31. *Ibid* au para 48.

32. *Ibid* au para 44. Le principe de la courtoisie internationale incite à respecter l'indépendance et la dignité de tout État souverain, notamment en faisant montre de déférence et de respect pour les actes légitimement accomplis par cet État sur son territoire. Voir par exemple *R c Hape*, 2007 SCC 26 au para 47; *Morguard Investments Ltd c De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077 aux pp 1095-96.

33. *Ibid* aux para 45-47.

34. *Ibid* au para 46.

35. Cet enjeu a été soulevé devant la Cour suprême du Canada par certains intervenants, notamment la Wikimedia Foundation et l'International Coalition (laquelle comprenait notamment Human Rights Watch). Voir *ibid* (mémoire de l'International Coalition au para 12); *ibid* (mémoire de la Wikimedia Foundation au para 12). La Wikimedia Foundation souligne que la contestation de ce type d'ordonnance représenterait un coût important pour des sociétés qui, comme elle, sont sans but lucratif.

font néanmoins valoir que, dans le cas en l'espèce, les tribunaux auraient dû faire montre de retenue judiciaire et refuser d'accorder cette « nouvelle forme de réparation en equity »³⁶.

Les juges Côté et Rowe font d'abord remarquer que l'ordonnance visant Google constitue, dans les faits, une réparation finale et permanente. En effet, l'injonction interlocutoire ordonnant à Datalink de cesser ses activités sur tout site Internet et celle visant Google accordent à Equustek davantage que les conclusions finales sollicitées dans sa demande initiale³⁷. Dans ce contexte, Equustek n'a guère intérêt à procéder au fond contre Datalink³⁸. Or, lorsqu'une demande interlocutoire équivaut en fait au règlement final de l'action, il ne suffit pas d'établir l'existence d'une question sérieuse à trancher ; le tribunal doit procéder à un examen approfondi sur le fond³⁹. Il s'agit d'une exception au test consacré par l'arrêt *RJR-Macdonald*⁴⁰. Dans l'affaire qui nous occupe, les juges minoritaires sont d'avis que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'a pas effectué un examen suffisant des allégations sous-jacentes d'Equustek à l'encontre de Datalink⁴¹.

36. *Ibid* au para 55.

37. *Ibid* aux para 62-63. Dans sa demande initiale, Equustek sollicite notamment une injonction permanente interdisant à Datalink d'utiliser ses marques de commerce sur tout site Internet, de faire des déclarations dépréciant les produits d'Equustek ou renvoyant à ceux-ci, d'afficher des images des produits d'Equustek sur tout site Internet et de vendre des produits conçus par suite du vol de secrets commerciaux.

38. *Ibid*. La majorité répond à cet argument en soulignant que, si l'injonction interlocutoire reste en vigueur pendant une période excessivement longue sans qu'un procès soit tenu, les parties pourront toujours demander que l'ordonnance soit modifiée ou annulée. *Ibid* au para 51.

39. *Ibid* au para 61.

40. Voir *RJR-Macdonald*, *supra* note 15 aux pp 338-39.

41. *Equustek*, *supra* note 1 au para 65. En ce qui concerne les allégations d'Equustek à l'encontre de Datalink, la juge Fenlon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a simplement noté qu'Equustek a présenté une cause défendable, en ajoutant que Datalink est présumée avoir admis les allégations puisque ses moyens de défense ont été radiés à la suite de son abandon des procédures. Voir *Jack*, *supra* note 25 au para 151. Cependant, certains commentateurs suggèrent qu'un examen approfondi des prétentions d'Equustek aurait possiblement démontré que les conclusions recherchées ne pouvaient se justifier à la lumière de la législation canadienne en matière de propriété intellectuelle et de la common law relative aux secrets commerciaux. À titre d'illustration, il n'a pas été démontré que la portée territoriale des droits invoqués par Equustek pouvait s'étendre au monde entier. Voir notamment Ariel Katz, « Google v. Equustek: Unnecessarily Hard Cases Make Unnecessarily Bad Law » (29 juin 2017), *Ariel Katz on Intellectual Property, Competition, Innovation, and Other Issues* (blogue), en ligne : <arielkatz.org/google-v-equustek-unnecessarily-hard-cases-make-unnecessarily-bad-law/> ; Howard Knopf, « Google Suffers Severe Setback from the Supreme Court of Canada » (28 juin 2017), *Excess Copyright* (blogue), <excesscopyright.blogspot.ca/2017/06/google-suffers-severe-setback-from.html> (Knopf). Voir également *Equustek*,

