

**PROTECTION DES CONSOMMATEURS
EN LIGNE :
UNE ÉTUDE SUR LA COMPÉTENCE
RÉGLEMENTAIRE AU CANADA**

RÉALISÉE POUR LE BUREAU DE LA CONSOMMATION
D'INDUSTRIE CANADA

JUILLET 2001

ROGER TASSÉ, OC, C.R.
MAXIME FAILLE

GOWLING LAFLEUR HENDERSON, S.R.L.

GOWLINGS

Les systèmes juridiques et les règles de droit reflètent et expriment les valeurs fondamentales d'une société. Pour respecter la diversité des sociétés, il importe donc de respecter les différences entre les systèmes juridiques. Mais pour que cela soit possible à notre époque où de nombreuses opérations et interactions débordent les frontières qui séparent les ressorts juridiques dans notre ordre juridique décentralisé, il faut également disposer d'un moyen pratique de coordonner ces régimes divers (...).

- *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, par le juge La Forest

Le caractère particulier d'Internet accentue la probabilité qu'une personne puisse être assujettie à une réglementation aléatoire, non coordonnée, voire incohérente par des États qu'elle n'avait jamais l'intention de toucher et dont elle pouvait même ignorer qu'elle les touchait. Habituellement, les limites juridictionnelles des États sont liées à leur géographie. Cependant, la géographie est un concept virtuellement vide de sens sur Internet. [TRADUCTION]

- *Am. Libraries Assn. v. Pataki* 969 F. Supp. 160 (S.D. N.Y.)

INTRODUCTION	1
1. LE CONTEXTE JURIDIQUE AU CANADA	4
<i>Protections substantielles</i>	4
<i>Lois applicables</i>	5
<i>Conclusions au sujet du contexte juridique actuel</i>	11
2. LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL CANADIEN	13
<i>Limites constitutionnelles au pouvoir de réglementation extraprovinciale des provinces</i>	13
<u>Une approche rigide</u>	14
<u>L'approche moderne</u>	15
<i>Exécution de jugements extraterritoriaux rendus en vertu de la loi</i>	17
<i>Conclusions au sujet du contexte constitutionnel</i>	21
3. LA SITUATION AUX ÉTATS-UNIS	22
<i>Législation fédérale</i>	22
<i>Législation des États</i>	23
4. LA SITUATION DANS L'UNION EUROPÉENNE	27
5. OPTIONS EN MATIÈRE DE POLITIQUE AU CANADA	32
<i>Principes</i>	32
<i>Critères</i>	40
<i>Mécanismes</i>	46
<i>Harmonisation</i>	51
<i>Conclusions au sujet des options en matière de politique au Canada</i>	53
RECOMMANDATIONS	56

INTRODUCTION

Les avantages qu'offre le cybercommerce tant aux consommateurs qu'aux entreprises ont été amplement reconnus. La politique publique au Canada, au palier fédéral comme au palier provincial, a eu tendance à favoriser la croissance du cybercommerce en modernisant une infrastructure juridique créée et adaptée à une époque de transactions sur papier, de commerces avec pignon sur rue et de vendeurs itinérants. La politique publique reconnaît également les dangers associés au commerce électronique, et en particulier ceux touchant les consommateurs. Des mesures ont été prises en conséquence pour tenter de moderniser les lois de protection des consommateurs.

Un des traits caractéristiques du commerce électronique est son insensibilité aux frontières. Bien que les transactions postales et le télémarketing existent depuis longtemps, l'essor du commerce électronique a décuplé le nombre de transactions transfrontalières. Le commerce international, qui était autrefois réservé aux entreprises, est maintenant accessible aux consommateurs.

La possibilité à partir d'un seul lieu de commercialiser et de vendre – à faible coût – des produits et services à un marché géographique illimité constitue un des avantages découlant du commerce en ligne. C'est également un des grands défis qui en découlent pour les entreprises, les consommateurs et les responsables des politiques.

Du point de vue du consommateur, transiger avec une entreprise située à l'extérieur de son territoire juridictionnel entraîne le souci qu'il puisse ne pas jouir de la protection qu'il en est venu à tenir pour acquise lorsqu'il fait un achat par un moyen plus traditionnel au sein de son territoire juridictionnel. D'autre part, plusieurs entreprises s'opposent fermement à la suggestion qu'elles devraient connaître et respecter la multitude de cadres réglementaires et les exigences variées des divers territoires juridictionnels dans lesquels se trouvent leurs divers clients ou clients éventuels. Par conséquent, aussi bien les consommateurs que les entreprises se trouvent face à une incertitude juridique minant la confiance envers Internet comme moyen de conclure des affaires.

Pour les responsables des politiques, le défi consiste par conséquent à rétablir un degré de certitude sur le marché, et de le faire d'une façon qui équilibre adéquatement les intérêts des consommateurs et des entreprises. Un des principaux problèmes à cet égard est d'élaborer un ensemble de règles pratiques et raisonnablement prévisibles pour déterminer quelles lois s'appliqueront aux contrats passés par les consommateurs, et quels tribunaux auront l'autorité de rendre des décisions et de trancher des litiges. Cette problématique comporte deux dimensions : privée et publique. D'une part, il faut se demander quelles règles de *droit privé* seront d'application à l'égard des contrats de consommation transfrontaliers passés par voie électronique. D'autre part, il faut se demander quelle juridiction prévaudra en ce qui concerne l'autorité publique de réglementation à l'égard des transactions entre entreprises et consommateurs et des activités connexes.

Aux fins de la présente analyse, la question à l'étude est celle dite de la compétence « de réglementation » ou « de prescription ». On a défini la compétence de prescription comme étant « l'autorité d'un État d'appliquer ses lois à des personnes ou à des activités » [TRADUCTION]¹. En somme, lorsqu'un consommateur au Manitoba est lésé par un commerçant en Ontario, les instances de protection des consommateurs du Manitoba peuvent-elles appliquer les normes et les pouvoirs d'enquête et de poursuite prévus par la *Loi sur la protection du consommateur* de cette province? Y a-t-il en toute hypothèse lieu d'appliquer ces pouvoirs, ou faudrait-il que la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario soit appliquée, et ce, directement par les instances ontariennes? Quels sont les obstacles juridiques et pratiques en cause et comment peut-on le mieux les surmonter?

Ces questions ont reçu relativement peu d'attention dans la littérature et les débats concernant la politique du cybercommerce. Il y a bien une ample littérature sur les contestations de compétence en matière de cybercommerce, mais elle se penche en grande partie sur les aspects de cette question relevant du *droit privé*, à savoir quels tribunaux et quelles lois doivent prévaloir à

¹ Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 401(a).

l'égard de litiges privés découlant du cybercommerce. Pourtant si le droit privé est important en matière de contrats passés par des consommateurs, il ne revêt souvent qu'un aspect théorique : la valeur des contrats des consommateurs, surtout ceux qui sont exécutés par l'entremise d'Internet, est généralement très modeste tandis que le coût associé à des poursuites privées est élevé. Même le règlement extrajudiciaire de différends peut être un investissement impossible à rentabiliser pour un consommateur lésé. Par conséquent, la question de savoir où et en vertu de quelles des poursuites peuvent être entamées lois se pose rarement.²

Cependant, la faible valeur de la plupart des transactions de cybercommerce reflète probablement les appréhensions des consommateurs à l'égard de ce nouveau canal de magasinage.³ En même temps, le potentiel de croissance du cybercommerce entre entreprises et consommateurs – en valeur et en volume – dépendra assurément en bonne partie de l'expérience vécue par les consommateurs avec ces achats de faible valeur. Il est dès lors vital, pour qu'augmente la confiance envers le cybercommerce, que l'expérience soit heureuse pour le plus grand nombre possible de consommateurs.

Compte tenu du fait que les recours des consommateurs à l'égard des problèmes du cybercommerce ne seront souvent – s'ils sont couronnés de succès – que des victoires creuses, les instances de protection des consommateurs ont un rôle particulièrement important à jouer pour assurer que des pratiques commerciales loyales prévalent en ligne et pour convaincre les consommateurs qu'ils peuvent faire des cyberachats en toute sécurité. Comme l'a exprimé le Bureau fédéral des affaires des consommateurs de l'Australie, « le succès dans l'application des

² Les recours collectifs des consommateurs représentent toutefois une importante exception à la règle générale voulant que le coût des poursuites des consommateurs surpasse le recouvrement probable.

³ Lors d'un sondage, 75 % des répondants ont indiqué que les inquiétudes au sujet de la fiabilité des entreprises de cybercommerce étaient un facteur important dans leur disposition à effectuer des achats en ligne : *E-Commerce Survey: Business Reliability Ranks Near Transaction Security in Public Trust in Online Purchasing*, (1998) Rep. Elec. Comm, 10 février 1998, 3.

lois portant sur les pratiques commerciales et la fraude est essentiel pour créer un contexte favorable où les consommateurs peuvent se livrer au commerce »⁴.

On peut espérer que la présente analyse alimente aussi les discussions sur ces sujets importants en se penchant sur un autre aspect négligé de ces vastes questions, à savoir leur application dans le contexte du système de gouvernement fédéral du Canada. Conformément au mandat confié et tout en tenant compte du contexte international, la présente analyse est essentiellement consacrée aux questions juridictionnelles au Canada – entre provinces et territoires canadiens.

1. LE CONTEXTE JURIDIQUE AU CANADA

Protections substantielles

Le cadre juridique existant en matière de protection des consommateurs comprend diverses lois fédérales et provinciales. Au palier fédéral, le principal instrument pertinent à la protection des consommateurs est la *Loi sur la concurrence*. Celle-ci interdit la publicité trompeuse et les pratiques commerciales trompeuses (y compris le télémarketing trompeur) et régit les systèmes de commercialisation à paliers multiples, les ventes pyramidales, le double étiquetage et d'autres pratiques contraires à une concurrence équitable entre entreprises et aux intérêts des consommateurs. En plus de la *Loi sur la concurrence*, le *Code criminel*, la *Loi sur les aliments et drogues* et la *Loi sur les marques de commerce* contiennent toutes des dispositions ayant pour objet ou pour effet de protéger les consommateurs de la publicité trompeuse, de la fraude et de pratiques semblables.

Les provinces ont promulgué des lois sur la vente de biens, sur la protection des consommateurs, sur les pratiques commerciales loyales – ou déloyales, sur les ventes directes, sur les services prépayés et sur les transactions déraisonnables. Plusieurs provinces ont également des lois sur les

⁴ Federal Bureau of Consumer Affairs d'Australie, *Untangling the Web: Electronic Commerce and the Consumer* (1997).

opérations de crédit et des lois propres à des secteurs particuliers (comme ceux des agences de voyage, des concessionnaires de véhicules automobiles et des agents immobiliers) qui assurent au consommateur une protection supplémentaire. Les lois prévoient en général à la fois des recours en droit privé – comme des garanties contractuelles, l'exigence que certains écrits soient produits et des droits de résiliation – et des interdictions réglementaires touchant des pratiques précises, le tout assorti de pouvoirs d'enquête et d'application de la loi. La présente étude est principalement consacrée à l'aspect « droit public » ou aux affaires réglementaires et, plus spécialement, aux questions juridictionnelles qui se présentent en la matière au Canada.

Il n'est pas question ici de passer en revue toutes ces lois. On peut toutefois affirmer qu'il y a de grandes disparités dans leur portée et dans la protection offerte au Canada.⁵

Lois applicables

Les parties à un contrat peuvent préciser quelles lois seront applicables à leur contrat en y prévoyant une disposition portant sur le choix du droit applicable. De telles dispositions ne peuvent toutefois pas avoir pour effet d'exclure l'autorité réglementaire d'organismes d'État à l'égard d'agissements interdits tels que des pratiques commerciales déloyales, la publicité trompeuse ou la fraude.⁶ La portée d'une loi publique régissant les agissements est en grande partie une question législative – dans les limites de la Constitution, ainsi qu'en jugent en dernier ressort les tribunaux.

⁵ Pour une analyse détaillée des lois de protection des consommateurs au Canada dans le contexte du commerce électronique, voir Tassé, R. et K. Lemieux, *Les droits à la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique* (1999), Bureau de la consommation. Accessible à : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01031f.html>.

⁶ *R. c. Trudel, Ex parte Horbas and Myhaluk*, [1969] 3 C.C.C. 95 (Man. C.A.); *R. c. McKenzie Securities Ltd.*, [1966] 4 C.C.C. 29 (Man. C.A.), cité avec approbation dans *R. c. Libman*, *infra*.

À cet égard, les lois canadiennes sur la protection des consommateurs ne sont généralement pas rédigées de façon à limiter leur application à la protection des consommateurs d'une province ou à la réglementation des entreprises ou des commerçants d'une province. Le règlement *Electronic Sales Contract Regulation* récemment pris en vertu du *Fair Trading Act* de l'Alberta⁷ précise de fait sa portée étendue. Elle prévoit par exemple qu'elle s'applique :

- (a) à un contrat où soit le commerçant, soit le consommateur est résidant de l'Alberta;
- (b) à un contrat où l'offre ou l'acceptation de l'offre est faite en Alberta ou est transmise à partir de l'Alberta.

Pareillement, le *Consumer Protection Act* de la Saskatchewan⁸ prévoit expressément que ses autorités peuvent prendre des mesures autorisées « envers un commerçant en Saskatchewan au nom d'un consommateur lorsque la pratique déloyale est survenue à l'extérieur de la Saskatchewan » [TRADUCTION]⁹. L'article 69 de la Loi prévoit aussi expressément que ses dispositions sur les garanties des produits de consommation et les recours privés qui y sont stipulés s'appliquent aux consommateurs qui achètent ou utilisent des produits de consommation achetés en Saskatchewan ainsi qu'aux fabricants, détaillants et garants « qui font affaires en Saskatchewan » [TRADUCTION]¹⁰, et qu'elles relèvent de la compétence des tribunaux de cette province.

⁷ S.A. F-1.05. Les dispositions du règlement sur le commerce électronique qui concernent son application reflètent la vaste applicabilité des dispositions législatives elles-mêmes, y compris à l'égard des pratiques commerciales déloyales en général.

⁸ S.S. 1996, Chap. C-30.1.

⁹ Ibid, art. 29.

¹⁰ La définition de « font affaires en Saskatchewan » est précisée, et elle est vaste. Le critère précis suggère la nécessité d'une présence – physique ou par l'entremise d'un représentant – dans la province, mais elles sont complétées par un critère plus large désignant toute entreprise, fabricant, etc. qui « commercialise, directement ou indirectement, des produits de consommation en Saskatchewan » ou « d'une autre façon mène des activités en Saskatchewan » [TRADUCTION]. On peut soutenir que ces critères largement définis s'appliqueraient à l'égard du cybercommerce transfrontalier ayant son origine à l'extérieur de la province.

Le *Code civil du Québec* prévoit que la loi applicable à un contrat passé par un consommateur est en général celle de l'endroit où réside le consommateur, mais permet aux parties de désigner par contrat la loi de leur choix. Cependant, l'article 3117 prévoit également qu'un consommateur ne peut pas être privé de « la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence » sous réserve de certaines restrictions. Ainsi, bien que les aspects contractuels généraux d'un contrat de consommation peuvent être régis en vertu des règles pertinentes aux conflits de lois, on ne peut renoncer aux protections prévues par les lois de protection des consommateurs du territoire juridictionnel du consommateur.¹¹

Dans la plupart des cas, les lois pertinentes ne précisent pas leur portée. Il revient alors aux tribunaux de déterminer si oui ou non, au plan de l'interprétation des lois, une loi doit s'appliquer à des agissements à l'extérieur du territoire juridictionnel mais ayant des effets à l'intérieur de ce territoire ou à des agissements à l'intérieur du territoire mais ayant des effets à l'extérieur.¹²

À cet égard, il semble probable que les tribunaux seront disposés à appliquer des lois provinciales de protection des consommateurs à la fois (1) lorsque le consommateur en cause réside dans la province et le vendeur ou commerçant est à l'extérieur de la province et (2) inversement, lorsque le consommateur en cause réside à l'extérieur de la province et le vendeur ou commerçant est à l'intérieur de la province.

De fait, même là où la législation pertinente contient des dispositions pouvant suggérer que la loi soit limitée à un territoire, comme c'est le cas en Colombie-Britannique, les tribunaux ne seront pas nécessairement disposés à limiter d'emblée l'application de ses protections et interdictions.

¹¹ De plus, l'article 3149 du *Code civil* prévoit que les tribunaux du Québec sont compétents pour connaître d'une affaire impliquant un contrat de consommation nonobstant une renonciation du consommateur.

¹² Les éventuels problèmes constitutionnels en matière d'application extraterritoriale de lois provinciales sont examinés ci-dessous. Comme nous le verrons, ces problèmes semblent relever davantage des perceptions que de la réalité.

Par exemple, dans l'affaire *Director of Trade Practices c. Ideal Credit Referral Services Ltd.*¹³, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le directeur des pratiques commerciales de cette province pouvait demander une injonction à l'encontre d'une société enregistrée et faisant affaires en Colombie-Britannique à l'égard d'un stratagème de prêts sur avances visant des résidents des États-Unis et dont les victimes étaient apparemment toutes américaines. Les annonces publicitaires promettaient des prêts aux consommateurs et entreprises même s'ils avaient un dossier de crédit défavorable ou s'ils avaient déjà fait faillite, mais exigeaient le versement de 300 \$ en frais de dossier. Dans la plupart des cas, les demandes de prêts étaient rejetées. Un redressement par injonction a été demandé à l'encontre des intimés en vertu de la *Trade Practice Act* de la Colombie-Britannique. Les intimés ont soutenu que la loi de la province s'appliquait uniquement à l'égard d'affaires touchant des consommateurs « dans la province » [TRADUCTION] (expression figurant dans les dispositions sur les recours), et que le fait de l'appliquer à des consommateurs américains équivalait à donner à la loi des effets extraterritoriaux inappropriés.

Le tribunal a rejeté cette défense et jugé que le « caractère véritable » de la loi visait à interdire certaines activités précises ou les agissements ou pratiques trompeurs ou déraisonnables. À ce titre :

... la loi ne fait pas l'objet d'une application extraterritoriale si elle est appliquée dans la province de façon à interdire des agissements consistant à se livrer ou à participer à des agissements ou pratiques trompeurs ou déraisonnables dans la province à l'égard de transactions ou de pratiques dans la province, relativement à des transactions définies dans la Loi comme étant des transactions avec des consommateurs, peu importe où elles se déroulent. [TRADUCTION]¹⁴

Historiquement, au plan de l'interprétation des lois, il y a eu une présomption législative s'opposant à l'application extraterritoriale de lois du droit public. Cela s'explique par le souci d'éviter d'empiéter sur la souveraineté d'autres États (ou provinces) en prétendant réglementer

¹³ (1997), 145 D.L.R. (4th) 20 (B.C. C.A.).

¹⁴ Ibid, p. 25.

les agissements qui s'y déroulent entièrement. Comme l'a observé le juge La Forest dans l'affaire *R. c. Libman* :

Il a fallu un certain temps avant que le droit criminel anglais évolue suffisamment pour répondre aux méthodes plus subtiles qui avaient pour objet d'amener les crédules ou les étourdis à se départir de leurs biens, notamment par escroquerie. Et ce n'est que bien plus tard, c'est-à-dire à la fin du 19^e siècle, après la mise sur pied des systèmes postal, télégraphique et téléphonique, que les adeptes de cet art subtil de la persuasion ont pu exercer leurs talents sur le plan international.¹⁵

C'est alors, indique le juge, que les lois ont acquis une nouvelle dimension et que les tribunaux ont commencé à rejeter les principes rigides de territorialité. À l'origine, les tribunaux ont élaboré divers critères visant l'application de lois criminelles (habituellement dans les domaines de la fraude et des fausses indications), s'appuyant sur des principes instables, divergents et souvent contradictoires, selon les exigences de chaque affaire. Dans certains cas, l'endroit où l'acte présumé criminel a été planifié ou initié servirait à déterminer la juridiction. Dans d'autres cas, le facteur déterminant serait l'endroit où le délit avait produit ses effets, où il avait été entamé, où il avait été parachevé, ou encore où son fondement – ou son élément essentiel – avait eu lieu.¹⁶

L'approche moderne reconnaît toutefois que les autorités gouvernementales ont un intérêt légitime dans la réglementation et l'application de la loi à l'égard d'activités qui se déroulent à l'étranger mais qui ont des conséquences illégales sur leur territoire ainsi qu'à l'égard d'activités qui se déroulent sur leur territoire mais qui ont des conséquences illégales ailleurs. Dans *Libman*, la Cour suprême résume comme suit l'approche moderne en matière de territorialité :

... il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment

¹⁵ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, p. 185.

¹⁶ *Ibid*, p. 185-186

les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un « lien réel et important » entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé.¹⁷

Bien que cette cause relève du droit criminel, il est évident que les principes exprimés dans *Libman* s'appliquent tout autant aux affaires quasi criminelles et réglementaires.¹⁸

Le *Code civil du Québec* renferme des règles précises en cas de conflit entre lois. Il établit à cet égard la règle générale voulant que « les autorités québécoises sont compétentes lorsque le défendeur est domicilié au Québec »¹⁹. Le *Code* prévoit également que les autorités québécoises peuvent connaître d'une affaire même en l'absence de compétence si l'affaire « présente un lien suffisant avec le Québec » et lorsque des poursuites ne peuvent pas être intentées ailleurs (article 3136). Le *Code* prévoit également que les autorités québécoises peuvent ordonner des mesures provisoires ou « conservatoires » même en l'absence de compétence sur le fond d'un litige donné (article 3138), et prendre en situation d'urgence les mesures « qu'elles estiment nécessaires à la protection d'une personne qui se trouve au Québec ou à la protection de ses biens s'ils y sont situés » (article 3140). Bien que ce régime ait des éléments du critère de « lien réel et important » applicable sous les juridictions de common law, il semble qu'un critère plus rigoureux soit d'application lorsque l'intimé n'est pas un résident du Québec. En l'occurrence, il faut également démontrer qu'il serait impossible ou déraisonnable que des poursuites soient intentées sous une autre juridiction.

¹⁷ Ibid, p. 212-213

¹⁸ En effet, dans l'affaire *Libman*, la Cour suprême a adopté la même approche que la Cour d'appel du Manitoba dans une cause concernant l'application extraterritoriale des lois du Manitoba sur les valeurs mobilières : *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.*, supra note 5.

¹⁹ *Code civil du Québec*, article 3134.

Conclusions au sujet du contexte juridique actuel

Pour les consommateurs comme pour les entreprises, le contexte juridique actuel du Canada accorde donc une protection inégale et laisse subsister une incertitude juridique quant à savoir quelle province sera juridiquement compétente à l'égard d'une transaction ou d'une pratique en particulier.

En toute hypothèse, l'application de lois de réglementation aux transactions transfrontalières est souvent difficile, et d'autant plus dans le cas d'agissements en ligne. Il est inévitablement problématique de préciser un territoire et un lieu lorsqu'il s'agit d'Internet, en raison de ce que l'on a appelé son « indétermination géographique » [TRADUCTION]²⁰. Néanmoins, plusieurs observateurs ont fait valoir que la difficulté n'est pas insurmontable. Même si les branchements et la transmission de données peuvent se faire sur les territoires de plusieurs juridictions, et même si les serveurs informatiques hébergeant l'information ou à partir desquels elle est envoyée ou reçue peuvent être situés à un autre endroit que les parties à un litige donné, les parties elles-mêmes se trouvent toujours ultimement en un lieu réel appartenant à un territoire donné. La difficulté de préciser ce lieu particulier, d'une façon générale ou à un moment donné, n'en crée pas moins un obstacle pratique. Cette difficulté ne peut pourtant justifier ni juridiquement ni pratiquement l'abdication par les autorités de réglementation de leur rôle et de leur pouvoir de protéger les consommateurs à l'intérieur de leur territoire juridique.

À l'évidence, le critère du « lien réel et important » pour l'affirmation en bonne et due forme d'une compétence de prescription aura souvent comme résultat que plus d'une juridiction sera en mesure d'affirmer sa compétence à l'égard d'agissements qui ont des effets dans divers lieux. C'est pourquoi il paraît nécessaire de formuler des règles plus claires en matière de compétence de prescription. Il faut toutefois souligner qu'il n'est pas nécessaire – ni sans doute souhaitable

²⁰ Voir Rothchild, J., « Making the Market Work: Enhancing Consumer Sovereignty Through the Telemarketing Sales Rule and the Distance Selling Directive » (1998), 21 J. Consumer Policy 279.

ou même constitutionnel – d'établir des règles qui déterminent strictement dans quel territoire les autorités peuvent affirmer une compétence à l'égard d'une affaire donnée. Plutôt, il faut préférer l'approche visant à s'entendre pour déterminer, parmi les autorités qui peuvent affirmer leur compétence, quelles le feront effectivement et quelles y renonceront à la lumière d'une situation donnée.

De plus, il peut y avoir des circonstances où il ne serait pas indiqué de limiter la compétence de différentes autorités. Dans *Libman*, la Cour suprême a affirmé qu'en appliquant des principes si larges pour la compétence de prescription, il y avait un risque réel que des particuliers soient exposés pour les mêmes gestes à plusieurs poursuites, sous diverses juridictions. Dans *R. c. Van Rassel* toutefois, la Cour suprême a jugé que la règle générale selon laquelle une personne ne devrait pas être exposée à deux poursuites pour un même délit ou un même geste ne s'applique pas aux infractions impliquant plusieurs victimes. Dans cette affaire, un agent de la Gendarmerie royale du Canada rattaché à une équipe internationale antidrogue avait été arrêté en Floride en vertu d'accusations d'avoir demandé et accepté des pots-de-vin en échange d'informations que lui avaient communiquées les autorités des États-Unis. Il a été accusé au Canada d'abus de confiance à l'égard du même incident. La Cour suprême a indiqué qu'il y avait des « victimes multiples » touchées par ses agissements, en ce sens où l'agent « avait une obligation générale de loyauté envers le peuple canadien, aussi bien qu'une obligation temporaire de loyauté envers les États-Unis, fondée sur la confiance qu'on lui avait accordée ».²¹

De même, il est évident que plusieurs juridictions peuvent avoir un intérêt légitime dans la réglementation et l'application de la loi à l'égard d'agissements impliquant des victimes sur leur propre territoire.

²¹ *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 238

2. LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Tout effort visant à simplifier et à harmoniser les moyens de déterminer la compétence législative doit évidemment respecter la Constitution du Canada. Le fait que les questions en cause concernent des transactions et des pratiques transfrontalières soulève la question fondamentale de la compétence extraterritoriale des provinces. En somme, il se peut que la Constitution du Canada limite en théorie l'aptitude des provinces à faire des lois ayant un effet extraterritorial.²² Comme nous le verrons toutefois, ces limites relèvent probablement davantage des perceptions que de la réalité, dans le cadre d'une approche moderne de la question. Néanmoins, une réflexion sur ce problème s'impose en préalable aux décisions de fond touchant les efforts des provinces visant à simplifier l'application des lois de protection des consommateurs aux activités transfrontalières.

Limites constitutionnelles au pouvoir de réglementation extraprovinciale des provinces

La notion voulant que l'aptitude des provinces à adopter des lois ayant un effet extraterritorial soit limitée découle du libellé de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ses dispositions imposent une limitation territoriale à l'autorité législative des législatures provinciales : les articles 92, 92A, 93 et 95 débutent tous par les mots « dans chaque province » ou « la législature de chaque province » et plusieurs catégories de sujets énumérés à l'article 92 parmi ceux relevant de la compétence législative provinciale sont limitées par l'expression « dans la province » ou « dans les limites de la province »²³. Cette limitation a également été reconnue dans la jurisprudence même si, comme nous le verrons, il y a eu évolution vers une plus grande souplesse.

²² Cette limitation est à opposer au principe voulant que le Parlement « a tout pouvoir pour faire des lois à portée extra-territoriale » – article 3, *Statut de Westminster, 1931*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 27 (cette disposition n'étant pas applicable aux législatures provinciales).

²³ Voir Hogg, P., *Constitutional Law of Canada* (1998: Toronto, Carswell), 13-4.