Les juges minoritaires contestent également la conclusion de la majorité selon laquelle Google a facilité ou encouragé la violation par Datalink de l'ordonnance lui interdisant d'exercer des activités par l'entremise de tout site Internet. De leur point de vue, Datalink a posé l'acte prohibé dès la mise en ligne de sites Internet pour exercer ses activités, peu importe que ces sites soient visibles ou non lors de recherches sur Google⁴².

Par ailleurs, contrairement à l'avis de la majorité, les juges Côté et Rowe estiment que l'ordonnance constitue une injonction mandatoire qui impose un fardeau significatif à Google, obligeant la société à prendre des mesures de surveillance continue pour s'assurer que Datalink ne contourne pas les ordonnances en créant de nouveaux sites Internet. Les juges minoritaires notent que l'application de l'ordonnance risque de nécessiter une surveillance judiciaire, et que les tribunaux devraient éviter d'accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd⁴³.

Les juges minoritaires soulignent ensuite qu'un tribunal peut refuser d'accorder une injonction au motif que celle-ci serait inutile ou inefficace pour atteindre l'objectif recherché. Or, en l'espèce, les juges Côté et Rowe estiment que l'efficacité de l'ordonnance n'a pas été démontrée. Selon eux, l'ordonnance visant Google n'empêche en rien Datalink de continuer à opérer sur Internet, puisqu'il existe d'autres moyens d'accéder aux sites Internet de Datalink, notamment des moteurs de recherche concurrents, ainsi que des hyperliens publiés sur d'autres sites ou sur les médias sociaux⁴⁴.

Enfin, les juges minoritaires rappellent qu'une réparation en *equity* ne devrait être accordée que s'il n'existe aucun autre recours juridique approprié. Dans l'affaire qui nous occupe, il semblerait que Datalink possède des biens en France. C'est pourquoi les juges

supra note 1 (mémoire relatif à une demande d'autorisation d'intervention de l'International Trademark Association aux para 29-32).

42. *Equustek*, *supra* note 1 aux para 71, 74. Puisque les juges minoritaires sont d'avis que Google n'a pas elle-même contribué à l'acte répréhensible, ceux-ci estiment que l'ordonnance réclamée à l'encontre de Google se distingue d'une ordonnance de type *Norwich* visant à obtenir certains renseignements auprès d'un tiers. En effet, ce type d'ordonnance exige généralement que le tiers concerné ait facilité les actes prohibés. Les juges minoritaires constatent également que l'injonction visant Google diffère d'une ordonnance de type *Mareva*, dans la mesure où celle-ci ne vise qu'à geler des actifs jusqu'à la fin du procès, et non à assurer le respect des droits substantiels du demandeur. *Ibid* aux para 72-73.

43. *Ibid* aux para 75-76.

44. *Ibid* aux para 77-80. Sans développer sur le sujet, l'avis dissident note également que les effets mondiaux de l'ordonnance soulèvent des préoccupations relatives à la courtoisie internationale.

minoritaires émettent l'avis qu'Equustek devrait d'abord demander aux tribunaux français de geler ces biens avant de se tourner vers Google⁴⁵. La majorité conclut pour sa part qu'aucune alternative n'est disponible⁴⁶.

En somme, l'avis dissident offre quelques arguments qui pourraient convaincre un tribunal de refuser de prononcer une ordonnance de retrait d'application mondiale contre un tiers. Le tiers visé pourrait par exemple essayer de démontrer que l'ordonnance s'avérerait largement inefficace, qu'elle lui imposerait un lourd fardeau ou que d'autres recours juridiques seraient plus appropriés. La majorité n'a pas contesté la pertinence de ces facteurs, mais a simplement estimé que ces derniers ne s'appliquaient pas en l'espèce.