Une approche rigide

Une des premières causes où a été reconnue une limitation constitutionnelle du pouvoir des provinces de légiférer d'une façon qui touche les droits à l'extérieur de la province est *Royal Bank of Canada c. Le Roi* [1913] A.C. 283. Le Conseil privé a alors invalidé une loi de l'Alberta qui voulait exproprier le produit d'une émission d'obligations effectuée par une compagnie ferroviaire anglaise. Le tribunal a soutenu que la loi avait pour effet d'exclure la possibilité que des détenteurs de titres exercent un droit de recours au Québec, où le tribunal a déterminé que le produit des obligations était détenu. Le tribunal a jugé que la loi ne s'appliquait pas uniquement aux droits de propriété et aux droits civils en Alberta et ne visait pas uniquement des questions de nature simplement locale ou privée au sein de la province, et qu'elle prétendait toucher un droit civil à l'extérieur de la province. À ce titre, elle était inadmissible au plan constitutionnel et elle outrepassait l'autorité de la législature de l'Alberta.

De même, dans *Crédit Foncier Franco-Canadien c. Ross*, [1937] D.L.R. 365 (Alta. A.D.), une loi albertaine de l'époque de la Dépression visant à réduire ou à éliminer les intérêts payables sur certaines dettes a été invalidée car elle touchait des créanciers à l'extérieur de l'Alberta. Le même raisonnement prévalait dans *Beauharnois Light, Heat and Power Co. c. Hydro-Electric power Commission*, [1937] O.R. 796 (C.A.), où la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé une loi ontarienne qui visait à annuler un contrat entre la commission électrique de l'Ontario et un producteur d'électricité du Québec. Bien que le contrat ait été conclu en Ontario, la loi a été jugée contraire à la Constitution parce qu'elle touchait des droits à l'extérieur de l'Ontario.

Cette logique est manifestement problématique lorsqu'il s'agit d'assurer aux consommateurs une protection transfrontalière. Si une loi provinciale prétend régler un contrat de consommation transfrontalier, on peut supposer qu'elle serait probablement jugée contraire à la Constitution. Si la loi entend protéger le consommateur au sein du territoire, elle affecterait manifestement les droits contractuels et les droits de propriété du commerçant à l'extérieur du territoire. Si la loi vise à l'inverse à régler un commerçant au sein de la province, on

pourrait juger qu'elle assure une protection aux consommateurs à l'extérieur de la province et qu'elle outrepassé également la compétence territoriale de la législature. Comme l'affirme le P^r Hogg, « ces causes laissent croire qu'une modification apportée par une province à une créance ou à d'autres droits contractuels n'est valable que si les deux parties au contrat résident dans la province. » [TRADUCTION]²⁴

Certains précédents concernant les lois provinciales de réglementation ou celles visant le bien public portent également à la réflexion. Dans *Interprovincial Cooperatives c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, la Cour suprême du Canada a invalidé une loi du Manitoba qui prétendait créer un droit de recours à l'encontre d'entreprises de l'extérieur de la province responsables de la contamination de rivières qui coulent au Manitoba et qui causent ainsi des dommages au Manitoba. Selon trois des juges de la majorité, le fait que la pollution des rivières soit survenue à l'extérieur du Manitoba rendait cette province incapable de réglementer. La majorité a rejeté le point de vue de la minorité voulant que la loi devait être validée puisqu'elle visait principalement à réparer des dommages subis au Manitoba. Encore une fois, cette logique présente un obstacle notable à la réglementation des transactions transfrontalières en suggérant qu'il soit inadmissible au plan constitutionnel de protéger les résidents d'une province de préjudices ayant leur source à l'extérieur de cette province.

L'approche moderne

Il existe en revanche une série de causes qui suggèrent une approche beaucoup moins rigide de la limitation des compétences extraterritoriales des législatures provinciales. Il semble que la jurisprudence des dernières années révèle une tendance dans cette direction.

Dans *Ladore c. Bennet*, [1939] A.C. 468, le Conseil privé a confirmé la validité d'une loi ontarienne fusionnant quatre municipalités et créant la ville de Windsor. Le tribunal a reconnu

²⁴ Ibid, 13-7

qu'il était admissible au plan constitutionnel que la loi révoque les dettes des anciennes municipalités – y compris celles dont les créanciers étaient situés à l'extérieur de la province – pour les remplacer par des obligations assorties d'un taux d'intérêt moindre. Dans cette affaire, l'approche adoptée et par la suite validée par la Cour suprême du Canada dans la cause *Upper Churchill Water Rights*²⁵ semble avoir été de permettre qu'une loi ait des effets accessoires touchant les droits à l'extérieur de la province si son « caractère véritable » concerne des questions au sein de la province et au sein d'une catégorie de sujets relevant des législatures provinciales en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dès lors que les effets extraterritoriaux de la loi sont simplement accessoires. De même, dans *La Reine c. Thomas Equipment Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 529, un fournisseur d'équipement agricole du Nouveau-Brunswick qui avait vendu de l'équipement à un détaillant en Alberta a été contraint d'observer une loi albertaine exigeant que l'entreprise rachète les stocks invendus au terme de l'accord de fourniture. La décision de la majorité est instructive, jugeant que la décision délibérée de l'entreprise néo-brunswickoise de fournir le marché albertain avait pour conséquence de l'assujettir aux « règles du jeu » applicables en Alberta. Une telle analyse soutiendrait l'affirmation de compétence d'une législature provinciale envers les commerçants de l'extérieur de la province qui traitent avec des consommateurs dans la province. Dans l'affaire *Proc. gén. (Qué.) c. Kellogg's Co. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 211, la majorité de la Cour suprême a appuyé – fût-ce de façon incidente – le principe voulant que les lois de protection des consommateurs puissent s'appliquer au-delà des frontières d'une province pour réglementer les agissements qui y ont leur origine.²⁶

²⁵ [1984] 1 R.C.S. 297.

²⁶ Ibid, p. 226. Il faut souligner qu'au nom de la minorité, le juge en chef Laskin a abordé ce point directement, ainsi que de façon incidente, et a indiqué qu'il ne serait pas admissible au plan constitutionnel que la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec s'applique à des activités extraterritoriales et réglemente « une émission télédiffusée à partir d'une autre province, mais reçue dans la province qui légifère » : *ibid*, p. 217.

De la même façon, il semble évident que les provinces peuvent réglementer les activités d'entreprises à l'intérieur de leurs frontières qui touchent les consommateurs à l'extérieur de la province. À cet égard, on peut faire le parallèle avec des causes ayant confirmé l'aptitude des provinces à discipliner ou réglementer les professionnels sur leur territoire en ce qui concerne leur conduite à l'extérieur de la province (voir *Re Underwood McLellan & Associates and Ass'n of Professional Engineers of Saskatchewan* (1979), 103 D.L.R. (3e) 268 (Sask. C.A.)).

Enfin, d'aucuns ont suggéré que la réglementation du commerce électronique transfrontalier pourrait être considérée comme une affaire relevant du commerce interprovincial ou international, une question de compétence fédérale exclusive en vertu de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le pouvoir fédéral à l'égard du commerce interprovincial a été interprété de façon restrictive. Par exemple, comme l'a confirmé *Labatt Breweries c. A.G. Canada*, [1980] 1 S.C.R. 844, l'imposition de normes ne tenant pas compte de mouvements chevauchant les frontières provinciales ne suffit pas à permettre l'exercice de la compétence fédérale. Ainsi qu'on l'a vu, l'aptitude des provinces à promulguer des lois ayant des effets extraprovinciaux a été interprétée en un sens assez large.

Par conséquent, il semblerait que l'application de lois provinciales de protection des consommateurs à des agissements qui produisent des effets ou qui trouvent leur origine dans une autre province relève de la compétence provinciale, n'ayant que des effets accessoires admissibles sur le commerce interprovincial.

Exécution de jugements extraterritoriaux rendus en vertu de la loi

Il importe de faire une distinction entre le pouvoir de légiférer de façon extraprovinciale et le pouvoir d'appliquer une loi ou un jugement d'une province de façon extraprovinciale, par l'entremise de tribunaux à l'extérieur de la province. L'aptitude de légiférer de façon extraprovinciale demeure en principe inadmissible au plan constitutionnel – même si la règle est appliquée de façon à permettre qu'une loi provinciale par ailleurs admissible produise des effets

extraterritoriaux accessoires. De même, si la jurisprudence a jadis limité la compétence des tribunaux provinciaux aux affaires liées au territoire de la province, la situation juridique a maintenant évolué au point où il suffit qu'il y ait un « lien réel et important » pour les tribunaux d'une province pour qu'ils puissent affirmer leur compétence dans une affaire.²⁷ Il est pareillement clair que les tribunaux d'une province peuvent servir à exécuter des jugements rendus dans une autre province.²⁸

Historiquement toutefois, il faut faire une importante distinction juridique entre l'exécution de jugements étrangers à l'égard d'affaires *privées* (p. ex., les délits ou quasi-délits et les affaires contractuelles) et de jugements étrangers rendus en application de certaines lois étrangères de droit public. L'exécution de ces derniers a traditionnellement été considérée comme étant contraire à la souveraineté d'un État. À son paroxysme, le principe signifierait que les tribunaux « n'ont aucune compétence pour trancher une affaire concernant l'application, directe ou indirecte, d'une loi étrangère relevant du droit pénal ou fiscal ou d'un autre domaine du *droit public* » [TRADUCTION] (Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 12^e éd. (Londres, Stevens & Sons, 1993)).

Ainsi, dans *New Zealand (A.G.) v. Ortiz*, [1984] A.C. 1 (C.A.), lord Denning, M.R. a soutenu que les tribunaux anglais ne pouvaient pas appliquer une loi de la Nouvelle-Zélande prévoyant la confiscation d'« articles historiques » exportés de Nouvelle-Zélande au Royaume-Uni ou ayant fait l'objet d'une tentative d'exportation en ce sens, en contravention de cette loi. Le juge s'est justifié du principe « que les lois ne seront pas appliquées si elles supposent de la part d'un gouvernement l'exercice de son autorité souveraine à l'égard de propriété à l'extérieur de son territoire » [TRADUCTION].

²⁷ *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

²⁸ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *ibid.*

La catégorie précise de lois étrangères qui ne sera pas appliquée localement a fait l'objet de grands débats judiciaires. Dans *A.G. v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd* (1988), 165 C.L.R. 30, la Haute Cour d'Australie a noté que la question de savoir « si le principe proscriit l'application de lois publiques étrangères aussi bien que de lois pénales étrangères a été une question litigieuse » [TRADUCTION].

L'arrêt de référence au Canada est *Laane c. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] S.C.R. 530. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a refusé de donner suite au Canada à un décret d'expropriation de la République soviétique socialiste d'Estonie prétendant exproprier un navire estonien qui s'était échoué au Canada.

Le principe s'opposant à l'exécution par les tribunaux de jugements civils étrangers a initialement été importé dans la Confédération canadienne pour exclure l'exécution de jugements de la même façon qu'entre provinces sœurs, le principe s'opposant à l'application de lois étrangères relevant du droit pénal, fiscal ou autre a aussi initialement été considéré comme étant d'application au sein de la Confédération. Dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, la Cour suprême du Canada a définitivement rejeté la prémisse voulant que les « provinces sœurs » soient traitées entre elles comme des États étrangers lorsqu'il s'agit d'exécuter dans une province les jugements civils rendus dans une autre. De même, il n'est guère probable que les lois pénales ou fiscales ou les autres lois publiques d'une autre province continuent à être considérées comme étant étrangères et donc inapplicables dans une autre province. Tant que la loi extraprovinciale que l'on cherche à appliquer est pertinente à l'affaire (et sous réserve des limitations à l'extraterritorialité examinées ci-dessus) et tant qu'un jugement a été rendu en bonne et due forme, les tribunaux extraprovinciaux sont susceptibles d'accorder à ces jugements « pleine foi et crédit », pour reprendre les termes de la Constitution américaine, et de les appliquer.

De plus, la règle s'opposant à l'application de lois étrangères dans les domaines pénal, fiscal et public semble elle-même avoir perdu une bonne part de sa force et de sa portée. Il ne semble pas qu'elle s'applique de façon générale à toutes les lois publiques au sens large, même dans le cas

de lois qui sont véritablement étrangères. En effet, les tribunaux canadiens ont appliqué des lois publiques qui étaient véritablement étrangères. La règle semble être limitée à l'application des lois étrangères qui sont contraires à la politique publique du Canada. Ainsi, dans *United States of America c. Ivey*²⁹, les tribunaux de l'Ontario ont exécuté un jugement rendu aux États-Unis d'Amérique à l'encontre d'un intimé du Michigan, en vue de recouvrer les coûts d'un nettoyage environnemental en vertu de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 1980* 42 U.S.C., article 9607(a). Cette cause a du reste réitéré le principe selon lequel la plus grande sévérité d'une loi américaine – au plan de la procédure et sur le fond – par rapport à la loi équivalente en Ontario ne peut servir de défense contre l'application de la loi américaine plus sévère par les tribunaux de l'Ontario. Les tribunaux peuvent exécuter un jugement étranger même s'il est contraire à la loi locale. Les tribunaux s'y refuseront uniquement au nom de la politique publique, « lorsque des valeurs fondamentales sont en jeu ».

Un résultat semblable a été constaté au Québec dans *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302 (C.A.). Le tribunal a jugé qu'une dette de jeu encourue dans un lieu où le jeu est autorisé pouvait être recouvrée au Québec par homologation de jugement.

À la lumière de cette tendance dans la jurisprudence, il semble probable que l'on puisse recourir à un tribunal ayant un « lien réel et important » à une affaire pour faire exécuter un jugement extraprovincial découlant de l'application extraprovinciale d'une loi de réglementation.

Le principe qui permet aux tribunaux d'une province d'affirmer leur compétence à l'égard d'une affaire dans laquelle la province a un « lien réel et important » a de fait acquis la valeur d'un principe constitutionnel.³⁰ Bien que le pouvoir d'une partie lésée et des provinces de faire appliquer la loi s'en trouve augmenté, l'attribution d'une valeur constitutionnelle à ce principe a

²⁹ (1995), 26 O.R. 533 (Div. gén.), conf. par 30 O.R. (3e) 370 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C., inf. par [1997] 2 R.C.S. x.

³⁰ *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289.