3. LE COMMENTAIRE

L'arrêt *Equustek* confirme que les tribunaux canadiens ont la capacité (et la volonté) d'intervenir sur Internet à l'échelle mondiale. Cette décision offre un nouveau remède, bien qu'exceptionnel, en cas de violation des droits de propriété intellectuelle ou d'appropriation illégale de secrets commerciaux⁴⁷. Dans certaines circonstances, un demandeur pourra obtenir une injonction interlocutoire visant des tiers – notamment des fournisseurs de moteurs de recherche – pour entraver l'accès au contenu répréhensible, non seulement au Canada, mais partout dans le monde. Reste toutefois à voir dans quelle mesure cette forme d'ordonnance pourra être octroyée dans d'autres types de dossiers, notamment en matière de diffamation et de violation du droit à la vie privée.

La Cour suprême du Canada n'a apparemment pas estimé nécessaire de répondre aux inquiétudes sur les conséquences de sa décision sur la liberté d'expression au Canada et ailleurs dans le monde. Ni la majorité ni la dissidence n'abordent en détail les préoccupations exprimées par certains intervenants, y compris Human Rights Watch et l'Association canadienne des libertés civiles, selon lesquelles une telle injonction risque d'encourager les tribunaux d'autres pays, y

45. *Ibid* au para 81.

46. *Ibid* aux para 52-53.

47. Ce remède est exceptionnel non seulement au Canada, mais aussi ailleurs dans le monde. En matière de propriété intellectuelle, la portée des ordonnances de retrait de contenu en ligne est généralement limitée au territorial national. Voir Alicia Solow-Niederman et al, « Here, There, or Everywhere? Assessing the Geographical Scope of Content Takedown Orders » (2017) Harvard Law School's Cyberlaw Clinic, document de travail, en ligne : <clinic.cyber.harvard.edu/2017/03/28/clinic-students-and-staff-release-working-paper-on-online-content-takedown-orders/>, à la p 18 (Solow-Niederman).

compris de régimes répressifs, à rendre des ordonnances d'application mondiale exigeant le retrait de contenus en ligne⁴⁸. Ces intervenants craignent par exemple que la décision de la Cour soit invoquée comme précédent par des tribunaux étrangers pour justifier des ordonnances obligeant un moteur de recherche à supprimer des résultats pour des raisons politiques ou religieuses, et ce, à l'échelle mondiale⁴⁹. Autrement dit, la Cour suprême du Canada aurait en quelque sorte donné son assentiment à ce que chaque pays puisse contrôler les contenus disponibles sur Internet, même à l'extérieur de ses frontières.

Même si de telles inquiétudes sont légitimes, il est important de ne pas exagérer la portée de l'arrêt *Equustek*. La décision ne banalise pas toute ordonnance d'application mondiale restreignant le contenu en ligne, y compris les résultats de recherche. Il faut garder à l'esprit que l'ordonnance vise une situation bien précise : la vente en ligne de produits prétendument contrefaits. Comme les tribunaux inférieurs, la Cour présume, d'une part, qu'il s'agit d'une activité illégale partout dans le monde et, d'autre part, que cette activité ne met pas directement en cause la liberté d'expression. Il s'ensuit que l'affaire *Equustek* doit être distinguée de toute autre situation qui ne répond pas à ces deux conditions.

3.1 La courtoisie internationale

La majorité prend soin de préciser que l'ordonnance pourra être modifiée s'il est démontré que celle-ci entre en conflit avec les lois d'autres pays. Bien que ce fardeau soit imposé au tiers visé, il n'en demeure pas moins que la décision *Equustek* confirme que la courtoisie internationale doit être prise en compte au stade de la balance des

48. Voir *ibid* (mémoire de Human Rights Watch et des autres membres de l'International Coalition au para 11); *ibid* (mémoire de la Wikimedia Foundation aux para 15-22); *ibid* (mémoire de l'Association canadienne des libertés civiles aux para 16-22); *ibid* (mémoire de la Media Coalition aux para 30, 33). Il faut souligner que la possibilité que l'arrêt *Equustek* soit cité à l'étranger pour justifier des ordonnances d'application mondiale n'a rien de spéculatif. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a déjà été invoquée à cette fin, notamment par des tribunaux de Hong Kong et du Japon. Voir Solow-Niederman, *supra* note 47 aux pp 18-19.