également pour effet d'imposer des restrictions constitutionnelles à l'aptitude d'une province d'empêcher les tribunaux d'une autre province de trancher des affaires. Comme l'a résumé le P^r Hogg, la jurisprudence défend le principe suivant :

Aucune province n'a le pouvoir de refuser aux citoyens d'autres provinces leurs droits normaux d'accès à leurs propres tribunaux pour trancher les litiges qui découleraient inévitablement d'activités interprovinciales. Aucune province n'a le pouvoir d'insister, de fait, que ses résidants ne soient poursuivis que devant les tribunaux de leur propre province. [TRADUCTION]³¹

Conclusions au sujet du contexte constitutionnel

Lorsqu'il s'agit d'élaborer un cadre politique cohérent en matière de compétence, il faut toujours prendre en considération d'éventuelles limitations constitutionnelles de l'aptitude des provinces d'exercer une autorité réglementaire à l'égard d'activités transfrontalières. À ce sujet, nous sommes toutefois d'accord avec l'affirmation suivante du P^r Hogg :

La règle générale en droit constitutionnel veut qu'une loi soit classée selon son caractère véritable et que les effets accessoires touchant des sujets à l'extérieur du territoire juridictionnel ne soient pas pertinents à la validité constitutionnelle. Personne ne contesterait qu'une loi provinciale dont le caractère véritable consiste à détruire ou modifier un droit à l'extérieur de la province doit être anticonstitutionnelle. En revanche, il me semble erroné de refuser d'admettre qu'une loi dont le caractère véritable touche une question à l'intérieur de la province puisse accessoirement détruire ou modifier des droits à l'extérieur de la province. [TRADUCTION]³²

Qu'il s'agisse de légiférer ou d'appliquer la loi donc, le principe de référence qui ressort en droit canadien à l'égard de la compétence de prescription semble être l'existence d'un « lien réel et important ». Même si certains des facteurs servant à déterminer si un « lien réel et important » existe aux fins de la compétence de prescription seront différents de ceux qui sont pertinents aux

³¹ Hogg, supra note 23, 13-22.

³² Ibid, 13-7 à 13-8.

questions de compétence en droit privé (choix des lois, du tribunal et de la compétence exclusive), la prémisse sous-jacente est essentiellement identique.

3. LA SITUATION AUX ÉTATS-UNIS

Législation fédérale

Aux États-Unis comme au Canada, la compétence de prescription est essentiellement une question relevant de la loi et de son interprétation :

Au contraire de la compétence exclusive, du choix du tribunal et du choix des lois, qui dépendent en grande partie des contraintes constitutionnelles et de la jurisprudence, la compétence relève essentiellement de l'intention du législateur lorsqu'il s'agit de l'autorité substantielle d'un organisme d'État ou d'un organisme fédéral. [TRADUCTION]³³

Au palier fédéral, les lois antitrust des États-Unis prévoient un vaste fondement pour l'affirmation de compétence, y compris envers des activités étrangères qui ont « un effet direct, important et raisonnablement prévisible » [TRADUCTION] sur le commerce aux États-Unis.³⁴

Cependant, la position générale des États-Unis, dans son droit des relations étrangères, veut qu'un État soit doté de compétence réglementaire extraterritoriale à l'égard « d'agissements à l'extérieur de son territoire qui ont ou qui sont destinés à avoir des effets importants sur son territoire » [TRADUCTION]³⁵, dans la mesure où l'exercice de cette compétence est

³³ Témoignage de D. Jean Veta, sous-procureur général associé, département de la justice des États-Unis, devant le Sous-comité de la Chambre des représentants des États-Unis sur les tribunaux et la propriété intellectuelle, le 29 juin 2000. Accessible à : <http://www.cybercrime.gov/vetatst.htm>.

³⁴ *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 6a (1994); *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. § 45(a)(3) (1994).

³⁵ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 401(c).

« raisonnable ». Ce critère est fort semblable au critère du « lien réel et important » applicable au Canada.

Le caractère « raisonnable » de l'exercice de la compétence dépend à son tour d'un certain nombre de facteurs, dont les suivants :

- la mesure dans laquelle l'activité se déroule sur le territoire ou y a des effets importants, directs et prévisibles;
- le fait que la personne ou la chose que l'on veut réglementer soit présente dans l'État;
- les liens entre l'État réglementant et la personne responsable de l'activité en cause ou les personnes que vise à protéger l'exercice de la compétence de prescription;
- l'importance de la réglementation pour l'État réglementant et pour d'autres États;
- les attentes raisonnables des parties touchées;
- la compatibilité avec les traditions internationales;
- les conflits potentiels avec d'autres États.³⁶

Législation des États

Plusieurs États américains ont tenté d'affirmer leur compétence de prescription – et d'appliquer leurs propres lois – de façon extraterritoriale à l'égard d'activités sur Internet. Par exemple, certaines instances de réglementation américaines ont adopté la position voulant que leur compétence soit vaste, recouvrant quiconque et quelque activité qui met de l'information à la disposition de ses résidants. Au Minnesota, par exemple, le site Web du procureur général de l'État affiche un « Avertissement à tous les utilisateurs et fournisseurs d'Internet » dans les termes suivants :

Les personnes à l'extérieur du Minnesota qui transmettent de l'information par le biais d'Internet en sachant que cette information sera diffusée au Minnesota sont assujetties à la compétence des tribunaux du Minnesota en cas d'infractions aux lois criminelles et civiles de l'État. [TRADUCTION]³⁷

³⁶ Ibid, §401(2).

³⁷ <http://www.ag.state.mn.us/home/concumer/consumernews/OnlineScams/memo.html>

De la même façon, le *Business and Professional Code*³⁸ de Californie exige que les commerçants qui proposent des biens ou des services dans cet État, que ce soit par Internet ou part d'autres moyens, expédient la marchandise ou envoient un remboursement dans un délai de 30 jours. La loi contient en outre certaines exigences en matière de divulgation qui sont applicables au fournisseur Internet lorsque la transaction implique un acheteur en Californie.

Certains États ont réussi à appliquer leurs lois de façon extraterritoriale à l'égard d'activités sur Internet. Par exemple, l'État du Missouri a obtenu une injonction à l'égard de paris en ligne à l'encontre d'une entreprise enregistrée au Delaware et ayant son lieu d'affaires principal en Pennsylvanie, dont le site Web de paris était exploité par une filiale en Grenade. L'injonction interdisait à l'entreprise de commercialiser ses services de paris au Missouri et tant l'entreprise que son président ont été mis en accusation par un grand jury de l'État lorsqu'il s'est avéré que l'entreprise n'observait pas l'injonction.³⁹

Comme au Canada cependant, la Constitution des États-Unis prévoit certaines restrictions à l'application extraterritoriale des lois des 50 États. Ces limites découlent de la clause de respect de la loi du Quatorzième Amendement (qui prévoit qu'aucun État « ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière »), et la clause « pleine foi et crédit » de l'article 4, section 1, qui prévoit ce qui suit :

Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque État, aux actes publics, minutes et procès-verbaux judiciaires de tous les autres États. Et le Congrès pourra, par des lois générales, prescrire la manière dont la validité de ces actes, minutes et procès-verbaux sera établie, ainsi que leurs effets.

³⁸ § 17538 (West 1997).

³⁹ *Nixon v. Interactive Gaming & Communications Corp.* No. CV97-7808, Jackson Cty. (Mo. Cir. Ct.).

Edinger⁴⁰ a cité le passage suivant de Reese, qui résume élégamment l'effet des deux clauses sur l'application extraterritoriale des lois des États :

La contrainte imposée par la procédure légale régulière est essentiellement négative : elle interdit à un État d'appliquer ses propres lois – ou même les lois d'un autre État – lorsqu'il n'y a pas de fondement raisonnable pour le justifier. Par contre, la contrainte imposée par le principe « pleine foi et crédit » est affirmative : il oblige un État, dans certaines circonstances, à connaître des affaires impliquant un autre État et, en d'autres circonstances, à appliquer les lois d'un État donné même si les lois de plusieurs États pourraient être applicables en vertu de la procédure légale régulière. [TRADUCTION]

En somme, ces dispositions prévoient un seuil auquel les lois des États doivent satisfaire pour être applicables, à savoir qu'il y a un lien entre l'État en cause et la situation de faits. À défaut, un État ne peut pas appliquer ses propres lois.⁴¹ Le lien doit aussi en être un qui est *prévisible* pour la partie envers laquelle on veut exercer une compétence : à cet égard, il doit y avoir « un geste par lequel l'intimé se prévaut expressément du privilège de mener des activités au sein de l'État du tribunal, invoquant de ce fait les avantages de ses lois » [TRADUCTION]⁴².

Dans l'affaire *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878), une des premières causes américaines traitant d'application extraterritoriale des lois des États, le tribunal a jugé qu'un État agirait de façon arbitraire et en contravention de la clause de la procédure légale régulière si ses lois étaient appliquées à des personnes résidant à l'extérieur de l'État et n'ayant pas de rapports avec l'État. Par la suite, la Cour suprême des États-Unis a pu s'exprimer au sujet de l'application extraterritoriale des lois des États. Dans *Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981), elle a fait l'observation suivante :

⁴⁰ Edinger « Territorial Limitations on Provincial Powers », 14 *Ottawa L. Rev.* 57, 92.

⁴¹ *Ibid*, 92.

⁴² *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 243 (1958).

En tranchant des questions de choix des lois, que ce soit en vertu de la clause de la procédure légale régulière ou de la clause « pleine foi et crédit », ce Tribunal a traditionnellement tenu compte des contacts de l'État dont les lois sont appliquées auprès des parties en cause et dans l'incident ou la transaction en cause... Afin d'assurer que le choix des lois n'est ni arbitraire, ni foncièrement inéquitable, ... le Tribunal a invalidé le choix des lois d'un État qui n'a eu avec les parties en cause ou dans l'incident ou la transaction aucun contact important ou aucun ensemble important de contacts justifiant des intérêts de l'État. [TRADUCTION] (308)

Ainsi, la considération principale n'est pas le lieu physique où se trouvent les personnes ni où les transactions se sont déroulées, mais plutôt l'intérêt qu'a éventuellement l'État dans l'application de ses lois aux personnes ou aux transactions en cause. Ce n'est pas dire que la présence physique dans un État n'est pas un facteur important, mais seulement que l'absence d'une telle présence physique n'est pas déterminante.

En plus des dispositions précédentes, ce que l'on peut appeler la clause commerciale « inactive » de l'article 1, section 8 de la Constitution américaine prévoit une limitation supplémentaire à l'application extraterritoriale des lois des États dans la mesure où elle empêche un État d'entraver indûment le libre commerce par-delà ses frontières en appliquant déraisonnablement ses lois aux agissements à l'extérieur de l'État. Ainsi, dans *American Libraries Association v. Pataki*⁴³, le tribunal a invalidé une loi de l'État de New York qui prétendait interdire les communications indécentes dans cet État. Invoquant des principes constitutionnels établis de longue date au sujet du commerce entre États, le tribunal a jugé que la loi visait à réglementer des communications qui se déroulaient entièrement à l'extérieur de l'État, et ainsi imposait au commerce entre États un fardeau disproportionné par rapport aux avantages locaux. Le tribunal a aussi fait remarquer que l'effet de la loi était tel qu'« une personne puisse être assujettie à une réglementation aléatoire, non coordonnée, voire incohérente par des États qu'elle n'avait jamais l'intention de toucher et dont elle pouvait même ignorer qu'elle les touchait » [TRADUCTION]⁴⁴.

⁴³ 969 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1997).

⁴⁴ Ibid, p. 183-84.

Les principes juridiques de « procédure légale régulière » et de « pleine foi et crédit » des États-Unis sont remarquablement semblables aux principes constitutionnels prévalant au Canada⁴⁵, tandis que l'approche à l'égard du commerce entre États semble créer des restrictions sensiblement plus importantes à l'aptitude des États américains de légiférer de façon extraterritoriale que ce n'est le cas pour les provinces canadiennes.

4. LA SITUATION DANS L'UNION EUROPÉENNE

Les règles régissant la compétence de prescription en Europe sont également définies par la loi – d'autant plus, en fait, en raison de la tradition de droit civil de la plupart des États européens. Tout comme au Canada et aux États-Unis, les effets produits à l'intérieur du territoire souverain d'un État constituent le fondement de l'affirmation d'une compétence de prescription, comme l'a démontré l'affaire *Yahoo* en France⁴⁶. Dans cette cause, un tribunal français avait affirmé la compétence de prescription de la France à l'égard de la vente aux enchères en ligne par Yahoo Inc. d'articles nazis sur le site yahoo.com (mais pas yahoo.fr), même si un autre tribunal français avait décliné toute compétence en partant des mêmes faits.

L'Union européenne a été à l'avant-garde pour ce qui est de formuler des règles concernant les questions de compétence dans le contexte du cybercommerce. Sa tâche a indiscutablement été facilitée par l'existence d'un régime de traités qui est inhérent à la mise en place du marché unique et qui a depuis longtemps dû prévoir des moyens de résoudre les questions de compétence. Les instruments principaux en ce sens dans le cadre du droit civil ou privé ont été la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, signée à Bruxelles, et la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, signée à Rome. La Convention de Bruxelles traite de la compétence pour juger des affaires ainsi que de l'exécution de jugements extraterritoriaux, La Convention de Rome

⁴⁵ P. Hogg, supra note 23, 13-14 à 13-22.

⁴⁶ *LICRA c. Yahoo! Inc.* (2000), Tribunal de grande instance de Paris.

détermine le droit substantiel de quel État sera appliqué aux litiges transfrontaliers. Alors que les deux conventions traitent principalement d'affaires de droit privé, la Convention de Rome est particulièrement pertinente pour déterminer quels régimes réglementaires s'appliquent à des contrats passés par des consommateurs. Les critères invoqués aussi bien dans les deux conventions sont en toute hypothèse instructifs pour ce qui est d'élaborer un régime réglementaire efficace au Canada.

En vertu de la Convention de Bruxelles, le lieu où se sont déroulés les agissements incriminés est un facteur particulièrement pertinent pour l'affirmation de la compétence exclusive envers un particulier qui se trouve à l'extérieur de l'État où il est résidant. Dans les affaires contractuelles, une personne peut être poursuivie dans un pays qui n'est pas son lieu ordinaire de résidence, devant les tribunaux « du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »; dans les affaires délictuelles ou quasi délictuelles, elle peut être poursuivie devant les tribunaux « du lieu où le fait dommageable s'est produit »⁴⁷.