49. Après la publication de l'arrêt *Equustek*, certains commentateurs ont reproché à la Cour suprême du Canada d'avoir largement ignoré les inquiétudes liées à la liberté d'expression. Voir par exemple Michael Geist, « Global Internet Takedown Orders Come to Canada: Supreme Court Upholds International Removal of Google Search Results » (28 juin 2017), *Michael Geist* (blogue), en ligne : <www.michaelgeist.ca/2017/06/global-internet-takedown-orders-come-canada-supreme-court-upholds-international-removal-google-search-results/>.

inconvenients⁵⁰. Le principe de courtoisie commande qu'un tribunal canadien fasse montre de respect et de déférence envers d'autres États⁵¹. Ainsi, la portée extraterritoriale de l'ordonnance pourrait être restreinte si démonstration est faite que le contenu sous-jacent (les sites Internet de Datalink, en l'espèce) ne serait pas considéré illégal dans une autre juridiction ou qu'une ordonnance visant un tiers comme Google ne pourrait y être octroyée⁵². Quoique la décision ne soit pas sans ambiguïté à cet égard, il n'est pas nécessaire, selon nous, d'établir que le respect de l'ordonnance entraînerait la *violation* d'une loi d'un autre État. Il suffit de démontrer qu'un tel remède ne pourrait y être obtenu ou que celui-ci heurte les valeurs de cet autre État⁵³.

50. Dans le contexte d'une demande d'injonction interlocutoire, les considérations se rapportant à l'intérêt public sont soupesées au stade de la balance des inconvénients selon le cadre établi dans l'arrêt *RJR-Macdonald*. Voir *RJR-Macdonald*, *supra* note 15 aux pp 342-347. Dans l'arrêt *Equustek*, c'est à cette étape de l'analyse que la majorité aborde les enjeux de la courtoisie internationale et de la liberté d'expression.

51. Voir par exemple *Club Resorts Ltd c Van Breda*, 2012 CSC 17 au para 74.

52. *Equustek*, *supra* note 1 aux para 44-46. Dans les faits, Google a par la suite demandé à la Cour fédérale du district nord de la Californie un jugement déclarant l'ordonnance canadienne inapplicable aux États-Unis. Le 2 novembre 2017, le juge Davila a émis une injonction préliminaire pour en suspendre l'exécution en territoire américain en attendant l'audition de l'affaire au mérite (*Google LLC v Equustek Solutions Inc*, 2017 WL 5000834 (ND Cal)). La décision s'appuie notamment sur l'article 230 de la *Communications Decency Act* (47 USC), lequel confère aux intermédiaires – comme les moteurs de recherche – une immunité en matière de responsabilité civile pour les contenus créés par des tiers sur Internet. Si Google a gain de cause au fond, les conclusions de la Cour fédérale des États-Unis pourraient permettre de démontrer à la Cour suprême de la Colombie-Britannique que l'ordonnance visant Google entre en conflit avec le droit américain et doit être modifiée en conséquence. Voir notamment Daphne Keller, « Google's US Challenge to the Canadian Global Delisting Order » (31 juillet 2017), *Center for Internet and Society* (blogue), en ligne : <cyberlaw.stanford.edu/blog/2017/07/googles-us-challenge-canadian-global-delisting-order> (Keller); Vera Ranieri, « EFF Asks US Court to Bar Enforcement of Canada's Global Takedown Order » (7 août 2017), *Electronic Frontier Foundation*, en ligne : <<https://www.eff.org/fr/deeplinks/2017/08/eff-asks-us-court-bar-enforcement-canadas-global-takedown-order>>.