La Convention de Rome donne à l'échelle de l'Union européenne un guide pour déterminer les circonstances dans lesquelles une disposition contractuelle portant sur le choix du droit applicable ne peut pas servir à « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle ». La Convention de Rome prévoit que cette protection entre en jeu dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- si la conclusion du contrat a été précédée soit (1) par une invitation précise faite au consommateur, soit (2) par de la publicité dans le pays où le consommateur a son lieu de résidence habituelle;
- si le commerçant ou son agent a reçu la commande du consommateur dans le pays où le consommateur a son lieu de résidence habituelle;
- si le contrat concerne la vente de biens et que le consommateur s'est rendu du pays où il a sa résidence habituelle à un autre pays et a passé sa commande dans ce dernier

⁴⁷ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, (« Convention de Bruxelles »), article 5.

pays, alors que le déplacement du consommateur était organisé par le commerçant aux fins de convaincre le consommateur d'acheter.

(Voir l'article 3117 du *Code civil du Québec*, qui renferme une règle remarquablement semblable.)

Sont exclus de l'application de cette disposition les contrats de transport et les contrats visant la fourniture de services qui doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui où une personne a son lieu de résidence habituelle.

L'Union européenne a tenté de mieux adapter les principes de la Convention de Rome à l'ère électronique. Par exemple, la Commission européenne a déclaré que des communications de marketing transmises par courrier électronique constituent une invitation précise faite à un particulier, ce qui assure que les lois « impératives » du pays où le consommateur a son lieu de résidence habituelle seront d'application même si d'autres aspects du contrat sont régis par les lois du pays du commerçant.

La Direction générale de la justice et des affaires intérieures prépare actuellement un livre vert (que l'on a appelé « Rome II ») portant sur les lois applicables à l'égard d'obligations non contractuelles. La publication du document est prévue à l'automne 2001. Jusqu'à récemment, on avait supposé que Rome II adopterait et appliquerait le principe selon lequel les lois du pays où le consommateur ou la victime a son lieu de résidence habituelle s'appliqueraient.⁴⁸ Cependant, les récriminations du milieu des affaires ont ouvert la porte à une reconsidération de cette approche.⁴⁹

⁴⁸ Voir le projet de document du 12 janvier 2000 sur le droit des obligations contractuelles (Rome II), accessible à : <http://www.ilpf.org/groups/rome-treaty.htm>.

⁴⁹ Voir Meller, P., « Europe Panel is Rethinking How it Views E-Commerce », *The New York Times*, le 27 juin 2001, accessible à : <http://www.nytimes.com/2001/06/27/technology/27CROS.html>

Les lois antitrust de l'Union européenne adoptent un critère semblable à celui servant aussi bien aux États-Unis que, dans une moindre mesure, au Canada : en vertu du critère de la mise en œuvre, la compétence à l'égard d'agissements anticoncurrentiels dépend de l'endroit où ils sont mis en œuvre plutôt que de l'endroit où l'accord, la décision ou l'action concertée incriminée a eu lieu.⁵⁰

La Communauté européenne a également adopté une approche proactive de la protection des consommateurs au sein de l'Union. Sa *Directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* l'illustre amplement. Elle reconnaît expressément l'inadéquation des mécanismes de l'époque pour assurer l'observation diligente des mesures de protection des consommateurs ainsi que la distorsion de la concurrence et l'érosion de la confiance des consommateurs découlant de la facilité avec laquelle l'inobservation peut échapper aux sanctions.

Par conséquent, la Directive exige que les États membres établissent un système de reconnaissance réciproque de leurs instances gouvernementales de protection des consommateurs (« entités qualifiées »). Chacun de ces États doit désigner des tribunaux ou instances administratives compétents pour rendre une décision à l'égard des démarches entreprises par les entités qualifiées d'autres États en quête d'un redressement par suite d'infractions aux dispositions sur la protection des consommateurs. Parmi les formes de redressement prévues – y compris, selon le cas, par voie de procédure sommaire – figurent les ordonnances d'interdiction, les ordonnances visant la publication de déclarations rectificatrices et des sanctions pécuniaires en cas d'inobservation de telles ordonnances (article 2).

Lorsque les intérêts protégés d'un État membre sont touchés par une activité illicite dans un autre État membre, l'« entité qualifiée » de l'État lésé sera habilitée à saisir le tribunal ou l'instance

⁵⁰ A. Ahlstrom Osakeyhtio contre la Commission des Communautés européennes, Cour de Justice de la Communauté européenne, Rep. 5193, 1988.

administrative compétente de la question et à demander un redressement directement dans cet État.

Il est cependant intéressant de noter que la Directive ne précise pas les lois de quel État doivent être appliquées dans ce genre de procédure. Cette question doit être résolue dans le cadre de l'adoption de la convention Rome II portant sur les obligations non contractuelles, dont il est fait mention plus haut. De fait, la Directive est expressément prévue « sans préjudice des règles de droit international privé en ce qui concerne le droit applicable » (article 2(2)). Cependant, l'importance du choix des lois est d'autant moindre étant donné que l'application de la Directive est limitée à des affaires relevant d'aspects précis de la protection des consommateurs à l'égard desquels les lois des États membres ont été harmonisées.

Plus récemment, le Parlement européen et le Conseil européen ont adopté la *Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*. Celle-ci renferme plusieurs dispositions pertinentes aux questions réglementaires transfrontalières. Par exemple, l'article 3 interdit aux États membres de limiter la diffusion de « services de la société de l'information » d'un autre État membre, mais à la condition expresse que soient appliqués le droit criminel et la réglementation de certains domaines, dont la protection des consommateurs. Cependant, des mesures d'application peuvent être prises uniquement si l'État voulant les prendre a d'abord avisé l'État où les activités illicites ont leur origine et demandé à cet État de prendre des mesures pour y mettre fin, et que ces mesures ont échoué ou qu'elles n'étaient pas adéquates (article 3(4)). Des exceptions sont prévues pour les cas d'urgence (article 3(5)). L'approche de l'Union européenne semble par conséquent en être une de coopération mutuelle et de désistement initial en faveur de l'État où les activités illicites ont leur origine. Le principe de coopération mutuelle et certains mécanismes en ce sens sont prévus à l'article 19 de la Directive.

De prime abord, l'approche discrète adoptée dans la Directive sur le commerce électronique semble incohérente en regard des mécanismes rigoureux d'application extraterritoriale de la loi

prévus dans la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*. Cependant, les principes des deux directives ne sont pas incompatibles. Pour les concilier, il semble que l'approche européenne consiste à prévoir que l'État membre d'un consommateur demande d'abord l'aide de l'État membre du commerçant pour en arriver à une réparation appropriée. Si toutefois cela ne se fait pas ou n'est pas fait adéquatement, l'« entité qualifiée » du pays où réside le consommateur peut obtenir des mesures de redressement utiles dans le pays du commerçant. Comme on en discutera plus loin, un système semblable pourrait mériter plus ample considération au Canada.

5. OPTIONS EN MATIÈRE DE POLITIQUE AU CANADA

Plusieurs approches peuvent être envisagées pour s'attaquer aux problèmes de compétence de réglementation des activités transfrontalières pour assurer la protection des consommateurs. À notre avis, l'option de ne rien faire ne figure pas parmi celles qui pourraient être souhaitables. Le régime actuel produit une protection inégale et une incertitude juridique tant pour les consommateurs que pour les entreprises.

Principes

Toute solution aux questions de compétence réglementaire doit s'appuyer sur des principes déterminant, selon les circonstances, si les lois d'une province donnée sont d'application. Le débat entre défenseurs des consommateurs, intérêts commerciaux et responsables des politiques a tourné autour de la question de savoir si c'est la loi du consommateur ou celle du commerçant qui devrait généralement (ou exclusivement) s'appliquer aux transactions des consommateurs.

Cependant, la question a généralement été débattue dans le cadre des aspects de *droit privé* des transactions des consommateurs. Une question qui devrait être abordée est celle de savoir si les principes applicables à la résolution des aspects de droit privé de la protection des consommateurs devraient refléter la question de la compétence réglementaire, ou dans quelle

mesure ils devraient le faire. Il est évident qu'il y a nécessairement un fort chevauchement entre les deux. En particulier, le critère du « lien réel et important » s'est imposé comme principe de référence au Canada pour les questions de choix des lois applicables et de choix des tribunaux aussi bien dans les litiges de droit privé que dans les affaires de compétence réglementaire. Il y a par surcroît une prédictibilité et une équité foncièrement supérieures dans le fait de prévoir que les acteurs soient liés par la compétence d'une même juridiction qu'il s'agisse de litiges privés ou de réglementation publique, d'autant qu'une même transaction peut donner lieu aussi bien à un litige privé qu'à une mesure de réglementation publique. En ce sens, les conclusions et recommandations formulées par le P^r Geist dans son étude connexe seront éminemment pertinentes pour ce qui est de déterminer la compétence réglementaire de quelle province devrait être d'application dans un cas donné.

En revanche, les autorités publiques peuvent, dans l'exercice de leur devoir de protection du public, avoir des motifs de revendiquer une compétence pour traiter de certains agissements contraires à la politique publique qui sont plus convaincants qu'à l'égard des litiges privés découlant des mêmes agissements. En particulier, il peut se trouver que dans certaines circonstances, il serait raisonnable d'appliquer des clauses de choix des lois et des tribunaux à l'égard d'une transaction donnée, comme entre des parties privées à un contrat, mais qu'il faudrait éviter de compromettre l'intérêt public supérieur voulant que les agissements soient examinés en vertu des lois de l'autorité de réglementation appropriée.

Comme on l'a vu plus haut, l'approche européenne à l'égard du commerce électronique favorise principalement l'autorité de leur pays d'origine envers les entreprises qui recourent à Internet et impose des restrictions à l'aptitude des États membres d'entraver la circulation de services de la « société de l'information » en provenance d'un autre État. Cependant, une importante exception à ce principe a été créée à l'égard de la protection des consommateurs – entre autres affaires relevant du droit public – pour permettre l'affirmation extraterritoriale de la compétence de réglementation et d'application de la loi.

Sous l'angle de la politique publique, les lois de protection des consommateurs visent à protéger les citoyens d'un État dans le contexte des transactions entre entreprises et consommateurs. Il serait donc improbable que de nombreux gouvernements souhaitent appuyer un principe qui les priverait de leur aptitude d'assurer et d'appliquer cette protection. Ce serait de plus incohérent en regard du principe fondamental de protection équivalente établi dans *Le cadre canadien – Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*⁵¹. Si une autorité gouvernementale de réglementation ne peut pas appliquer les mêmes principes en faveur d'un consommateur en ligne que ce ne serait le cas autrement, le consommateur a perdu la protection équivalente. De fait, d'un point de vue politique plus vaste, on reconnaît qu'en se fondant sur le lieu où se trouve le commerçant pour déterminer le choix des lois, on pourrait susciter un cercle vicieux de nivellement par le bas, où les commerçants choisiraient de s'établir dans les endroits ayant les exigences les moins restrictives, puis les gouvernements seraient tentés de réduire au minimum les exigences associées à la conduite d'affaires sur leur territoire, afin de conserver ou d'attirer des exploitants de cybercommerce.

Du point de vue des entreprises, d'aucunes s'inquiètent à juste titre qu'elles pourraient se retrouver face à un vaste éventail de modèles réglementaires différents, un pour chaque province où elles font affaires. D'une façon générale, la réaction des consommateurs à cette préoccupation est que cela fait partie du coût des affaires en ligne; si les entreprises veulent se prévaloir des possibilités du marché mondialisé créé par Internet, elles doivent également assumer les responsabilités et les conséquences qui en découlent. Le juge Dickson a formulé à cet égard des observations pertinentes dans l'affaire *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393 portant sur la compétence dans le domaine du droit de la responsabilité civile délictuelle :

Lorsqu'un défendeur étranger a fabriqué de façon non diligente, dans un ressort étranger, un produit qui est entré par les voies normales du commerce, et qu'il savait ou devait savoir, à la fois, qu'un consommateur pouvait fort bien subir un dommage par suite de ce manque de diligence et qu'il était raisonnablement prévisible que le produit serait utilisé

⁵¹ 1999, Bureau de la consommation, Industrie Canada. Accessible à : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01185f.html>.

ou consommé à l'endroit où le demandeur l'a effectivement utilisé ou consommé, alors le *forum* dans lequel le demandeur subit des dommages a le droit d'exercer ses pouvoirs judiciaires sur ce défendeur étranger. Par conséquent, les cours de la Saskatchewan ont compétence pour connaître de l'action en l'instance.

C'est là un argument convaincant contre la suggestion que les commerçants ne devraient pas être soumis à l'inconvénient d'avoir à répondre d'allégations (qu'elles soient civiles ou réglementaires) dans un autre territoire juridictionnel, lorsqu'il serait raisonnablement prévisible que ses agissements fautifs causeraient des préjudices dans cet autre État ou province. De plus, le fait même que c'est précisément ce que prévoit la loi à l'égard d'actions en responsabilité délictuelle suggère que les commerçants doivent prévoir la possibilité d'avoir à se défendre contre de tels recours à l'extérieur de leur territoire et qu'il n'est dès lors pas indûment onéreux de prévoir d'avoir à observer également les exigences réglementaires d'autres juridictions. Bien que dans certains cas, les commerçants puissent limiter leur responsabilité délictuelle ou civile au moyen de clauses contractuelles sur le choix des lois, de telles dispositions ne seront pas toujours reconnues et peuvent même ne pas être applicables là où, par exemple, il n'y a pas de lien contractuel entre le commerçant et le consommateur final – comme dans le cas où un détaillant s'interpose entre eux.⁵²

Il y a toutefois une distinction à faire entre la responsabilité à l'égard des produits et du moins certains aspects du droit de la protection des consommateurs : on trouve dans le premier cas une relative uniformité et, dans le second, diversité et incohérence. Un commerçant qui vend un produit susceptible de blesser quelqu'un peut s'attendre à être tenu à des normes essentiellement identiques partout au pays. Il n'a pas besoin d'adapter son produit pour chaque territoire

⁵² Internet offre l'avantage d'éliminer l'intermédiaire et de permettre plus fréquemment une transaction directe avec le consommateur, et donc un lien contractuel qui permet l'application d'une clause raisonnable de choix des lois. Cela étant dit, on peut soutenir que le maintien de l'incapacité de limiter par contrat le choix des lois pourrait être un prix modeste à payer en échange des avantages supérieurs – y compris des coûts moindres – que procure l'aptitude de traiter directement avec les consommateurs.

juridictionnel. La diversité et l'inégalité des lois de protection des consommateurs au pays peuvent en revanche exiger que le commerçant tienne compte d'une vaste gamme de normes.