53. Cette interprétation repose sur le paragraphe 44 de l'arrêt *Equustek*, lequel fait référence à l'hypothèse que l'ordonnance ne puisse pas être accordée dans un autre pays, ainsi que sur le paragraphe 45, où la juge Abella insiste sur l'importance de respecter les valeurs fondamentales d'un autre pays. Le paragraphe 46, toutefois, semble suggérer que l'ordonnance ne pourrait être modifiée que si Google fait la preuve que la société devrait *contrevenir* aux lois d'un autre pays afin de se conformer à l'injonction. Ce type de conflit direct ne devrait pas survenir très souvent, puisqu'il faudrait que la loi étrangère *oblige* le tiers en question à publier l'information visée par l'ordonnance. À notre avis, exiger la preuve d'un tel conflit ne respecterait pas suffisamment le principe de courtoisie. En effet, l'ordonnance la plus sévère aurait toujours préséance sur une loi étrangère plus permissive. Voir à ce sujet Keller, *supra* note 52.

En somme, le raisonnement de l'arrêt *Equustek* ne s'applique qu'à des activités dont l'illégalité fait largement consensus à l'échelle internationale, à l'instar de la contrefaçon⁵⁴. Les tribunaux canadiens et étrangers devraient éviter d'étendre la portée de la décision à des questions plus délicates, notamment en matière de diffamation ou d'atteinte au droit à la vie privée, qui font l'objet de divergences juridiques et culturelles marquées entre les pays. On n'a qu'à songer au débat entourant la légitimité du « droit à l'oubli »⁵⁵, lequel illustre le fossé transatlantique en ce qui concerne l'importance à accorder à la protection des renseignements personnels par rapport à d'autres droits, comme la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information⁵⁶.

3.2 La liberté d'expression

L'arrêt *Equustek* repose par ailleurs sur le constat que l'ordonnance contre Google ne fait pas intervenir des valeurs liées à la liberté d'expression⁵⁷. Dans ses décisions antérieures, la Cour suprême du Canada a établi que ces valeurs ou objectifs fondamentaux sont au nombre de trois : le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel⁵⁸. Dans l'affaire *Equustek*, la majorité considère que des résultats de recherche facilitant la vente illégale de produits commerciaux ne se rattachent à aucune de ces valeurs.

54. Certains commentateurs sont d'avis que la Cour suprême du Canada (comme les tribunaux inférieurs) a minimisé les différences existant d'un pays à l'autre en ce qui a trait au droit applicable en matière de marques de commerce et de secrets commerciaux. L'International Trademark Association (INTA) avait demandé d'intervenir à ce propos, mais la Cour a refusé d'accorder l'autorisation requise. Voir notamment Knopf, *supra* note 41 ; *Equustek*, *supra* note 1 (mémoire relatif à une demande d'autorisation d'intervention de l'International Trademark Association aux para 29-32).

55. Au sein de l'Union européenne, le « droit à l'oubli », aussi appelé « droit au déréférencement » ou « droit à l'effacement », permet notamment à un particulier de demander à un moteur de recherche de supprimer certains résultats de recherche associés à son nom. Ce droit a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'arrêt du 13 mai 2014, *Google Spain SL c González*, C-131/12. Au moment d'écrire ces lignes, la CJUE est appelée à déterminer, dans l'affaire *Google Inc c Commission nationale de l'informatique et des libertés* (C-507/17), si le déréférencement doit s'effectuer à l'échelle mondiale ou uniquement sur le territoire de l'UE.

56. À ce sujet, voir notamment Éloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Droit à l'oubli : Canadian Perspective on the Global 'Right to Be Forgotten' Debate » (2017) 15:2 *Colo Tech LJ* 337 aux pp 339-41 ; Franz Werro, « The Right to Inform v. The Right to Be Forgotten: A Transatlantic Clash » (2009) Georgetown Public Law Research Paper No. 2, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401357>.

57. *Equustek*, *supra* note 1 au para 48.

58. Voir par exemple *Grant c Torstar Corp*, 2009 CSC 61 au para 47 ; *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 à la p 976.

Cette conclusion suppose que, dans le contexte d'une demande d'ordonnance visant un moteur de recherche, l'importance accordée aux résultats de recherche quant à l'exercice de la liberté d'expression dépend essentiellement de celle du contenu sous-jacent, c'est-à-dire des sites ou pages Internet qui font l'objet du déréférencement. Autrement dit, il semble qu'une ordonnance de retrait ne mette en cause la liberté d'expression que dans la mesure où les résultats de recherche visés renvoient vers un contenu lié à l'une des trois valeurs consacrées par la jurisprudence.