Cette situation est-elle onéreuse? Au Canada, bien qu'il y ait entre les provinces des différences dans la protection assurée, il y a également beaucoup de similitudes. Plus encore, il n'y a pas dans les normes de telles incohérences manifestes que le respect des unes serait incompatible avec le respect des autres, une situation qui ne serait guère tolérable. En théorie donc, rien n'empêche un commerçant de respecter les normes les plus élevées et ainsi assurer qu'il observe toutes les normes.

Il reste qu'un commerçant bien établi et de plus grande envergure peut le faire plus facilement que de petites entreprises aux ressources limitées, lesquelles s'en trouveraient désavantagées. Les entreprises soutiennent par ailleurs que les relations déséquilibrées qui peuvent exister hors ligne ne s'appliquent pas toujours en ligne, en raison du vaste choix dont jouit le consommateur en traitant sur Internet et de la force d'Internet comme source d'information pour le consommateur, y compris au sujet des entreprises. Certains ont suggéré que dans le cybercommerce, c'est souvent le consommateur qui cible le commerçant plutôt que l'inverse. D'une façon générale, ce point de vue se justifie : lorsqu'un consommateur visite le site Web d'un commerçant, c'est généralement en raison d'un choix délibéré. En revanche, les commerçants peuvent aussi cibler les consommateurs directement, au moyen de bandeaux publicitaires sur d'autres sites que les leurs, de métaétiquettes pour moteurs de recherche et de sollicitation par l'envoi en vrac de messages de courrier électronique. De même, dans le monde hors ligne, les consommateurs ciblent souvent le commerçant en visitant son magasin. Ils n'en perdent pas pour autant les avantages que leur assurent les lois de protection des consommateurs.⁵³

⁵³ En effet, les commerçants du monde « réel » donnent souvent au consommateur certains indices de leur renommée du simple fait de disposer d'un établissement physique permanent, de son emplacement, de leur personnel, etc. Malgré le fait que le consommateur puisse « cibler » un commerçant et qu'il dispose de garanties visuelles plus grandes, il peut profiter des lois de protection des consommateurs. Les indices de renommée des « magasins virtuels » ciblés par les consommateurs peuvent en revanche être davantage trompeurs, étant

Il faut également souligner que cette approche cadre bien avec l'élaboration de normes canadiennes et internationales touchant diverses professions réglementées. Par exemple, au Canada, la Fédération des ordres des médecins du Canada a appuyé le principe voulant que les médecins pratiquant la télémédecine transfrontalière devraient être assujettis au contrôle des organismes de réglementation de la profession médicale compétents là où réside le patient.⁵⁴ Cela pourrait se faire principalement par le truchement de permis faciles à obtenir pour ceux souhaitant pratiquer la télémédecine dans les provinces autres que la leur.⁵⁵ (De plus, il est suggéré que la l'organisme de réglementation de la profession médicale de chaque province adopte un règlement stipulant que la pratique de la médecine dans un autre territoire juridictionnel sans le permis requis constituerait une faute professionnelle. Le propre organisme de réglementation professionnelle du médecin pourrait ainsi appliquer le régime extraprovincial d'octroi de permis.)

Pareillement, la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta a soutenu, dans sa décision *World Stock Exchange (Re)*⁵⁶ qui est souvent citée, que les autorités de réglementation ont un intérêt légitime à appliquer leurs propres lois lorsque des activités à l'étranger produisent sur leur territoire des conséquences illégales touchant ses résidents. Bien que la décision ait été critiquée, elle traduit sans doute la réalité voulant que les institutions publiques chargées de protéger le public dans leur territoire juridictionnel ne soient guère susceptibles d'abdiquer ce rôle simplement parce que l'activité incriminée a son origine à l'extérieur du territoire juridictionnel.

donné le faible coût de la création d'un site Web attrayant d'allure professionnelle.

⁵⁴ Ce principe s'inscrit dans la logique de la position adoptée par les autorités de réglementation de la profession médicale aux États-Unis. Voir *Telemedicine Report to Congress*, accessible à : <http://telehealth.hrsa.gov/pubs/report2001>.

⁵⁵ Carlisle, J., « Regulatory Aspects of Telemedicine in Canada », (2000-1) *Telehealth Law* 4.

⁵⁶ (2000) 9 ASCS 658 (Alta. Securities Commission).

En même temps, il doit y avoir un mécanisme pour gérer une telle approche, de façon à éviter la sur-réglementation et l'imprédictibilité.

Un consensus sur les principes fondamentaux régissant la compétence de prescription et de réglementation réduirait à tout le moins l'incertitude juridique qui peut subsister en la matière. À la lumière de l'analyse qui précède, nous sommes d'avis que les arguments relevant de la politique publique favorisent plutôt la proposition voulant que sous réserve de certaines restrictions, les lois de prescription et de réglementation des tribunaux du consommateur doivent s'appliquer aux contrats de consommation.

Il doit toutefois y avoir des critères et limitations découlant de la prémisse fondamentale à l'appui de l'approche, à savoir qu'il doit y avoir de la part du commerçant une présomption raisonnable que ses agissements fautifs produisant des effets dans un autre territoire juridictionnel peuvent entraîner des conséquences devant les tribunaux et en vertu des lois de ce territoire. Pour cette raison, il doit aussi y avoir un « lien réel et important » entre la transaction elle-même et le territoire juridictionnel du consommateur, au-delà de la simple présence physique du consommateur sur le territoire. La présence physique du consommateur serait à notre avis une condition nécessaire mais non suffisante de l'application des lois de prescription du territoire juridictionnel en cause.

De plus, le commerçant devrait avoir la possibilité de prendre les mesures raisonnables pour éviter d'avoir un « lien réel et important » avec les consommateurs d'un territoire juridictionnel donné si le commerçant souhaite éviter d'être exposé aux lois de ce territoire. Aux États-Unis, la jurisprudence suggère que les tribunaux aient considéré les efforts visant à éviter un « lien réel et important » – ou l'absence de tels efforts – comme des facteurs pertinents pour déterminer la compétence.⁵⁷

⁵⁷ Voir *Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 968 F. Supp. 1356 (W.D. Ark., 1997).

Le problème de l'application possible des lois de plusieurs juridictions ne se limite pas à Internet, non plus que la possibilité de s'exclure d'une juridiction en refusant de faire affaires sur son territoire. Des technologies sont apparues qui devraient grandement faciliter l'aptitude des commerçants à limiter géographiquement leurs activités de marketing et de vente. Cette technologie ne constitue toutefois pas l'unique solution. Le marketing s'appuyant sur tout média national présente le même problème qu'Internet et les commerçants y ont fait face en précisant les endroits visés par leur marketing ou, plus souvent, les endroits non visés.

L'Association du barreau américaine a entrepris un important projet sur les questions de compétence à l'égard d'Internet, en vue d'examiner les enjeux, les incertitudes et les conflits soulevés par l'avènement du commerce électronique et en soulignant que « la réduction de l'incertitude juridique est essentielle à l'essor d'un système efficace de promotion du commerce électronique » [TRADUCTION].⁵⁸ La dernière version de son rapport préliminaire établit certaines « règles par défaut » concernant la juridiction aussi bien dans les affaires privées que la prescription. Ces règles prévoient que « la compétence privée et la compétence de prescription ne devraient pas être fondées uniquement sur l'accessibilité dans l'État d'un site Web passif qui ne vise pas l'État » [TRADUCTION]. Le rapport préliminaire précise en outre ce qui suit :

- 1.1.3. Il devrait être possible d'affirmer aussi bien la compétence exclusive que la compétence de prescription à l'égard d'un fournisseur de contenu de site Web (« commanditaire ») dans un État donné en supposant qu'il n'y a pas de disposition contractuelle applicable concernant le choix des lois et tribunaux, dès lors que :
 - 1.1.3.(a) le commanditaire est un résident habituel de cet État et y a son principal lieu d'affaires;
 - 1.1.3.(b) le commanditaire vise cet État et la réclamation découle du contenu de ce site; ou
 - 1.1.3.(c) un litige découle d'une transaction engendrée par l'entremise d'un service offert sur un site Web qui ne vise aucun État en particulier

⁵⁸

Accessible à : www.abanet.org.

mais est interactif et que l'on peut raisonnablement considérer que ce site sert en connaissance de cause à des transactions commerciales dans cet État.

[TRADUCTION]

Le projet de règles par défaut comprend également un moyen d'exercer un droit de retrait :

1.1.4. Des efforts de bonne foi en vue d'empêcher, au moyen de divulgations, de renoncations ou de mécanismes logiciels ou autres de blocage ou de filtrage, l'accès d'utilisateurs à un site ou un service devrait isoler le commanditaire de l'affirmation de compétence.

1.1.4.(a) Les utilisateurs (acheteurs) et les commanditaires (vendeurs) devraient être incités à indiquer de façon suffisamment visible et précise l'État dans lequel ils ont leur résidence habituelle.

1.1.4.(b) Les commanditaires devraient être incités à indiquer les territoires juridictionnels visés par leurs sites et services, soit : (a) en définissant le contenu précis du site ou du service ou en énumérant les destinations visées ou non visées; et (b) en décidant de conclure ou non des transactions avec ceux qui accèdent au site ou au service.

[TRADUCTION]

Dans la mesure où la nécessité de s'exclure d'un marché représente un fardeau pour les commerçants, nous sommes d'avis que la solution consiste à harmoniser les normes plutôt que d'évacuer l'autorité des gouvernements des consommateurs d'exercer la protection à laquelle ces derniers s'attendent en ligne. Ce point est examiné plus loin.

Critères

Aux fins de discussion, l'application de la présomption suivante est suggérée à l'égard de la compétence de prescription :

Les lois de réglementation du territoire du consommateur (défini comme étant son lieu de résidence habituelle) seront d'application lorsque :

1. dans le cas de la vente de biens ou services :

a. le consommateur était présent sur ce territoire lorsqu'il a fait l'offre d'achat ou qu'il a accepté l'offre de vente du commerçant, et les biens ont été livrés sur le territoire du consommateur ou, pour l'essentiel, les services y ont été rendus; OU

b. le contrat a été précédé d'une invitation (y compris par courrier électronique, en vrac ou autrement) adressée au consommateur dans le territoire du consommateur, ou la publicité du commerçant visait expressément le territoire du consommateur;

À MOINS que le commerçant ait pris des mesures raisonnables pour faire remarquer au consommateur que ses biens ou services ne sont pas offerts en vente sur le territoire du consommateur ainsi que des mesures raisonnables pour éviter de conclure un contrat visant des biens et services qui répondrait aux critères (a) ou (b) ci-dessus;

2. dans le cas de publicité trompeuse ou autre pratique de commerce déloyale sans qu'il y ait vente de biens ou services :

lorsque l'on peut raisonnablement prévoir que les agissements du commerçant produiraient des effets sur le territoire du consommateur À MOINS que le commerçant ait pris des mesures raisonnables pour faire remarquer au consommateur qu'il n'était pas prévu que l'information donnée s'applique sur le territoire du consommateur.

Lorsque les conditions des critères ne sont pas réunies, la présomption ne s'appliquerait pas, laissant la possibilité que les lois du consommateur soient néanmoins d'application ou qu'une clause raisonnable de choix des lois s'applique.

Les modalités précises de mise en œuvre de la présomption devraient faire l'objet de plus ample considération. Il pourrait s'avérer que des modifications législatives ne sont pas nécessaires ou souhaitables, qu'il suffise de faire connaître largement la présomption et d'obtenir l'accord des provinces qui souhaitent s'y conformer. Un tel arrangement est probablement viable au moins à l'égard d'affaires les autorités de protection des consommateurs doivent prendre une décision pour que des mesures d'application de la loi soient prises face à des pratiques interdites.

À notre avis, une telle approche tient compte de plusieurs préoccupations. Le P^r Rothchild a cerné un certain nombre de questions difficiles en matière de compétences dans le contexte en ligne, que l'approche ci-dessus pourrait aider à éviter :

D'abord, il peut ne pas être évident de « localiser » certains genres de conduite en ligne. Par exemple : (1) Faut-il considérer qu'un commerce est situé là où se trouve le serveur hébergeant les fichiers informatiques constituant son site Web? (2) Dans le cas d'un contrat prévoyant la livraison d'un bien en format numérique, l'exécution se fait-elle (a) là où se trouve le vendeur du bien au moment où il l'expédie; (b) là où se trouve l'ordinateur contenant le bien au moment où le vendeur le fait expédier; (c) là où se trouve l'ordinateur duquel l'acheteur télécharge son courrier électronique; (d) là où se trouve l'ordinateur sur lequel l'acheteur télécharge son courrier électronique; ou (e) là où se trouve l'acheteur au moment où il télécharge ou lit son courrier électronique? (3) Dans le cas d'une conduite délictuelle prenant la forme d'une communication en ligne, l'événement préjudiciable se déroule-t-il dans un lieu associé au vendeur ou dans un lieu associé au destinataire? (4) Si un vendeur propose une transaction par l'entremise d'un site Web ou d'un message publié dans un groupe de nouvelles, cette proposition est-elle située dans l'État où le consommateur en prend connaissance? (5) La tenue d'un site Web ou la publication d'un message à un groupe de nouvelles équivalent-ils à « faire affaires » dans chaque territoire où de telles communications sont reçues? [TRADUCTION]⁵⁹

L'adoption d'un principe général voulant que les lois du territoire du consommateur soient d'application facilite la résolution de ces questions complexes. L'accent est placé non sur l'endroit dans le cyberspace où une transaction donnée s'est déroulée ou a été conclue, mais plutôt sur l'endroit où se situe une partie à la transaction, laquelle partie se trouve nécessairement physiquement quelque part dans le monde physique.