Au premier abord, cette approche fait fi de l'importance intrinsèque des résultats de recherche pour l'exercice de la liberté d'expression, tant du point de vue des fournisseurs que des utilisateurs de moteurs de recherche⁵⁹. En effet, un résultat de recherche constitue en lui-même une forme de contenu expressif qui indique l'existence et l'emplacement de ressources disponibles sur Internet. Cette information a un intérêt inhérent, indépendamment de la valeur accordée aux ressources sous-jacentes⁶⁰. C'est d'ailleurs ce que la Cour a reconnu dans un arrêt antérieur, *Crookes c Newton*⁶¹, dans lequel la juge Abella insiste sur le « rôle vital » joué par les hyperliens – et, par extension, les résultats de recherche – pour la libre circulation de l'information sur Internet⁶².

Selon nous, la décision *Equustek* ne remet pas en question les déclarations antérieures de la Cour sur l'importance des hyperliens pour l'exercice de la liberté d'expression. Dans l'affaire *Crookes*, il s'agissait de déterminer si l'exploitant d'un site Internet s'exposait à une condamnation en diffamation pour la simple publication d'hyperliens renvoyant à du contenu diffamatoire⁶³. La Cour a conclu par la négative. Une décision contraire aurait entravé la circulation de l'information sur Internet, puisque des exploitants de sites Internet auraient probablement cessé de publier des hyperliens pour éviter

59. Selon la Cour suprême du Canada, le droit à la liberté d'expression protège autant celui qui s'exprime (dans ce cas-ci, le fournisseur d'un moteur de recherche) que celui qui écoute (l'utilisateur d'un moteur de recherche). Voir par exemple *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 à la p 767 (*Ford*); *Edmonton Journal c Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326 à la p 1339.

60. Dans bien des situations, par exemple à des fins journalistiques ou de recherche académique, il peut être utile de pouvoir connaître l'existence et repérer aisément des contenus qui peuvent être perçus comme répréhensibles. Cela dit, il va de soi que l'accès à certains types de contenus doit être restreint en toutes circonstances; les sites renfermant de la pornographie juvénile en constituent l'exemple le plus évident.

61. *Crookes c Newton*, 2011 CSC 47 (*Crookes*).

62. *Ibid* aux para 34-36.

63. *Ibid* aux para 16-31.

le risque d'engager leur responsabilité⁶⁴. Dans le dossier *Equustek*, la juge Abella fait écho à ces préoccupations en énonçant clairement que Google n'a pas engagé sa responsabilité civile en affichant les sites Internet de Datalink⁶⁵. Par le fait même, la majorité estime vraisemblablement que sa décision n'aura pas d'effet paralysant sur la publication de résultats de recherche, un moteur de recherche n'ayant aucun intérêt à supprimer des résultats de recherche *préventivement*, avant l'émission d'une ordonnance judiciaire à son endroit.

Ainsi, en prenant soin d'indiquer que Google n'est pas responsable civilement d'avoir « facilité » l'accès aux sites de Datalink, la majorité se montre attentive à l'importance des résultats de recherche pour l'exercice de la liberté d'expression. Toutefois, dans le contexte d'une demande d'injonction interlocutoire visant un moteur de recherche, il faut comprendre que le poids accordé à la liberté d'expression est intimement lié au contenu sous-jacent. Dans l'affaire *Equustek*, la majorité est d'avis que restreindre l'accès aux sites Internet de Datalink ne soulève pas d'inquiétudes, dans la mesure où il s'agit d'un contenu commercial présumé illégal⁶⁶. Cependant, dans d'autres circonstances, lorsque le contenu sous-jacent se rattache à l'une des valeurs reconnues de la liberté d'expression, les tribunaux devraient exercer une plus grande retenue.