Ce qui est plus difficile à appliquer à l'égard du cybercommerce avec des consommateurs est le principe des limites raisonnables à l'exercice d'une compétence fondée sur des éléments comme la prévisibilité des conséquences de certains gestes. Comme l'affirme encore le P^r Rothchild :

... si une personne fait une communication commerciale au moyen d'un site Web ou d'un message dans un groupe de nouvelles, est-il prévisible que la communication produira

⁵⁹ Rothchild, John, «Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism » (1999), dans *Indiana Law Journal*, vol. 74 : 893, p. 920-921.

des effets dans chaque territoire où de telles communications peuvent être reçues? Si une personne transmet un message par courrier électronique en vrac, une liste d'envoi Internet ou une session de cyberbavardage, est-il prévisible que le message produira des effets sur chaque territoire où il se trouve un destinataire? En envoyant un message de courrier électronique à un seul destinataire, les effets sont-ils prévisibles où que le destinataire se trouve au moment où il accède au message? L'analyse est-elle différente si la communication est effectuée dans une langue qui est comprise presque exclusivement par les résidents d'un pays donné ou si l'auteur de la communication fait de la publicité sur un territoire en recourant en même temps à d'autres médias qui le visent expressément? [TRADUCTION]⁶⁰

À cet égard, il faut préconiser une conception souple de la « prévisibilité ». À titre indicatif, on peut se reporter à la jurisprudence de droit privé sur la compétence, en particulier à la trichotomie actif-passif-interactif qui est apparue aux États-Unis, initialement dans la décision historique dans l'affaire *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com., Inc.* 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Le tribunal avait alors résumé des opinions antérieures de tribunaux inférieurs et avancé que la possibilité ou non d'affirmer la compétence dans une affaire en vertu des contacts pris par le défendeur sur Internet devrait dépendre de la « nature et la qualité » des activités commerciales qu'une entité mène sur Internet :

À une extrémité, on trouve des situations où l'intimé a fait manifestement affaires sur Internet. Si l'intimé passe des contrats avec des résidents d'un territoire étranger et transmet, en toute connaissance de cause et de façon répétée, des fichiers informatiques par Internet, la compétence exclusive est de mise. À l'autre extrémité se trouvent des situations où un intimé a simplement publié de l'information sur un site Internet qui est accessible à l'étranger. Un site Web passif qui ne fait guère rien d'autre que de rendre de l'information accessible à ceux qui y sont intéressés ne justifie pas l'exercice d'une compétence exclusive. Entre les deux extrêmes se trouvent des sites Web interactifs où un utilisateur peut échanger de l'information avec l'ordinateur hôte. Dans ces cas, l'exercice d'une compétence est déterminé en examinant le degré d'interactivité et la nature commerciale de l'échange d'information qui se passe sur le site Web. [TRADUCTION]

⁶⁰ Ibid.

Cette approche semble avoir été adoptée au Canada. Dans *Braintech Inc. c. Kostiuk*, (1999), 171 D.L.R. (4^e) 46 (B.C. C.A.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'un babillard passif présenté sur Internet à partir de l'étranger ne constituait pas un contact suffisant pour justifier la compétence en vertu du critère du « lien réel et important ». La Cour d'appel a affirmé que la simple possibilité qu'une personne sur un territoire donné ait pu en naviguant dans le cyberspace importer le contenu incriminé sur un écran d'ordinateur dans ce territoire ne suffisait pas.

Cependant, comme le rapport préliminaire de l'Association du barreau américaine le souligne, il est déplacé de tenir compte uniquement de la nature du site Web :

Si un site interactif ne vise pas un territoire précis, les tribunaux devraient s'attacher à déterminer comment le site est réellement utilisé. Son utilisation consciente et volontaire par une partie qui n'est pas présente, en vue de conclure des affaires avec des personnes ou des entreprises sur un territoire donné démontre un contact délibéré au sein de ce territoire, donne à ce territoire un intérêt dans les relations ainsi créées et réduit la probabilité que divers tribunaux appliquant diverses lois tenteront de régler le site et d'affirmer leur compétence envers son commanditaire. [TRADUCTION]

S'appuyant principalement sur la jurisprudence américaine, le P^r Rothchild formule des observations utiles pour ce qui est de limiter la portée de ce qui pourrait être considéré comme une conduite susceptible de produire un impact prévisible sur un territoire juridictionnel donné :

... les activités suivantes ne devraient pas en soi amener à conclure que l'auteur d'une communication a produit des effets prévisibles dans un État : (1) tenir un site Web qui est accessible par les résidents de cet État; (2) afficher un message dans un groupe de nouvelles Usenet ou tout autre système de babillard électronique qui est accessible aux résidents de cet État; (3) transmettre un message au moyen d'une liste d'envoi Internet comprenant des résidents de cet État; ou (4) faire une déclaration dans une session de cyberbavardage qui comprend parmi les participants un résident de cet État.

Pour justifier une compétence extraterritoriale dans un contexte en ligne, il doit y avoir des gestes supplémentaires au-delà du simple fait de mettre une communication à la disposition du public dans un État donné. On pourra conclure à l'existence de tels gestes supplémentaires lorsque : (1) la communication en ligne a comme résultat une transaction commerciale impliquant la livraison d'un bien physique à une adresse située dans l'État

qui affirme sa compétence; (2) la communication a comme résultat une transaction commerciale impliquant la transmission d'un bien en format numérique à un destinataire résidant dans cet État si, au moment où la transaction a été exécutée, l'émetteur savait ou aurait raisonnablement dû savoir que l'acheteur résidait dans cet État; (3) la personne a fait des efforts exprès et indiscutables pour viser des résidents de cet État dans sa communication ou pour causer des préjudices à des personnes se trouvant dans cet État; ou (4) la personne savait ou aurait raisonnablement dû savoir que la transaction aurait des effets dans cet État. À l'inverse, l'affirmation d'une compétence extraterritoriale sera moins indiquée lorsque le vendeur prend des mesures pour *éviter* de faire affaires avec des résidents d'un pays en particulier, par exemple en publiant un avis indiquant les limites géographiques ou politiques au sein desquelles l'offre est destinée à être valable, en refusant d'expédier des biens dans des territoires juridictionnels donnés ou en tentant de préciser l'endroit où se trouve un client éventuel et en limitant ses activités commerciales en conséquence. [TRADUCTION]⁶¹ [Notes de bas de page omises]

Nous ne pouvons souscrire sans réserves à ces paramètres. Par exemple, lorsqu'un bien numérique doit être expédié, il pourrait bien incomber au commerçant de prendre les mesures raisonnables pour obtenir l'adresse du consommateur, étant entendu que le commerçant est en droit de se fier aux indications – exactes ou non – du consommateur. Néanmoins, ces balises ont à notre avis l'avantage de contribuer au débat en soulignant plusieurs des facteurs pertinents, tout en laissant ouverte la question de savoir si la présence ou l'absence d'un facteur devrait ou non servir à justifier l'affirmation de compétence. À notre avis, un accord devrait être trouvé sur un ensemble de tels paramètres qui seraient expressément reconnus comme lignes directrices pour l'application des critères généraux précisés ci-dessus.

Un arrangement entre provinces établissant des critères semblables à ceux proposés plus haut en même temps que des lignes directrices connexes serait à notre avis admissible au plan constitutionnel et il réduirait l'incertitude juridique.

Comme nous l'avons vu plus haut, les provinces ont le pouvoir d'adopter et d'appliquer des lois pour la protection des consommateurs qui peuvent accessoirement toucher des commerçants situés à l'extérieur de la province. Cependant, une loi qui prétendrait empêcher une autre

⁶¹ Ibid.

province d'affirmer sa compétence envers la conduite de commerçants dans cette province, même à l'égard de transactions transfrontalières, susciterait probablement une contestation constitutionnelle dans un territoire juridictionnel canadien qui refuserait d'observer une telle règle.

Dans une perspective politique, juridique et constitutionnelle, il serait donc préférable d'appliquer par le biais d'un accord informel le principe de la compétence déterminée par le lieu de résidence du consommateur. Comme nous l'avons vu plus haut, il paraît improbable que l'application des lois de protection des consommateurs des provinces soit effectivement limitée à des agissements qui touchent les consommateurs dans les provinces respectives ou aux agissements des entreprises à l'intérieur de leurs frontières. De plus, il n'est pas manifestement nécessaire d'introduire formellement de telles limites en ce qui concerne la compétence de prescription. Il est probablement suffisant pour les provinces d'accepter de souscrire à la politique et aux critères mis au point entre elles et de les observer dans l'application extraprovinciale de leurs lois respectives.

Mécanismes

Le principe de la protection équivalente des consommateurs peut être dénué de sens en l'absence de mécanismes de recours efficaces. Dans cette optique, le fait que les lois de réglementation du territoire juridictionnel d'un consommateur puissent s'appliquer à une transaction donnée impliquant un commerçant transfrontalier ne signifie rien si les autorités du territoire juridictionnel du consommateur n'ont pas le pouvoir de dissuader, de prévenir, de sanctionner ou d'obtenir un redressement à l'égard d'agissements litigieux.

À cet égard, on sait que certains commerçants ou promoteurs sans scrupules établissent leurs activités dans un territoire juridictionnel donné, mais pour cibler les consommateurs dans un

autre.⁶² Internet est évidemment une plate-forme idéale pour ce genre d'arrangement. Néanmoins, le problème ne se limite pas à Internet, et les organismes de réglementation ont mis au point des mécanismes de coopération pour traiter de tels problèmes non seulement en ce qui concerne Internet mais également, par exemple, le télémarketing trompeur. Ainsi, le Canada et les États-Unis ont créé un groupe de travail bipartite sur la fraude transfrontalière par télémarketing. Ils ont également mis au point des mécanismes d'assistance juridique mutuelle pour le partage d'information et la coopération dans les enquêtes et l'application de la loi, et ont conclu un accord d'assistance mutuelle en la matière.⁶³ La base de données canadienne des « Phonebusters », qui centralise les renseignements sur les pratiques commerciales trompeuses par téléphone et en ligne, est évidemment un excellent exemple d'une telle coopération dans le système fédéral du Canada.

À l'inverse, en l'absence d'un accord, les tentatives d'organismes de réglementation visant l'application de la loi à l'extérieur de leur territoire peuvent mener à des conflits entre organismes et miner le régime de réglementation et d'application de la loi. Plusieurs juridictions canadiennes ont par exemple adopté des mesures de blocage visant à protéger leurs citoyens et leurs entreprises face aux tentatives agressives des États-Unis d'appliquer leurs lois antitrust.

Une approche coopérative est de toute évidence préférable. Parmi les domaines qui se prêteraient à la coopération figurent les suivants :

Voie judiciaire

⁶² Voir par exemple *(B.C.) Director of Trade Practices c. Ideal Credit Referral Services Ltd.*, supra note 12, où un redressement par injonction a été accordé à l'encontre d'une entreprise de la Colombie-Britannique offrant des services de rétablissement du crédit qui visait les consommateurs aux États-Unis.

⁶³ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales* (1995).

En général, un tribunal ne peut pas affirmer sa compétence envers un particulier situé à l'extérieur de son État, à moins qu'une poursuite soit signifiée à ce particulier. Des mécanismes mutuels visant à effectuer et à reconnaître une procédure extraterritoriale peut sensiblement réduire les obstacles qui en découlent. (Voir par exemple la *Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*⁶⁴, fruit d'un accord multilatéral.)

Injonctions *Mareva*

Dans les territoires juridictionnels de common law, des ordonnances *ex parte* peuvent être prises pour geler les actifs d'une personne à titre interlocutoire (c'est ce qu'on appelle une « injonction *Mareva* »), là où la partie détient des éléments d'actif. Cela peut s'avérer être un moyen extrêmement efficace d'assurer un redressement lorsqu'il y a motif raisonnable de croire que la personne en cause pourrait dissiper ou transférer ses actifs pour échapper à l'application de la loi. Comme la diligence est souvent essentielle au succès de telles mesures de la part des tribunaux, la coopération entre organismes serait hautement bénéfique. Certains auteurs ont suggéré que l'article 3138 du *Code civil du Québec* prévoit un tel recours, mais d'autres soutiennent qu'il est interdit par l'article 3155 disposant que les jugements étrangers doivent être définitifs pour que les tribunaux québécois puissent les exécuter.

Partage d'information et assistance en matière d'enquêtes

Comme nous l'avons vu plus haut, le partage d'information et l'entraide dans les enquêtes sont des éléments capitaux pour la coopération efficace dans l'application des lois de réglementation. Le Canada a été un chef de file à cet égard, tant à l'interne qu'à l'échelle internationale.

Redressement par voie d'injonction et de réparation pécuniaire

⁶⁴

658 U.N.T.S. 163.

Il ne semble y avoir aucun obstacle constitutionnel empêchant les tribunaux d'une province d'exécuter les jugements réglementaires rendus dans une autre province. C'est certainement le cas à l'égard des jugements en réparation pécuniaire, qu'ils soient civils ou réglementaires.⁶⁵ Néanmoins, le processus en cause peut être long et onéreux. Les problèmes associés à l'application extraprovinciale de la loi ont mené les provinces à adopter des procédures qui facilitent la reconnaissance et l'exécution de jugements entre elles. Les jugements en réparation pécuniaire dans les affaires civiles sont régis par la *Loi uniforme sur l'exécution réciproque des jugements* entre toutes les provinces et territoires sauf le Québec. Pareillement, toutes les provinces et territoires du Canada – y compris le Québec – ainsi que la plupart des États américains et australiens et plusieurs pays étrangers disposent d'un accord d'exécution réciproque d'ordonnances de pension alimentaire et de lois-cadres. L'exécution extraterritoriale de certains types d'ordonnances et décrets peut être élargie en vertu du modèle de *Loi uniforme sur l'exécution des décisions et jugements canadiens* mis au point par la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada.⁶⁶

Une certaine forme d'arrangement coopératif visant la reconnaissance et l'exécution d'ordonnances à titre réciproque pourrait être envisagée dans l'application des lois de protection des consommateurs. Même en vertu des lois harmonisées sur l'exécution des jugements et décrets qui sont proposées, les amendes et sanctions imposées en vertu de lois de prescription sont exclues et ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution extraprovinciale.

Il y a plusieurs moyens d'élargir l'aptitude à l'application extraprovinciale des lois. Comme nous l'avons vu plus haut, la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* de l'Europe représente un modèle intéressant. Il permettrait aux organismes provinciaux de réglementation d'obtenir plus aisément dans le territoire

⁶⁵ Voir *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, supra note 27, et *Hunt c. T&N PLC*, supra note 30.