Ainsi, ce serait une erreur de transposer intégralement le raisonnement de l'arrêt *Equustek* à des allégations de diffamation, d'atteinte à la vie privée ou de discours haineux. Lorsqu'une demande d'injonction interlocutoire met en jeu la liberté d'expression, ce qui serait sans doute le cas par exemple si un demandeur cherchait à obtenir le retrait de résultats de recherche liés à un article de presse, le test traditionnel de l'arrêt *RJR-Macdonald* ne devrait généralement pas trouver application. Conformément à l'arrêt *Canadian Liberty Net*⁶⁷, en dehors d'un contexte commercial, il ne suffit pas d'établir une question sérieuse à juger. Il faut plutôt démontrer – dès le stade interlocutoire – que les propos sous-jacents sont manifestement

64. *Ibid* au para 36.

65. *Equustek*, *supra* note 1 aux para 49-53.

66. Ce sont les allégations de contrefaçon et d'appropriation illégale de secrets commerciaux qui, selon nous, amènent la majorité à conclure que les sites Internet de Datalink ne mettent pas en jeu la liberté d'expression. Leur caractère commercial, en lui-même, ne signifie pas que les valeurs rattachées à la liberté commerciale ne sont pas engagées. En effet, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que l'expression commerciale pouvait être liée à l'épanouissement personnel. Voir par exemple *Ford*, *supra* note 59 à la p 767.

67. *Canada (Commission des droits de la personne) c Canadian Liberty Net*, [1998] 1 RCS 626 (*Canadian Liberty Net*).

fautifs et impossibles à justifier⁶⁸. Ce critère assure que la liberté d'expression ne soit restreinte que dans les cas les plus exceptionnels. Rien n'indique, dans la décision *Equustek*, que ce test plus exigeant doive être écarté du fait que l'ordonnance vise un tiers, en l'occurrence un moteur de recherche⁶⁹.

4. CONCLUSION

En résumé, nous reconnaissons que, dans certains cas, une ordonnance d'application mondiale visant le retrait de résultats de recherche constitue le seul remède possible en cas de violation des droits de propriété intellectuelle ou d'appropriation illégale de secrets commerciaux. Les tribunaux canadiens peuvent dorénavant prononcer ce type d'injonction dans les circonstances appropriées.

Leur octroi devrait toutefois demeurer exceptionnel. Il faut d'abord qu'aucun autre recours ne soit disponible, qu'une portée extraterritoriale soit requise pour assurer l'efficacité de l'ordonnance, que le tribunal ait compétence sur le tiers visé et que celui-ci facilite l'acte prohibé. En outre, au stade interlocutoire, les critères habituels de la question sérieuse à juger, du préjudice irréparable et de la balance des inconvénients doivent être satisfaits. Ce dernier critère comprend notamment une prise en compte du principe de courtoisie internationale et des impacts sur la liberté d'expression, le cas échéant. Enfin, lorsque la liberté d'expression est engagée en dehors d'un contexte commercial, le demandeur doit, selon nous, établir que les propos sous-jacents sont manifestement fautifs et impossibles à justifier.

Dans le dossier *Equustek*, la Cour suppose que les activités sous-jacentes – la vente en ligne de produits contrefaits – sont illégales à l'échelle mondiale et ne mettent pas en cause la liberté d'expression. À notre avis, il convient donc de faire montre de prudence avant d'appliquer le raisonnement de la Cour dans d'autres contextes, notamment si l'illégalité des activités en cause ne fait pas consensus à l'étranger et si des droits et libertés fondamentaux sont clairement en jeu.

68. *Ibid* aux para 48-50. Voir aussi *Canadian National Railway Company v Google Inc*, 2010 ONSC 3121, où la Cour supérieure de l'Ontario applique le test rigoureux de l'arrêt *Canadian Liberty Net* dans le contexte d'une demande d'injonction interlocutoire visant la plateforme hébergeant un blogue faisant l'objet d'allégations de diffamation. Voir également *Nazerali v Mitchell*, 2011 BCSC 1846; *Prud'homme c Rawdon (Municipalité)*, 2010 QCCA 584 aux para 55-62.

69. En outre, il faut rappeler qu'une injonction contre un moteur de recherche (ou tout autre tiers) ne devrait être octroyée que s'il est impossible d'exécuter une ordonnance visant directement le contenu répréhensible, par exemple parce que le diffuseur a fui la juridiction, comme c'est le cas de Datalink.