⁶⁶ Accessible à : <http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1p>.

juridictionnel du commerçant un redressement par voie d'injonction (comme une ordonnance d'interdiction ou une ordonnance de publication) et des sanctions pécuniaires en cas d'inobservation.

Cette approche pourrait également être facilitée au moyen d'un accord réciproque formel d'application de la loi. En outre, une formule de coopération semblable à celle des procureurs généraux pour l'exécution réciproque d'ordonnances de pension alimentaire pourrait être envisagée entre les autorités pertinentes de protection des consommateurs. Ce modèle prévoit qu'au lieu de prendre directement des mesures d'application, les organismes de réglementation sollicitent l'aide de leurs homologues dans le territoire juridictionnel où se trouve le contrevenant pour obtenir le recours approprié.

Quel que soit le mécanisme retenu pour faciliter l'application, il est improbable que les gouvernements tiennent à établir un système où ils seraient devraient mettre en œuvre ou contribuer à mettre en œuvre à l'encontre des entreprises de leur territoire les lois de protection des consommateurs que toute autre juridiction canadienne jugerait appropriées. En général, les différences entre les lois de protection des consommateurs des différentes juridictions ne sont pas si grandes que leur mise en œuvre par une autre juridiction poserait des problèmes particuliers aux autorités relevant de cette juridiction. Malgré tout, cette possibilité existe et la situation pourrait survenir. Les gouvernements ne voudront probablement pas créer un mécanisme qui pourrait les contraindre à appliquer une norme à laquelle ils ne souscrivent pas. Ils voudront donc savoir quelles normes seront appliquées par le truchement de tels mécanismes et se réserver la possibilité de ne pas participer, directement ou indirectement, à l'application de toute norme existante ou future avec laquelle ils ne sont pas d'accord.

Il faut souligner qu'actuellement, les gouvernements de pays étrangers et de provinces sœurs semblent bien disposer de l'aptitude d'exécuter certains jugements en réparation pécuniaire rendus en vertu de leurs lois dans les tribunaux d'autres provinces canadiennes (voir *U.S. c. Ivey*, supra). L'aptitude de s'opposer à une telle exécution pour des motifs de politique publique

semble être limitée, comme on l'a vu plus haut. Même l'aptitude de limiter l'exécution au moyen de mesures législatives semble être elle-même limitée par la Constitution (voir *Hunt c. P&N*, supra). Cependant, en matière de politique publique, il y a une distinction entre le fait de permettre – que ce soit ou non à contre-gré – une telle exécution et la participation directe en vue de faciliter une telle exécution.

Il pourrait dès lors être recommandable de limiter les accords de coopération et d'application réciproques à certaines normes précises et harmonisées dont les provinces participantes pourraient convenir.⁶⁷ Ce sujet est donc abordé ci-dessous.

Harmonisation

Il est intéressant de souligner que la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* de l'Europe est limitée à des pratiques visées par des lois nationales qui ont été harmonisées, en vertu de lois désignées de l'Union européenne. Cette disposition minimise manifestement le risque d'accusations d'iniquité que pourrait autrement susciter une politique qui permettrait à un État d'obtenir, en vue d'appliquer ses lois de protection des consommateurs, un redressement par injonction dans un autre État dans lequel le commerçant mène des activités. Dans la mesure où les agissements incriminés sont reconnus comme étant illégaux aussi bien là où le consommateur et là où le commerçant ont leur lieu de résidence habituelle, il ne saurait être question d'arguer que le commerçant ignorait l'inadmissibilité des agissements en cause.

De la même façon, le Cadre canadien et les lignes directrices de l'OCDE incitent à l'harmonisation de lois de protection des consommateurs et à leur adaptation au commerce

⁶⁷ Voilà qui est également semblable au modèle européen, lequel limite les mécanismes prévus dans la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* à des lois précises et harmonisées de la Communauté européenne.

électronique sans exiger qu'aucune juridiction n'abaisse ses normes. L'harmonisation est manifestement souhaitable tout à la fois pour les consommateurs, les entreprises et les responsables des politiques. Elle assure prédictibilité, protection uniformisée et certitude.

Comme nous l'avons souligné plus haut, les lois de protection des consommateurs varient considérablement au Canada. Il semble dès lors improbable que leur harmonisation globale puisse survenir rapidement. La nécessité d'une harmonisation n'est d'ailleurs pas urgente à l'égard du domaine traditionnel de la protection des consommateurs hors ligne. En revanche, le formidable essor des transactions transfrontalières rendu possible par Internet – de même que l'opportunité de le favoriser – suggère que la nécessité d'assurer une plus grande harmonisation pour ce qui est de la protection des consommateurs du cybercommerce est particulièrement aiguë. La mise au point du projet de *Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet*⁶⁸ par le Groupe de travail sur le commerce électronique du Comité des mesures en matières de consommation – en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur – est encourageante à cet égard.

Une telle approche peut sembler incompatible avec la préférence de plusieurs juridictions d'assurer la « neutralité » de la réglementation entre le commerce en ligne et le commerce hors ligne. Le projet de modèle de contrat de vente par Internet semble reconnaître qu'à défaut de façonner un régime qui tienne compte des particularités du cybercommerce, un canal pourrait se trouver favorisé par rapport à l'autre. L'égalité formelle de la réglementation des deux canaux pourrait produire de l'inégalité. La nature du cybercommerce est telle que les consommateurs sont plus prudents en y recourant. Par conséquent, des mesures précises pour favoriser la confiance envers les transactions en ligne pourraient aider à rectifier les déséquilibres du marché entre transactions en ligne et hors ligne. À l'inverse, dans la mesure où le cybercommerce semble bien plus susceptible d'échapper au contrôle des lois sur la protection des consommateurs, l'absence de mesures pour y pallier crée un déséquilibre dans le niveau de réglementation du commerce en ligne et hors ligne. Ainsi, la création de mécanismes et de principes ou lois

⁶⁸Accessible à : http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/sales_template_fr.pdf

harmonisés propres au cybercommerce non seulement ne dérogerait pas au principe de la neutralité, mais de fait est peut-être nécessaire pour le respecter.

Des initiatives législatives prises en Alberta⁶⁹ et au Manitoba⁷⁰ à l'égard de dispositions sur la protection des consommateurs propres au cybercommerce suggèrent la possibilité d'établir une norme de base harmonisée en matière de protection des consommateurs du cybercommerce.

Conclusions au sujet des options en matière de politique au Canada

La présente analyse fait valoir que les provinces canadiennes devraient reconnaître l'applicabilité, dans certaines limites précises, des lois du consommateur lorsqu'il s'agit de transactions transfrontalières. Les gouvernements ont un intérêt politique légitime à assurer que les consommateurs bénéficient du même degré de protection en ligne que hors ligne. En pratique, à moins que les gouvernements soient disposés à laisser leurs consommateurs perdre une protection équivalente lorsqu'ils effectuent un achat transfrontalier, cela signifie qu'ils doivent appuyer l'applicabilité extraterritoriale des lois de protection des consommateurs.

En même temps, les gouvernements ont également un intérêt politique légitime à assurer que les entreprises établies sur leur territoire respectent les normes juridiques et éthiques qui y prévalent. De plus, les mécanismes pratiques d'application de la politique transfrontalière de protection des consommateurs doivent être efficaces et respectueux des intérêts des autres provinces. Ces derniers facteurs favorisent plutôt l'option d'attribuer la compétence – et en particulier l'application de la loi – aux autorités de réglementation du commerçant.

⁶⁹ *Electronic Sales Contract Regulation* pris en application du *Fair Trading Act*, S.A. F.1.05.

⁷⁰ *Projet de loi 31, Loi sur le commerce et l'information électroniques, modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur la preuve au Manitoba* (2000).

Ces visions sont-elles incompatibles? À notre avis, elles ne le sont pas et le modèle européen montre comment elles peuvent être conciliées. La prémisses première, formulée dans la Convention de Rome et défendue dans la présente analyse, veut que dans certaines limites prescrites, les lois de prescription du territoire juridictionnel du consommateur sont applicables peu importe où se trouve le commerçant. Cependant, lorsque des activités discutables ont leur origine dans un autre territoire juridictionnel, les autorités du territoire du consommateur devraient d'abord demander aux autorités du territoire du commerçant de prendre les mesures correctives qui s'imposent. Cette étape permet aux autorités du territoire du consommateur d'assurer – et ce, de façon manifeste – la protection des consommateurs qu'elles sont chargées d'aider à protéger et aux consommateurs de s'en remettre aux autorités de réglementation de leur gouvernement, tout en respectant les intérêts politiques légitimes des autorités du territoire du commerçant. Si toutefois les autorités de ce territoire sont incapables d'intervenir ou de prendre des mesures appropriées ou si elles ne sont pas disposées à le faire, les autorités du territoire du consommateur devraient être habilitées à prendre les mesures qui s'imposent.⁷¹ La mise en œuvre de ces étapes devrait être facilitée par les divers mécanismes d'application de la loi et de partage d'information décrits plus haut y compris éventuellement un arrangement semblable à la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* de l'Europe, visant la reconnaissance réciproque des autorités de réglementation habilitées à obtenir rapidement un redressement par injonction sur le territoire d'une autre juridiction.

À notre avis, un mécanisme prévoyant une démarche par étapes comporte de grands avantages. Il reconnaît les protections des lois du territoire juridictionnel du consommateur mais s'en remet par défaut aux autorités du territoire juridictionnel du commerçant pour leur application et, en dernier ressort, il prévoit pour les autorités du consommateur des recours efficaces.⁷² En plus de

⁷¹ C'est le modèle intégré à la Directive 2000/31/CE de l'Europe sur le commerce électronique dont il est question plus haut.

⁷² Il faut également prévoir l'autorité du consommateur de prendre l'initiative en cas d'accord ou d'urgence.

concilier les intérêts des gouvernements, des consommateurs et des entreprises, un tel mécanisme serait probablement le plus pratique. Par exemple, il paraît probable que dans bien des cas, les agissements d'un commerçant donné produiront des conséquences dans plus d'un territoire juridictionnel – y compris celui où il est établi. En l'occurrence, il sera habituellement logique que les autorités du territoire juridictionnel du commerçant prennent l'initiative.

Dans la mesure où l'harmonisation globale des lois de protection des consommateurs paraît improbable, il peut être plus facile d'en arriver rapidement à définir des normes de base à l'égard du commerce électronique en laissant le soin aux provinces de préserver la diversité politique et juridique qui caractérise actuellement les lois de protection des consommateurs au Canada. À défaut, un ensemble harmonisé de normes de base pourrait être convenu aux seules fins de l'application extraprovinciale des lois. En d'autres termes, les provinces pourraient encore souhaiter de façon générale préserver leurs propres normes et approches, et appliquer de telles normes sur leur propre territoire. La norme harmonisée donnerait cependant une même norme de base partout au Canada et elle serait applicable aux fins de la protection des consommateurs dans les transactions transfrontalières.

RECOMMANDATIONS

Davantage peut-être que toute autre activité commerciale, le commerce électronique exige une approche équilibrée de la « coréglementation » ou ce que l'on a appelé « un nouveau paradigme pour le gouvernement, qui reconnaisse la complexité des réseaux, développe des rapports constructifs entre les divers participants (y compris les gouvernements, les exploitants de systèmes, les fournisseurs d'information et les citoyens), et fournisse des incitations à la poursuite par le secteur privé de divers objectifs relevant de la politique publique »

[TRADUCTION]⁷³

La réglementation et l'application de la loi par les gouvernements ont leur importance à cet égard. L'étendue de ce contrôle et le degré auquel il est exercé énergiquement sont des questions de politique dépassant le cadre de la présente étude. En revanche, il est évident que le régime – quel qu'il soit – qui sera mis en place devra assurer une grande cohérence, prédictibilité et transparence. Un élément clé dans cette optique est la nécessité d'une vision commune des règles de détermination de la compétence qui s'appliqueront à la réglementation et à l'application des normes de protection des consommateurs par les diverses autorités gouvernementales.

À notre avis, il faudrait à cet égard prendre en considération les recommandations suivantes :

1. Établissement d'une présomption en faveur de l'applicabilité de la juridiction de prescription du consommateur

La prémisse première devrait être que les lois du territoire juridictionnel du consommateur s'appliquent aux transactions de cybercommerce des consommateurs, sous réserve de certaines limites visant à reconnaître qu'il doit être raisonnable pour le commerçant de savoir où le

⁷³ Reindenberg, Joel R., « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », (1996), 45 Emory L.J. 911, p. 912.

consommateur est situé et de permettre au commerçant de renoncer à faire affaires dans ce territoire juridictionnel.

Des lignes directrices devraient également être formulées pour aider à déterminer s'il est raisonnable de prévoir que des agissements donnés auraient un impact sur un territoire donné. Dans quelles circonstances, par exemple, est-il raisonnable de considérer que le fait de maintenir un site Web aurait un impact prévisible sur un autre territoire?

2. Mise en place de mesures d'assistance mutuelle en matière d'application extraprovinciale de la loi

Des mécanismes de coopération mutuelle entre organismes de réglementation devraient être mis en place pour permettre aux autorités d'obtenir de façon diligente et économique des ordonnances des tribunaux, y compris des ordonnances d'interdiction et de réparation pécuniaire. Une option à cet égard consisterait à créer un système inspiré de la *Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* de l'Europe. Un tel régime prévoirait que les autorités du territoire juridictionnel du commerçant prennent l'initiative de l'application de la loi, soit de leur propre chef ou à la demande des autorités d'un autre territoire. Il faudrait toutefois prévoir que les autorités puissent plus facilement obtenir les ordonnances d'application de la loi qui s'imposent par le truchement des tribunaux des autres provinces, lorsque les autorités du territoire juridictionnel du commerçant sont incapables d'intervenir ou guère disposées à le faire, ou en cas d'urgence.

Un tel mécanisme serait limité à un ensemble précis de normes de base en matière de protection des consommateurs du cybercommerce.

Il faudrait encourager à la poursuite et au développement du partage d'information et de l'assistance en matière d'enquêtes.

3. Harmonisation des principes de protection des consommateurs applicables au cybercommerce

Les provinces devraient continuer à viser l'harmonisation de leurs lois à l'égard de la protection des consommateurs dans le commerce électronique, en s'appuyant sur les bases solides fournies par le projet de *Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet* rédigé par le Groupe de travail sur le commerce électronique du Comité des mesures en matières de consommation, en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur