Droit international privé et cyberespace : Fondements d'une approche renouvelée

Guillaume Laganière
Université McGill, Montréal

Décembre 2012

Mémoire présenté dans le cadre de la réalisation des exigences du programme de maîtrise en droit (LL.M.) de l'Université McGill

© Guillaume Laganière, 2012

Résumé

Ce mémoire s'intéresse à deux phénomènes ayant suscité des remises en question en droit international privé dans les années 1990. D'une part, la Cour suprême du Canada a présidé à une vaste transformation de la discipline afin de se conformer à l'internationalisation des relations privées au XXI^{e} siècle. D'autre part, le volume des relations privées dans le cyberespace s'est accru, et avec elles, une perception de perméabilité croissante des frontières étatiques sur lesquelles se fondait le droit international privé pour déterminer la loi applicable et le tribunal compétent à l'égard d'une relation privée. Aujourd'hui, la perception de perméabilité des frontières semble être aggravée par des innovations technologiques « mondiales » telles que l'infonuagique… ou du moins c'est ce que laissent entendre beaucoup d'auteurs s'intéressant à ces questions.

Ce mémoire remet en question le besoin d'adaptation de la norme et suggère plutôt de réconcilier le cyberespace avec le contexte dans lequel se sont développés, il n'y a pas très longtemps, les principes du droit international privé canadien. Sont examinées les approches proposées jusqu'ici au Canada et aux États-Unis dans une optique de réforme juridique : les uns soutiennent que le cyberespace nécessite un ensemble de règles matérielles spécifiques qui supplantent la méthodologie conflictuelle, tandis que les autres proposent une adaptation des règles de conflits classiques par l'élaboration de critères adaptées aux relations cyberspatiales. D'autres suggèrent plutôt une application intégrale des règles de conflits classiques au cyberespace. Le présent mémoire suggère que cette dernière approche constitue un pas dans la bonne direction. Cependant, une approche plus fondamentale est nécessaire; une approche qui prend racine dans les thèmes sous-jacents de la circulation et de l'intégration, thèmes ayant fondé une transformation que l'on a voulu suffisamment flexible pour couvrir un large spectre de moyens de communication. Dans une perspective plus large, ce mémoire aborde la difficile question de l'adéquation entre changement normatif et changement technique, de même que le contexte social dans lequel les principes du droit international privé se développent.

Mots-clés : Droit international privé, cyberespace, lien réel et substantiel, facteurs de rattachement, commerce électronique, internet, mondialisation, raisonnement juridique

Cette recherche a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines

Social Sciences and Humanities Research Council of Canada
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada
Canada

Abstract

This thesis focuses on two phenomena that have challenged private international law in the 1990s. Firstly, the Supreme Court of Canada initiated a major transformation of the field in order to fit the internationalisation of private relations in the XXIth century. Secondly, the number of private relationships in cyberspace dramatically increased, along with a perception that state borders – the main tool used in private international law to identify the applicable law and to assert jurisdiction – were increasingly permeable. Today, this perception seems to be aggravated by "global" technological innovations such as cloud computing ... or at least that is what is suggested by many of the authors who are concerned with these issues.

This thesis puts into question the need for constant adaptation of private international law and argues that cyberspace must be reconciliated with the context in which Canadian private international law principles were once – but not so long ago – crafted. This thesis analyses the approaches of cyberspace that have been proposed in Canada and the United States, with a special focus on legal change. Accordingly, some argue that cyberspace calls for a set of substantive, specific rules that override the traditional method of dealing with conflicts of laws and jurisdictional issues, while others instead propose to adapt traditional rules by crafting specific criteria aimed at cyberspace. Others rather argue that traditional rules are applicable to cyberspace, a medium among others. This thesis argues that the latter is a step in the right direction. Nevertheless, a more fundamental approach is required, one that finds its roots in the underlying themes of circulation and integration, that is, the main justification to Canada's transformation of private international law – a reform intended to cover a wide range of technological innovation. On a larger scale, this thesis addresses the difficult question of the adequacy of normative change and technical change, as well as the social context in which principles of private international law are crafted.

Keywords : Private international law, cyberspace, real and substantial connection, connecting factors, electronic commerce, internet, globalization, legal reasoning

This research was supported by the Social Sciences and Humanities Research Council

Social Sciences and Humanities Research Council of Canada
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada
Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **7**

1. Cadre analytique, facteurs préliminaires et mécanismes élémentaires **20**

1.1 Dualité du cadre analytique **20**

1.1.1 Une étude de la mise en œuvre 20

1.1.2 Une étude des mécanismes d'adaptation de la règle de conflit 22

1.2 Facteurs préliminaires influençant l'approche du droit international privé face au cyberespace **24**

1.2.1 Caractérisation du cyberespace en tant que réalité spécifique 25

1.2.2 Caractérisation du cyberespace en tant qu'élément d'extranéité ou facteur de rattachement autonome 27

1.3 Frontières et proximité : mécanismes élémentaires du droit international privé **32**

1.3.1 Lien réel et substantiel en droit international privé canadien 33

1.3.2 Frontières étatiques dans le cyberespace 39

1.3.2.1 Le débat sur l'importance des frontières dans les nouvelles technologies, un nouveau phénomène ? 40

1.3.2.2 La superposition de normes étatiques, le principal centre d'attention du droit international privé dans le cyberespace 44

Conclusion du premier chapitre **51**

2. Approches du cyberespace en droit international privé : des conceptions divergentes du degré de changement nécessaire dans la règle de conflit **53**

2.1 Approche matérielle : adoption de règles spécifiques **54**

2.1.1 Fondements de l'approche matérielle 54

2.1.2 Transposition de l'approche matérielle en droit international privé . 59

2.1.3 Critiques de l'approche matérielle 63

2.2 Approche adaptative : adaptation des règles de conflits classiques 68

2.2.1 Fondements de l'approche adaptative 69

2.2.2 Le test *Zippo*, un exemple d'adaptation des règles de conflits..... 73

2.2.2.1 Teneur du test *Zippo* et mise en œuvre en droit canadien .. 73

2.2.2.2 Relation du test *Zippo* avec les normes existantes 80

2.2.2.3 Critiques de l'approche adaptative à travers le test *Zippo* .. 82

2.2.2.3.1 Vulnérabilité conceptuelle 82

2.2.2.3.2 Propension à l'abandon..... 87

2.3 Approche classique : application intégrale des règles de conflits classiques 93

2.3.1 Fondements de l'approche classique 94

2.3.2 Critiques de l'approche classique 102

Conclusion du deuxième chapitre..... 106

3. Internationalisme, mondialisation et cyberespace en droit international privé .. 109

3.1 Mondialisation et cyberespace : défis conjoints pour le droit international privé 110

3.2 Mobilité et intégration : justifications sous-tendant la transformation du droit international privé canadien 114

3.3 Place du cyberespace dans le nouvel internationalisme du droit international privé canadien 124

3.3.1 Arrêt *SOCAN* et portée extraterritoriale du droit canadien 125

3.3.2 Conflits de lois et de juridictions..... 129

Conclusion du troisième chapitre 135

CONCLUSION 137

BIBLIOGRAPHIE..... 141

« *Too much change in the law does not simply result in bad law; it results in something that is not properly called a legal system at all* »

Lon L Fuller, 1964[1]

« *New abilities to travel and exchange information rapidly across old borders may change the legal frame of reference and require fundamental changes in legal institutions* »

David R Johnson et David G Post, 1996[2]

INTRODUCTION

Les années 1990 ont été marquées par l'avènement de deux phénomènes ayant chacun suscité de profondes remises en question chez les juristes s'intéressant au droit international privé. D'une part, le cyberespace est apparu, un réseau qui opère à l'échelle mondiale et dont le caractère virtuel prétend abattre les frontières étatiques dont s'est toujours nourrie la méthodologie du droit international privé pour déterminer la juridiction des tribunaux et la loi applicable[3]. D'autre part, le droit international privé canadien fut transformé par l'exigence nouvelle d'un lien « réel et substantiel » entre le pays et l'action. Cette transformation a ouvert la discipline à un véritable internationalisme et aux « moyens modernes de déplacement et de communication » d'une communauté dite « internationale »[4]. Ces deux phénomènes sont survenus de façon pratiquement simultanée dans le temps[5], le cyberespace étant une partie intégrante du phénomène de la mondialisation. Cependant, les discours s'y rattachant semblent avoir

[1] Lon L Fuller, *The Morality of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 à la p 39 [Fuller].
[2] David R Johnson et David G Post, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48:5 Stan L Rev 1367 à la p 1402 [Johnson et Post].
[3] Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » dans Georges Chatillon, dir, *Le droit international de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 55 à la p 56. [Fauvarque-Cosson]. Au tournant du XX^{e} siècle, cet événement a poussé de grands juristes du droit international privé moderne à s'interroger sur les fondements mêmes de leur discipline. « [A]*s the century draws to a close, we are only beginning to understand that the advent of the internet may require a fundamental rethinking of some of the basic premises of our subject* ». Symeon C Symeonides, « Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ? General Report » dans Symeon C Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ?*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 2000, 3 aux pp 78-79 [Symeonides].
[4] *Morguard Investments Ltd c De Savoye,* [1990] 3 RCS 1077 à la p 1098 [*Morguard Investments*].
[5] Paul Schiff Berman, « The Globalization of Jurisdiction » (2002) 151:2 U Penn L Rev 311 aux pp 314-15 [Berman, « The Globalization of Jurisdiction »].

ignoré cette simultanéité et ont plutôt évolué en vase clos. Leurs similarités ont ainsi été largement ignorées[6]. Ce mémoire a pour but de les réconcilier, ce qui est crucial afin de juger adéquatement des implications juridiques du cyberespace pour la recherche de la loi applicable et du tribunal compétent dans les relations privées du XXI^{e} siècle.

Jusqu'ici, une certaine incompatibilité entre le cyberespace et la méthodologie du droit international privé – aussi reconfigurée soit cette dernière – n'a jamais cessé d'être soulignée, voire martelée[7]. Il est aujourd'hui présumé que l'évolution des moyens par lesquels l'utilisateur final interagit dans le cyberespace – infonuagique (*cloud computing*) et Web 2.0 en tête[8] – génère de nouveaux problèmes juridictionnels en matière de droit privé; il importerait donc avant tout de changer le droit afin d'en tenir compte[9]. Ce type

---

[6] Quelques juristes ont toutefois noté une interdépendance entre les deux phénomènes, dont nous ferons état au troisième chapitre, pp 109 et s, ci-dessous. Qu'il nous suffise pour l'instant de citer les propos de la professeure Andrea Slane, selon qui « [t]*he coincidence of the popularization of Internet use and globalization rethoric in the 1990s undoubtedly colored the interpretation of the legal significance of Internet technology* ». Andrea Slane, « Tales, Techs, and Territories : Private International Law, Globalization and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet » (2008) 71:3 Law & Contemp Probs 129 à la p 129 [Slane]. Voir aussi Kermit Roosevelt III, « Current Debates in the Conflict of Laws – Foreword », Commentaire, (2005) 153:6 U Penn L Rev 1815 à la p 1815 [Roosevelt III].

[7] Par exemple, « [i]*n few areas are the effects of new technology and globalization more clearly seen and more disruptive than the conflict of laws, or private international law* ». David L Johnston, Sunny Handa et Charles Morgan, *Cyberlaw : What you Need to Know About Doing Business Online*, Toronto, Stoddart, 1997. Voir aussi Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 2^{e} éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 aux pp 363-64, no 544.2 [Emanuelli]; Karim Seffar et Karim Benyekhlef, « Commerce électronique et normativités alternatives » (2006) 3:2 University of Ottawa Law & Technology Journal 353 aux pp 363-64 [Seffar et Benyekhlef].

[8] L'infonuagique est « *a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction* ». National Institute of Standards and Technology (US Department of Commerce), *The NIST Definition of Cloud Computing* (septembre 2011), en ligne : NIST <http://csrc.nist.gov>. Quant au Web 2.0, « [it] *has some emblematic features, and includes a constellation of functions with shared characteristics, in particular, a high level of user involvement in content production. Web 2.0 is also associated with structured environments in which content is largely user-generated, such as collective publication sites like* Wikipedia ». Pierre Trudel, « Web 2.0 Regulation : A Risk Management Process » (2009) 7:2 CJLT 244 à la p 244 [Trudel]. En ce qui concerne certains des termes techniques utilisés dans ce mémoire, voir l'ouvrage de référence de Barry B Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Terms : Judicial, Legislative and Technical Definitions*, Toronto, Carswell, 2012 [Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*]. Nous référerons à quelques reprises à cet ouvrage mis à jour annuellement, qui propose au lecteur une recension des termes pertinents au domaine des technologies de l'information.

[9] Par exemple, « [a]*s legislators in each jurisdiction attempt to pass laws that protect their own constituents, jurisdictional issues arise that threaten the stability of an international cloud-computing regime* ». Vineeth Narayanan, « Harnessing the Cloud : International Law Implications of Cloud-Computing », Commentaire, (2012) 12:2 Chicago J Int'l L 783 à la p 784 [Narayanan]. En fait, c'est à la création d'un tout nouvel objet – extrêmement spécifique – d'études juridiques que l'on assiste. Voir par ex Derek Constantine, « Cloud Computing : The Next Great Technological Innovation, the Death of Online

d'argument repose presque toujours sur la nécessité d'une correspondance entre la nouveauté technologique et la nécessité d'une nouveauté juridique correspondante, en dépit du fait que les « nouveaux termes, concepts […] ont leur lot d'incongruités dès lors qu'on les présente à des juges pas toujours au fait de leur signification véritable »[10].

Le discours est hautement paradoxal. Aujourd'hui, le cyberespace lui-même est omniprésent et fait partie intégrante du quotidien d'un grand nombre de personnes[11]; pourtant, les relations cybernétiques ne seraient pas absorbées dans le droit international privé, une discipline qui a précisément pour objet les relations internationales entre ces personnes. L'évolution des moyens par lesquels ces individus communiquent dans le cyberespace peut-elle réellement avoir cet effet de désuétude instantanée sur les principes établis ? En plus de ce paradoxe qui laisse songeur, la valse-hésitation du droit international privé à l'égard du cyberespace a aussi des conséquences très concrètes sur la nature des solutions proposées. Celles-ci sont en effet souvent insatisfaisantes,

---

Privacy, or Both ? », Note, (2012) 28:2 Ga St U L Rev 499; Shahid Khan, « Apps.gov : Assessing Privacy in the Cloud Computing Era », Note, (2010) 11:2 North Carolina Journal of Law & Technology 259; Renzo Marchini, *Cloud Computing : A Practical Introduction to the Legal Issues*, Londres (R-U), BSI, 2010 [Marchini]; Paul Lanois, « Caught in the Clouds : the Web 2.0, Cloud Computing and Privacy » (2010) 9:2 Nw U J Tech & IP 29 [Lanois]; Barry Reingold, Ryan Mrazik et Miriam D'Jaen, « Cloud Computing : Whose Law Governs the Cloud ? » (2010) 15:1 Cyberspace Law 1; William R Denny, « Survey of Recent Developments in the Law of Cloud Computing and Software as a Service Agreement » (2010) 66:1 Bus Law 237; Randal C Picker, « Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud », en ligne : (2008) 103:1 Nw U L Rev Colloquy 1 <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/Colloquy/2008/index.html>. Les activités de recherche dans ce domaine se sont d'ailleurs intensifiées dans les dernières années. En octobre 2011, le *Centre for Innovation Law and Policy* de la Faculté de droit de l'Université de Toronto organisait une conférence intitulée « *Cloudlaw : Law & Policy in the Cloud* » : « Cloudlaw : Law & Policy in the Cloud », en ligne : Cloudlaw <http://cloudlaw.ca>. Le *Queen's Mary College* de Londres avait par ailleurs déjà lancé en 2009 son « *Cloud Legal Project* » financé notamment par Microsoft : « QMUL Cloud Legal Project », en ligne : Queen Mary, University of London <http://www.cloudlegal.ccls.qmul.ac.uk>. Enfin, les gouvernements se sont eux aussi penchés sur la question, particulièrement sous l'angle de la protection de la vie privée : voir par ex Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Visez les nuages* : *Questions liées à la protection de la vie privée dans le contexte de l'informatique dans les nuages* (mars 2010), en ligne : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada <http://www.priv.gc.ca> [Rapport *Visez les nuages*].

[10] Vincent Gautrais, « "Give me five ?" Traitement jurisprudentiel du commerce électronique » (2009) 21:2 CPI 389 aux pp 415-15.

[11] Voir par ex Christopher Kuner, « Foreword » dans Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 2e éd, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2012 à la p xiv [Kuner]. Certains ont qualifié ce phénomène d'« électronisation » : Tereza Kyselovská, « Electronization, Globalization and their Influence on Private International Law » dans *Law as a Unifying Factor of Europe - Jurisprudence and Practice : Harmonization and Unification of Law in the European Context*, Bratislava, Comenius University in Bratislava, 2011, 163 [Kyselovská].

redondantes ou trop aisément obsolètes[12]. Le traitement des enjeux juridiques est morcelé en tenant compte d'innovations technologiques spécifiques qui disparaissent rapidement au profit de plus récentes[13]. Quant à la communauté internationale, elle s'est intéressée à la question par l'entremise de la Conférence de La Haye de droit international privé[14], mais les instruments actuels portant sur le commerce électronique ne comportent aucune disposition s'apparentant à une règle de conflit[15].

Ce mémoire explorera l'approche du droit international privé canadien à l'égard du cyberespace. Notre objectif sera de remettre en question les raisons invoquées au soutien de la nécessité d'une approche propre au cyberespace. Pour ce faire, nous démontrerons que l'internationalisation[16] du droit international privé canadien par la formulation du critère du lien réel et substantiel a mis de l'avant des postulats qui correspondent à la nature des défis juridiques posés par l'avènement du cyberespace « dépourvu de frontières », mais que ces deux phénomènes ont suivi une trajectoire parallèle sans se rejoindre significativement. Selon nous, ce gouffre explique pourquoi l'incertitude juridictionnelle n'a jamais été complètement dissipée malgré la place naturelle qu'occupe maintenant le cyberespace dans le monde moderne, et que la nature des solutions normatives à ce phénomène soit encore vague. C'est aussi ce qui explique que l'approche du droit international privé face à ces enjeux soit des plus hésitantes, notamment dans le

---

[12] Sylvette Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 à la p 6 [Guillemard].

[13] Ce morcellement des solutions a souvent pour origine le constat selon lequel chacun de ces modes de communication a des implications normatives distinctes. Voir par ex Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 2e éd, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2012 à la p 34 [Svantesson, *PIL and the Internet*].

[14] Voir par ex Andrea Schulz, dir, *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction (International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004)*, München (Allemagne), Sellier; European Law Publishers, 2006; Catherine Kessedjian, *Les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique*, doc préliminaire 7, La Haye, Bureau permanent de la Conférence de La Haye, 2000, en ligne : Conférence de La Haye <http://www.hcch.net> (communément appelé le *Rapport de la table ronde de Genève*).

[15] *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,* Doc off AG NU, 51e sess, Doc NU NRES/60/515 (2005) (non entrée en vigueur) [*Convention sur les communications électroniques*]; *Loi type des Nations Unies sur le commerce électronique* (1996), en ligne : UNCITRAL <http://www.uncitral.org> [*Loi type*]. À cet égard, le professeur Svantesson propose plutôt d'adapter au cyberespace les conventions actuellement en vigueur en matière de droit international privé : Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 445 et s.

[16] Robert Wai, « In the Name of the International : The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law » (2001) 39 Can YB Int'l L 117 [Wai]. Nous expliquerons ce que l'internationalisation entraîne au troisième chapitre, aux pp 109 et s, ci-dessous.

contexte de l'infonuagique[17]. Nous proposons donc une réconciliation théorique des phénomènes, afin de démontrer que le cyberespace n'est que l'une des facettes d'un phénomène que reconnaît déjà le droit international privé moderne.

Le premier chapitre de ce mémoire délimite le cadre et la méthodologie de notre étude. Nous y décrirons d'abord les cadres analytiques susceptibles d'être adoptés lors de l'étude conjointe du droit international privé et du cyberespace, et nous préciserons quel sera le nôtre. Nous examinerons ensuite certains des facteurs préliminaires susceptibles d'influencer *a priori* l'approche du droit international privé à l'égard du cyberespace, et dont nous devons tenir compte à ce titre. Nous introduirons finalement certains mécanismes élémentaires du droit international qui ont une importance particulière dans notre analyse du cyberespace : d'une part, l'importance des frontières étatiques et d'autre part, la teneur du principe constitutionnel et directeur du lien réel et substantiel tel que formulé par la Cour suprême du Canada, principe qui gouverne le contenu des règles de droit international privé au pays.

Le deuxième chapitre explore plus exhaustivement la trajectoire empruntée par le droit international privé dans les années 1990 à l'égard du cyberespace, et le développement d'approches juridiques pour tenir compte de ses particularismes allégués. Nous démontrerons que la régulation des litiges privés à dimension internationale dans le cyberespace suit en fait trois modèles argumentatifs : l'adoption de règles matérielles spécifiques (approche matérielle), l'adaptation des règles de conflits classiques (approche adaptative) et l'application intégrale des règles de conflits classiques (approche classique). L'approche matérielle réfère tantôt aux efforts d'harmonisation du droit dans un cadre international, tantôt à des normativités alternatives, mais rejette toujours un cadre normatif purement étatique. L'approche adaptative réfère généralement à la possibilité pour les tribunaux d'incorporer de nouvelles composantes aux normes existantes afin de gouverner les nouvelles situations au fur et à mesure qu'elles se présentent – notamment celles qui sont suscitées par le cyberespace. L'approche classique réfère quant à elle au rappel de principes juridiques sous-jacents qui conviennent à toute

[17] Voir par ex Marcini, *supra* note 9 aux pp 13-20.

situation, qu'elle soit marquée du sceau de la nouveauté ou non. Cette dernière approche est l'apanage d'une certaine doctrine qui croit que la règle de conflit classique, qu'elle soit d'origine législative ou jurisprudentielle, suffit à pallier les problèmes causés par le cyberespace. Notre classification a pour but avoué de mieux comprendre comment s'opère le changement dans les règles de conflit en droit international privé, ce qui nous permettra ultimement d'avancer des propositions quant à leur l'application et à leur développement dans le futur. En ce sens, notre classification réfère davantage à des modes de *raisonnement* juridique qu'au *contenu* réel des règles de conflits.

Le troisième chapitre explore la reconfiguration des règles du droit international privé canadien en réaction au phénomène de la mondialisation ayant évolué en toile de fond de la naissance du cyberespace, et cherche à y inclure le cyberespace dans une perspective élargie de cette transformation. Au Canada, celle-ci s'est traduite par l'adoption du critère du lien réel et substantiel et par la promotion de la courtoisie internationale, plus apte à faire face aux conséquences de la mondialisation. Ces notions nous permettront d'établir qu'il est possible de joindre le discours internationaliste à une approche théorique renouvelée du cyberespace en droit international privé. Nous démontrerons ainsi que le cyberespace n'est pas un corps étranger au sein du droit international privé, mais qu'il y est plutôt subsumé. En effet, l'intensification de la circulation et de l'intégration internationale des biens et des personnes fut évoquée au soutien de la transformation des principes sous-jacents au droit international privé canadien dans les années 1990; le cyberespace, dont on dit justement qu'il facilite la circulation et l'intégration, n'est en fait qu'une occurrence particulière de ce phénomène. En conséquence, nous soutiendrons qu'il n'est plus nécessaire d'adopter une approche d'altération des normes existantes, ni d'invoquer les caractéristiques qui rendent les relations privées dans le cyberespace différentes de celles du monde réel et donc inadaptées à la méthodologie dite classique[18]. Pour terminer, nous réévaluerons les approches adoptées jusqu'ici par la jurisprudence canadienne à l'aune de nos conclusions, permettant ainsi de démontrer qu'à elle seule, la jonction des discours du cyberespace et de la mondialisation au sein de la méthodologie classique permet un meilleur traitement des enjeux juridictionnels dans le cyberespace.

[18] Ce mot est emprunté à la professeure Fauvarque-Cosson, *supra* note 3.

Cette conclusion est susceptible de contribuer au sempiternel débat sur la réponse que donne le droit à l'innovation technologique. Toutefois, notre but n'est pas de nier complètement le besoin ponctuel d'adaptation de la norme[19] et ce mémoire ne cherchera donc pas à répondre exhaustivement à la métaphore du « droit du cheval » du juge Easterbrook, selon qui

> [b]*eliefs lawyers hold about computers, and predictions they make about new technology, are highly likely to be false. This should make us hesitate to prescribe legal adaptations for cyberspace. The blind are not good trailblazers.*[20]

En revanche, nous voulons reconnaître l'importance d'un examen prudent de la nécessité des changements en droit international privé, puisque l'intensification des flux humains et matériels y a déjà été invoquée au soutien de réformes dans un passé assez peu lointain.

Six précisions s'imposent d'emblée quant à la portée de notre étude, que nous souhaitons consciemment plus fondamentale que technique en raison de la nature des travaux effectués jusqu'ici, qui tombent largement dans la seconde catégorie. Premièrement, nous préférons utiliser le mot « cyberespace » plutôt qu'« internet »[21]. Comme l'on constate généralement une dichotomie entre les tenants de l'utilisation du mot « cyberespace » et

---

[19] Le professeur Goldsmith émettait d'ailleurs une précision de même nature à l'époque où le cyberespace était en voie de devenir accessible à tous. «[…] [T]*he new communications technologies known as cyberspace will lead to changes in governmental regulation. Such changes are to be expected when the speed of communication dramatically increases and the cost of communication dramatically decreases. The invention of the telegraph, the telephone, the radio, the television, and the satellite, among other communications advances, all possessed those characteristics. And they all gave rise to societal and regulatory changes. So too will cyberspace. But the skeptics claim much more than cyberspace necessitates changes in governmental regulation. They claim that cyberspace is so different from other communication media that it will, or should, resist all governmental regulation* ». Jack L Goldsmith, « Against Cyberanarchy » (1998) 65:4 U Chicago L Rev 1199 à la p 1201 [Goldsmith, « Against Cyberanarchy »]. Sur la question de la neutralité des lois face à la technologie, voir notamment Vincent Gautrais, *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012 [Gautrais].

[20] Le juge Easterbrook soutenait que l'étude du droit du cyberespace était aussi futile que l'étude du « droit du cheval ». Frank H Easterbrook, « Cyberspace and the Law of the Horse » (1996) U Chicago Legal F 207 [Easterbrook]. Voir toutefois Lawrence Lessig, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach » (1999) 113:2 Harv L Rev 501; Greg Lastowka, « Foreword : Paving the Path of Cyberlaw », Note, (2011) 38:1 Wm Mitchell L Rev 1. Sur ce débat qui ne peut « être évacu[é] de façon tranchée », voir Vincent Gautrais, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », en ligne (2006) 10:3 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org> aux pp 3-5.

[21] Voir à ce sujet les définitions juridiques dans Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8 aux pp 138-38 (« *cyberspace* »), 295-307 (« *internet* »).

les tenants de l'utilisation du mot « internet », une brève justification s'impose. Le professeur Claude Emanuelli souligne que « le commerce électronique existe dans un espace virtuel [,] le cyberespace »[22]. Le professeur Dan Jerker B Svantesson souligne quant à lui que le mot « internet » est plus spécifique et statique que le mot « cyberespace », puisque ce dernier est susceptible de faire aussi référence à des espaces *autres* que celui créé par l'internet[23]. La professeure Sylvette Guillemard estime quant à elle que le cyberespace réfère à l'ensemble des réseaux (un lien entre des ordinateurs) et des services (le Web, par exemple)[24]. Nous préférons utiliser le terme « cyberespace » puisqu'il est large et plus flexible et qu'il correspond ainsi à notre objectif de pérennité juridique.

Deuxièmement, ce mémoire n'est pas circonscrit aux normes juridiques émanant d'une seule région du globe, mais s'appuie néanmoins en grande partie sur des autorités nord-américaines. Deux raisons justifient cette approche. D'une part, nous souhaitons évaluer la jurisprudence *canadienne* à l'aune de nos constats sur le degré de changement requis en droit international privé. D'autre part, l'influence des théories américaines dans ce domaine est loin d'être négligeable et doit donc aussi être considérée[25]. Cette influence s'explique notamment par le fait que le réseau internet y est né et que dans les premières années de l'accessibilité généralisée à celui-ci, un nombre substantiel de sociétés et d'utilisateurs individuels était situé aux États-Unis. Les tribunaux américains ont ainsi été parmi les premiers à se prononcer sur les questions de droit international privé qui en résultaient et qui avaient souvent pour origine des données émanant des États-Unis[26].

---

[22] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 363, no 544.2. Voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 au para 2, [2004] 2 RCS 427, juge Binnie [*SOCAN*]. Aujourd'hui largement répandu, ce mot a été évoqué pour l'une des premières fois dans le roman *Neuromancer* du romancier William Gibson, publié en 1986 : voir Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 26; Scott Thill, « March 17, 1948: William Gibson, Father of Cyberspace » (17 mars 2009), en ligne : Wired <http://www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech_0317>.

[23] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 26-27.

[24] Guillemard, *supra* note 12 aux pp 181-84. Sur le World Wide Web, voir Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8 aux pp 576-79.

[25] Lorna E Gillies, *Electronic Commerce and International Private Law : A Study of Electronic Consumer Contracts*, Burlington, Ashgate, 2008 à la p 45 [Gillies, *Electronic Commerce and IPL*]. Gillies identifie les États-Unis et le Royaume-Uni comme vecteurs du développement du commerce électronique. Voir aussi Lucie Houde, *Internet et le paradigme juridictionnel*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2002 [non publié] aux pp 47 et 49 [Houde].

[26] Barry B Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, feuilles mobiles (consultées le 22 février 2012), Toronto, Carswell, 1988, ch 11 à la p 11-9 [Sookman, *Computer, Internet and Electronic*

Notons par ailleurs que de façon générale, le droit international privé canadien a peu à voir avec son homologue américain, qui est dans une classe relativement à part[27]. Cependant, les États-Unis sont notoirement – mais sans surprise – surreprésentés dans les litiges concernant le Canada[28]. Notre étude n'en est pas faussée pour autant, puisque l'examen des degrés d'appel au changement dans les règles de conflits transcende la pure mécanique du droit international privé et appelle une analyse plus fondamentale[29].

Troisièmement, nous ne croyons pas qu'il soit utile de circonscrire notre étude au droit international privé du Québec en excluant celui des provinces de common law (bien qu'encore là, certaines nuances doivent être faites[30]). Deux raisons expliquent ce choix. D'une part, le droit international privé québécois est influencé à la fois par les traditions françaises et anglaises[31], ce qui diminue la pertinence d'une analyse juridique qui ignore

---

Commerce Law]; Chris Gosnell, « Jurisdiction on the Net : Defining Place in Cyberspace » (1998) 29:3 Can Bus LJ 344 à la p 348 [Gosnell]. Voir aussi Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 22-23. La célèbre affaire *Yahoo!* en est un exemple. Cette affaire française s'était transportée devant les tribunaux américains au stade de la demande de reconnaissance et d'exécution du jugement contre Yahoo!, société américaine : *Yahoo! inc v La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 433 F (3d) 1199 (9e cir, 2006).

[27] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 159. Le professeur Prujinier indique d'ailleurs que le droit international privé canadien est beaucoup plus influencé par le droit anglais qu'américain à cet égard : Alain Prujinier, « Canadian Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ? » dans Symeonides, *supra* note 3, 127 aux pp 143-44. Pour une analyse comparative du droit international privé canadien et américain, voir notamment Jeffrey A Talpis, *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001 [Talpis]; Jean-Gabriel Castel, *Private International Law : A Comparative Study of the Rules Prevailing in Canada and the United States*, Toronto, Canada Law Book, 1960. Sur le droit international privé américain et le cyberespace, voir aussi Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law. Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2010 aux pp 73-79, 123-33.

[28] Vaughan Black, Joost Blom et Janet Walker, « Current Jurisdictional and Recognitial Issues in the Conflict of Laws » (2011) 50 Can Bus LJ 499 aux pp 522-24 [Black, Blom et Walker].

[29] « *For such talks to be fruitful, there is a need for robustness with one's own peculiarities, and a willingness to focus on the commonalities* ». Uta Kohl, *Jurisdiction and the Internet : A Study of Regulatory Competence Over Online Activity*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2007 aux pp 5-6 [Kohl].

[30] Voir, en matière de conflits de lois, l'arrêt *Tolofson c Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c Gagnon*, [1994] 3 RCS 1022 à la p 1065 [*Tolofson*] : « [I]l faut se rappeler qu'à bien des égards la loi du Québec et celle des autres provinces ne sont pas différentes au point de causer un problème, et l'aspect commodité pour les parties ne devrait pas être négligé ». *Ibid*. Sur la relation entre la common law canadienne et le *Code civil du Québec* en matière de droit international privé, voir Janet Walker, « Droit international privé » dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson, 2008, 439 [Walker].

[31] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 30, no 66. Comme le souligne Louise Lussier, « [c]et espace juridique peut être considéré comme un droit hybride, aux confluents d'influences diverses provenant tant des systèmes de droit civil et de common law que du droit international privé conventionnel ou comparé ». Louise Lussier, « L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs ? Commentaire sur *Spar Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp.* », Commentaire, (2005) 50:2

l'une ou l'autre de ces deux traditions. D'autre part, l'objectif de ce mémoire est intrinsèquement lié aux deux traditions : il s'agit ici de regrouper sous l'égide du critère du lien réel et substantiel une théorie appropriée du cyberespace en droit international privé canadien. Cet objectif exige donc d'examiner à la fois la teneur du critère tel qu'il fut développé en common law et l'influence qu'il exerce sur les règles de conflits codifiées en droit québécois, en vue de déterminer s'il existe un dénominateur commun qui permette de mieux apprécier la place du cyberespace dans la méthodologie conflictuelle[32]. C'est pourquoi nous ne nous limiterons ni à la common law canadienne, ni au droit civil québécois, aussi autonome ce dernier soit-il.

Quatrièmement, nous croyons qu'il est possible de traiter du sujet qui nous occupe sans se limiter à un domaine particulier du droit substantif (propriété intellectuelle, responsabilité civile, consommation, etc.) ou encore à ce que l'on qualifie généralement de « commerce électronique ». Autrement dit, il sera question de l'ensemble des rapports cybernétiques. D'autres auteurs ont opté pour cette méthode avant nous et en ont souligné les avantages théoriques[33]. De plus, ainsi que nous l'avons déjà souligné, notre discussion transcende les aspects substantifs propres à ces disciplines. Cependant, notre étude se limite aux rapports de droit privé. En ce sens, et à moins d'une indication contraire, le mot *compétence* (ou *juridiction*) sera utilisé dans son sens le plus strict, c'est-à-dire en référence au droit international privé et à la compétence des tribunaux pour entendre un litige à dimension *internationale*[34]. Il est certes vrai que son sens le plus large – le partage de la souveraineté entre les États – alimente tout autant le débat dans le contexte du cyberespace[35], et il serait permis de croire que les deux questions sont si proches l'une de

---

McGill LJ 417 à la p 420 [Lussier]. Nous partageons toutefois la position du professeur Emanuelli, à savoir que le droit international privé québécois a comme source principale le droit français (ce qui n'exclut pas une influence du droit anglais en certaines matières).

[32] Nous examinerons ces deux questions ci-dessous, pp 33-39.

[33] Kohl, *supra* note 29 à la p 5. « *The aim is to allow the traveller to locate any specific points of inquiry within this wider legal map, but for a street plan of any particular city more specialised treatises need to be consulted. However, by explaining one or two cities, it is hoped it will become clear how cities are organised and the problems to which they give rise, at least in principle* ». *Ibid* à la p 5.

[34] Kohl, *supra* note 29 à la p 14; Talpis, *supra* note 27 à la p 15; Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, *supra* note 26, ch 11 à la p 11-8.2.

[35] Pour des exemples récents d'une telle discussion, voir Teresa Scassa et Robert J Currie, « New First Principles ? Assessing the Internet's Challenges to Jurisdiction » (2011) 42:4 Geo J Int'l L 1017; Thomas Schultz, « Carving Up the Internet : Jurisdiction, Legal Orders, and the Private / Public International Law

l'autre qu'il serait malencontreux de les séparer artificiellement[36]. Nous croyons cependant qu'elles peuvent être analysées de façon distincte et néanmoins produire des résultats significatifs sur le plan de la recherche[37], notamment parce que le droit international privé est avant tout un droit national[38].

Cinquièmement, notre étude du droit international privé ne se limite pas à l'une ou l'autre des catégories de question dont la discipline se préoccupe, à savoir les conflits de lois, les conflits de juridictions et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers[39]. Le cyberespace peut en effet être problématique dans l'une ou l'autre de ces catégories, et les traverse : entre autres exemples, la loi applicable à la diffamation en ligne peut laisser perplexe au même titre qu'un tribunal peut s'interroger sur sa compétence face à une entreprise étrangère exploitant un site Web. Le professeur Benyekhlef estime toutefois que les problèmes du cyberespace surviennent principalement lorsqu'il est question de la compétence des tribunaux, et non de la loi applicable. Selon lui, le droit international privé pourvoit adéquatement à la désignation de la loi applicable dans le cyberespace, mais du point de vue du consommateur, par exemple, cette désignation est purement théorique, car un tribunal national aura toujours tendance à se déclarer compétent dans ces circonstances : « Une telle affirmation des tribunaux nationaux mène vers une compétence universelle, puisque l'Internet étant accessible depuis partout, ses effets se

---

Interface » (2008) 19:4 EJIL 799 [Schultz]; Melanie J Mortensen, *"A Civilization of the Mind": Sovereignty, Internet Jurisdiction and Ethical Governance*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2007 [non publié]; Kohl, *supra* note 34. Voir aussi Dan Jerker B Svantesson, « The Relation Between Public International Law and Private International Law in the Internet Context » (2006) 9 Yearbook of New Zealand Jurisprudence 154 [Svantesson, « Intersection »].

[36] Peter P Swire, « Elephants and Mice Revisited : Law and Choice of Law on the Internet » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1975 à la p 1976; Svantesson, « Intersection », *supra* note 35.

[37] Allan R Stein, « The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace » (1998) 32:4 Int'l Law 1167 à la p 1167 [Stein].

[38] Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p 4, no 2 [Goldstein et Groffier]. Contra Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law : Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2009; Alex Mills, « The Private History of International Law » (2006) 55:1 Int'l & Comp LQ 1 [Mills]. Sur la frontière entre le droit international public et privé dans le contexte du cyberespace, voir aussi Svantesson, « Intersection », *supra* note 35.

[39] C'est là le contenu du droit international privé au Canada, mais il peut être plus restrictif (comme en Allemagne où seul le conflit de lois est considéré), ou encore plus large (comme en France où la nationalité est aussi considérée). Voir à ce sujet Emanuelli, *supra* note 7 aux pp 15-17, no 24-30.

font ressentir partout »[40]. À notre avis, cet argument n'est pas très convaincant. D'un point de vue pragmatique, il est vrai que la recherche du tribunal compétent est souvent la question la plus problématique dans le cyberespace[41]. Il n'en demeure pas moins que pour le droit international privé, la loi applicable et le tribunal compétent peuvent provenir de deux ordres juridiques distincts sans que cela ne pose un problème d'un point de vue théorique. Qui plus est, les problèmes de compétence internationale des tribunaux sont aujourd'hui plus fréquents dans *tous* les domaines, et pas seulement en ce qui concerne le cyberespace[42]. Enfin, comme le juge Lebel l'explique dans l'arrêt *Van Breda*, « il s'avère impossible d'analyser et d'appliquer sans risque un des éléments du droit international privé en faisant abstraction des autres éléments »[43]. C'est pourquoi notre étude sera ponctuée d'exemples faisant appel soit aux conflits de lois, soit aux conflits de juridictions. Évidemment, nous prendrons soin de faire les distinctions qui s'imposent lorsque cela s'avérera nécessaire, car ces catégories impliquent des régimes normatifs distincts et réfèrent à des problématiques qui leur sont propres[44].

Sixièmement, mais dans le même ordre d'idées, il est vrai que l'expression « conflit de juridiction » est controversée en droit international privé : alors que la règle de conflit de

---

[40] Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp 101-102 [Benyekhlef, *Histoire de la norme*]. C'est vraisemblablement pour des raisons similaires qu'il milite en faveur d'un certain pragmatisme dans la résolution des conflits de juridictions générés par le cyberespace : Karim Benyekhlef, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridictions dans le cyberespace » dans Vincent Gautrais, dir, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 137 à la p 141, no 4 [Benyekhlef, « Conflits de juridictions »].

[41] Les professeurs Blom et Edinger suggèrent d'ailleurs que le problème de la loi applicable est rarement un facteur clé dans les litiges internationaux, mais qu'au contraire, celui de la compétence (où poursuivre et comment faire exécuter un jugement étranger au Canada) est la clé de voûte, « [the questions] *on which, as a practical matter, everything usually turns* » : Joost Blom et Elizabeth Edinger, « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005) 38:2 UBC L Rev 373 à la p 390 [Blom et Edinger].

[42] Au Québec, c'est environ 60% des litiges de droit international privé décidés par les tribunaux depuis 1994 (soit depuis la codification) qui concernaient la compétence internationale des tribunaux : Serge Gaudet, « Le livre X du Code civil du Québec : bilan et enjeux » (2010) 88:2 R du B can 313 à la p 314 [Gaudet]. Dans le même ordre d'idées, en common law canadienne, Janet Walker soulignait une augmentation notable de l'attention portée par le droit international privé aux conflits de juridictions, de 1968 à 2010 : Black, Blom et Walker, *supra* note 28 aux pp 518, 521. Voir en général Campbell McLachlan, « International Litigation and the Reworking of the Conflict of Laws » (2004) 120:4 LQR 580 à la p 581 [McLachlan]. Le professeur McLachlan tente de préciser et d'expliquer le phénomène aux pp 600 et s.

[43] *Club Resorts Ltd c Van Breda*, 2012 CSC 17 au para 16 [*Van Breda*].

[44] Emmanuelli, *supra* note 7 à la p 76, no 150. C'est d'ailleurs pourquoi certains traités portant sur le commerce électronique et le droit international privé traitent les questions en deux chapitres bien distincts : voir par ex James J Fawcett, Jonathan Harris et Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford (R-U); New York, Oxford University Press, 2005, ch 10, 21 [Fawcett, Harris et Bridge].

lois permet de désigner *une* loi (règle bilatérale), la « règle de conflit de juridiction » est unilatérale et ne permet que de déterminer si le tribunal saisi est compétent ou non, sans se préoccuper de déterminer *lequel* des tribunaux étrangers aurait compétence le cas échéant[45]. C'est la raison pour laquelle les professeurs Goldstein et Groffier préfèrent parler de « règle matérielle à but international » plutôt que de « règle de conflit » à proprement parler dans le cas de la compétence[46]. Nous reconnaissons l'importance des nuances à cet égard; cependant, nous estimons plus approprié de suivre les traces du professeur Emmanuelli et d'utiliser l'expression plus générale « règle de conflit »[47], notamment pour alléger le texte. Comme nous l'avons déjà souligné[48], notre analyse s'intéresse bien davantage aux raisonnements juridiques développés à l'égard du cyberespace qu'au contenu réel des règles de conflits de lois et de compétences qui s'appliquent ou non au domaine virtuel.

Ces remarques préliminaires étant formulées, passons maintenant au premier chapitre qui aborde des questions préliminaires – mais fondamentales – à notre étude. Ces questions agissent en fait comme autant de déterminants du débat juridique sur le droit international privé et le cyberespace et nous devons en tenir compte à ce titre.

---

[45] Au Québec, ces règles unilatérales sont « bilatéralisées » par la théorie du miroir (art 3164 CcQ) afin d'évaluer la compétence du tribunal étranger lorsqu'il est question de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement rendu par ce même tribunal. Emmanuelli, *supra* note 7 à la p 81, no 162.

[46] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 302, no 127. Voir Houde, *supra* note 25 aux pp 32-33, qui note elle aussi une confusion sémantique et une grande diversité d'opinions à cet égard.

[47] Emmanuelli, *supra* note 7 à la p 76, no 152. D'ailleurs, plusieurs auteurs n'hésitent pas à utiliser l'expression « règle de conflit de juridictions ». Voir par ex Guillemard, *supra* note 12; Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 57. Ceci étant dit, nous ferons évidemment les distinctions qui s'imposent lorsque nécessaire.

[48] Ci-dessus, p 12.

1. Cadre analytique, facteurs préliminaires et mécanismes élémentaires

Dans ce premier chapitre, nous jetterons les bases du cadre analytique dans lequel s'inscrit ce mémoire (1.1), puis nous nous pencherons sur les facteurs susceptibles d'influencer *a priori* l'approche du cyberespace en droit international privé (1.2). Nous introduirons enfin certains des mécanismes élémentaires du droit international privé auxquels nous ferons référence dans nos propos visant le cyberespace, c'est-à-dire la teneur du critère du lien réel et substantiel en droit international privé canadien et l'importance des frontières étatiques dans le cyberespace (1.3).

1.1 Dualité du cadre analytique

Il existe en fait deux cadres analytiques propices à l'étude du droit international privé et du cyberespace, d'intérêt égal sur le plan de la recherche juridique, mais appelant néanmoins à un raisonnement distinct. Le premier cherche à *appliquer* les règles de conflits aux relations dans le cyberespace (1.1.1) tandis que le second s'interroge sur la nécessité d'*adapter* ces règles de conflits pour permettre leur application (1.1.2).

1.1.1 Une étude de la mise en œuvre de la règle de conflit

Le premier cadre consiste à se demander comment est mise en œuvre la règle de conflit usuelle – de lois ou de compétence – dans une relation privée à dimension cyberspatiale, étant entendu que la concurrence des solutions, soit des lois, soit des compétences, est souvent perçue comme problématique[49]. Par exemple, il peut être légitime de se demander où est localisé le délit de diffamation en ligne aux fins d'application de la *lex loci delicti* en common law canadienne ou de l'article 3128 du *Code civil du Québec* en

[49] Ce constat est souvent rencontré en jurisprudence et en doctrine. Par exemple, dans l'affaire de la SOCAN, le juge Binnie de la Cour suprême du Canada réfère au « problème […] de l'application de lois nationales à une technologie qui évolue rapidement et qui, par essence, ne respecte aucune frontière nationale ». *SOCAN*, *supra* note 22 au para 41, juge Binnie. Pour le professeur Castel, « *this absence of physical location calls into question the applicability of the traditional public and private international law principles and rules that are based primarily on territoriality, in order to delineate the jurisdiction of states and their courts over the Internet and its users* ». Jean-Gabriel Castel, « The Internet in Light of Traditional Public and Private International Law Principles and Rules Applied in Canada » (2001) 39 Can YB Int'l Law 3 à la p 4 [Castel, « Internet »].

droit québécois[50]. Si la mise en œuvre de la règle de conflit est incertaine puisque les facteurs de rattachements pertinents semblent inadaptés à la réalité du cyberespace – une perception qui est largement répandue –, l'on cherchera à les adapter ou à les préciser pour tenir compte de la spécificité du cyberespace ou des moyens spécifiques de communication qui y font appel. Cette adaptation peut, par exemple, prendre la forme de critères jurisprudentiels additionnels.

L'analyse de la mise en œuvre des règles de conflits dans le cyberespace est louable, mais il ne faut pas perdre de vue les risques qu'une telle méthode comporte. Lorsque la technologie évolue, les conclusions précédentes peuvent facilement être oubliées et ainsi déclencher l'appel au changement qui constitue précisément notre objet d'étude[51]. L'exemple de l'informatique en nuage est symptomatique d'un tel phénomène : comme nous allons le voir, les interrogations actuelles des praticiens du droit sur les défis que cette technologie pose en matière de compétence ne font que très rarement référence à la jurisprudence et à la doctrine développées dans les années ayant suivi la naissance de l'internet[52]. Or, ce choix ne peut être légitime que si la spécificité de l'informatique en nuage – ou de toute autre innovation technologique – est démontrée, ce qui est rarement le cas[53].

---

[50] Sur la diffamation, voir pp 70-72, ci-dessous; Dan Jerker B Svantesson, « 'Place Of Wrong' in the Tort of Defamation – Behind the Scenes of a Legal Fiction » (2005) 17:2 Bond Law Review 149; Castel, « Internet », *supra* note 49 aux pp 55 et s; Craig Martin, « *Tolofson* and Flames in Cyberspace : The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997) 31:1 UBC L Rev 127. Sur la cyberdiffamation en général, et sur les questions de droit international privé qui en découlent, voir notamment *Breeden c Black*, 2012 CSC 19 [*Breeden*]; *Éditions Écosociété inc c Banro Corp*, 2012 CSC 18 [*Éditions Écosociété*]; *Bangoura v Washington Post* (2005), 258 DLR (4e) 341 (disponible sur CanLII) (CA Ont) [*Bangoura*]; *Barrick Gold Corp v Lopehandia* (2004), 239 DLR (4e) 577 (disponible sur CanLII) (CA Ont); David A Potts, *Cyberlibel : Information Warfare in the 21st Century ?*, Toronto, Irwin Law, 2011, ch 9; Matthew Collins, *Law of Defamation and the Internet*, 3e éd, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2010, ch 26-29 et 32.

[51] « […] [A]*ny co-ordination exercise which is tied too closely to a particular technology, let alone a particular application of technologies, runs a very real risk of swiftly being superseded, and becoming obsolete, given the pace of technological advance* ». David Goddard, « Does the Internet Require New Norms ? » (2000) 2:3 FORUM 183 à la p 192. De la même façon, « toute réglementation du commerce électronique risque d'être facilement dépassée par l'évolution rapide de la technologie ». Emanuelli, *supra* note 7 à la p 363, no 544.2.

[52] Ce que nous qualifions de phénomène d'« amnésie » : voir ci-dessous, pp 40-44. Voir aussi *supra* note 9.

[53] Pour une analyse qui en tient compte, voir toutefois Ian C Kyer et Gabriel M A Stern, « Where in the World is my Data? Jurisdictional Issues in Cloud-Computing », *Cloud Computing Law Conference*, présentée à Toronto, 30 mars 2011 [non publiée], en ligne : Fasken Martineau DuMoulin LLP <http://www.fasken.com> [Kyer et Stern]. Le professeur Svantesson en fait aussi mention dans un cadre

Notre méthodologie s'inscrit donc plutôt dans un deuxième cadre plus fondamental, qui exige de remettre en question des postulats qui sont *présumés* lorsque le premier cadre analytique est utilisé.

1.1.2 Une étude des mécanismes d'adaptation de la règle de conflit

Le deuxième cadre analytique lutte contre le phénomène d'amnésie en rejetant les présupposés et en se demandant *jusqu'à quel point* un changement dans les normes de droit international privé devient nécessaire en présence du cyberespace. La pérennité des solutions juridiques est au cœur d'un tel questionnement[54], et la professeure Guillemard l'évoque dans son ouvrage sur le contrat de vente cyberspatial en droit international privé :

> […] [C]e débat [sur la place du droit international privé dans le cyberespace] est souvent décevant. […] Par ailleurs, lorsque la place du droit international privé dans les relations cyberspatiales est réellement examinée, le cadre et la méthode utilisés s'avèrent parfois peu satisfaisants pour deux raisons principales. D'une part, chacun a tendance à raisonner en termes locaux, c'est-à-dire en ne prenant appui que sur les règles issues de son propre ordre juridique comme si celles-ci ou même les principes qui les sous-tendent étaient valables pour tous. D'autre part, il est rare que les avis émis tiennent réellement compte des caractéristiques techniques et des incidences qu'elles peuvent avoir sur les relations entre humains qui fréquentent le cyberespace. En d'autres termes, la nouveauté technique est plus souvent affirmée qu'expliquée. Pour les deux raisons principales que nous venons de mentionner, ces avis, ces réflexions s'interrogent plus sur la *façon* de changer les règles que sur les *raisons* justifiant des modifications ou, éventuellement, l'adoption de nouvelles normes. Il nous semble que les solutions suggérées sur ces fondements, si elles

---

plus vaste, mais y reconnaît néanmoins des implications « distinctes », ce à quoi nous ne pouvons acquiescer d'emblée : Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 34.

[54] Cet objectif est lié au principe de neutralité technologique défini ainsi par Geist : « *"Technology neutral" in this context refers to statutory tests or guidelines that do not depend upon a specific development or state of technology, but are rather based on core principles that can be adapted to changing technologies* ». Michael A Geist, « Is There a There There ? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16:3 Berkeley Tech LJ 1345 à la p 1359 [Geist, « There There »]. Un principe similaire est mis de l'avant au Québec dans l'article 2 de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*, LRQ c C-1.1. Voir toutefois Svantesson, *supra* note 13 à la p 56 : « *A good technology-neutral solution of today is not guaranteed to make sense in relation to a future technology simply because it is technology-neutral* ». Sur la neutralité technologique, un principe probablement surutilisé, il est vrai, voir généralement Gautrais, *supra* note 19.

> sont loin d'être inutiles, risquent de mal résister au fil du temps [italiques dans l'original] [nos soulignements].[55]

Nous ne pouvons qu'acquiescer aux propos de la professeure Guillemard désignant ces deux facteurs comme étant les causes du mauvais alignement du débat. D'une part, les tribunaux s'estiment la plupart du temps compétents dès que l'activité ayant lieu dans le cyberespace produit un effet sur leur territoire (ou dans le cas d'un site Web, y est accessible)[56]. Conséquemment, la méthodologie du droit international privé est abrégée par ces « termes locaux »: [C]*ourts in these cases virtually never engage in a full conflicts analysis to determine whether foreign law ought to be applied* »[57]. D'autre part, il est tout aussi vrai qu'une large part du discours juridique ne fait qu'affirmer la nouveauté technologique en droit international privé : l'on remarquera plus loin qu'il s'agit d'un vocabulaire typique de ceux qui considèrent cette nouveauté comme étant si distincte qu'elle appelle d'emblée une toute nouvelle approche normative[58].

---

[55] Guillemard, *supra* note 12 à la p 6.

[56] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 58.

[57] Slane, *supra* note 6 à la p 130. Voir aussi Laura E Little, « Internet Choice of Law Governance », juin 2012 [à paraître] aux pp 7-14, en ligne : SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045070> [Little]. « *Perhaps it is out of fear of the unknown consequences of the internet's potential reach that courts and litigants so frequently look only to forum law, declining to pursue a familiar and well-tested tool for resolving multi-jurisdictional disputes: choice of law analysis. Or, alternatively, perhaps unilateral decisionmaking may simply derive from the sense that accommodating the claims of several jurisdictions is too daunting or too complicated to even venture multilateral analysis at all. Whatever the cause, however, the result is that courts sometimes fail to deliver the salutary consequences of conflict of laws analysis: conflicts justice (in terms of systemic values such as efficiency, predictability and respect for conflicting claims of sovereignty) as well as individual material justice (in terms of the optimum result for the litigants given all the factors at play in an particular controversy)* ». *Ibid* aux pp 13-14. « *A related problem is the increased reluctance of states and individuals to recognize that their own national law cannot apply to every activity on the Internet that affects them or their forum* ». Kuner, *supra* note 11 à la p xx.

[58] Citons en guise d'exemple Xavier Van Overmeire, dont le constat – exprimé en guise d'introduction et non de conclusion – est sans équivoque : « [L]es règles de conflits de lois des États Nations ne sont dans l'ensemble pas encore suffisamment adaptées à des opérations se révélant être essentiellement immatérielles ». Xavier Van Overmeire, « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberespace », en ligne : (2008) 13:1 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org> à la p 2. Le professeur Svantesson évoque lui aussi la nécessité de l'adaptation en raison du caractère « fondamentalement différent » du cyberespace : Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 62. Voir aussi Dan Jerker B Svantesson, « The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation – What Every International Jurist Should Know » (2005) 13:1 Int'l JL & IT 39.

Le cadre analytique de notre étude étant établi, nous nous attarderons à certains des facteurs préliminaires susceptibles de moduler *a priori* l'approche adoptée par le droit international privé à l'égard du cyberespace et qu'il importe de garder à l'esprit.

1.2 Facteurs préliminaires influençant l'approche du droit international privé à l'égard du cyberespace

Les facteurs préliminaires à considérer sont, d'une part, les caractéristiques techniques « uniques » attribuées au cyberespace (1.2.1) et, d'autre part, la définition du cyberespace comme un élément d'extranéité qui transforme une relation privée *locale* en relation privée *internationale*, de telle sorte que les règles de conflits du droit international privé ont désormais vocation à s'appliquer à cette relation (1.2.2).

Ces deux facteurs – qui forment ensemble une conception bien spécifique du cyberespace – sont susceptibles de moduler la perception d'efficacité des règles de droit international privé face à la réalité cyberspatiale. Comme Lucie Houde l'écrit, « il est […] certainement utile de prendre un peu de recul par rapport aux idées préconçues sur le cyberespace qui contiennent parfois des prémisses contestables »[59]. En effet, si l'importance accordée à ces facteurs est forte, le cyberespace sera d'emblée qualifié de réalité spécifique et sa place (ou plutôt son absence de place) dans le droit international privé classique ne pourra pas être débattue sans distorsion dans le débat. Nous soutenons donc que pour jeter les bases d'une approche saine, l'importance accordée à ces facteurs doit être réduite au minimum afin d'éliminer les présupposés sur la spécificité du cyberespace. Autrement dit, si ces facteurs ne doivent pas être niés sur le plan du fond du débat, ils doivent néanmoins être *neutralisés* pour permettre un débat qui ne soit pas biaisé dès le départ. Voyons d'abord le premier facteur, soit la caractérisation du cyberespace en tant que réalité spécifique.

[59] Houde, *supra* note 25 à la p 2.

1.2.1. Caractérisation du cyberespace en tant que réalité spécifique

Les caractéristiques du cyberespace ont toutes été examinées en détail par les juristes dans les vingt dernières années[60]. Par exemple, la professeure Guillemard identifie l'« interactivité », l'« ubiquité et la délocalisation » et la « dématérialisation » comme quelques-unes des « caractéristiques techniques des relations cyberspatiales »[61]. Le professeur Svantesson en identifie pour sa part huit : « *borderlessness* », « *geographical independence* », « *limited language dependence* », « *one-to-many* », « *low threshold information distribution* », « *widely used* », « *portability* », « *lack of reliable geographical identifiers* », « *reactive nature* », « *lack of central control* » et « *convergence*»[62]. Le professeur Benyekhlef attire plutôt l'attention sur le « caractère transnational du médium », la facilité de dissémination des informations, la « dispersion des usagers et leur très grand nombre » de même que sur les techniques permettant l'anonymat et la confidentialité dans le cyberespace[63]. À ces caractéristiques s'ajoutent diverses conceptions philosophiques du cyberespace : une conception dite spatiale, dans laquelle les individus interagissent entre eux dans une réalité alternative (un espace ou un lieu) ou encore une conception du cyberespace comme simple moyen de communiquer entre individus[64].

Si, comme le dit la professeure Guillemard, l'« on ne peut saisir les défis que lance cette nouveauté sans chercher à en comprendre les particularités »[65], nous croyons en revanche que les conclusions à cet égard ne nous éclairent pas particulièrement sur ce qu'implique

---

[60] Au Canada, voir généralement Vincent Gautrais, dir, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002; Michael A Geist, *Internet Law in Canada*, Concord, Captus, 2000; Pierre Trudel et al, *Droit du cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997 à la p 3-54 [Trudel et al]; Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, *supra* note 26, ch 11.

[61] Guillemard, *supra* note 12 aux pp 185-94.

[62] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 34-50.

[63] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 aux pp 99-100.

[64] Guillemard, *supra* note 12 aux pp 198-224; Houde, *supra* note 25 aux pp 4-11. Un tribunal émet une autre hypothèse : « *Perhaps this is because "cyberspace" is not a "space" at all. At least not in the way we understand space. It's not located anywhere; it has no boundaries; you can't "go" there. At the bottom, the Internet is really more idea than entity. It is an agreement we have made to hook our computers together and communicate by way of binary impulses and digitized signals sent over telephone wires* ». *Blumenthal v Drudge*, 1992 F Supp 44 (D DC 1998), tel que cité dans Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, *supra* note 26, ch 11 à la p 11-2.

[65] Guillemard, *supra* note 12 à la p 224.

le cyberespace en *droit*[66]. Il ne faut pas oublier que la lunette par laquelle la jurisprudence et la doctrine examinent le cyberespace définit aussi les contours de celui-ci, au-delà de ses caractéristiques purement techniques. Exposé autrement,

> [w]*ithout such a critical examination into the legal framing of Internet borderlessness, we fail to truly appreciate that the substantive and procedural aspects of Internet-related cases work together to determine the legal meaning of Internet technologies.*[67]

En somme, la définition du cyberespace – et son développement – se nourrit d'une influence mutuelle et dynamique de la *technique* et du *juridique*[68]. S'attarder isolément au premier est réducteur : « *it is not the technical processes per se which are legally decisive* »[69]. D'ailleurs, la conclusion la plus vraisemblable d'une analyse purement technique consiste en un constat que « les uns et les autres ont en partie raison, en partie tort »[70] et qu'en matière contractuelle, « la seule certitude réside dans le fait que les cocontractants ne sont pas en présence physique l'un de l'autre »[71]. Les réponses que recherche le droit international privé doivent donc se trouver ailleurs que dans la technique elle-même.

Ceci étant dit, il reste important de préciser comment le cyberespace influe sur la notion d'extranéité : ces deux cocontractants évoqués ci-haut, par exemple, sont-ils dans le même ordre juridique « virtuel » ? Encore ici, la réponse donnée à cette question va influencer *a priori* l'approche adoptée à l'égard du cyberespace[72]. Il importe donc de maîtriser ce second facteur le plus possible afin d'éviter des présupposés nuisibles. Voyons ce qu'il en est.

---

[66] Contra Houde, *supra* note 25 aux pp 4, 11.
[67] Slane, *supra* note 6 aux pp 129-30.
[68] Joel R Reidenberg, « Technology and Internet Jurisdiction » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1951 à la p 1951 [Reidenberg, « Technology and Internet Jurisdiction »]. « [L]*aw is not simply reactive to external changes but it is often itself an engine of, or less constructively a brake slowing, such change* ». Kohl, *supra* note 29 à la p 58. Voir aussi Horatia Muir-Watt, « Yahoo ! Cyber-Collision of Cultures : Who Regulates ? » (2003) 24:3 Mich J Int'l L 673 aux pp 679-80 [Muir-Watt].
[69] Kohl, *supra* note 29 à la p 13.
[70] Guillemard, *supra* note 12 à la p 225.
[71] *Ibid* à la p 224. Nous croyons cependant, comme Lucie Houde, qu'« une analyse objective de ce qu'est Internet doit être basée sur l'activité fondamentale qui s'y produit, soit la *transmission de communications* » [italiques dans l'original]. Houde, *supra* note 25 à la p 10.
[72] « La façon et le milieu dans lequel les hommes contractent sollicitent le droit international privé. Sont-ils en un même lieu, relèvent-ils du même ordre juridique ? Il s'en désintéresse. Sont-ils éloignés, chacun ayant sa propre loi ? Il intervient ». Guillemard, *supra* note 12 à la p 224.

1.2.2. Caractérisation du cyberespace en tant qu'élément d'extranéité ou facteur de rattachement autonome

Admettre que le cyberespace constitue en soi un élément d'extranéité susceptible de convertir en relation internationale une relation par ailleurs purement locale, ou encore comme un facteur de rattachement susceptible de désigner un ordre juridique « virtuel », c'est admettre de concevoir le cyberespace comme un lieu ou un espace autonomes plutôt qu'un simple moyen de communication[73]. Cette question en apparence simple conditionne donc l'approche à adopter.

Nous sommes d'accord avec la professeure Guillemard qui estime que le cyberespace ne peut constituer un facteur de rattachement puisque l'« on ne peut opérer de rapprochement entre cyberespace et ordre juridique »[74], « l'existence d'une *lex mercatoria numerica* »[75] n'étant pas convaincante. Elle estime cependant que la « localisation cyberspatiale constitue […] un élément d'extranéité puisque ce qui se passe en cet espace est « étranger » au monde terrestre »[76]. La professeure Guillemard suggère néanmoins qu'« il n'est pas exact de considérer le contrat comme systématiquement international »[77] dès lors qu'il a été conclu dans le cyberespace. Même si « on peut penser que, étant donné la quantité de contrats conclus sur le Web, ceux qui pourraient recevoir cette qualification représentent un nombre très important »[78], ces contrats ont « autant de chances d'unir des personnes situées dans un même territoire que des contractants éloignés et relevant d'ordres juridiques différents »[79]. Ce faisant, la professeure Guillemard remplace les termes habituels (« local, national, international, transnational ») par un terme unique, « cyberspatial », ce à quoi nous ne pouvons acquiescer. En plus d'être ambigu (en opposant le *cyberspatial* à l'*international,* mais en le qualifiant néanmoins d'*étranger*, ce qui empêche de raisonner dans des termes que le droit

[73] *Ibid* aux pp 212, 362.
[74] *Ibid* aux pp 365, 393.
[75] *Ibid*. Nous y reviendrons à la sous-section 2.1, aux pp 54 et s, ci-dessous.
[76] *Ibid* à la p 393. Le professeur Benyekhlef semble suggérer la même chose en évoquant la présence d'un élément d'extranéité « puisque nous sommes dans le cyberespace » : Benyekhlef, « Conflits de juridictions », *supra* note 40 à la p 137, no 1.
[77] *Ibid* à la p 289.
[78] Sylvette Guillemard et Dieudonné Édouard Onguene Onana, « Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé » (2007) 48:4 C de D 635 aux pp 638-39 [Guillemard et Onana].
[79] Guillemard, *supra* note 12 à la p 385.

reconnaît), il se trouve qu'en pratique, ce terme a peu d'impact. Cette question a peut-être même été résolue indirectement en droit positif, notamment suite à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dell Computer*[80].

L'arrêt *Dell Computer* est d'une certaine importance quant à la neutralité du cyberespace sur le plan de l'extranéité ou du rattachement en droit international privé[81]. Dans cette affaire, la Cour devait juger de l'issue d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif déposée par l'Union des consommateurs contre la société Dell Computer, qui avait vendu des ordinateurs au détail par l'entremise de son site Web. Cette société possédait son siège social – son domicile en vertu de l'article 307 CcQ – à Toronto (Ontario) et un établissement à Montréal (Québec). Le litige découlait d'une erreur dans les prix affichés sur le site Web de Dell Computer pour l'achat d'ordinateurs en ligne. Ces prix avaient été momentanément réduits et la société avait subséquemment refusé d'honorer les commandes en raison de l'erreur. Au moment du dépôt de la requête au nom des consommateurs ayant acheté un ordinateur au prix réduit affiché par Dell Computer sur son site Web, la société demanda le renvoi du litige à l'arbitrage en invoquant la présence d'une clause à cet effet dans les conditions de vente affichées en ligne. L'un des aspects les plus intéressants de cette affaire pour nos fins est certainement le traitement de l'élément d'extranéité. Celui-ci est requis aux fins du litige, car « compte tenu du fait que les litiges internes sont régis par les dispositions générales du droit interne québécois, il n'y a pas de raison de recourir aux règles traitant de la compétence internationale des autorités québécoises lorsqu'un litige ne présente aucun élément d'extranéité »[82]. Paradoxalement – vu son importance en droit international privé –, la

---

[80] *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801 [*Dell Computer*]. Pour un cas semblable, voir aussi *Bousquet c Acer America Corporation (Canada)*, 2012 QCCQ 1261.

[81] Gaudet, *supra* note 42 à la p 325. Voir aussi Sébastien Grammond, « Forum sur l'arrêt *Dell Computer*. Présentation » (2007) 37:2 RGD 345 à la p 345. « Au cours des dernières années, rarement une décision de la Cour suprême du Canada a été aussi importante pour le droit civil québécois que l'arrêt *Dell Computer*, que ce soit en raison de la diversité des questions soulevées, de la nouveauté des enjeux ou du rôle des technologies de l'information dans le litige sous-jacent ». *Ibid* à la p 345.

[82] *Dell Computer Corp*, *supra* note 80 au para 24. En common law, voir Jean-Gabriel Castel et Janet Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol 1, 6e éd, feuilles mobiles (consultées le 20 mai 2012), Markham (Ont), LexisNexis, 2005, ch 1, no 1.1 [Castel et Walker]. Contra Geneviève Saumier, « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois » (2007) 37:2 RGD 463 à la p 468 [Saumier]. La professeure Geneviève Saumier estime que « si l'on peut reconnaître que les règles du droit international privé ont vocation à s'appliquer lorsqu'il existe un lien d'extranéité, cela n'entraîne pas

notion d'extranéité est « fuyante » et difficile à définir[83]. Il s'agirait d'un élément factuel[84], d'« un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger, c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente » [soulignements dans l'original][85]. Par contre, les notions de facteurs de rattachement et d'élément d'extranéité peuvent se chevaucher. Ainsi,

> le facteur de rattachement est un lien avec le système juridique interne ou un système juridique étranger, alors que l'élément d'extranéité signale la possibilité d'un lien avec un système juridique étranger. Ainsi, dans une action personnelle intentée au Québec, le domicile québécois du défendeur constitue un facteur de rattachement au droit québécois, mais non un élément d'extranéité, alors que le domicile anglais du défendeur sera considéré à la fois comme un facteur de rattachement au ressort anglais et un élément d'extranéité par rapport au régime québécois.[86]

Dans le contexte de l'espèce, la Cour se penche sur cette question d'un seul angle, soit celui de la clause d'arbitrage, et s'interroge sur la possibilité que cette clause constitue *en elle-même* un élément d'extranéité. Deux autres éléments d'extranéité auraient cependant pu attirer l'attention de la Cour : le domicile ontarien de la défenderesse, surtout[87], mais aussi le fait que le contrat de vente intervenu entre les consommateurs et la société Dell Computer ait été conclu dans le cyberespace, plus précisément sur le site Web de la société[88]. Serait-ce là un élément d'extranéité qui donne vocation au droit international

---

qu'en l'absence d'un tel lien, le droit international privé n'a rien à dire. En d'autres mots, l'absence d'un lien d'extranéité ne revient pas à dire que les règles de droit international privé – et surtout les principes et politiques juridiques qui les sous-tendent – sont écartées complètement mais plutôt que l'on présume que les règles elles-mêmes ne sont pas nécessaires pour déterminer la sphère d'application du droit interne ». *Ibid*.

[83] Gaudet, *supra* note 42, n 45 et texte correspondant.

[84] Guillemard, *supra* note 12 à la p 363. La professeure Guillemard examine aussi les arguments en faveur d'une conception purement *juridique* de l'élément d'extranéité, proposés notamment par le professeur Prujinier. Ultimement, elle réfute cet argument.

[85] *Dell Computer Corp*, *supra* note 80 au para 26. Il s'agit notamment de la définition suggérée par les professeurs Talpis et Castel : Jeffrey A Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 801 à la p 870. Emanuelli estime quant à lui qu'il devrait plutôt s'agir d'un « point de contact pertinent avec un système juridique étranger [nos soulignements] » puisque le lien « doit être utilisé par les règles de droit international privé de l'autorité saisie qui visent la question posée ». Emanuelli, *supra* note 7 à la p 5, no 1.

[86] *Ibid* au para 28.

[87] La défenderesse Dell Computer Corp était domiciliée en Ontario. Il s'agit évidemment d'un élément d'extranéité, étant entendu que chaque province est considérée comme un État au sens du droit international privé (art 3077 al 1 CcQ). L'erreur est patente et a d'ailleurs été remarquée en doctrine : Gaudet, *supra* note 42 à la p 324; Saumier, *supra* note 82 aux pp 466-67.

[88] *Dell Computer Corp*, *supra* note 80 au para 4.

privé de s'appliquer ? Le mémoire de l'Union des consommateurs[89] devant la Cour n'invoque pas cet argument et les jugements des instances inférieures ne l'abordent pas non plus[90]. En conséquence, la Cour suprême du Canada ne traite pas de la question. Une conclusion d'extranéité fondée sur le caractère virtuel du contrat liant Dell Computer et le consommateur aurait pourtant déclenché l'application de l'article 3149 CcQ, donnant ainsi raison à l'Union des consommateurs dans le litige. Sur ce point, donc, le silence de l'Union des consommateurs – qui aurait normalement dû soulever la question « à moins qu'il s'agisse d'une question que le tribunal peut soulever d'office, comme sa compétence *ratione materiæ* que les tribunaux du Québec considèrent être en cause devant une clause d'arbitrage »[91] – est assez intrigant, d'autant plus qu'il y aurait eu matière à débat en raison des définitions de l'extranéité et du rattachement adoptées par la Cour suprême. D'une part, le cyberespace – ou plutôt chaque réseau par lequel l'information a pu transiter – pourrait constituer des « points de contact » avec un ou plusieurs systèmes juridiques étrangers, et certains de ces points de contact pourraient être « juridiquement pertinents », ce qui les transformerait en autant d'éléments d'extranéité. À l'opposé, cette donnée pourrait ne pas être pertinente dans la détermination de la présence d'un élément d'extranéité puisqu'elle ne constitue pas un point de contact en elle-même, mais plutôt une *façon* pour deux personnes d'entrer en contact. Si celles-ci entrent effectivement en contact, le cyberespace n'aura que favorisé une manifestation factuelle d'extranéité qui aurait pu ne pas se produire si les cocontractants avaient été situés dans le même ordre juridique[92] – quoiqu'il est vrai que ces manifestations se produisent plus souvent dans les relations du cyberespace[93].

---

[89] *Ibid* (mémoire de l'intimée), en ligne : McGill University <https://secureweb.mcgill.ca/arbitration/sites/mcgill.ca.arbitration/files/DellRespondent.pdf>.

[90] *Union des consommateurs c Dell Computer Corporation*, [2004] JQ no 155 (Cs Qc) (QL), JE 2004-457; *Dell Computer Corporation c Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570.

[91] Saumier, *supra* note 82 à la p 467, n 11.

[92] Ce scénario renvoie aux arguments doctrinaux déjà évoqués : Guillemard et Onana, *supra* note 78; Guillemard, *supra* note 12 aux pp 289, 315, 385.

[93] Voir par ex Kuner, *supra* note 11 à la p xi; Kohl, *supra* note 29 à la p 6; Swire, *supra* note 36 à la p 1978. Par contre, un tel constat ne signifie pas pour autant que la distance n'est plus une considération, ou encore que les transactions commerciales par le biais du cyberespace sont plus rapides et moins coûteuses que les transactions hors du cyberespace : Kohl, *supra* note 29 à la p 62.

Pour notre part, nous croyons que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dell Computer* valide les conclusions doctrinales précédemment évoquées[94], c'est-à-dire que le cyberespace ne produit pas d'extranéité là où il n'y en a pas. En fait, pour en arriver à la conclusion contraire, le droit international privé devrait concevoir le cyberespace comme un ordre juridique distinct (un espace ou un lieu), ce qui est particulièrement ardu et témoigne d'une vision du cyberespace en partie désuète, en partie irréaliste, comme nous allons le voir au deuxième chapitre[95]. Alternativement, le droit international privé devrait s'attarder à l'emplacement des serveurs et autres réseaux de façon à détecter les systèmes juridiques ayant été en « contact » avec une transaction par ailleurs locale. Or, cette seconde méthode est incertaine, simpliste et propice au *forum shopping*[96]. D'ailleurs, peu de pays en tiennent compte[97].

Comme nous l'avons mentionné en début de section[98], la question de l'élément d'extranéité ou du rattachement autonomes est plus importante qu'elle n'y paraît dans l'analyse de l'approche à adopter. En effet, la question porte en elle différentes conceptions du cyberespace, tantôt axées sur un espace ou un lieu « parallèle », tantôt sur un mode de communication. Certes, les contraintes procédurales ne nous permettent pas

---

[94] Guillemard et Onana, *supra* note 78; Guillemard, *supra* note 12 aux pp 289, 315, 385.
[95] Sous-section 2.1, aux pp 54 et s, ci-dessous.
[96] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 356-57; Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 à la p 379; Talpis, *supra* note 27 aux pp 29-30. « *Thus*, *while the location of the server has been suggested as a justifiable choice for localizing the place of the act, it is too easily established and is not, in my opinion, in itself, a real and substantial connection with the jurisdiction in which the server is located. However, where this location coincides with the place where the decisions relating to the server's operation are made, and the management of the material being posted is taking place, then this localization makes more sense* ». Talpis, *supra* note 27 aux pp 29-30. Voir aussi *Investors Group inc c Hudson*, [1999] RJQ 599 (CS) [*Investors Group*].
[97] *Svantesson*, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 356-57. Dans l'arrêt *SOCAN*, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada ont aussi émis des doutes quant à une méthode fondée exclusivement sur l'emplacement des serveurs. « À l'inverse, un serveur hôte n'est pas assujetti à ces dispositions [sur le droit d'auteur] seulement parce qu'il *est* situé au Canada. Ne tenir compte que de l'emplacement du « serveur hôte » assujettirait des communications n'ayant aucun lien avec le Canada si ce n'est l'emplacement d'une composante de l'équipement physique servant uniquement de support à la fonction d'agent. Il peut en effet être [TRADUCTION] « impossible, pour l'utilisateur, de prévoir l'emplacement du serveur hôte » [référence omise] [italiques dans l'original]. *SOCAN*, *supra* note 22 au para 106, juge Binnie. Pour le juge Lebel toutefois, « le critère du serveur hôte retenu par la Commission [du droit d'auteur] a l'avantage d'être parfaitement conforme au principe de territorialité du droit d'auteur international ». *Ibid* au para 151, juge Lebel. L'arrêt *SOCAN* n'était toutefois pas une affaire de droit international privé au sens strict, mais plutôt une affaire d'extraterritorialité et de droit d'auteur. Nous y reviendrons plus loin dans notre examen du critère du lien réel et substantiel, aux pp 113 et s, ci-dessous.
[98] Ci-dessus, pp 21-22.

de tirer des inférences définitives du silence de la Cour suprême sur cette question; nous ne pouvons que spéculer. Néanmoins, la variable cyberspatiale a été ignorée dans l'une des rares affaires qui traitaient *directement* de la définition de l'extranéité en droit international privé[99]. Les conclusions doctrinales qui tendaient vers la spécificité du cyberespace à cet égard ont donc sans aucun doute perdu de leur force persuasive.

Jusqu'ici, nous avons démontré comment l'attribution de caractéristiques spécifiques au cyberespace, de même que sa qualification comme élément d'extranéité ou facteur de rattachement autonome, pouvait teinter l'approche choisie en droit international privé. De tels facteurs, s'ils ne sont pas maîtrisés, mènent d'emblée à la conclusion que le cyberespace est incompatible avec la méthodologie du droit international privé. Le fait de maîtriser ces présupposés (les neutraliser pour réduire leur influence au minimum) requiert d'une part de délaisser les définitions strictement techniques du cyberespace en admettant que le *juridique* a aussi un rôle à jouer dans cette définition, et, d'autre part, de ne pas considérer systématiquement le cyberespace comme un catalyseur d'extranéité ou un rattachement autonome. Sur ces bases plus fermes, nous pourrons déterminer si le cyberespace a une place *dans* le droit international privé. Nous examinerons maintenant les concepts fondamentaux qui sous-tendent les phénomènes que nous proposons d'étudier, le tout dans le but d'établir un dénominateur commun.

1.3 Frontières et proximité : mécanismes élémentaires du droit international privé

Pour comprendre comment réconcilier une approche du cyberespace en droit international privé avec le développement parallèle d'un ensemble de règles plus aptes à faire face à la mondialisation – et ainsi unir les trajectoires empruntées par le droit international privé dans les années 1990 – nous devons au préalable définir certains mécanismes élémentaires du droit international privé qui revêtent une importance toute particulière dans le contexte du cyberespace. D'une part, nous devons exposer en quoi consiste le critère du lien réel et substantiel qui incarne le principe de proximité en droit canadien

[99] Voir aussi *Bal Global Finance Canada Corporation c Aliments Breton (Canada) inc*, 2008 QCCS 2749 au para 48, dans lequel le tribunal reprend la définition de l'extranéité énoncée dans l'arrêt *Dell Computer*.

(1.3.1). D'autre part, nous devons déterminer l'importance réelle des frontières étatiques dans le cyberespace puisque la méthodologie du droit international privé se nourrit de ce concept (1.3.2).

1.3.1 Lien réel et substantiel en droit international privé canadien

Au Canada, le droit international privé exige la présence d'un lien *réel et substantiel* entre le tribunal et le litige, de même qu'entre le litige et la loi applicable[100]. Le professeur Castel traduit ainsi ce qu'il appelle le principe de « proximité » :

> *1. An action must be brought before the court of the province, territory, state, or country with which the parties, the action, or the matter have* a *real and substantial connection.*
>
> *2. Once it has jurisdiction, the court must apply the law that has* the most *real and substantial connection with the issue to be decided.*
>
> *3. A foreign judgment will be recognized and enforced only if the original court had jurisdiction based on* a *real and substantial connection with the parties and/or the action.* [italiques dans l'original][101]

Ce critère a été formellement adopté en 1991 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morguard Investments*[102] en s'inspirant des propos du juge Dickson dans l'arrêt *Moran*[103]. L'arrêt *Morguard Investments* constitue en fait le point de départ de la transformation du droit international privé canadien dans les années 1990; celle-ci s'est poursuivie jusqu'au tout récent arrêt *Van Breda* [104]. L'arrêt *Morguard Investments* concernait la reconnaissance et l'exécution en Colombie-Britannique d'un jugement par défaut rendu

[100] Voir Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 42, no 20.
[101] Jean-Gabriel Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007) 52:3 McGill LJ 555 à la p 557 [Castel, « The Uncertainty Factor »].
[102] *Morguard Investments*, *supra*, note 4.
[103] *Moran c Pyle National (Canada) Ltd,* [1975] 1 RCS 393 aux pp 407-408 [*Moran*]. En matière d'infractions criminelles transfrontalières, des termes similaires avaient été utilisés dans *Libman c La Reine*, [1985] 2 RCS 178 [*Libman*]. Voir à ce sujet *Van Breda*, *supra* note 43 au para 24.
[104] *Van Breda*, *supra* note 43. La discussion sur les origines et la nature du lien réel et substantiel se trouve aux para 22-43.

en Alberta contre un résident de Colombie-Britannique[105]. Celui-ci s'opposait à la requête en invoquant l'absence de compétence du tribunal albertain. La Cour adopta le critère du lien réel et substantiel pour juger de la compétence du tribunal albertain et rejeta ultimement les prétentions du défendeur. Le juge LaForest se justifie ainsi :

> Il me semble qu'en adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties. Dans un monde où les objets les plus courants qu'on achète ou qu'on vend viennent d'ailleurs ou sont fabriqués ailleurs et où des gens déménagent constamment d'une province à l'autre, il est tout bonnement anachronique de s'en tenir à une « théorie de la capacité d'exécution » ou à un seul situs des délits civils ou des contrats pour l'exercice convenable de compétence.[106]

Comme il fut précisé dans l'arrêt *Van Breda*, la nature du critère du lien réel et substantiel est double[107]. D'une part, il s'agit d'un principe directeur du droit international privé (arrêt *Morguard Investments*[108]) qui gouverne le développement des règles de conflits dans chacune des provinces[109]. C'est en somme un impératif « s'imposant aujourd'hui à tout État désirant participer harmonieusement aux relations internationales »[110]. Initialement formulé comme critère guidant l'établissement la compétence d'un tribunal canadien, le critère fut étendu à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers dans l'arrêt *Beals*[111]. D'autre part, il s'agit d'un principe constitutionnel qui découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*[112] et qui impose des « limites à la portée de la compétence des cours provinciales et […] l'application des lois provinciales aux situations

[105] Il s'agit donc d'un litige interprovincial plutôt qu'international, mais la Cour suprême a souligné ultérieurement que les mêmes impératifs s'appliquaient aux deux types de litiges : *Beals c Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 RCS 416 au para 26 [*Beals*].
[106] *Morguard Investments*, *supra* note 4 à la p 1108; *Van Breda*, *supra* note 43 au para 26.
[107] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 22
[108] *Morguard Investments*, *supra* note 4.
[109] Gaudet, *supra* note 42 à la p 319; Lussier, *supra* note 31 à la p 429.
[110] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 42, no 20.
[111] *Beals*, *supra* note 105; *Van Breda*, *supra* note 43 au para 28.
[112] *Loi constitutionnelle de 1967* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dams LRC 1985, ann II, n° 5 (les mots « dans la province » à l'article 92).

interprovinciales ou internationales » (arrêt *Hunt*[113]), donc tant au niveau de la loi applicable que de la compétence des tribunaux[114].

En somme, ce critère guide le développement de facteurs de rattachement spécifiques dans le droit international privé, qu'ils soient développés par les tribunaux comme en common law, codifiés comme au Québec, ou harmonisés comme dans la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*[115] :

> Dans la recherche de règles de droit international privé adéquates, la tendance prédominante consiste à maintenir ou à développer un ensemble de facteurs de rattachement inspirés des principes qui en régissent l'application, plutôt qu'à compter sur le pouvoir presque purement discrétionnaire des juges d'instaurer l'ordre et l'équité. […] Le critère du lien réel et substantiel devrait être examiné non pas hors contexte, mais bien en tenant compte de ses origines, des développements législatifs récents, de la doctrine et des initiatives destinées à développer et à moderniser les règles du droit international privé au Canada. En effet, on n'a pas créé ce critère *ex nihilo* sans tenir compte de l'évolution des méthodes et techniques dans le domaine du

---

[113] *Hunt c T&N plc*, [1993] 4 RCS 289 [*Hunt*]; Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 378. Sur la *Constitution canadienne* et le droit international privé, voir notamment Castel et Walker, *supra* note 82, ch 2; Janet Walker, *The Constitution of Canada and the Conflict of Laws*, thèse de D.Phil, Oxford University, 2001 [non publiée].

[114] *Van Breda*, *supra* note 43 aux para 23, 27. Il est vrai que le critère du lien réel et substantiel a la plupart du temps été évoqué par la Cour suprême en matière de compétence. Or, l'on en trouve une variante dans les conflits de lois lorsqu'est évoquée la loi possédant les liens *les plus* réels et *les plus* substantiels avec l'action (en droit civil québécois et en common law, voir Castel, « The Uncertainty Factor », *supra* note 101 aux pp 563-66; Castel et Walker, *supra* note 82, ch 31, no 31.2). À notre avis, donc, le professeur Castel a raison d'évoquer le principe du lien réel et substantiel d'une façon qui englobe chacune des trois catégories de questions du droit international privé canadien. Certes, les professeurs Blom et Edinger écrivent – dans un article qui se veut très critique – que le domaine où le critère du lien réel et substantiel était le plus souhaitable était celui de la loi applicable, mais que la Cour suprême avait rejeté cette possibilité dans l'arrêt *Tolofson* en adoptant plutôt la règle de la *lex doli delicti* : Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 417; *Tolofson*, *supra* note 30. Cependant, une telle interprétation est implicitement réfutée par les propos du juge Lebel dans *Van Breda*, du moins en ce qui a trait à la manifestation *constitutionnelle* du critère : « Par son caractère constitutionnel, il établit des limites à la portée de la compétence des cours provinciales et à l'application des lois provinciales aux situations interprovinciales ou internationales » [nos soulignements] : *Van Breda*, *supra* note 43 au para 23. En ce qui a trait à sa manifestation comme *principe directeur* du droit international privé, toutefois, l'arrêt *Van Breda* est moins clair (ce qui est normal puisque la question en litige en était une de compétence). Cependant, le juge Lebel écrit à propos de l'arrêt *Tolofson* que « [l]a Cour n'a pas tenté à l'époque de s'appuyer uniquement sur le critère du lien réel et substantiel en tant que règle de droit international privé ». *Ibid* au para 37. L'on peut donc en déduire que ce principe a aussi une influence dans le développement des règles de conflits de lois, mais celle-ci nous semble beaucoup plus diffuse.

[115] *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, en ligne : Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada <http://www.ulcc.ca>.

> droit international privé. À cet égard, la common law et le droit civil se fondent dans une large mesure sur la sélection et l'utilisation d'un certain nombre de liens factuels objectifs et précis.[116]

Il importe de comprendre que ce principe dont il est question ici n'est pas en soi une règle de conflit. Une telle vision des choses attribuerait un pouvoir trop arbitraire aux tribunaux. Ce principe ne fait que guider la création des facteurs de rattachements les plus aptes à mettre en œuvre les considérations d'ordre, d'équité et de courtoisie internationale. « [U]ne solution qui s'en remettrait complètement à l'exercice de ce pouvoir [discrétionnaire des tribunaux] et le transformerait lui-même en une règle de droit international privé ne respecterait pas certains objectifs fondamentaux d'un système de droit international privé »[117], notamment la prévisibilité de la solution obtenue.

Ceci étant dit, le critère fut développé dans des litiges impliquant le droit des provinces de common law. Qu'en est-il au Québec, qui dispose d'un ensemble complet de normes de droit international privé codifiées qui s'appuient sur « des faits précis établissant un lien entre l'objet du litige et le ressort »[118]? Si nous tentons d'unifier sous l'égide du lien réel et substantiel les théories du cyberespace en droit international privé canadien, il importe en effet de s'interroger au préalable sur la réception de ce principe au Québec.

L'arrêt *Van Breda* nous enseigne que les facteurs de rattachement codifiés au *Code civil* sont des facteurs dont il est tenu compte pour déterminer l'existence d'un lien réel et substantiel[119]. L'autonomie du *Code civil* à cet égard est donc préservée : selon l'arrêt *Spar Aerospace*, le critère du lien réel et substantiel est « subsumé » dans les dispositions sur la compétence internationale des tribunaux québécois et « s'incarne dans d'autres dispositions afin d'offrir une protection contre l'exercice injustifié de compétence de la part d'un tribunal »[120]. En ce sens, le critère se révèle utile « pour la compréhension

---

[116] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 35.
[117] *Ibid* au para 70. Voir aussi le commentaire de Stephen G A Pitel, « New Canadian Framework for Assumption of Jurisdiction » (23 avril 2012), en ligne : Conflict of Laws.net < http:// conflictoflaws.net>.
[118] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 76.
[119] *Ibid*.
[120] *Spar Aerospace Ltée c American Mobile Satellite Corp*, 2002 CSC 78 aux para 44-64, [2002] 4 RCS 205 [*Spar Aerospace*]. Sur l'arrêt *Spar Aerospace* et « l'engagement du Canada envers le bijuridisme dans le domaine du droit international privé », voir Walker, *supra* note 29 aux p 441-42.

générale de la matière », mais ne constitue qu'un guide interprétatif, et non pas un test distinct qui s'ajouterait à l'application des règles codifiées[121]. Quant à la manifestation constitutionnelle du critère, celle-ci s'applique évidemment partout au Canada[122].

Commentant l'arrêt *Spar Aerospace*, Serge Gaudet se dit d'avis qu'il était nécessaire de rappeler l'importance de l'autonomie québécoise « dans cet environnement un peu particulier qu'est le droit international privé canadien contemporain moderne »[123]. Louise Lussier émet cependant l'hypothèse que le lien réel et substantiel devait être reconnu au Québec comme ailleurs, et qu'« il n'existe somme toute que peu de justifications à vouloir reconnaître la spécificité du droit international privé québécois et de l'isoler des tentatives d'évolution et d'harmonisation du droit international privé canadien »[124] :

> À notre avis, cette partie de la décision sur la place du critère du lien réel et substantiel dans le Livre dixième du Code civil justifierait parfaitement l'opportunité de traiter ce lien comme critère additionnel dans l'examen des bases de compétence. Quelle que soit la formule utilisée, on comprend que la compétence juridictionnelle internationale ne peut être établie sur une base ténue, insignifiante, non pertinente ou opportuniste, mais seulement s'il existe un lien réel ou substantiel.[125]

Pour Louise Lussier, cette conclusion s'impose surtout en raison de la valeur normative supérieure et du caractère constitutionnel des objectifs sous-tendant le critère du lien réel et substantiel, à savoir la courtoisie internationale de même que l'ordre et l'équité, qui militeraient en faveur d'un arrimage du droit international québécois à celui du reste du Canada[126]. L'arrêt *Spar Aerospace* est donc, selon Lussier, une « occasion ratée d'arrimer les règles du droit international privé québécois à l'évolution récente du droit international privé canadien »[127].

---

[121] Gaudet, *supra* note 42 à la p 319.
[122] *Ibid*; Lussier, *supra* note 31 à la p 429.
[123] Gaudet, *supra* note 42 à la p 319.
[124] Lussier, *supra* note 31 à la p 446.
[125] *Ibid* à la p 436.
[126] *Ibid* aux pp 427-34.
[127] *Ibid* à la p 419.

Cette critique du verdict de la Cour suprême dans l'arrêt *Spar Aerospace* ne semble toutefois pas avoir eu beaucoup d'écho jusqu'ici. La Cour suprême a d'ailleurs réitéré dans l'arrêt *Van Breda* la position adoptée précédemment dans l'arrêt *Spar Aerospace* à l'égard de l'autonomie du droit international privé québécois, quoique de façon indirecte puisque là n'était pas la question en litige[128]. L'idée d'un test autonome s'ajoutant aux dispositions du *Code civil*, telle qu'avancée par Lussier, ne semble donc pas constituer l'avenue empruntée par le droit international privé québécois.

Cependant, il ne faut pas oublier que le critère du lien réel et substantiel est un produit de l'« œuvre unificatrice de la Cour suprême » [129]. Il s'inscrit dans une « tendance générale » vers la coordination des systèmes de droit international privé au Canada[130] à laquelle le droit civil québécois ne peut demeurer insensible. Il apparaît dès lors raisonnable de soutenir que le *Code civil* s'est lui-même « imprégn[é] des principes [de courtoisie, d'ordre et d'équité] tels qu'ils ont eux-mêmes évolué »[131] ailleurs au Canada. Certes, ces principes ne supplantent pas le libellé du *Code civil*, mais ils guident néanmoins son interprétation. Ce rôle prend une importance toute particulière lorsqu'il est question du cyberespace, puisque le débat porte justement sur l'interprétation et l'application des normes à cette soi-disant nouvelle réalité. En ce sens, une analyse du cyberespace qui s'arrime au critère du lien réel et substantiel en droit international privé est utile tant en droit civil québécois qu'en common law canadienne.

Terminons en rappelant que le critère du lien réel et substantiel est « large et souple »[132] et, ajouterons-nous, impossible à définir « hors contexte », pour reprendre les mots du juge Lebel. Aux fins de ce mémoire, il n'est donc pas utile de faire un exposé exhaustif de la jurisprudence ayant appliqué le critère du lien réel et substantiel au cours des dernières

---

[128] *Van Breda*, *supra* note 43 aux para 39, 76.
[129] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 37, no 18.
[130] Gérald Goldstein, « L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits » (1998) 32:2 RJT 235 à la p 308. Sur le rôle de la Cour suprême du Canada dans la coordination des systèmes de droit international privé provinciaux, voir *ibid* aux pp 309-17.
[131] Lussier, *supra* note 31 aux pp 423-24.
[132] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 22. Au point d'être totalement incertain, selon des auteurs : Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 416. Selon le professeur Castel, « [t]*he uncertainty factor inherent in this principle renders illusive the objectives of certainty and predictability that are so important in international trade transactions* ». Castel, « The Uncertainty Factor », *supra* note 101 aux pp 570-71.

années[133]. Nous conformant à la mise en garde du juge Lebel, nous nous intéresserons plutôt – et surtout – au contexte de son adoption dans les années 1990; ceci fera l'objet de nos propos au troisième chapitre[134].

Voyons maintenant un second mécanisme élémentaire du droit international privé qui revêt une importance particulière dans le cyberespace, soit les frontières étatiques. Comprendre la relation à géométrie variable entre frontières étatiques et cyberespace est un élément crucial de toute approche du droit international privé à l'égard du cyberespace.

1.3.2 Frontières étatiques dans le cyberespace

Comme nous l'avons indiqué en introduction, l'on tend généralement à penser que les termes du cyberespace sont incompatibles avec ceux que le droit international privé utilise dans l'analyse de la loi applicable et de la compétence des tribunaux. Si ce type d'affirmation est largement répandu[135], il ne bénéficie que trop rarement d'une analyse plus pointue. Nous tâcherons ici d'en esquisser les traits à travers la notion que l'on dit être à la source de l'incompatibilité, à savoir l'importance des *frontières* dans le cyberespace. Il faudra d'abord se questionner sur la nature du phénomène et son caractère réellement nouveau (1.3.2.1), puis nous déterminerons ses implications sur le plan de la normativité (1.3.2.2).

Première observation : le discours juridique tenu à l'égard du cyberespace et de sa nature juridique est historiquement teinté par un fort raisonnement analogique. D'une part, l'on note les analogies avec les zones de « non-droit ». L'Antarctique[136], les eaux

[133] Pour une telle recension, voir Blom et Edinger, *supra* note 41. Voir aussi Stephen G A Pitel et Nicholas S Rafferty, *Conflict of Laws*, Toronto, Irwin Law, 2010 aux pp 83-113 [Pitel et Rafferty]; Castel et Walker, *supra* note 82, ch 11, no 11.10.
[134] Ci-dessous, sous-section 3.2 aux p 114 et s.
[135] Dan Jerker B Svantesson, « Borders *On,* or Border *Around* – The Future of the Internet » (2006) 16:2 Alb LJ Sci & Tech 343 à la p 344 [Svantesson, « The Future of the Internet »].
[136] Darrel C Menthe, « Jurisdiction in Cyberspace : A Theory of International Space » (1998) 4 Mich Telecomm & Tech L Rev 69 à la p 88 [Menthe]; Matthew R Burnstein « Conflicts on the Net : Choice of Law in Transnational Space », Note, (1996) 29:1 Vand J Transnat'l L 75 à la p 111 [Burnstein].

internationales[137], l'espace[138], l'univers fictif de *Tron*[139] : la littérature des années 1990 ne ménageait aucun effort pour *opposer* le cyberespace au monde régi par des normes étatiques. D'autre part, l'on note aussi les analogies avec les modes « classiques » de communication : courrier postal, téléphone, etc. Ces deux ensembles d'analogies témoignent en fait des arguments avancés quant à la nécessité d'un changement dans les normes juridiques pour pallier le problème de légitimité des frontières étatiques dans le cyberespace. Le premier ensemble d'analogies traduit un argument en faveur d'une rupture drastique avec le droit antérieur, alors que le second ensemble d'analogies traduit un argument en faveur d'une pure continuité avec le droit antérieur[140]. Ces analogies et métaphores – souvent imprécises – ont plus tard été critiquées et sont aujourd'hui fréquemment délaissées[141]. Nous croyons cependant qu'il est possible de déceler dans leur usage des indices du débat sur l'importance des frontières dans le cyberespace, débat que nous aborderons de front ci-bas.

1.3.2.1 Le débat sur l'importance des frontières dans les nouvelles technologies, un nouveau phénomène ?

D'emblée, il est clair que les frontières sont fondamentales et indissociables de la méthodologie du droit international privé : « *Rules connecting people and actions to particular norm-creating and enforcing bodies presuppose relatively distinct and non-porous boundaries* »[142]. La discipline se fonde sur l'emplacement géographique des

---

[137] Burnstein, *supra* note 136 à la p 103. Voir aussi Beverley Earle et Gerald A Madek, « International Cyberspace : From Borderless to Balkanized ? » (2003) 31:2 Ga J Int'l & Comp L 225 à la p 263.

[138] Menthe, *supra* note 136 à la p 91; Burnstein, *supra* note 136 à la p 110. Voir aussi Denis T Rice, « Jurisdiction in Cyberspace : Which Law and Forum Apply to Securities Transactions on the Internet » (2000) 21:3 U Pa J Int'l Econ L 585 [Rice]. L'auteur Rice y allait en 2000 d'une prédiction passablement audacieuse quant à l'impact du cyberespace, nouveau média dépourvu de frontières, sur le domaine de l'investissement et des valeurs mobilières : « *The use of bots and other non-geographically-based intermediaries will be somewhat like an investor sending highly-programmed, computer-driven spaceships into outer space to locate and dock at space stations for the purpose of conducting a transaction* ». *Ibid* à la p 598. Cette prédiction enthousiaste illustre bien la frénésie qui animait les juristes à l'époque.

[139] Burnstein, *supra* note 136 à la p 77.

[140] Kohl, *supra* note 29 à la p 40.

[141] David Hricik, « Reading Too Much into Nothing : The Metaphor of Place and the Internet », Commentaire, (2004) 55:3 Mercer L Rev 859, tel que cité dans Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 31.

[142] Gosnell, *supra* note 26 à la p 344. Voir aussi Jack L Goldsmith et Tim Wu, *Who Controls the Internet ? Illusions of a Borderless World*, New York; Oxford (R-U), Oxford University Press, 2008 à la p 156 [Goldsmith et Wu].

activités privées pour déterminer quel État a compétence pour les réguler[143], une fonction cruciale pour le maintien de l'ordre[144]. Or, avec le cyberespace vient un doute :

> [L]'espace dont [le droit international privé] se préoccupait jusqu'alors possédait des frontières géographiques et juridiques bien cernées, fussent-elles devenues plus perméables en raison de certaines innovations juridiques. Avec l'Internet, le réseau des réseaux, on se prête à croire que ces frontières s'estompent, voire qu'elles disparaissent […] ». [145]

À lui seul, cette apparente perméabilité des frontières a généré une énorme quantité de doctrine et de jurisprudence cherchant à concilier des décennies de précédents en droit international privé avec cette nouvelle réalité qui semblait à première vue unique[146]. Mais l'est-elle vraiment ? Sur ce point, des précisions s'imposent.

La spécificité ou la nouveauté du cyberespace peut référer à de multiples caractéristiques de celui-ci qui en font, il est vrai, un outil passablement évolué par rapport à ceux qui avaient cours au XX^{e} siècle. Cependant, le cyberespace n'est pas le premier outil dont on dit qu'il transcende les frontières étatiques. Certains ont souligné que le téléphone, le fax, la télévision, le chemin de fer et l'aviation avaient fait de même en leurs temps[147] et que chaque fois, le déclin de l'État-nation avait été annoncé[148]. La répétition témoigne donc d'une certaine amnésie à l'égard des discours précédemment tenus à l'égard d'autres

---

[143] Kohl, *supra* note 29 à la p 4.
[144] *Ibid* à la p 8.
[145] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 56. Voir aussi Houde, *supra* note 25 à la p 1. « [T]*he dematerialised nature of online commercial activities renders the location of the parties and the place where those activities take place difficult to determine* ». Lorna E Gillies, « Addressing the "Cyberspace Fallacy": Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract » (2008) 16:3 Int'l JL & IT 242 à la p 245 [Gillies, « Cyberspace Fallacy »].
[146] Joshua Beldner, « How Technologically Savvy Do You Have to Be to Apply Zippo : An Approach to Internet Personal Jurisdiction after *Fancaster* and *Edvisors* », Note, (2011) 17:2 BUJ Sci & Tech L 318 à la p 319; Houde, *supra* note 25 à la p 2. Comme nous allons le voir, le succès allégué de ce processus de conciliation dépend évidemment de l'approche adoptée : l'approche matérielle en rejetterait le *bien-fondé*, l'approche adaptative s'en ferait le porte-parole et l'approche classique rejetterait sa *nécessité*.
[147] Erin F Norris, « Why The Internet Isn't Special : Restoring Predictability to Personal Jurisdiction », Note, (2011) 53:3 Ariz L Rev 1013 à la p 1015 [Norris]; Fawcett, Harris et Bridge, *supra* note 44 à la p 495, no 10.04; Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 55; Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 à la p 1201. Le même constat a été formulé par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, Hans Van Loon, dans son préface à la première édition de l'ouvrage du professeur Svantesson : Hans Van Loon, « Foreword » dans Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2007 à la p xii [Van Loon].
[148] Jack L Goldsmith, « The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty » (1998) 5 Ind J Global Legal Stud 475 à la p 491 [Goldsmith, « Territorial Sovereignty »].

innovations technologiques. Un exemple clé à cet égard est celui du débat sur la loi applicable aux communications radiodiffusées par satellite (question fréquemment soulevée dans le contexte du droit d'auteur)[149], une forme de « distribution des œuvres par la captation des signaux puis de leur acheminement à un public spécifique ou autre que celui auquel elles étaient originellement destinées »[150] :

> En plus d'ouvrir le droit d'auteur aux problématiques liées au transport international des ondes, les satellites obligent également à la décompression du droit selon de nouvelles modalités techniques : tout comme le câble, ils relaient les signaux d'un point à un autre préalablement à leur radiodiffusion au public.[151]

Cette technique est apparue à l'avant-plan avec l'avènement de la télévision dans les années 1960[152]. D'emblée, l'on distingue des difficultés potentielles pour le droit international privé : immatérialité, transport d'un point à un autre sans que l'utilisateur ne le perçoive ou que l'émetteur ne le contrôle, etc. Un auteur écrit ainsi :

> [L]a radiodiffusion par satellite présente une différence déterminante par rapport aux modes classiques de diffusion des œuvres : elle ne peut pas être enfermée à l'intérieur des frontières d'un pays ; elle est parfaitement transnationale ![153]

Un autre déplore l'impossibilité de localiser l'endroit où un délit impliquant une radiodiffusion par satellite a pu survenir, s'interrogeant sur la vocation du droit international privé à régir une telle situation[154]. Dans le même ordre d'idées, l'infonuagique – produit ou déclinaison du cyberespace « traditionnel » – serait lui aussi « *inherently global* », mais il est rarement précisé en quoi il serait plus global que le

---

[149] Voir par ex Jean-Sylvestre Bergé, « Conflit de lois » dans Patrick Tafforeau, dir, *La radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble. Aspects de droit privé et de droit public*, Paris, L'Harmattan, 2000, 93. Sur la question du droit d'auteur, voir par ex Annika Lokrantz-Betnitz, « Les télésatellites et droits d'auteur » (1971) 78 RIDA 69; Robert Plaisant, « Propriété intellectuelle et communications par satellite » (1971) 70 RIDA 79.

[150] Pierre-Emmanuel Moyse, *Le droit de distribution : analyse hystorique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 à la p 335.

[151] *Ibid*.

[152] *Ibid* à la p 336.

[153] Elsa Deliyanni, « La loi applicable en matière de radiodiffusion par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur » (1989) 41:2 RIDC 429 à la p 431.

[154] Christian Patermann, « Applicable Law in Cases of Tort Damages Caused by Direct Broadcast Satellites » (1975) 3:1-2 J Space L 47 à la p 50.

cyberespace lui-même[155]. Ce qui frappe le plus est ceci : les difficultés de la radiodiffusion et de l'infonuagique (« [i]*n the world of the cloud, location is irrelevant since data simply flows around the globe* »[156]) sont très semblables à celles relevées par les juristes lors de l'avènement du cyberespace. Malgré tout, rares sont les auteurs qui se sont interrogés sur ces similarités (par exemple, entre la radiodiffusion par satellite et le cyberespace)[157]; ceux qui l'ont fait ont préféré souligner les différences techniques entre les procédés pour justifier des approches distinctes[158] – ce qui n'est pas d'une grande aide pour le développement de solutions normatives stables – ou pis encore, qualifier les questions soulevées par l'infonuagique d'« émergentes »[159]. L'oubli est donc *double* : la réflexion sur le cyberespace n'est pas alimentée par les réflexions précédentes (comme celle sur la radiodiffusion par satellite), et les réflexions subséquentes (comme celle sur l'infonuagique) ne sont pas alimentées par la réflexion sur le cyberespace.

Gardons-nous toutefois de toute conclusion hâtive : l'oubli des discours juridiques antérieurs survenu avec l'avènement du cyberespace et, plus récemment, de l'infonuagique est peut-être significatif, mais à ce point-ci, il ne vide pas en soi la

---

[155] Burke T Ward et Janice C Sipior, « The Internet Jurisdiction Risk of Cloud Computing » (2010) 27:4 Information Systems Management 334 à la p 337 [Ward et Sipior]; Lanois, *supra* note 9 à la p 44. Voir toutefois Narayanan, *supra* note 9 à la p 788 : « *One may ask whether a close analysis of cloud-computing regulation is relevant in a world in which technology is advancing so rapidly that cloud-computing itself may quickly become obsolete. Though there are cost-saving and data-protection advantages related to the use of cloud-computing services, if better and faster processors and computers are created, cloud-computing will not reach the kind of ubiquity and relevance that would necessitate international cooperation on the issue. However, as many in the semiconductor industry have noted, there are "a set of impending bottlenecks . . . where more than five decades of progress in continuously shrinking the size of transistors used in computation will end." As innovation enabling faster processor speeds and larger memory begins to decline, users will inevitably look to cloud-computing services to increase their effective processing power and storage capacity. If this "bottleneck" is not averted, many industries may come to depend on cloud-computing services as a supplement to, or even a substitute for, their own computing services. Even if a solution to the "bottleneck" is developed, this Comment predicts that cloud-computing will become a public utility because individuals and firms alike will look to the cloud to close the gap between inherently limited non-cloud-computing power and their demand for high computing performance* ». Voir aussi ci-dessus, note 9 et texte correspondant.

[156] Lanois, *supra* note 9 à la p 44.

[157] Voir toutefois Fawcett, Harris et Bridge, *supra* note 44 à la p 495, no 10.04; Trudel et al, *supra* note 60 à la p 4-29. Ceux-ci ont en effet le mérite de mentionner le phénomène.

[158] Paul Edward Geller, « Conflicts of Laws in Cyberspace : Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World » (1996) 20:4 Colum-VLA J L & Arts 571 à la p 572. Voir toutefois Richard Fentiman, « English Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ? » dans Symeonides, *supra* note 3, 165 à la p 190 [Fentiman], qui évoque les exemples du satellite et du cyberespace sur un pied d'égalité en les offrant comme exemple d'un monde « dématérialisé ».

[159] Voir par ex Lanois, *supra* note 9 à la p 44.

question qui nous occupe. En effet, la nécessité de l'adaptation du droit international privé au cyberespace n'est pas démentie par le simple constat que le cyberespace n'est pas le seul média qui remet en question les frontières étatiques. Svantesson le démontre bien, lui qui concède que le cyberespace n'est pas un pionnier dans l'abolition des frontières étatiques tout en affirmant que son caractère unique justifie néanmoins une adaptation des règles de conflits classiques[160]. Il en est ainsi parce que le cyberespace peut très bien être unique en raison de caractéristiques autres que sa simple faculté à « abattre » les frontières[161]. Autrement dit, nous ne pouvons pas nous contenter d'invoquer le phénomène de l'amnésie pour démontrer que le cyberespace occupe déjà une place dans le droit international privé moderne et qu'il n'est conséquemment pas nécessaire d'opérer des changements dans les règles de conflits classiques. Malgré tout, nous croyons qu'un tel oubli des discours antérieurs laisse deviner le mauvais alignement du débat. Il résulte de ce mauvais alignement du débat une perte de connaissances et un manque d'efficacité des propositions normatives auxquels il est nécessaire de pourvoir dans une perspective de pérennité, à laquelle cherche à contribuer ce mémoire.

Examinons maintenant comment le doute quant à l'importance des frontières étatiques peut, même s'il n'est pas nouveau en soi, générer des hypothèses normatives très différentes les unes des autres dans leur teneur et dans leurs effets sur les règles de conflits classiques du droit international privé.

1.3.2.2 La superposition de lois nationales, objet d'intérêt des approches normatives proposées

Nouveauté ou pas, il est clair que la facilité et la rapidité avec laquelle les communications sont transmises dans le cyberespace augmentent de façon inégalée les probabilités d'apparition d'un élément d'extranéité dans une relation privée[162]. C'est ce que la professeure Kohl qualifie de problème « quantitatif » du cyberespace : les contacts internationaux entre individus deviennent la règle générale plutôt que l'exception, alors que le droit international privé s'est développé sur un raisonnement inverse (l'exception

[160] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 35, 62.
[161] *Ibid*.
[162] *Supra*, note 93 et texte correspondant.

plutôt que la règle) [163]. Les conséquences du problème quantitatif sont identifiées ainsi par le professeur Fentimen :

> *Any such increase in the incidence of conflicts problems may have an important effect. It will increase the pressure to resolve difficulties and uncertainties which might be tolerable in a world where they arise less often. In this sense, existing problems may be magnified simply because they are more frequent.*[164]

Cependant, il n'est pas incontournable d'en déduire la *disparition* complète des frontières sur le plan de la méthodologie du droit international privé, tant s'en faut[165]. Après tout, l'élément d'extranéité, élément factuel comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Dell Computer*[166], dépend de la possibilité de délimiter le territoire en États séparés par des frontières. Si l'extranéité fait toujours partie du discours juridique, les frontières ont donc toujours une importance. À cet égard, toutefois, le discours des commentateurs a grandement divergé au fil des ans.

---

[163] Kohl, *supra* note 34 aux pp 38-39. Quant aux problèmes *qualitatifs*, ils réfèrent aux activités générant de nouveaux problèmes dans le cyberespace. La professeure Kohl évoque par exemple le fait pour une entreprise de devenir « involontairement » internationale du simple fait de sa présence sur le Web, alors qu'auparavant des gestes bien concrets (mise en marché, établissements, etc.) étaient nécessaires pour établir sa présence dans des États étrangers. Le problème qualitatif est formulé ainsi : « *How should the law treat such 'accidental' digital entry into a foreign market?* ». *Ibid* aux pp 35-37. Il s'agit d'un problème similaire à celui identifié par Svantesson, qui écrit : « [T]*here is still an imbalance between the ease and cost-effectiveness of entering into Internet-based cross-border contacts on the one hand, and the difficulty and expense of solving cross-border disputes (which can be the result of those contacts), on the other* ». Dan Jerker B Svantesson, « The not so 'Borderless' Internet : Does it Still Give Rise to Private International Law Issues? », 61e conférence de la *Australasian Law Teachers Association*, présentée à l'Université de Victoria, 4-7 juillet 2006 [non publiée] en ligne : Bond University <http://epublications.bond.edu.au> à la p 12. Un tel problème perd toutefois de sa pertinence dans la mesure où le simple accès à un site Web à partir d'un État étranger ne suffit pas à conférer aux tribunaux de cet État une compétence sur l'entreprise si celle-ci n'a aucun autre lien avec l'État en question, un argument de plus en plus accepté en droit international privé. Voir ci-dessous aux pp 81-82, en ce qui a trait au Canada.

[164] Fentiman, *supra* note 158 à la p 189.

[165] Fawcett, Harris et Bridge, *supra* note 44 aux pp 495-96, no 10.04. « *In a world which is both "globalized" (because cross-border activity becomes the norm) and 'de-materialized" (because information, property and human inter-action is digital), the traditional assumptions of private international law may become inappropriate. In particular, the notion that acts and their consequences may be territorially located for the purposes of choice of law and jurisdiction, which lies at the heart of the subject, may become irrelevant. At the very least it becomes necessary, if the notion of territorial connection is to be retained, first to identify the characteristic and (in conflicts terms) most significant events which occur in novel transactions or processes, and secondly to locate those events in a particular jurisdiction* » [nos soulignements]. *Ibid* à la p 190. Selon le professeur Fentiman, donc, il n'est pas certain que les frontières disparaissent : elles deviennent simplement plus difficiles à utiliser pour localiser une activité qui est dématérialisée. « [T]*he capability of crossing all borders does not* necessarily *negate the significance of a specific, local-border crossing* » [italiques dans l'original]. Slane, *supra* note 6 à la p 140.

[166] Ci-dessus, pp 27-32.

C'est ce que fait remarquer la professeure Slane. Ses « figures narratives »

> *ascribe very different legal meanings to Internet "borderlessness", even as they all acknowledge the capacity of Internet communications to facilitate global interactions – that is, to potentially allow a person to be heard everywhere*.[167]

D'une part, il y a le ton adopté par certains tribunaux américains dans les années 1990, selon lesquels les frontières n'existent tout simplement pas dans le cyberespace. Par exemple, dans *American Library Association v Pataki*[168], la juge Preska écrit : « *Typically, states' jurisdictional limits are related to geography; geography, however, is a virtually meaningless construct on the Internet* »[169]. Le même ton est décelé dans *Digital Equipment Corp v Altavista Technologies inc*[170] : « *The Internet has no territorial boundaries. To paraphrase Gertrude Stein, as far as the Internet is concerned, not only is there perhaps 'no there there,' the 'there' is everywhere where there is Internet access* »[171]. La Cour suprême du Canada semble aussi s'être inspirée de ces propositions, se disant d'avis que « l'Internet n'a pas de frontières nationales » et situe d'emblée la question en litige dans le cadre plus général de « l'application de lois nationales à une technologie qui évolue rapidement et qui, par essence, ne respecte aucune frontière nationale »[172]. D'autre part, il y a aussi la position selon laquelle les frontières étatiques existent dans le cyberespace, purement et simplement, mais qu'elles sont « dissimulées ». Il appartiendrait aux tribunaux de les révéler dans les litiges dont ils sont saisis :

> *Given the danger resulting from hyper-regulation and regulatory overlap, any outlook viewing the internet as "borderless" will ultimately prove improvident and intrinsically flawed. Instead courts, when determining jurisdictional competence to hear cases, ought to identify and respect "national borders" in cyberspace*.[173]

---

[167] Slane, *supra* note 6 à la p 132.
[168] *American Library Association v Pataki*, 969 F Supp 160 (SD NY 1997).
[169] *Ibid* à la p 169, tel que cité dans Michael A Geist, « Cyber Law 2.0 » (2003) 44:2 BCL Rev 323 aux pp 326-27 [Geist, « Cyber Law 2.0 »].
[170] *Digital Equipment Corp v Altavista Technologies inc*, 960 F Supp 456 (D Mass 1997).
[171] *Ibid* à la p 462, tel que cité dans Geist, « There There », *supra* note 54. Voir aussi Emanuelli, *supra* note 7 à la p 363, no 544.2.
[172] *SOCAN*, *supra* note 49 aux para 2, 41, juge Binnie.
[173] Gregory J Wrenn, « Cyberspace is Real, National Borders are Fiction : The Protection of Expressive Rights Online Through Recognition of National Borders in Cyberspace » (2002) 38:1 Stan J Int'l L 97 aux

Par ailleurs, de façon un peu plus modérée, il y a ceux qui ont plutôt utilisé un vocabulaire évoquant la réduction de la *pertinence* des frontières plutôt que leur présence ou absence. Par exemple, « *factors such as distance, border controls, and the need for the physical presence of individuals are becoming less and less relevant* »[174]. D'autres ont évoqué un rétrécissement des frontières : celles-ci existeraient encore, mais leur signification diminuerait graduellement[175].

Aujourd'hui, qu'en est-il réellement ? La question n'est pas simple. D'une part, il est vrai que les utilisateurs du cyberespace sont parfois peu conscients des frontières qui les séparent[176]. Par exemple, taper l'adresse URL[177] d'un site Web hébergé par un serveur situé en France et taper l'adresse URL d'un autre site Web hébergé par un serveur situé aux États-Unis est du pareil au même pour l'utilisateur canadien : il y accède de la même façon et ne se préoccupe pas – ni n'a conscience – de l'emplacement physique des serveurs en France ou aux États-Unis, ni du fait que l'information y transitera ou y sera emmagasinée[178]. C'est ainsi que l'on pourrait dire du cyberespace qu'il est « sans frontières » ou « géographiquement indépendant »[179] *dans son utilisation* bien qu'à l'évidence, les frontières étatiques sont toujours en place. D'autre part, cependant, il existe une multitude de cas où les frontières sont perceptibles dans le cyberespace comme ailleurs : entre autres exemples, mentionnons le fait pour un utilisateur canadien d'être automatiquement redirigé vers la version canadienne du site Web d'une multinationale comme Apple ou Microsoft, l'achat d'un bien vendu par un fabricant anglais qui indique les prix de détail en livres sterling plutôt qu'en dollars canadiens sur son site Web, ou encore l'impossibilité pour un acheteur de faire livrer dans l'État *x* le bien acheté d'un fabricant étranger qui n'assume la livraison que vers les États *y* et *z*[180]. Dans tous ces

---

pp 97-98. Un tel raisonnement peut notamment s'appuyer sur les techniques de filtrage et de géolocalisation : voir les références citées à la note 180.

[174] Pierre Trudel, « Jurisdiction over the Internet : A Canadian Perspective » (1998) 32:4 Int'l L 1027 à la p 1028.

[175] Kohl, *supra* note 34 aux pp 3-4; Stein, *supra* note 37 à la p 1172.

[176] Contra Kohl, *supra* note 29 aux pp 61-62.

[177] Voir la définition d'une adresse URL dans Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8 à la p 547.

[178] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 16 aux pp 35-36.

[179] *Ibid* à la p 34.

[180] Ces quelques exemples réfèrent tous d'une façon ou d'une autre à la gélocalisation ou au filtrage, des technologies qu'examinent notamment Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 395-443;

exemples, l'utilisateur est parfaitement conscient de l'existence de frontières étatiques qui le séparent de son cocontractant, de même que des contraintes qui s'y rattachent – des contraintes par ailleurs très similaires à celles imposées par le commerce international « classique ». Le tout est sans compter les milliards de personnes qui ne sont pas connectées au réseau internet et pour qui le discours sur l'abolition des frontières étatiques dans le nouveau monde cyberspatial n'a que peu, voire pas d'importance[181]. En somme, il est difficile de parler d'une absence complète de frontières dans le nouveau monde cyberspatial. C'est pourquoi la plupart des juristes refusent aujourd'hui d'envisager qu'il soit impossible d'appliquer les normes étatiques dans le cyberespace (conception que le professeur Svantesson qualifie de « *no man's land* »)[182]. Comme le professeur Svantesson l'écrit,

> *It is easy to forget that, not so long ago, the Internet was seen as having the potential to be a truly borderless world where people were divided or united, not by reference to their country or location, but by their interests. This borderless world was to be unhindered by the laws that affect people in the 'real' – physical – world* […] *Viewing the Internet as a separate world is becoming more difficult, and I think that notion now belongs to a bygone era.*[183]

Aujourd'hui, reconnaît-on, nous sommes plutôt en présence d'un cyberespace où *toutes* les normes étatiques peuvent s'appliquer simultanément (ce que le professeur Svantesson qualifie de « *every man's land* »)[184]. Ainsi, les discours axés sur l'analogie avec les zones de « non-droit » telles que les eaux internationales ou l'Antarctique que nous avons

---

Kohl, *supra* note 29 aux pp 278-287; Muir-Watt, *supra* note 68. Voir aussi Kevin F King, « Personal Jurisdiction, Internet, Commerce and Privacy : The Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies » (2011) 21:1 Alb LJ Sci & Tech 61 [King].

[181] Notons au passage qu'il s'agit d'une situation à laquelle un rapporteur de l'Organisation des Nations unies (ONU) a voulu remédier en qualifiant l'accès à l'internet de droit de l'homme : *Report of the Special Rapporteur Frank Larue on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Doc off AG NU, 17e sess, Doc NU A/HRC/17/27 (2011). Voir aussi *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'Internet*, Doc off AG NU, 20e sess, Doc NU A/HRC/20/L.13 (2012). Sur la question de l'internet et des droits de l'homme, voir par ex Steven Hick, Edward F Halpin et Eric Hoskins, *Human Rights and the Internet*, New York, St. Martin's, 2000.

[182] *Svantesson*, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 2-4.

[183] *Ibid* à la p 1.

[184] *Ibid* aux pp 2-4.

évoqué plus haut[185] et qui avaient une résonance toute particulière dans les années 1990[186] sont pratiquement disparus : loin du trou noir juridique où aucune loi nationale n'a vocation particulière de s'appliquer, la réalité traduit plutôt la prodigieuse réussite des États à exercer une emprise sur les activités ayant lieu dans le cyberespace[187]. Cet argument fut surtout porté par les professeurs Jack L Goldsmith et Timothy Wu, respectivement des universités Harvard et Columbia, dans leur monographie *Who Controls the Internet ? Illusions of a Borderless World*[188]. Cette thèse avait fait grand bruit[189] et avait confirmé en quelque sorte la prédiction que le professeur Goldsmith avait émise dix ans plus tôt et qui avait suscité la même controverse chez les juristes[190].

En lui-même, ce constat nous semble aujourd'hui imperméable aux critiques et conforme à la réalité. Alors que le cyberespace passe du « *no man's land* » à l'« *every man's land* », pour reprendre la terminologie du professeur Svantesson, le débat juridique passe simplement de la question « doit-on réguler le cyberespace ? » à la question « comment doit-on le faire ? »[191]; il s'agit essentiellement d'un changement de paradigme qui continue néanmoins de poser un problème sur le plan de l'allocation des compétences étatiques, puisque, généralement, chaque État peut prétendre avoir compétence pour

---

[185] Ci-dessus, pp 39-40.

[186] Voir par ex Kohl, *supra* note 29 à la p 11. Voir aussi Jack L Goldsmith et Alan O Skyes, « The Internet and the Dormant Commerce Clause » (2001) 110:5 Yale LJ 785 aux pp 785-86.

[187] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 1; Schultz, *supra* note 35 à la p 801; Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 101; Berman, « The Globalization of Jurisdiction », *supra* note 5 aux pp 315-16; Geist, « Cyber Law 2.0 », *supra* note 169 à la p 332. Le professeur Benyekhlef écrit que « dans cette première période d'effervescence, certains commentateurs mal informés ont comparé l'Internet à une zone de non-droit. Rien n'est plus faux ». Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 101. D'ailleurs, le titre d'un rapport commandé par Industrie Canada en 1997 illustrait déjà à cette époque les limites de l'argument de façon particulièrement éloquente : Michel Racicot et al, *L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi : Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Industrie Canada, 1997.

[188] Goldsmith et Wu, *supra* note 142. Voir aussi Kohl, *supra* note 29 aux pp 11-12.

[189] Leur argument est considéré comme une contribution particulièrement importante à la littérature sur le cyberespace : voir par exemple la critique de Dawn L Smith, dans Amy Atchison et Laura Cadra, dir, « Keeping Up with New Legal Titles » (2007) 99:1 Law Libr J 133 à la p 140.

[190] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19; Slane, *supra* note 6 à la p 140.

[191] Kohl, *supra* note 29 à la p 12. « *The prevalent and overriding issue therefore, as Fentiman implies, is the* appropriateness *of current connecting factors – as opposed to the relevance or suitability of state sovereignty in asserting jurisdiction* per se *– applied in order to effectively establish the characteristic or most significant events of an electronic consumer contract and to locate those events in a particular jurisdiction* » [italiques dans l'original]. Gillies, « Cyberspace Fallacy », *supra* note 145 à la p 248.

exercer son autorité sur celui-ci[192]. De fait, cette compétence à régir les relations privées dans le cyberespace, revendiquée par tous les États, entraînerait une multiplication et une superposition de *toutes* les normes étatiques à *toutes* les relations se déroulant dans le cyberespace – ce sont là les fameux « termes locaux » évoqués par les professeures Guillemard et Slane et dont nous avons fait état en exposant notre cadre analytique[193]. Le même phénomène expliquerait la multiplication des normes à portée extraterritoriale adoptée par les droits nationaux, ces normes qui prétendent s'appliquer en lieu et place des normes locales que les États cherchent à appliquer sur leur territoire, créant ainsi une superposition insoluble de lois locales et étrangères prétendant toutes pouvoir s'appliquer à un fait donné[194]. Toutes les approches normatives proposées visent en fait à pallier les conséquences d'un tel phénomène.

Pour le professeur Svantesson, ces approches normatives sont au nombre de trois : harmoniser les lois nationales par la voie du droit international public, ériger des frontières *dans* le cyberespace (notamment par la géolocalisation[195]), ou ériger des frontières *autour* du cyberespace (i.e. le traiter comme un espace parallèle sujet à une régulation parallèle)[196]. La professeure Kohl y voit plutôt le choix mutuellement exclusif d'une plus grande harmonisation des lois nationales *ou* d'une plus grande fragmentation du cyberespace, bien qu'elle admette du même souffle que le futur risque de provoquer les deux[197]. Sa théorie est sous-tendue par le constat d'un dilemme pesant sur les États et les forçant à choisir entre l'application de leurs lois locales réflectives de leurs valeurs particulières ou la perspective d'un mode de communication purement mondial (et de ce fait particulièrement attirant pour le développement des affaires internationales)[198]. Pour notre part, nous avons déjà dévoilé notre objectif, qui est de remettre en question le

[192] L'on parle ici de la compétence au sens large. Sur la portée du terme, voir nos propos ci-dessus aux pp 16-17.
[193] Ci-dessus, pp 22-23.
[194] Geist, « Cyber Law 2.0 », *supra* note 169 aux pp 332-33.
[195] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 395-440. Cette technique fut aussi reconnue comme particulièrement attrayante aux yeux de Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 aux pp 1224-30.
[196] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 3-4. Voir aussi Svantesson, « The Future of the Internet », *supra* note 135; Trudel et al, *supra* note 60 à la p 4-39.
[197] Kohl, *supra* note 34 aux pp 29, 253 et s. Sur le potentiel de l'harmonisation dans la régulation du cyberespace, voir Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 aux pp 1230-32.
[198] *Ibid* à la p 30.

besoin de changement du droit international privé à l'égard du cyberespace[199]. En conséquence, notre propre classification reposera sur les degrés variables de changement de la règle de conflit à l'égard du cyberespace. Il s'agit en somme de mieux comprendre comment le contexte influence la perception de la nécessité du changement dans la norme juridique en droit international privé, afin de pouvoir défricher la voie à suivre pour l'avenir quelle que soit la technologie concernée. C'est l'objectif qui nous animera au deuxième chapitre.

Conclusion du premier chapitre

L'étude du droit international privé et du cyberespace en est essentiellement une d'*intersection*[200]. Le juriste peut tenter de travailler à l'intérieur des paramètres de cette intersection, mais il peut aussi reculer d'un pas et se questionner sur les raisons sous-tendant la perception d'une telle intersection en droit. Nous avons misé sur cette dernière possibilité. Nous avons donc précisé le cadre analytique qui sera le nôtre dans les chapitres suivants. Nous avons aussi abordé des questions propices à générer des présupposés qui faussent le débat. Nous avons terminé en explorant certains mécanismes élémentaires du droit international privé qui sont d'une importance notable lorsqu'il est question du cyberespace, à savoir le critère du lien réel et substantiel de même que l'importance des frontières étatiques. Ensemble, les propos de ce premier chapitre forment le « cœur » conceptuel de ce mémoire.

Dans le deuxième chapitre, nous décrirons et critiquerons les approches juridiques du cyberespace en droit international privé ayant jusqu'ici été proposées sous des formes des plus diverses. Ces approches constituent autant de réactions face à la banalisation des frontières étatiques dans le cyberespace. Au troisième et dernier chapitre, nous tenterons de mieux situer ces approches dans le cadre de la reconfiguration du droit international privé canadien à la faveur de la mondialisation, et de l'adoption du critère du lien réel et substantiel comme principe constitutionnel et directeur de la discipline. Ce procédé

[199] Ci-dessus, pp 7-19, 22-23.
[200] Van Loon, *supra* note 147 à la p xv. La professeure Kohl parle d'un « choc » entre le cyberespace transnational et le droit national. Kohl, *supra* note 34 à la p 3.

théorique nous permettra ultimement de cerner en quoi le phénomène de la mondialisation recoupe le cyberespace de telle sorte que la valeur et l'utilité d'une approche spécifique à celui-ci sont grandement diminuées.

2. Approches du cyberespace en droit international privé : des conceptions divergentes du degré de changement nécessaire dans la règle de conflit

Dans ce chapitre, nous nous pencherons sur les approches juridiques proposées en droit international privé pour appréhender le cyberespace. Nous classifierons ces approches en trois catégories : l'approche matérielle, c'est-à-dire l'adoption de règles spécifiques (2.1), l'approche adaptative, c'est-à-dire l'adaptation des règles de conflits classiques (2.2) et l'approche classique, c'est-à-dire l'application intégrale des règles de conflits classiques (2.3). À notre connaissance, une telle classification n'a pas été réellement développée en doctrine, mais a certainement déjà été évoquée :

> *Three models* […] *could be applied for the reform and development of the law of jurisdiction in cases of electronic commerce* […] *first, apply the normal rules on jurisdiction, leaving it to the courts to develop the law; second, reform the law by modifying the normal rules on jurisdiction; third, reform the law by introducing a special regime of rules of jurisdiction for cases of electronic commerce.*[201]

À travers cette classification, nous exposerons aussi les sources normatives auxquelles elles se rapportent ou en faveur desquelles elles militent, et nous évaluerons leurs mérites respectifs : l'approche matérielle exclut en général la normativité issue des ordres juridiques nationaux, au profit d'un cadre international et uniforme qui serait généré soit par les utilisateurs du cyberespace, soit par des institutions internationales; l'approche adaptative plébiscite davantage les tribunaux qui seraient chargés d'adapter les règles de conflits classiques aux nouveaux scénarios générés par le cyberespace; l'approche classique s'en remet plutôt aux règles de conflits classiques présentées comme des principes généraux susceptibles de convenir à toutes les situations factuelles.

Pour dissiper tout doute sur la portée de notre démarche, précisions d'emblée que la classification proposée réfère strictement à l'approche des aspects du cyberespace qui constituent l'objet d'étude du droit international privé, c'est-à-dire les rapports de nature

[201] Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 à la p 4, citant Fawcett, Harris et Bridge, *supra* note 44 à la p 529.

privée dans le cadre d'une situation présentant un élément d'extranéité[202]. Notre classification ne vise donc pas à rapporter de façon exhaustive les nombreuses théories sur le mode de gouvernance à privilégier dans le cyberespace, mais bien à situer ces théories dans le cadre d'un réexamen des règles de conflits classiques du droit international privé. Les catégories proposées ont le mérite de ramener le débat à l'essentiel, c'est-à-dire à la façon dont intervient (et devrait intervenir) le changement dans la règle de conflit en droit international privé, plus particulièrement le contexte technologique dans lequel cela se produit. Nous situerons enfin nos observations dans le contexte plus large de la mondialisation. Nous présenterons tour à tour l'approche matérielle (2.1), l'approche adaptative (2.2) et l'approche classique (2.3).

2.1 Approche matérielle : adoption de règles matérielles spécifiques

Selon la première des trois approches du cyberespace en droit international privé, la création d'un ordre juridique distinct et délocalisé est perçue comme la seule solution adaptée aux relations de nature internationales qui se tissent dans le cyberespace, et une méthode *alternative* à la méthodologie conflictuelle du droit international privé[203]. L'on reconnait ici la théorie des frontières *autour* du cyberespace évoquée par le professeur Svantesson[204].

Nous décrirons d'abord brièvement les origines de cette approche dans la littérature des années 1990 et son développement subséquent (2.1.1), puis nous examinerons comment elle se traduit dans la méthodologie du droit international privé (2.1.2). Enfin, nous ferons état de ses critiques et faiblesses (2.1.3).

2.1.1 Fondements de l'approche matérielle

L'approche matérielle rejette la capacité des ordres juridiques nationaux à réglementer les rapports privés dans le cyberespace. Au contraire, elle privilégie une normativité qui se

[202] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 5, no 1. Voir aussi *Van Breda*, *supra* note 43 au para 15 [*Van Breda*]; Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 4, no 2. Sur l'extranéité, voir la sous-section 1.2.2 à la p 7 et s, ci-dessus.
[203] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 112, no 53.
[204] Svantesson, « The Future of the Internet », *supra* note 135 aux pp 359 et s.

présente essentiellement sous deux formes : d'une part, une normativité de type « *downward* » générée par les utilisateurs du cyberespace et d'autre part, une normativité de type « *upward* » générée non pas par la base (les utilisateurs), mais par la communauté internationale[205] à partir d'un cadre juridique formel ou d'un processus d'harmonisation des lois nationales[206]. Les origines politiques de cette approche en avaient fait un argument assez radical[207]. Celui-ci s'est transformé progressivement en une position qui, à défaut d'être réaliste, est néanmoins défendable sur le plan des principes[208]. En ce sens, son attrait se présente de façon plus subtile et moins grandiloquente que dans les années 1990[209], et il est permis de croire que, quel que soit le type de normativité proposé, cette approche teinte encore la résolution des litiges privés dans le cyberespace, bien qu'elle soit demeurée peu développée jusqu'ici. Nous croyons donc utile d'en traiter ici.

Les arguments en faveur de règles matérielles spécifiques au cyberespace ont trouvé un écho important dans les années 1990 et ceux-ci ont été abondamment documentés[210]. C'est John Perry Barlow[211], membre du groupe *The Grateful Dead*, fondateur de l'*Electronic Frontier Foundation* et aujourd'hui *fellow* émérite du *Berkman Center for Internet and Society* de la *Harvard Law School*, qui avait donné le coup d'envoi à ce mouvement avec sa célèbre « Déclaration d'indépendance du cyberespace » :

---

[205] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 102. De l'aveu du professeur Benyekhlef, les efforts internationaux dans ce domaine sont cependant loin du compte. Ils ont d'ailleurs été vertement critiqués par Goldsmith et Wu, *supra* note 142 à la p 167.

[206] Par ex *Convention sur les communications électroniques*, *supra* note 15; *Loi-type*, *supra* note 15. Sur cette possibilité, voir généralement Joana Kulesza, *International Internet Law*, New York, Routledge, 2012 [Kulesza].

[207] Svantesson, « The Future of the Internet », *supra* note 135 à la p 359.

[208] *Ibid*.

[209] Pour des exemples récents qui ne s'inscrivent pas dans le courant libertaire des années 1990 mais qui partagent néanmoins les mêmes prémisses, notamment les limites du droit international privé dans le cyberespace, voir Emanuelli, *supra* note 7 aux pp 363-67, no 544.2-544.5; Serge Kablan et Arthur Oulaï, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation » (2009) 39:1 RGD 6 [Kablan et Oulaï]; Seffar et Benyekhlef, *supra* note 7 aux pp 363-64. L'on voit bien que l'esprit du discours tenu dans les années 1990 est encore présent dans ces textes, quoique dans une forme plus raffinée, subtile et probablement plus défendable. Aux États-Unis, le professeur Post est encore un fervent promoteur de cette approche.

[210] Pour un aperçu succinct, voir Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 98.

[211] « *John Perry Barlow has been called many things – a cyberlibertarian, a visionary, a crazy man. In the 1990s, he was the best-known and most controversial exponent of a separate legal regime for cyberspace. He styled himself the Jefferson of his age, and for many, the description fit* ». *Ibid* à la p 17. Pour un portrait intéressant de l'individu et de ses idées, nous référons à l'ouvrage des professeurs Goldsmith et Wu, *supra* note 142 aux pp 17-22.

> *Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.* […]
>
> *We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before*.[212]

Les adhérents à la déclaration John Perry Barlow rejetaient la gouvernance étatique dans le cyberespace[213] et plaidaient en faveur du transfert de son autorité vers des individus ou des groupes d'intérêts privés[214]. Ce transfert se serait soldé par une forme de régulation élaborée par les protagonistes du cyberespace eux-mêmes[215].

Si l'aboutissement de ce transfert de pouvoir différait selon l'école de pensée dont il était question (autorégulation par une *lex electronica*, code / *lex informatica*, *self help*, conventions ou harmonisation internationales)[216], un dénominateur commun subsistait : il s'agissait, comme nous l'avons dit en début de section, d'un plaidoyer en faveur de la disparition progressive de l'autorité purement territoriale des États-nations dans le cyberespace et de l'élaboration de normativités alternatives qui tiendraient compte de la nature mondiale du cyberespace[217].

---

[212] John Perry Barlow, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », en ligne : Electronic Frontier Foundation <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.
[213] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 99.
[214] Goldsmith et Wu, *supra* note 142 à la p 25.
[215] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 99.
[216] Pour une énumération des possibilités au début des années 1990, voir I Trotter Hardy, « The Proper Legal Regime for 'Cyberspace' » (1994) 55:4 U Pitt L Rev 993 [Hardy]. Il n'est pas utile pour nos fins d'élaborer davantage sur les déclinaisons particulières de ces normativités alternatives, mais le lecteur doit savoir qu'elles ont généré un nombre considérable d'ouvrages et d'articles en droit du cyberespace. Voir notamment l'œuvre pionnière de Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999; Lawrence Lessig, *Code : Version 2.0*, 2e éd, New York, Basic Books, 2006. Voir aussi Seffar et Benyekhlef, *supra* note 7.
[217] Goldsmith et Wu, *supra* note 142 à la p 27. Voir aussi Johnson et Post, *supra* note 2 à la p 1402. Selon le professeur Reidenberg, la tendance des « séparatistes » du cyberespace à nier aux États le pouvoir d'y protéger leurs citoyens s'apparente à une « attaque de type déni de service ». Reidenberg, « Technology and Internet Jurisdiction », *supra* note 68 à la p 1953.

Il est vrai que l'argument de John Perry Barlow et de ses compatriotes de la *Electronic Frontier Foundation*[218] relevait surtout d'un activisme politique doublé d'une philosophie libertaire[219]. C'est néanmoins à partir de la même proposition – le cyberespace comme monde parallèle – que s'est développée la déclinaison juridique de l'activisme politique de Barlow[220], une position juridique parfois qualifiée d'« exceptionnalisme »[221]. L'œuvre la plus influente à cet égard fut l'essai des professeurs David R Johnson et David G Post, qui fut publié en 1996 dans les pages de la *Stanford Law Review*[222]. Il reste encore aujourd'hui le texte de référence en la matière[223]. Les professeurs Johnson et Post considéraient l'absence de frontières dans le cyberespace comme étant la principale raison de l'impossibilité pour les États nations d'y imposer leurs normes juridiques[224]. Pour les professeurs Johnson et Post, la relation logique entre les frontières

---

[218] Sur l'identité de ces compatriotes, voir *ibid* aux pp 18-19.

[219] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 99. Loin d'être une coïncidence, les individus gravitant autour de l'*Electronic Frontier Foundation* étaient d'ailleurs « *some of the wealthiest political libertarians in the country* ». Goldsmith et Wu, *supra* note 142 à la p 19.

[220] La professeure Slane note toutefois un changement de conception dans le passage de Barlow à Johnson et Post : alors que Barlow opposait le physique au virtuel, Johnson et Post opposaient plutôt le local au global. Slane, *supra* note 6 à la p 135.

[221] Il s'agit en fait d'un qualificatif utilisé par le professeur Post lui-même afin d'éviter l'épithète « *regulation skeptic* » que lui avait affublé le professeur Goldsmith. Le terme est resté en vogue. Voir David G Post, « Governing Cyberspace » (1996) 43:1 Wayne L Rev 155 [Post, « Governing Cyberspace (1996) »]; David G Post, « Against "Against Cyberanarchy" » (2002) 17:4 Berkeley Tech LJ 1365 [Post, « Against "Against Cyberanarchy" »]; David G Post, « Governing Cyberspace : Law » (2008) 24:4 Santa Clara Computer & High Tech LJ 883 [Post, « Governing Cyberspace (2008) »].

[222] Johnson et Post, *supra* note 2. Le professeur Post a depuis réitéré ses arguments à plusieurs reprises, en réponse aux critiques virulentes dont il avait fait l'objet notamment par le professeur Goldsmith, dont nous examinerons les arguments ci-dessous, aux pp 96 et s. Voir à ce sujet Post, « Governing Cyberspace (1996) », *supra* note 221; Post, « Against "Against Cyberanarchy", *supra* note 221; Post, « Governing Cyberspace (2008) », *supra* note 221; David G Post, *In Search of Jefferson's Moose : Notes on the State of Cyberspace*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2009. Quant à lui, Johnson semble plutôt avoir *nuancé* ses propos dans un article ultérieur : David R Johnson, Susan P Crawford et John G Parlfrey Jr, « The Accountable Internet : Peer Production of Internet Governance » (2004) 9:9 Va JL & Tech 1 aux pp 3-4. « *Several years ago, there was much discussion about the question of whether, as a general rule, the Internet lends itself to regulation by traditional governments, or whether, in contrast, some aspects of the Internet's architecture systematically resist such control or enable the development of new kinds of law. We do not seek to reopen that debate, acknowledging at the outset that traditional sovereigns can and should play an important role in regulating many actions and actors that affect the Internet* ». *Ibid*.

[223] Geist, « Cyber Law 2.0 », *supra* note 169 à la p 326. Ce texte a en effet été cité dans pas moins de 564 textes répertoriés par la base de données HeinOnline au 2 mai 2012. Il est aussi l'article juridique le plus cité parmi ceux publiés la même année, toutes catégories confondues : Fred R Shapiro et Michelle Pearse, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time » (2012) 110:8 Mich L Rev 1483 à la p 1494. Sur l'importance de la contribution de Johnson et Post, voir aussi Slane, *supra* note 6 à la p 134; Kohl, *supra* note 34 à la p 11; Svantesson, « The Future of the Internet » *supra* note 135 à la p 360.

[224] « Les frontières géographiques constituent une condition essentielle à l'élaboration et l'application effectives et légitimes de la loi […] Le cyberespace pulvérise littéralement cette condition ». Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 98.

géographiques, la production et l'application de normes juridiques reposait sur quatre considérations, soit le contrôle sur un espace physique (« *control* »), les effets de la proximité physique de ces normes sur le comportement de l'individu (« *effects* »), la légitimité découlant du consentement des individus gouvernés par ces normes (« *legitimacy* ») et la publicité de ces normes (« *notice* »). Or, aux dires des professeurs Johnson et Post, la grande rapidité et le coût minime des communications dans le cyberespace rendaient toute localisation géographique inutile [225], ce qui était manifestement incompatible avec l'exercice de l'autorité des États nations fondée sur la proximité physique des communautés[226]. En somme, le cyberespace n'était plus ni moins qu'un espace nouveau[227] dans lequel les principes de souveraineté territoriale se « désintégraient »[228] de par la spécificité de l'espace en cause[229]. Pour eux, la seule frontière juridiquement significative était celle séparant le nouvel espace virtuel et le monde réel. Cette frontière unique légitimait la possibilité d'une régulation autonome, un droit que le professeur Trudel qualifiait à la même époque d'« a-national »[230]. Les professeurs Johnson et Post concluaient leur étude en affirmant ceci : « *crossing into Cyberspace is a meaningful act that would make application of a distinct "law of Cyberspace" fair to those who pass over the electronic boundary* »[231].

Cette « loi du cyberespace » devint vite l'objet d'un intérêt juridique soutenu qui se traduisit notamment par le développement de ce qu'on tantôt appelé la *lex electronica*[232],

---

[225] Johnson et Post, *supra* note 2 à la p 1370; Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 98.
[226] Joel R Reidenberg, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace » (1996) 45:3 Emory LJ 911 à la p 913 [Reidenberg, « Rule-Making in Cyberspace »].
[227] Johnson et Post, *supra* note 2 à la 1379; Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 98.
[228] Reidenberg, « Rule-Making in Cyberspace », *supra* note 226 à la p 913.
[229] Les professeurs Serge Kablan et Arthur Oulaï posent la question ainsi : « La nature et la dimension hautement technique de ce médium, qui plus est connait une évolution hâtive, n'édulcorent-elles pas 1'effectivité de ces normes, justifiant par ricochet l'opportunité d'une approche normative alternative? » Kablan et Oulaï, *supra* note 209 à la p 9.
[230] Pierre Trudel, « Introduction au droit du commerce électronique » (1995) 55 R du B 521 à la p 549, tel que cité dans Guillemard, *supra* note 12 à la p 368, note 1275. Voir aussi Hardy, *supra* note 216 à la p 1016.
[231] Johnson et Post, *supra* note 2 à la 1379.
[232] Voir par ex Trudel et al, *supra* note 60 aux pp 3-54-64; Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex Electronica* » (1997) 5 RDAI 547; Pierre Trudel, « La *Lex Electronica* » dans Charles-Albert Morand, dir, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 221.

tantôt la *lex mercatoria numerica*[233], une référence à la *lex mercatoria* dont on dit qu'elle s'inspire[234]. Cette loi spécifique serait composée « d'un ensemble d'usages et de règles de conduite informelles élaborées et appliquées par les utilisateurs du commerce électronique »[235]. Elle constitue l'un des exemples les plus connus de ces normativités « alternatives » qui se développeraient en opposition aux normes étatiques établies – une conséquence de la prétendue spécificité du cyberespace[236]. Nous examinerons dans les pages qui suivent comment ces normativités alternatives se transposent dans la méthodologie du droit international privé.

2.1.2 Transposition de l'approche matérielle en droit international privé

Transposée en droit international privé, toute forme de normativité alternative développée *pour* le cyberespace – d'où qu'elle provienne – évoque en fait la méthodologie des règles matérielles du droit international privé[237], que certains ont appelé « substantivisme »[238], et qui prétend se substituer à la méthodologie conflictuelle.

Plus précisément, une règle matérielle est une règle « de fond d'origine législative ou jurisprudentielle, qui vis[e] à régir des questions propres aux situations internationales »

---

[233] Guillemard, *supra* note 12 à la p 367.

[234] Kablan et Oulaï, *supra* note 209 à la p 24. Voir aussi Leon E Trakman, « From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law » (2003) 53:3 UTLJ 271; Burnstein, *supra* note 136 aux pp 108-110. Cette *lex electronica* ne soit pas être confondue avec la *lex informatica*, ou le code, qui est plutôt une forme de régulation par la technique. Voir Kablan et Oulaï, *supra* note 209 aux pp 21-24; Joel R Reidenberg, « La régulation d'internet par la technique et la Lex Informatica », dans Marie-Anne Frison-Roche, dir, *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz, 2005, 81; Joel R Reidenberg, « Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules Through Technology » (1998) 76:3 Tex L Rev 553, et les travaux du professeur Lawrence Lessig cités à la note 216. Cette régulation par la technique est une considération qui se présente en arrière-plan du débat sur la compétence des États à gouverner le cyberespace : Kohl, *supra* note 29 aux pp 30-32.

[235] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 363, n 544.2, citant Seffar et Benyekhlef, *supra* note 7 à la p 364. Voir aussi Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 61. Pour un examen détaillé de la *lex electronica* en matière contractuelle, voir l'importante étude de Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

[236] Hardy proposait quant à lui que les normes étatiques ne soient appliquées qu'en cas d'effets indésirables d'une activité sur les tiers. Dans tout autre cas, il serait présumé que la solution la plus adéquate est la décentralisation totale, c'est-à-dire « ne rien faire » et laisser la norme s'auto-générer. Hardy, *supra* note 216 aux pp 1054-55.

[237] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 62.

[238] Voir par ex Bernard Audit, « Le droit international privé français à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? » dans Symeonides, *supra* note 3, 191 aux pp 216-19, no 33-35 [Audit].

et « spécifiquement formulé[e] pour répondre à des questions précises qui se posent dans le cadre de situations internationales et que le législateur, ou le juge national, veut faire régir par la *lex fori* »[239]. Autrement dit, de telles règles matérielles ne désignent pas une loi étatique, mais règlent directement le litige international sur le fond[240].

Pour certains, l'utilité des règles matérielles en droit international privé est de pallier le manque de stabilité causée l'application de lois essentiellement internes à des relations juridiques purement internationales. « Le droit international privé classique est impuissant à modifier ce constat dès lors que la règle de conflit de lois conduit à l'application de la loi d'un État, qui ne prend pas en compte la spécificité des relations internationales »[241]. C'est pourquoi l'on a parfois[242] vu dans le commerce électronique une opportunité pour adopter ou faire avancer des règles matérielles internationales telles que celles contenues dans la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*[243].

Sous une forme définie comme la « possibilité pour le juge confronté à un conflit de lois de façonner pour la solution du litige au fond une règle *ad hoc* à partir des lois en présence »[244], le substantivisme a connu une forte résonance dans la doctrine américaine[245]. Cependant, cette forme de substantivisme ne fait pas l'unanimité. En France, par exemple, « le substantivisme [sous cette forme] n'a jamais été pratiqué ni même défendu »[246]. Il émerge cependant de deux autres sources, c'est-à-dire des conventions internationales et des pratiques des acteurs par le biais d'une *lex mercatoria*

---

[239] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 223, no 384. Voir aussi Castel et Walker, *supra supra* note 82, ch 1, no 1.11.
[240] *Ibid* à la p 223, n 385; Audit, *supra* note 238 aux pp 216-17, no 33; Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 112, no 53.
[241] Éric Loquin, « Règles matérielles du commerce international et droit économique » (2010) 24 RID écon 1 à la p 17.
[242] Voir notamment Stéphane Senacq, « La vente internationale et le commerce électronique » (2000) 3-4 IBLJ 489 à la p 490.
[243] *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1988) [*Convention de Vienne de 1980*]. La *Convention de Vienne de 1980* est sans doute l'exemple le plus connu de règles matérielles issues de la communauté internationale.
[244] Audit, *supra* note 238 aux pp 216-17, no 33.
[245] Voir par ex Friedrich K Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2005.
[246] Audit, *supra* note 238 à la p 217, no 33.

ou d'une *lex electronica*, par exemple[247]. Il s'agit là des formes les plus développées de substantivisme à ce jour.

Dans le contexte qui nous occupe, la prémisse de la méthodologie des règles matérielles est de remettre en question la validité même de la méthodologie conflictuelle en droit international privé en prônant la *délocalisation* des relations juridiques créées dans le cyberespace. Comme les professeurs Goldstein et Groffier l'expliquent,

> [l]'un des raisonnements menant à [l']application immédiate [des règles matérielles] passe par l'acceptation qu'elles concernent des situations *entièrement délocalisées*, sans aucune attache étatique, donc que « le conflit de lois n'existe pas, car, évoluant en dehors des ordres internes, elles n'engagent ni ne compromettent les intérêts réglés par les lois que chaque État se donne; il leur suffit à des règles spécialement élaborées en considération des données et des besoins du milieu international […] L'un des domaines où le débat risque de prendre de l'importance est celui des relations internationales naissant par le biais du réseau Internet. [italiques dans l'original].[248]

Dans la mesure où les frontières n'existeraient tout simplement pas dans le cyberespace, le cyberespace serait donc *complètement* incompatible avec la méthodologie conflictuelle en droit international privé[249]. Autrement dit,

> [l]a nouvelle économie interconnectée est libérée des barrières du temps et de l'espace, qui se sont trouvées énormément réduites, ce qui lui permet de fonctionner dans un cyberespace qui « est par définition soustrait à toute localisation ». Cette inadéquation entre le droit international privé et l'internet marchand est source d'instabilité et de confusion et appelle, de ce fait, à la recherche de moyens de régulation qui correspondraient à la réalité du phénomène.[250]

Comme les professeurs Seffar et Benyekhlef, certains croient non seulement que le cyberespace a le potentiel d'etre complètement délocalisé, mais aussi que, de fait, il est

---

[247] Symeonides, *supra* note 3 aux pp 18-20; Audit, *supra* note 238 aux pp 217-19, no 34-35.
[248] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 116, no 54, citant Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 2e éd, Paris, Sirey, 1992 à la p 365, no 12 (observations sous l'arrêt *Galakis*).
[249] Seffar et Benyekhlef, *supra* note 7 aux pp 363-64.
[250] *Ibid* à la p 364.

déjà sujet à une forme de régulation autonome sur certains aspects (comme en feraient foi l'exemple des noms de domaine et l'existence de la Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet) [251]. La transformation de cette régulation autonome ponctuelle en un véritable cadre juridique international, si elle paraît peu probable, resterait donc possible en théorie[252]. D'autres expriment quant à eux des doutes sur l'existence de relations cyberspatiales délocalisées : après tout, le cyberespace « implique quand même des parties représentées par des personnes physiques, qui ne vivent ni dans les grands fonds marins, ni dans les nuages »[253].

Quoi qu'il en soit, dans les faits, cette approche matérielle du cyberespace, qui requiert l'abolition de la vocation de la méthodologie conflictuelle à régir ce phénomène et la promulgation d'un droit spécifique issu soit des utilisateurs eux-mêmes, soit d'un ordre juridique international, ne semble pas s'être développée autrement que de façon ponctuelle, dans la doctrine certes, mais jamais réellement devant les tribunaux[254]. Nous croyons que cette résistance est causée par les faiblesses à la fois théoriques et pratiques

---

[251] Svantesson, « The Future of the Internet » *supra* note 135 à la p 358. Voir aussi Kohl, *supra* note 29 aux pp 258-77. Sur les noms de domaine, voir généralement Torsten Bettinger, dir, *Domain Name Law and Practice. An International Handbook*, Oxford (R-U); New-York, Oxford University Press, 2005. Voir aussi Paul Morissette, « Les dérives d'un droit satellite », en ligne : (2005) 10:2 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org>.

[252] *Ibid*. Voir généralement Kulesza, *supra* note 206.

[253] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 116, no 54; Houde, *supra* note 25 à la p 152. Un autre parlera de la délocalisation comme d'un argument falacieux : « [A]*lthough cyberspace may appear borderless, it is a fallacy to assert that internet activities do not take place in the physical world. The constituent elements of cyberspace, ie the human and corporate actors and the computing and communications equipment through which a transaction is effected, all have a real-world existence and are located in one or more physical world legal jurisdictions* ». Oren Bigos, « Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet » (2005) 54:3 Int'l & Comp LQ 585 à la p 590 [Bigos]. Cet argument rejoint ceux que l'on appelle les « non-exceptionnalistes », dont nous examinerons les théories plus loin : ci-dessous, pp 93 et s.

[254] Même aux États-Unis, où les appels doctrinaux en faveur d'une telle méthodologie ont été nombreux, l'enthousiasme judiciaire n'a pas été aux rendez-vous : Symeonides, *supra* note 3 aux pp 18-19. Pour la professeure Kohl, ceci est en partie dû au fait que les tribunaux ont tendance à rechercher la solution qui s'inscrit le mieux dans la continuité, plutôt qu'une solution théorique qui serait peut-être la meilleure, mais aurait pour effet rompre radicalement avec la continuité : Kohl, *supra* note 29 à la p 35 à la p 57. Pour Goldsmith, cela s'expliquerait par la montée du positivisme qui a empêché les tribunaux de recourir à des solutions normatives uniformes telles que la *lex mercatoria*. Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 à la p 1207. Pour Symeonides, il est impossible que les tribunaux issus d'ordres juridiques où le droit international privé est codifié puissent si ouvertement « créer » une règle matérielle : Symeonides, *supra* note 3 à la p 18. Partant, l'approche matérielle aurait « peu de chances de survivre » [notre traduction] : *ibid*. Comme le professeur Symeonides le laisse entendre toutefois, il ne s'agit pas d'en déduire la mort de l'approche matérielle, mais plutôt sa réincarnation dans les sources que nous avons déjà évoquées, à savoir les conventions (de Vienne, par exemple) et pratiques internationales (*lex mercatoria*, par exemple) internationales : *ibid* aux pp 19-20.

inhérentes à l'approche matérielle, et nous examinerons ce que nous considérons être ces faiblesses dans les pages qui suivent.

2.1.3 Critiques de l'approche matérielle

L'approche matérielle présente certaines lacunes, en ce que la vision d'un espace distinct et autonome est aujourd'hui dépassée et que le cyberespace est progressivement devenu un lieu régi par une pluralité de lois (« *every man's land* »), plutôt qu'un lieu à l'abri de celles-ci (« *no man's land* »)[255], une théorie que nous avons déjà évoquée plus haut[256] :

> Aujourd'hui, les réalités normatives ont rattrapé David Post et David Johnston [sic] qui, rappelons-le, prétendaient faire du cyberespace un ordre juridique distinct des ordres juridiques étatiques. Rattraper au sens où les timidités des États ont cédé le pas à une plus grande intervention dans les affaires du cyberespace.[257]

Comme il est invraisemblable de considérer le cyberespace comme un monde parallèle coupé du monde terrestre, la pure délocalisation à la base de l'approche matérielle en droit international privé est donc particulièrement ardue à envisager. De plus, même si celle-ci était possible, il serait permis de douter de l'indépendance réelle de l'approche matérielle par rapport à la méthodologie conflictuelle classique du droit international privé. Autrement dit, il se pourrait que cette dernière demeure essentielle malgré tout. Expliquons-nous.

Les professeurs Goldstein et Groffier soulignent avec raison que l'existence d'une règle matérielle afin de convenir spécifiquement aux situations internationales ne signifie pas pour autant que l'ordre juridique d'où émane une telle règle a compétence pour

---

[255] Kohl, *supra* note 34 aux pp 11-12, 51. C'est aussi, rappelons-le, la thèse des professeurs Goldsmith et Wu, *supra* note 142.
[256] Ci-dessus, pp 48-49.
[257] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 108; Kohl, *supra* note 34 aux pp 11-12. C'est aussi l'une des deux formes de fragmentation de l'internet que constate le professeur Thomas Schultz : « [O]*ne can also discern evolutions that herald a return to some degree of nationalism, understood in the sense of a greater assertion of state power and a greater control over national territories as far as information flows are concerned* ». Schultz, *supra* note 35 à la p 801.

l'appliquer à la situation en question[258]. Autrement dit, « on ne saurait résoudre un conflit de lois autrement que par l'utilisation d'une règle de conflit, même réduite à sa plus simple expression »[259]. À l'appui d'une telle proposition, l'on cite souvent l'article 1 de la *Convention de Vienne de 1980* qui énonce comme condition de son application que le système juridique des parties au contrat de vente doit être un État contractant ou que « les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant »[260] [nos soulignements]. La règle matérielle dépend ici de la mise en œuvre préalable d'une règle de conflit classique dans la mesure où les parties au contrat de vente ne sont pas issues d'États contractants.

Nous sommes d'accord avec la position des professeurs Goldstein et Groffier. Même si une relation internationale est par hypothèse purement délocalisée, cela ne confère pas pour autant la compétence nécessaire à *un seul* ordre juridique donné pour promulguer des règles matérielles uniques qui tiennent compte de cette spécificité internationale. L'application des règles matérielles est en somme minée par la contradiction, relevée par les professeurs Goldstein et Groffier, « entre la reconnaissance d'une délocalisation totale de la situation et sa réinsertion dans un ordre juridique étatique »[261]. Autrement dit, abdiquer la désignation préalable d'un ordre juridique *compétent* signifie que *tous* les ordres juridiques auraient vocation d'édicter des normes matérielles applicables au cyberespace. Le résultat net serait non pas la solution matérielle unique tant espérée, mais plutôt un « supercumul »[262] d'une nature semblable à la surenchère juridique à laquelle nous assistons déjà à l'égard du cyberespace.

Nous sommes plutôt d'avis que les « les conflits de lois naissent du trop plein, non du vide juridique »[263], et que « tant qu'il existera des divergences entre les systèmes juridiques étatiques, on ne pourra faire l'économie ni des règles de conflits de juridictions

---

[258] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 116, no 113.
[259] Emanuelli, *supra* note 7 à la p 225, n 387, citant Paul Mayer, *Droit international privé*, 3e éd, Paris, Montchrestien, 1987, no 18 et ss.
[260] *Convention de Vienne de 1980*, *supra* note 243, art 1. Voir à ce sujet Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 115, no 54.
[261] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 118, no 54.
[262] *Ibid*.
[263] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 56

ni des règles de conflits de loi »[264]. Conséquemment, l'on voit bien que l'« *every man's land* » que constitue le cyberespace ne mène pas forcément à l'approche matérielle : elle peut aussi accroître le besoin de règles de conflits permettant de naviguer à travers cette multitude de normes en conciliant les intérêts étatiques en cause[265]. Comme le professeur Svantesson l'écrit,

> *It is argued that the Internet more accurately should be seen as a common thing, rather than a "thing of no one"; thus, states have a common obligation to regulate it, while at the same time observing the interests of other states and the overall common interest of a healthy development of Internet technologies. If this is accepted, large parts of Johnson and Post's ideas carry mainly theoretical value.*[266]

Dans la mesure où il est question d'une règle matérielle ayant pour origine la communauté internationale, l'on recoupe ici les critiques les plus fondamentales de l'existence et surtout de l'autosuffisance d'un droit international qui prétend édicter des normes sans les associer à un ordre étatique capable de les appliquer, les rendant essentiellement sans valeur pour les acteurs privés.

Certes, l'abandon d'une vision « romantique »[267] du cyberespace délocalisé, façon Johnson et Post, n'a pas empêché certains juristes de plaider en faveur d'une approche matérielle « 2.0 » plus réaliste, qui reconnaîtrait aux États un certain rôle dans la gouvernance du cyberespace tout en niant que le droit international privé soit la solution appropriée aux éventuels conflits de lois et de compétence[268] (une version qui s'appuie

---

[264] *Ibid* à la p 57.
[265] Sur les objectifs du droit international privé, voir généralement Hessel E Yntema, « The Objectives of Private International Law » (1957) 35:6 R du B can 721 [Yntema, « The Objectives of PIL »].
[266] Svantesson, « The Future of the Internet » *supra* note 135 à la p 362. Voir aussi Kohl, *supra* note 34 aux pp 11-12. Le professeur Svantesson est allé jusqu'à ironiquement dédicacer la deuxième édition de son ouvrage de la façon suivante : « *In Loving Memory of the Borderless, and Location-independent, Internet* ». Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p v.
[267] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 116, n 54.
[268] Geist, « Cyber Law 2.0 », *supra* note 169; Benyekhlef, « Conflits de juridictions », *supra* note 40 aux pp 140-41, no 2-4. Le rejet du rôle de l'État dans la gouvernance du cyberespace était en effet le principal problème du discours des années 1990 tel que symbolisé par Johnson et Post : Kohl, *supra* note 34 à la p 11. Oscillant vers davantage de réalisme, certains ont donc voulu démontrer le bien-fondé d'une approche matérielle en soutenant plutôt qu'on « ne peut se baser uniquement sur les règles de droit international privé pour résoudre les problèmes qui peuvent découler [du cyberespace] » [soulignements ajoutés]: Houde, *supra* note 25 à la p 152.

moins sur l'absence de fondement à la souveraineté étatique que sur l'efficacité ou le pragmatisme dans la résolution des conflits[269]). Cependant, l'approche matérielle en sort néanmoins affaiblie car elle perd le caractère universel qu'elle met elle-même de l'avant : en effet, si une normativité alternative se traduisant par des règles matérielles est la seule solution envisageable pour réguler un univers parallèle sur lequel les États n'ont aucune emprise, elle ne l'est pas lorsqu'il s'agit de réguler un univers sur lequel les États ont une emprise concurrente – le droit international privé classique peut y pourvoir[270]. Non seulement la discipline permet-elle de déterminer quels États ont un intérêt réel à imposer leur loi nationale ou la compétence de leurs tribunaux à une situation juridique qui concerne le cyberespace – fonction répartitrice des souverainetés – , mais elle permet aussi de satisfaire les attentes légitimes des parties par l'application du principe de proximité – fonction régulatrice des intérêts privés –[271]. L'efficacité de ces fonctions semble d'ailleurs toujours reconnue, puisqu'en dépit des prétentions des partisans de l'approche matérielle, le droit international privé continue d'avoir une incidence dans la résolution des litiges privés qui concernent le cyberespace (comme nous le verrons au troisième chapitre[272]), les tribunaux n'ayant jamais réellement accepté les propositions suggérant l'inhabileté du droit étatique à régir de telles situations[273]. L'intégration croissante du cyberespace aux activités quotidiennes rend l'approche matérielle encore plus anachronique[274]. Cette absorption des nouvelles technologies de communication, au même titre que le téléphone avant elles, rend donc hasardeux de maintenir cette position fondée sur une spécificité que les utilisateurs eux-mêmes ne reconnaissent pas et qui est

[269] Voir par ex Houde, *supra* note 25; Benyekhlef, « Conflits de juridictions », *supra* note 40.
[270] C'est aussi la conclusion du professeur Castel, « Internet », *supra* note 49 à la p 66.
[271] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 69. Sur la fonction régulatrice du droit international privé dans le commerce électronique, voir Sophie Stalla-Bourdillon, « Re-allocating Horizontal and Vertical Powers in the Electronic Marketplace : What to do with Private International Law » dans Fabrizio Cafaggi et Horatia Muir Watt, dir, *The Regulatory Function of European Private Law*, Northampton (Mass), Edward Elgar, 2009, 290.
[272] Ci-dessous, pp 109 et s. Pour une recension des décisions canadiennes les plus significatives à ce chapitre, voir aussi Slane, *supra* note 6.
[273] Kohl, *supra* note 29 à la p 35. « *This argument* [celui de Johnson et Post] – *based on the logical consequences of applying existing territorially based rules to websites which are accessible everywhere – is so compelling that it is hard to see how anyone could refuse to follow it. Yet, judges have done precisely that – even though they routinely accepted the initial premise that online presence alone would give every State regulatory competence and that this is not condonable* ». Kohl, *supra* note 29 à la p 48.
[274] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 3. « L'explosion d'Internet vers toutes les sphères d'activité et les couches de la société a rendu cette approche [matérielle], nous semble-t-il, obsolète ». Houde, *supra* note 25 aux pp 7-8.

donc difficilement vérifiable en pratique. Le cas échéant, cette démonstration renverrait systématiquement à une définition purement technique du cyberespace, contre laquelle nous avons déjà mis en garde le lecteur[275].

Il faut reconnaître toutefois que les règles matérielles peuvent être satisfaisantes dans des situations « ponctuelles »[276], comme l'écrivent les professeurs Goldstein et Groffier. Aujourd'hui, d'ailleurs, il est reconnu que les différentes méthodes du droit international privé – règles matérielles et conflictuelles, de même que lois d'application immédiate – coexistent de façon harmonieuse. Bien coordonnées, elles génèrent un bien meilleur système que pourrait le faire une seule d'entre elles : « *eclectism and pluralism, therefore, are no longer to be avoided* »[277], dans le cyberespace comme ailleurs. Cependant, nous savons aussi que les tenants d'une approche matérielle du cyberespace vont plus loin que cette cohabitation des méthodes : ils ne plaident pas en faveur d'une application ponctuelle, mais plutôt d'une application *systématique* de ces règles à toute relation survenant dans le cyberespace – approche qui ferait instantanément tomber en désuétude toutes les règles de droit international privé classique, qui ne sont plus utiles si les frontières et les différences entre systèmes juridiques sont ainsi aplanies. Cette application systématique de règles matérielles aurait pu être envisageable si la délocalisation des relations cyberspatiales était incontestable, si la méthodologie propre aux règles matérielles était adéquatement définie et si son indépendance face à la méthodologie conflictuelle – c'est-à-dire l'inutilité de la désignation de la loi applicable en contexte purement international – était prouvée. Or, nous l'avons vu, ces questions sont loin d'avoir été résolues de façon satisfaisante. Il s'agit selon nous d'une avenue incertaine[278], en grande partie responsable de la valse-hésitation du droit international privé à l'égard du cyberespace. Cette avenue devrait donc être définitivement écartée, d'autant plus qu'il est fort peu probable que les États abandonnent complètement le pouvoir qu'ils sont parvenus à exercer sur le cyberespace au profit d'un ordre juridique autonome, qu'il soit

[275] Ci-dessus, pp 25-26.
[276] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 121, no 54.
[277] Symeonides, *supra* note 3 à la p 21. Voir aussi Henri Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » (1973) 139 Rec des Cours 75 à la p 106, selon qui le pluralisme est une tendance dominante dans le droit international privé moderne.
[278] Goldstein et Groffier constatent eux aussi cette incertitude. Goldstein et Groffier, supra note 38 à la p 121, no 54.

de type « *downward* » ou « *upward* »[279]. Autrement dit, le chemin est à sens unique et une fois la compétence étatique établie ou acceptée, mieux vaut faire appel aux mécanismes du droit international privé pour arbitrer la superposition des normes internes ainsi produites.

Nous avons jusqu'ici exposé l'approche matérielle qui nie que le droit international privé classique ait un rôle significatif à jouer dans la régulation des activités des protagonistes du cyberespace. Nous avons décrit ses origines et sa transposition en droit international privé, de même que les critiques dont elle peut faire l'objet, particulièrement quant à son indépendance de la méthodologie conflictuelle. Plus généralement, nous avons cerné le type de normativité vers lequel tend une telle approche, c'est-à-dire une normativité qui émane des utilisateurs ou de la communauté internationale, mais pas des ordres normatifs nationaux.

Nous nous attarderons maintenant à la seconde approche proposée à l'égard du cyberespace, soit celle de l'*adaptation* des règles de conflits classiques.

2.2 Approche adaptative : adaptation des règles de conflits classiques

L'approche matérielle, nous l'avons vu, remet en question la vocation de la méthodologie conflictuelle à gouverner les rapports privés internationaux dans le cyberespace. Cette remise en question se traduit par une normativité alternative qui écarterait définitivement la règle de conflit en prenant appui sur la spécificité du cyberespace. Or, cette spécificité est aussi invoquée par les tenants de la seconde approche, qui, afin d'en tenir compte, prônent plutôt une adaptation des règles de conflit classiques (approche *adaptative*). Nous examinerons dans les pages qui suivent les fondements de cette approche (2.2.1). Nous analyserons par la suite une des manifestations les plus connues de cette approche, soit le test *Zippo* (2.2.2).

[279] Svantesson, « The Future of the Internet » *supra* note 135 aux pp 361-62; Oliver Draf, *Selected Issues of Private International Law and of Contracts on the Internet*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 1999 [non publié] à la p 8.

2.2.1 Fondements de l'approche adaptative

D'emblée, il semble que certains auteurs semblent militer en faveur d'une approche adaptative par dépit des échecs de l'approche matérielle plutôt que par réelle conviction :

> *Putting the* […] *discussion under the heading of 'solution' is misleading, in that it seems to promise more than could possibly be delivered. There can be no real solid solutions to the transnational Internet within the parameters of national law. Such real solutions lie outside the national law-framework* […] [s]*o it would be more appropriate to refer to these solutions as necessary repair works*.[280]

Les tenants de l'approche adaptative souhaitent déterminer comment mettre en œuvre les règles de conflits établies de façon à ce que le résultat obtenu corresponde à la nature unique du cyberespace. En somme, « qui dit adaptation ne dit pas révolution »[281]. D'emblée, donc, ils reconnaissent que le droit international privé doit régir ces situations particulières ainsi que toutes les autres :

> *Despite concerns regarding the continued role and utility of international private law vis-à-vis electronic commerce, it is submitted that regardless of how parties in different jurisdictions communicate with each another, international private law rules must continue to determine which jurisdiction will hear a cross-border dispute.*[282]

Contrairement à la première approche, essentiellement doctrinale, celle-ci trouve ses appuis à la fois dans la doctrine et dans les décisions rendues dans des litiges qui concernent le cyberespace et le droit international privé. Il s'agit de l'approche la plus répandue. Elle se fonde dans une large mesure sur les tribunaux pour modeler des règles de conflits adaptées à la réalité du cyberespace, en modifiant ou en bonifiant les règles existantes : « *reform and development of the law of jurisdiction in cases of electronic*

---

[280] Kohl, *supra* note 29 à la p 24.
[281] Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 64.
[282] Gillies, « Cyberspace Fallacy », *supra* note 145 à la p 244. « *A special or completely separate set of rules are not as inherently necessary since elctronic commerce is simply another, more sophisticated and faster means of cross-border communication* ». Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 à la p 4. Voir aussi Raymond Picard, « Problèmes de juridiction dans le cyberespace » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 1 à la p 5.

commerce should be left to the courts, which are certainly capable of solving the problems raised by this new method of communication »[283]. Ici, les appels au pouvoir législatif sont moins pressants. Cela s'explique aisément : il est plus vraisemblable qu'un appel au pouvoir législatif se fasse en faveur d'une règle bien spécifique, règle qui a plus à voir avec l'approche matérielle déjà exposée qu'avec l'approche adaptative que nous exposerons ci-bas et qui peut plus facilement devenir l'apanage du pouvoir judiciaire.

L'adaptation dont il est question vise surtout à repousser les effets indésirables de l'*extension* des mécanismes de rattachements existants. L'on assiste donc à un changement dans le discours : il n'est pas question de la présence ou non de frontières séparant le cyberespace du reste du monde (la prémisse de l'approche matérielle de Johnson et Post), mais plutôt de la large portée du cyberespace, mode de communication mondial susceptible de rejoindre simultanément des individus aux quatre coins du monde[284]. Ce changement de discours se traduit par des arguments d'une teneur différente. Les tenants de l'approche adaptative ne nient pas la possibilité de règles de conflits adéquates, mais soutiennent que les assises juridictionnelles existantes seraient indument élargies par l'avènement du cyberespace et seraient devenues inadéquates dans leur application :

> [T]*he application of existing conflict of laws rules to Internet fact-scenarios cannot be described as the mere application of established rules or principles. Instead it must be acknowledged that, due to the social, economical and technical peculiarities if Internet technology, any such application, in fact, constitutes an expansion of the scope of the pre-existing rule or principle.*

Pour justifier le bien-fondé d'une approche fondée sur la nécessité de pourvoir à l'élargissement des facteurs de rattachements classiques, le problème de la diffamation internationale est souvent évoqué[285]. Celui-ci est généralement reconnu comme étant le

---

[283] Fawcett, Harris et Bridge, *supra* note 44 à la p 597, no 10.258.

[284] Par ex : « *the Internet is a communication medium that lacks historical parallel in the potential extent of its reach* ». *Humphrey v Granite Resorts inc*, 448 NW (2d) 715 (App Ct Minn). Voir aussi Trudel et al, *supra* note 60 à la p 4-40 (ce que les auteurs appellent « l'interprétation extensive de la juridiction »).

[285] « *Clearly, the law of defamation represents the perfect lens through which to examine the adequacy of traditional choice-of-law regimes in cyberspace* ». Philip Adam Davis, « The Defamation of Choice-of-

plus difficile des problèmes posés par le cyberespace en droit international privé[286], puisque le cyberespace rendrait les discours diffamatoires accessibles de partout ou presque, avec comme conséquence que les assises juridictionnelles deviendraient elles aussi mondiales, ce qui est clairement inapproprié sur le plan de la détermination de la compétence[287], en plus de générer d'importants chocs culturels sur le plan de la liberté d'expression (un concept tributaire de valeurs sociales et politiques)[288]. À ce sujet, l'exemple le plus connu est probablement l'affaire *Dow Jones & Company inc v Gutnick*[289], où la Haute cour australienne s'était déclarée compétente et avait appliqué la loi australienne à la requête d'un homme d'affaires australien qui prétendait que la société américaine Dow Jones avait publié des énoncés diffamatoires sur son site Web hébergé sur un serveur américain. La Cour écrit :

> *If people wish to do business in, or indeed travel to, or live in, or utilize the infrastructure of different countries, they can hardly expect to be absolved from compliance with the laws of those countries. The fact that publication might occur everywhere does not mean that it occurs nowhere.*[290]

Pour le juge Callinan, l'« ubiquité » du cyberespace ne justifiait pas de relever les multinationales de l'obligation de respecter les lois de tous les États dans lesquels ils faisaient des affaires[291].

Law in Cyberspace : Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier », Note, (2002) 54:2 Fed Comm LJ 339 à la p 341, tel que cité dans Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 16 à la p 12.

[286] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 16 aux pp 57-61; Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 66; Hardy, *supra* note 216 aux pp 1002 et s. Il s'agirait aussi du cas le plus fréquent de responsabilité extracontractuelle dans le cyberespace : Swire, *supra* note 36 à la p 1996.

[287] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 16 à la p 57; Bigos, *supra* note 253 à la p 613. Certains auteurs, le professeur Paul Schiff Berman en tête, en ont tiré des conclusions qui militent en faveur d'une approche « pluraliste et cosmopolite » du droit international privé. Nous y reviendrons au troisième chapitre, aux pp 109 et s, ci-dessous.

[288] Little, *supra* note 57 aux pp 15-23.

[289] *Dow Jones & Company inc v Gutnick* (2002), 210 CLR 575 (HCA) [*Gutnick*]. Sur l'importance de cette décision, voir notamment Goldsmith et Wu, *supra* note 188 aux pp 147-61.

[290] *Ibid* au para 186, juge Callinan.

[291] *Ibid*. « *Some brands of motor are ubiquitous but their manufacturers, if they wish to sell them in different jurisdictions, must comply with the laws and standards of those jurisdictions. There is nothing unique about multinational business* », tel que cité dans Kohl, *supra* note 29 à la p 39.

Nombreux sont les auteurs qui ont souligné qu'un tel jugement a pour effet d'étendre la compétence des États sur le cyberespace à tout litige impliquant un de leurs résidents qui y subissait un dommage, en dépit de la présence ou de l'absence de liens de proximité additionnels[292]. Pour eux, l'arrêt *Gutnick*[293] serait un exemple qui démontrerait par l'absurde la nécessité d'adapter les règles de conflits classiques au cyberespace, plutôt que de les étendre intégralement et sans discernement au problème de la diffamation en ligne[294].

Pour exposer les tenants et aboutissants de l'approche adaptative et pouvoir la critiquer adéquatement, nous devons donc présenter un cas où la règle de conflit fut *effectivement* adaptée pour tenir compte de la spécificité alléguée du cyberespace, ce qui n'est pas réellement le cas de l'affaire *Gutnick*. À cette fin, nous avons choisi l'exemple du test *Zippo*[295] qui détermine la compétence d'un tribunal américain sur les sites Web accessibles sur son territoire. Il est vrai que ce test jurisprudentiel n'est pas le seul à prétendre désigner adéquatement la loi applicable ou le tribunal compétent dans le cyberespace. Il est donc loin d'être universel, en plus d'être sévèrement contesté[296]. Néanmoins, le test *Zippo* a déjà été utilisé en doctrine comme source d'un argument théorique plus général[297] : « Zippo *and its progeny raise the question of to what extent the law should customize doctrine to address the practical changes created by technological advances* »[298]. Voyons ce qu'il en est.

---

[292] Certains y ont vu une atteinte inacceptable à la liberté d'expression dans le cyberespace. Voir par ex Nathan W Garnett, « Dow Jones & Co v Gutnick : Will Australia's Long Jurisdictional Reach Chill Internet Speech World-Wide ? », Commentaire, (2004) 13:1 Pac Rim L & Pol'y J 61; Matt Collins, « Defamation and Internet after *Dow Jones & Company inc v Gutnick* » (2003) 8:3 Media & Arts Law Review 165. Contra Goldsmith et Wu, *supra* note 142 à la p 157. Pour un compte-rendu qui bénéficie du recul du temps passé depuis l'arrêt *Gutnick*, voir David Rolph, « Publication, Innocent Dissemination and the Internet after *Dow Jones & Co Inc v Gutnick* » (2008) 33:2 UNSWLJ 562.

[293] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 57-60.

[294] Pour certains auteurs, l'arrêt *Gutnick* est aussi symptomatique de l'unilatéralisme qui teinte trop souvent l'analyse du droit applicable par les tribunaux saisis de litiges relativement au cyberespace : Little, *supra* note 57 à la p 12. Nous avons traité de cet unilatéralisme ci-dessus, pp 22-23.

[295] *Zippo Mfg Co v Zippo Dot Com Inc*, 952 F Supp 1119 (D Pa 1997) [*Zippo* ou test *Zippo*].

[296] Voir surtout Geist, « There There », *supra* note 54. Voir aussi Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 167.

[297] Kohl, *supra* note 29 aux pp 74-87. Voir aussi Houde, *supra* note 25 aux pp 60-79; Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 aux pp 181-208. Gillies y consacre d'ailleurs un chapitre complet.

[298] Catherine Ross Dunham, « Zippo-ing the Wrong Way : How the Internet Has Misdirected the Federal Courts in Their Personal Jurisdiction Analysis » (2009) 43:3 USF L Rev 559 aux pp 559-60 [Dunham].

2.2.2 Le test *Zippo*, un exemple d'adaptation des règles de conflits

Le test *Zippo* détermine la compétence d'un tribunal selon une classification « active / passive ». Nous commencerons en examinant la teneur du test *Zippo* et sa mise en œuvre en droit canadien (2.2.2.1). Nous analyserons par la suite la relation qu'entretient le test *Zippo* avec les normes existantes afin de déterminer plus largement en quoi l'approche adaptative perçoit les règles de conflits classiques comme étant insuffisantes dans le cyberespace, mais néanmoins propices à une adaptation dont les détails sont principalement laissés aux tribunaux chargés d'appliquer ces règles de conflits (2.2.2.2). Nous traiterons ensuite de ses principales critiques selon lesquelles les constructions juridiques qui en résultent sont rapidement désuètes ou sont appliquées de façon non uniforme par les tribunaux (2.2.2.3).

2.2.2.1 Teneur du test *Zippo* et mise en œuvre en droit canadien

Dans l'affaire *Zippo*, la demanderesse Zippo Manufacturing, société ayant une place d'affaires en Pennsylvanie, poursuivait devant un tribunal de Pennsylvanie Zippo Dot Com, qui offrait un service USENET[299] par l'entremise d'un site Web. Les bureaux, les employés et les serveurs de Zippo Dot Com se situaient en Californie. La demanderesse invoquait des violations à son droit d'auteur en raison de l'utilisation du mot « Zippo » par Zippo Dot Com. D'emblée, Zippo Dot Com s'opposa à la compétence du tribunal pennsylvanien en prétendant qu'il n'existait pas de contacts suffisants entre Zippo Dot Com et la Pennsylvanie, un État qui comptait 2% des abonnées au service de Zippo Dot Com. Le site Web était évidemment accessible aux résidents de Pennsylvanie comme aux autres[300].

L'affaire concerne la « compétence personnelle spécifique » (*specific personal jurisdiction*) en droit international privé américain. Une brève parenthèse s'impose. Les tribunaux américains peuvent exercer de deux façons leur juridiction personnelle sur un

[299] Un lecteur de nouvelles dans lequel les utilisateurs peuvent envoyer des messages publics un peu à la manière d'un forum de discussion. Google Groups en est un bon exemple. Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8 aux pp 548-49; Graham JH Smith, *Internet Law and Regulation*, 4e éd, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 2007 à la p 4, no 1-005.
[300] *Zippo*, *supra* note 295 à la p 1121.

défendeur situé à l'étranger : généralement ou spécifiquement (*specific jurisdiction* ou *general jurisdiction*)[301]. La compétence personnelle générale réfère au pouvoir du tribunal d'entendre toute cause impliquant un défendeur qui possède des liens « permanents » avec l'État en question, peu importe si les activités du défendeur visées par l'action concernent cet État[302]. La compétence spécifique réfère plutôt au pouvoir du tribunal d'entendre une cause impliquant un défendeur qui ne possède pas de liens permanents avec l'État en question, dans la mesure où la cause d'action elle-même possède un lien de proximité avec cet État[303]. Par ailleurs, toute règle de juridiction générale ou spécifique – qu'elle soit d'origine législative ou jurisprudentielle – doit satisfaire au critère constitutionnel des « contacts minimaux » (« *minimum contacts* ») exigé par le quatorzième amendement de la Constitution américaine (application régulière de la loi, ou « *due process* »)[304]. Ce test classique fut promulgué en 1945 par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *International Shoe*[305]. Ainsi, l'exigence constitutionnelle de l'application régulière de la loi est satisfaite si la compétence personnelle est exercée à l'égard d'une personne morale défenderesse non résidente qui possède des liens minimaux avec l'État en question, de telle sorte que l'impartialité et la justice sont respectées[306].

---

[301] La compétence personnelle (*in personam*) est celle ayant attiré le plus d'attention dans le débat sur le cyberespace. La compétence *in rem* (compétence sur un bien plutôt qu'une personne) est moins concernée : Rice, *supra* note 138 à la p 588.

[302] Pour un exposé introductif qui se veut intentionnellement succinct, voir Talpis, *supra* note 27 aux pp 72-74. Voir aussi Rice, *supra* note 138 aux pp 588-591. Sur le droit international privé américain, voir généralement Symeon C Symeonides, *American Private International Law*, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2008.

[303] Talpis, *supra* note 27 à la p 74.

[304] *Ibid* aux pp 76-82. US Const amend XIV, § 1. Le quatorzième amendement impose aussi des limitations en matière de conflits de lois : voir par ex *Allstate Insurance Co v Hague*, 449 US 302 (US 1981). La comparaison des textes constitutionnels canadiens et américains est ardue en droit international privé. Il est vrai que, comme le professeur Talpis le souligne, les deux textes imposent des contraintes aux provinces et aux États dans l'application extraterritoriale de leurs lois et dans l'exercice de la compétence de leurs tribunaux : Lussier, *supra* note 31 à la p 433; Talpis, *supra* note 27 aux pp 19-20 et 76-86. Il est aussi vrai que le critère du lien réel et substantiel « ressemble beaucoup » à la règle américaine des contacts minimaux : Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 45, no 22. Les comparaisons sont cependant boiteuses vu l'absence d'équivalent exact du quatorzième amendement dans la *Constitution canadienne*. L'on doit donc se méfier de ces analogies : *Unifund Assurance Co c Insurance Corp of British Columbia*, 2003 CSC 40 aux para 73-74, [2003] 2 RCS 63, juge Binnie; Castel et Walker, *supra* note 82, ch 2, no 2.1. Pour une analyse comparée des aspects constitutionnels du droit international privé au Canada et aux États-Unis, voir Michael Terry Hertz, « The Constitution and the Conflict of Laws : Approaches in Canadian and American Law » (1977) 27:1 UTLJ 1.

[305] *International Shoe Co v Washington*, 326 US 310 (US 1945) [*International Shoe*].

[306] *Ibid* à la p 315; *Amchem Products Incorporated c Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 RCS 897, [1993] ACS no 34 au para 60 (QL) [*Amchem Products*]. Le test a évidemment été raffiné avec le temps. Pour une rétrospective à l'occasion du cinquantième anniversaire de cet arrêt, voir

Pour juger de l'argument de Zippo Dot Com à l'égard de la compétence personnelle spécifique, le tribunal évoque en premier lieu le critère constitutionnel de l'arrêt *International Shoe*. La Cour suprême des États-Unis avait déjà affirmé, en 1958, que cet arrêt *International Shoe* constituait en fait un assouplissement des principes antérieurs établissant la compétence – assouplissement jugé nécessaire pour suivre le « progrès technologique » ayant provoqué une augmentation des flux commerciaux interétatiques[307]. La Cour de district de Pennsylvanie reprend ces propos pour son compte dans le contexte du cyberespace[308] : elle aborde le « super-réseau global » qu'est l'internet comme un outil révolutionnaire qui, selon ses dires, permet de faire des affaires partout dans le monde à partir de son propre bureau[309] et qui remet donc en question la mise en œuvre traditionnelle des principes de la compétence personnelle spécifique[310]. De ce constat, le tribunal développe un test fondé sur l'activité commerciale menée sur l'internet, plutôt que sur la simple utilisation du site Web comme c'était le cas auparavant[311].

Le test *Zippo* distingue les sites Web sur lesquels le tribunal peut exercer sa compétence spécifique selon leur degré d'interactivité à l'égard des utilisateurs, degré réparti sur un spectre que l'on a appelé le « *sliding scale test* ». Ainsi, les sites Web « actifs » justifient une déclaration de compétence alors que les sites Web « passifs » ne le justifient pas. Les cas incertains – un site Web qui n'est ni purement passif, ni purement actif – sont soumis à l'examen du tribunal, qui se fonde sur l'interactivité et la nature des informations transmises par le biais du site :

« Symposium – Fifty Years of *International Shoe* : The Past and Future of Personal Jurisdiction », en ligne : (1995) 28:3 UC Davis L Rev 513 <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/28/3/index.html>.

[307] *Hanson v Denckla*, 357 US 235 aux pp 250-51 (US 1958) [*Hanson*]. Voir aussi Joseph J Kalo, « Jurisdiction as an Evolutionary Process : The Development of Quasi in Rem and in Personam Principles » (1978) 27:5 Duke LJ 1147 à la p 1185 [Kalo]; Austin W Scott, « Hanson v. Denckla », Commentaire, (1959) 72:4 Harv L Rev 695 à la p 702 [Scott].

[308] *Zippo*, *supra* note 295 à la p 1123.

[309] *Ibid*. Sur les aspects commerciaux du cyberespace à ses débuts, voir Jennings, *supra* note 314 à la p 387.

[310] La question de l'applicabilité du test *Zippo* dans le cadre de la compétence *générale* des tribunaux américains est plus contestée. Voir généralement Jennings, *supra* note 314.

[311] Geist, « There There », *supra* note 54 à la p 1367; Castel, « Internet », *supra* note 49 aux pp 41-42. Pour élaborer ce test, le tribunal se fonde notamment sur *CompuServe inc v Patterson*, 89 F (3d) 1257 (6e cir, 1996).

> *At one end of the spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computer files over the Internet, personal jurisdiction is proper.* [notes omises] *At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an Internet Web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise personal jurisdiction.* [notes omises] *The middle ground is occupied by interactive Web sites where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise of jurisdiction is determined by examining the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the Web site.* [notes omises][312]

Appliquant ce test fondé sur la dichotomie active / passive et sur la nature des activités commerciales poursuivies, le tribunal rejette l'objection de Zippo Dot Com. Il conclut que Zippo Dot Com a créé des contacts suffisants dans l'État en vendant des abonnements à 3000 résidents de Pennsylvanie et en contractant avec des fournisseurs d'accès internet en Pennsylvanie en vue de servir cette clientèle[313].

Aux États-Unis, le test *Zippo* est un point de repère crucial, encore aujourd'hui fort utilisé dans la plupart des domaines du droit[314]. Un auteur le qualifie de « *first compelling analysis of personal jurisdiction related to the Internet* »[315]. Un autre explique son adoption rapide et son succès subséquent par le fait qu'il reflète purement et simplement la culture judiciaire américaine[316]. Quant à la dichotomie active / passive, elle était déjà d'une importance considérable à l'époque[317] et fut en somme popularisée par le test *Zippo*

---

[312] *Zippo*, *supra* note 295 à la p 1124.
[313] *Ibid* à la p 1126.
[314] Svantesson, *supra* note 13 à la p 167; Lora M Jennings, « Finding Legal Certainty for E-Commerce : Traditional Jurisdiction Analysis and the Scope of the Zippo Sliding Scale », Note, (2005) 44:2 Washburn LJ 381 à la p 395 [Jennings]. Sur la transition qu'a connue la jurisprudence américaine sur cette question, voir généralement Moriba Alain Koné, *La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet : une analyse comparé des systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2007 [non publié] aux pp 115-26 [Koné].
[315] Jeffrey M Jensen, « Personal Jurisdiction in Federal Courts over International E-commerce Cases » (2007) 40:4 Loy LA L Rev 1507 à la p 1514 [Jensen], tel que cité dans Svantesson, *supra* note 13 à la p 167.
[316] Richard K Greenstein, « The Action Bias in American Law : Internet Jurisdiction and the Triumph of Zippo Dot Com », Commentaire, (2007) 80:1 Temple L Rev 21.
[317] En propriété intellectuelle, voir par ex *Pro-C Ltd v Computer City inc* (2001), 205 DLR (4e) 568 (disponible sur CanLII) (CA Ont) au para 14, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée (2001), 294 NR 399

en droit international privé. Celui-ci est en effet rapidement devenu un test unanimement appliqué aux États-Unis[318] et approuvé par plusieurs cours fédérales[319].

Quant au Canada, le test *Zippo* y fut évoqué pour la première fois dans l'arrêt *Braintech v Kostiuk* rendu en 1999 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[320]. Cet arrêt *Braintech* concernait une affaire de diffamation en ligne, type de problème que nous avons déjà décrit comme étant parmi les plus difficiles que le droit international privé doit résoudre à l'égard du cyberespace[321]. Il s'agissait d'une requête en reconnaissance et exécution d'un jugement rendu au Texas contre Kostiuk, un résident de la Colombie-Britannique qui aurait émis des propos diffamatoires contre Braintech sur un forum de discussion accessible au Texas. S'interrogeant sur la compétence du tribunal texan et sur le lien réel et substantiel qui pouvait exister entre l'État du Texas et le délit qui aurait été commis par Kostiuk, la Cour d'appel examine le mode de communication utilisé, à savoir l'internet[322]. La Cour d'appel cite le test *Zippo* et conclut à la passivité du forum de discussion sur lesquels les énoncés prétendument diffamatoires ont été publiés. Or, la simple présence passive d'un énoncé diffamatoire dans le cyberespace ne constitue pas une « publication » permettant de conclure à un lien réel et substantiel entre Kostiuk et

---

(CSC) [*Pro-C*]. En droit de la concurrence, voir par ex Pierre-Emmanuel Moyse, « Le commerce électronique, en toute franchise ? » (10 janvier 2001), en ligne : Juriscom.net <http://www.juriscom.net>.

[318] Jensen, *supra* note 315 à la p 1515.

[319] *Toys "R" Us inc v Step Two SA*, 318 F (3d) 446 (3e cir, 2003); *ALS Scan inc v Digital Service Consultants inc*, 293 F (3d) 707 (4e cir, 2002) [*ALS Scan*]; *Mink v AAAA Dev LLC*, 190 F (3d) 333 (5e cir, 1999); *Soma Medical International v Standard Chartered Bank*, 196 F (3d) 1292 (10e cir, 1999); *Cybersell inc v Cybersell inc*, 130 F (3d) 414 (9e cir, 1997). Voir aussi Geist, « There There », *supra* note 54 à la p 1367. En 2001, le professeur Talpis l'avait qualifié de « *sensible, workable and moderately predictable approach to personal jurisdiction over nonresidents defendants with internet contacts* ». Talpis, *supra* note 27 à la p 83.

[320] *Braintech v Kostiuk* (1999), 171 DLR (4e) 46 (disponible sur CanLII) au para 60 (BCCA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 27296 (9 mars 2000) [*Braintech*]. Sur cet arrêt, voir notamment Talpis, *supra* note 27 aux pp 111-13. L'arrêt *Braintech* est considéré au Canada comme le premier arrêt de principe touchant les enjeux du droit international privé dans le cyberespace. Cependant, la logique de l'affaire *Zippo* (l'examen de la nature des activités commerciales poursuivies) imprègne une décision antérieure à *Braintech* : *Alteen v Informix Corp* (1998), 164 Nfld & PEIR 301, 21 CPC (4e) 228 (NF Sup Ct). Par ailleurs, les premiers développements jurisprudentiels canadiens sur cette question avaient aussi imité l'approche américaine pré-*Zippo* : Geist, « There There », *supra* note 54 à la p 1363.

[321] Voir nos propos aux pp 70-72, ci-dessus. Sur l'applicabilité du test *Zippo* en matière de diffamation, voir toutefois Daniel P Schafer, « Canada's Approach to Jurisdiction over Cybertorts : *Braintech v. Kostiuk* », Commentaire, (2000) 23:4 Fordham Int'l LJ 1186 à la p 1232 [Schafer]. Daniel P Schafer estime que la Cour d'appel a appliqué le mauvais critère jurisprudentiel et que le test *Zippo* ne serait pas applicable en matière de responsabilité extracontractuelle dans le cyberespace.

[322] *Ibid* au para 58. Sur la définition et la portée du critère du lien réel et substantiel, voir généralement *Van Breda*, *supra* note 43; pp 33-39, ci-dessus.

l'État du Texas[323]. La reconnaissance du jugement texan sera refusée en raison du défaut de compétence.

L'utilisation du test *Zippo* dans l'arrêt *Braintech* ne signifie pas pour autant que ce courant jurisprudentiel américain fait autorité en droit canadien[324]. D'ailleurs, l'arrêt *Braintech* a soufflé le chaud et le froid en doctrine. Sur un ton positif, il fut soutenu que

> *the flexible, incremental, but decidedly non-radical approach of the* Braintech *court appears to do substantial justice between the parties and to develop the law in a way that is responsive to this new technology and the practices that accompany it.* […] *the lesson of* Braintech *seems to be that a conceptual revolution may not be necessary – or at least that nothing about the Internet mandates one.*[325]

Sur un ton plus négatif toutefois, il fut soutenu que l'arrêt *Braintech* témoignait d'une incompréhension du critère du lien réel et substantiel en droit canadien[326]… et d'une incompréhension du test *Zippo* en droit américain (selon un auteur, celui-ci serait destiné aux activités commerciales seulement[327]). En dépit de ces critiques, l'arrêt *Braintech* et le test *Zippo* furent parfois expréssément évoqués par les tribunaux canadiens dans leur analyse du lien réel et substantiel, notamment dans les affaires *Pro-C Ltd v Computer City inc*[328], *Desjeans c Intermix Media inc*[329] et *Easthaven Ltd v Nutrisystem.com inc*[330],

---

[323] *Ibid* au para 65.
[324] Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, *supra* note 26, ch 11 à la p 11-37. Koné rappelle que le test a été suivi « partiellement » en common law, et jamais explicitement en droit québécois, possiblement en raison de la codification des facteurs de rattachement qui ne traduit pas une approche de type *Zippo* : Koné, *supra* note 314 à la p 139. Contra Picard, *supra* note 282 à la p 12. Picard estime plutôt que le test a bel et bien été « incorporé » en droit canadien.
[325] Vaughan Black et Mike Deturbide, « *Braintech, inc* v. *Kostiuk* : Adjudicatory Jurisdiction for Internet Disputes », Commentaire, (2000) 33:3 Can Bus LJ 427 à la p 428 [Black et Deturbide].
[326] *Ibid*. Cet article a cependant été rédigé avant l'arrêt *Beals c Saldanha*, qui précisait l'application du critère du lien réel et substantiel dans le contexte de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. *Beals*, *supra* note 105. Pour Schafer, la Cour dans l'affaire *Braintech* aurait dû favoriser la reconnaissance du jugement texan, dans l'esprit d'ouverture à la courtoisie internationale ayant influencé l'adoption du critère du lien réel et substantiel en droit canadien. Schafer, *supra* note 321 à la p 1230.
[327] Schafer, *supra* note 321 à la p 1232.
[328] (2000), 7 CPR (4e) 193 (disponible sur CanLII) (CS Ont) aux para 102-117, inf par *Pro-C*, *supra* note 317.
[329] 2006 CF 1395 au para 41, [2007] 4 RCF 151, conf par *Desjean (Succession) c Intermix Media inc,* 2007 FCA 365 [*Desjeans*].
[330] (2001), 202 DLR (4e) 560 (disponible sur CanLII) aux para 25-31 (CS Ont) [*Easthaven*].

et parfois implicitement, en se penchant sur la nature des activités commerciales poursuivies (une considération familière au test *Zippo*)[331].

En dépit de cela, les propos du juge Lebel dans un *obiter dictum* de l'arrêt *Van Breda*[332] laissent planer un doute sur les règles à appliquer dans un cas qui, aux États-Unis, serait régi par le test *Zippo*. En effet, il fut reconnu dans l'arrêt *Van Breda* que le fait pour un défendeur d'exploiter une entreprise au pays constituait un facteur entrainant l'application d'une présomption de compétence des tribunaux canadiens. À l'égard de l'exploitation d'une entreprise par l'entremise d'un site Web, cependant, le juge Lebel écrit :

> Une publicité active dans le ressort ou, par exemple, l'accès que l'on y offre à un site Web, ne suffirait pas à établir que le défendeur y exploite une entreprise. La notion d'exploitation d'une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d'y tenir un bureau ou d'y effectuer régulièrement des visites. Cependant, la Cour n'est pas appelée à décider si, et, le cas échéant, à quel moment, le commerce électronique dans un ressort pourrait équivaloir à une présence dans celui-ci. [nos soulignements][333]

En édictant que le simple accès à un site Web ne constitue pas un point de contact suffisant, l'*obiter* du juge Lebel reprend les solutions de l'arrêt *Braintech* et de l'affaire *Zippo*, de même que les opinions doctrinales au même effet[334], tout en se laissant une certaine marge de manœuvre pour en décider autrement dans le futur[335].

---

[331] *Disney Enterprises inc v Click Enterprises inc* (2006), 267 DLR (4e) 291 (disponible sur CanLII) aux para 25-26 (CS Ont) [*Disney Enterprises*]. Voir aussi *Investors Group*, *supra* note 96, où la Cour supérieure du Québec fait selon nous implicitement référence au test *Zippo* en évoquant une certaine jurisprudence américaine sans la nommer. Voir cependant Koné, *supra* note 314 à la p 138, qui nie une telle allusion.

[332] *Van Breda*, *supra* note 43.

[333] *Ibid* au para 87.

[334] Voir par ex Talpis, *supra* note 27 à la p 28. Voir aussi Nicholas Vermeys, *Virus informatiques : responsables et responsabilités*, Montréal, Thémis, 2007 à la p 90 [Vermeys].

[335] D'ailleurs, nous constaterons plus loin, en présentant l'arrêt *Breeden*, que la Cour suprême n'évoque pas toujours la nécessité d'adapter les règles de conflits classiques au cyberespace, mais qu'elle applique parfois celles-ci sans tenir compte du cyberespace. *Breeden*, *supra* note 50; ci-dessous, pp 90-91. Pour l'instant, il suffit d'affirmer que l'approche adaptative a eu une *certaine* incidence dans la jurisprudence canadienne. Cette influence tient en grande partie à l'utilisation du test *Zippo* par les tribunaux confrontés à des problèmes de droit international privé dans le cyberespace, mais est tempérée par l'attitude de la Cour suprême du Canada à cet égard, que l'on pourrait qualifier de moins « créatrice ». Encore là, la spéculation a ses limites, puisque la Cour ne s'est pas prononcée directement sur la question.

Afin de comprendre si l'approche adaptative est souhaitable ou non, il faut d'abord nous attarder à la relation qu'entretient le test *Zippo* avec les normes établies auparavant pour déterminer la compétence internationale des tribunaux. Nous déterminerons ainsi en quoi l'approche adaptative considère comme nécessaire l'adaptation de la règle de conflit en présence du cyberespace, et comment elle parvient à l'adapter en établissant un cadre juridique qui, s'il n'est pas *autonome*, n'en est pas moins *différent* dans son fonctionnement. Nous pourrons par la suite nous prononcer sur les limites de ce type de constructions juridiques.

2.2.2.2 Relation du test *Zippo* avec les normes existantes

Quelle est donc la relation du test *Zippo* avec les normes existantes ? Le test *Zippo* ne constitue pas une règle matérielle, mais bien une *règle de conflit* permettant de désigner le tribunal compétent à juger d'un litige qui concerne un site Web. Le test, en revanche, n'est qu'une adaptation des principes de compétence américains tels qu'ils se sont développés au XX[e] siècle[336]. Il s'agit en somme d'une façon d'appliquer les principes de droit international privé – principes ayant comme point d'origine l'arrêt *International Shoe*[337] – aux enjeux créés par le cyberespace (certains ont d'ailleurs décrié ce procédé en proclamant que la spécificité du cyberespace devrait l'emporter sur toute forme de règle dite « classique » – une approche matérielle dont nous avons déjà contesté le bien-fondé[338]). En fait, « *the* Zippo *test loyally reincarnates the old rules in a new disguise* »[339]. La nature adaptative du test *Zippo* est aussi démontrée par la structure argumentative utilisée par la Cour de district de Pennsylvanie. Les normes existantes y sont évoquées,

---

[336] « *The United States has sought to address electronic commerce issues by creating a framework for electronic commerce and by modifying existing personal jurisdiction principles* ». Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 à la p 207. « *In* [Zippo] *the court displays substantial understanding, or at least willingness to learn about, operations on the Internet; comprehension of the idea that the principles of* International Shoe *control this new technology; and a willingness to reason analogically to apply the* International Shoe *criteria to the problem of cyberspace jurisdiction* [nos soulignements] ». John L Gedid, « Minimum Contacts Analysis in Cyberspace – Sale of Goods », juin 1999 [non publié], en ligne : Internet Law and Policy Forum <http://www.ilpf.org/events/jurisdiction/presentations/gedid_addl.htm> [Gedid]. Sur la relation du test *Zippo* avec les normes existantes, voir la discussion approfondie aux pp 74-77, ci-dessus.

[337] *International Shoe*, *supra* note 305.

[338] Anindita Dutta, « Zippo Manufacturing Co v Zippo Dot Com inc », Note, (1998) 13:1 Berkeley Tech LJ 289 à la p 289. Voir *supra*, pp 62-68.

[339] Kohl, *supra* note 29 à la p 84.

puis la spécificité du cyberespace y est affirmée et, enfin, le nouveau test est formulé en considération des normes existantes (ou en analogie avec celles-ci[340]). Ce qui émerge est donc un désir d'appliquer les règles établies à un nouveau phénomène tout en s'inscrivant dans le même cadre juridique qu'auparavant plutôt qu'en s'en distinguant :

> *This sliding scale is consistent with well developed personal jurisdiction principles* […] *Traditionally, when an entity intentionally reaches beyond its boundaries to conduct business with foreign residents, the exercise of specific jurisdiction is proper* [note omise]. *Different results should not be reached simply because business is conducted over the Internet.*[341]

Le test *Zippo* constitue donc une combinaison de règles classiques et de nouvelles considérations[342]. C'est aussi de cette de façon qu'il est perçu au Canada, où la Cour suprême a réitéré l'application du critère du lien réel et substantiel dans certains litiges qui concernent le cyberespace[343], et où l'utilisation du test *Zippo* n'a jamais mené à la formulation d'une règle de conflit qui soit indépendante des principes établis. Cependant, l'application du test *Zippo* va bel et bien au-delà du simple critère du lien réel et substantiel[344]. En énonçant par exemple que le simple accès à un site Web n'est pas suffisant pour confirmer la compétence du tribunal, des considérations spécifiques au cyberespace sont ajoutées à la méthodologie classique du droit international privé. Commentant l'arrêt *Braintech*, les professeurs Black et Deturbide écrivent :

> [T]*he* Braintech *court's attentiveness to the novel nature of the Internet is encouraging. The finding that the posting of a message on an Internet bulletin board did not automatically constitute publication in every jurisdiction where the Internet could be accessed – when an unreflective application of case law dealing with television and radio might have permitted the finding that it did – is evidence of a commendable judicial adaptiveness, which will be necessary if courts are to continue to*

[340] Gedid, *supra* note 336.
[341] *Zippo*, *supra* note 295 à la p 1124. Sur la relation avec l'arrêt *International Shoe*, voir aussi Gedid, *supra* note 336.
[342] Joann K Coston, « Embrace the New, But Don't Forget about the Old : Asserting Personal Jurisdiction over the New Internet Age », Commentaire, (2007) 34:2 SUL Rev 249 à la p 249.
[343] *SOCAN*, *supra* note 49 aux para 60-61, juge Binnie. Voir aussi *Libman*, *supra* note 103 aux pp 212-13.
[344] Talpis, *supra* note 27 à la p 113.

> *dispense justice in a period of rapid technological change*. [nos soulignements][345]

Cette approche est-elle souhaitable, comme l'avancent les professeurs Black et Deturbide? De prime abord, si l'équilibre entre règles établies et nouveauté juridique incarné par le test *Zippo* semble être une façon nuancée de régir les défis posés l'avènement d'une nouvelle technologie, les écueils furent pour le moins nombreux dans les années ayant suivi l'adoption du test *Zippo* par les tribunaux américains. Nous fondant sur ces écueils, nous démontrerons ci-bas pourquoi l'approche adaptative ne fait qu'augmenter l'incertitude et occulter des alternatives peut-être plus simples visant à solutionner les difficultés privées internationales dans le cyberespace.

2.2.2.3 Critiques de l'approche adaptative à travers le test *Zippo*

Les critiques pouvant être formulées à l'encontre de l'approche adaptative sont regroupées en deux catégories. D'une part, lorsque la règle de conflit adaptée est effectivement considérée par les tribunaux – par exemple le test *Zippo* –, elle est tantôt critiquée pour le résultat auquel elle mène, tantôt appliquée de façon non uniforme (2.2.2.2.1). D'autre part, il existe de nombreux cas où l'adaptation des règles de conflit n'a pas même été considérée par les tribunaux, soit parce que le litige concernait une innovation technologique inconnue auparavant, soit parce que l'application des règles de conflits classiques ne semblait pas réellement poser problème (2.2.2.2.2). Penchons-nous sur ces critiques.

2.2.2.3.1 Vulnérabilité conceptuelle

D'une part, la règle de conflit reformulée dans le cadre d'une approche adaptative pose de sérieux problèmes conceptuels, mis en évidence à travers l'histoire du test *Zippo* dans les années ayant suivi son adoption.

[345] Black et Deturbide, *supra* note 325 à la p 437.

Une fois passée la première vague de décisions judiciaires ayant appliqué le test *Zippo*, celui-ci fut critiqué par plusieurs tribunaux, avec pour résultat que son application est encore aujourd'hui loin d'être uniforme[346]. Les tribunaux ont aussi noté la virulence des critiques doctrinales à l'encontre du test *Zippo* pour justifier une application prudente de celui-ci[347]. Par exemple, le professeur Geist a plaidé dès 2001 en faveur de son abandon. Geist préférait une approche fondée sur l'intention des parties de cibler un territoire donné (« *target* ») à une distinction active / passive qui était de toute façon devenue obsolète avec le temps[348]. Les tribunaux canadiens ne semblent toutefois pas avoir perçu les choses de la même manière : la suggestion du professeur Geist fut expressément réfutée par la Cour d'appel de l'Ontario en 2010, dans une décision qui fut confirmée par la Cour suprême du Canada[349]. Aux États-Unis, les appels à l'abolition pure et simple du test *Zippo* se sont également faits de plus en plus pressants[350]. Le professeur A Benjamin Spencer proposait par exemple de formuler les principes existants de façon à faciliter leur application en contexte virtuel, sans qu'il soit pour autant nécessaire de prévoir un test spécifique pour juger des « *minimums contacts* »[351]. Ce faisant, il critiquait sur un ton

---

[346] Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 167; A Benjamin Spencer, « Jurisdiction and the Internet : Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts » (2006) U Ill L Rev 71 à la p 73 [Spencer].

[347] *Oldenfield v Pueblo De Bahia Lora SA*, 558 F (3d) 1210 à la p 1219 (11e cir, 2009), tel que cité dans Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 à la p 167. Sur cette décision, voir aussi Judy A Clausen, « Personal Jurisdiction Based on Internet Activities : Oldfield v. Pueblo de Bahia Lora, S.A. – The Eleventh Circuit Finally Discusses Zippo but Leaves Lower Courts Needing More Guidance » (2009) 11:1 Fla Coastal LJ 53.

[348] Geist, « There There », *supra* note 54. Voir aussi Gillies, « Cyberspace Fallacy », *supra* note 145; Gillies, *Electronic Commerce and IPL*, *supra* note 25 aux pp 181-208; *ALS Scan*, *supra* note 319. Le modèle alternatif de Geist n'est pas le seul ayant été proposé : voir Spencer, *supra* note 346 à la p 73, n 16.

[349] *Black v Breeden*, 2010 ONCA 547 au para 37 [*Breeden*, CA], conf par *Breeden*, *supra* note 50; *Bangoura*, *supra* note 50 aux para 48-49.

[350] Voir par ex Emily Ekland, « Scaling Back Zippo : The Downside to the Zippo Sliding Scale and Proposed Alternatives to Its Uses », Commentaire, (2012) 5:1 Albany Government Law Review 380; Pavan Mehrotra, « Back to the Basics : Why Traditional Principles of Personal Jurisdiction are Effective Today and Why Zippo Needs to Go », Note, (2010) 12:1 North Carolina Journal of Law & Technology 229 [Mehrotra]; Dunham, *supra* note 298 à la p 573; Eric C Hawkins, « General Jurisdiction and Internet Contacts : What Role, if any, Should the *Zippo* Sliding Scale Test Play in the Analysis ? », Note, (2006) 74:4 Fordham L Rev 2371 [Hawkins]; Spencer, *supra* note 346. Pour certains, il ne manque plus qu'un certificat de décès : « […] Zippo*, and most of what it stands for, is dying, and in fact, should be dead* ». Bunmi Awoyemi, « *Zippo* is Dying, Should it be Dead ? The Exercise of Personal Jurisdiction by U.S. Federal Courts over Non-Domiciliary Defendants in Trademark Infringement Lawsuits Arising Out of Cyberspace » (2005) 9:1 Marq Intell Prop L Rev 37 à la p 38 [Awoyemi].

[351] Spencer, *supra* note 346 à la p 109. Cette position se rapproche à bien des égards de l'approche classique que nous examinerons ci-bas, pp 93 et s.

caustique l'approche adaptative adoptée jusqu'ici par les tribunaux et les tests semi-autonomes qui en ont résulté :

> *Welcome to the world of Internet-based jurisdiction, a realm in which courts have created new jurisdictional principles for analyzing contacts mediated through cyberspace that depart from the traditional jurisdictional principles articulated in cases involving contacts made in real space. In this world, new considerations such as a Web site's "interactivity" and "target audience" are the essential concepts courts use to determine whether to treat virtual contacts as minimum contacts. The courts believe that these new concepts, which seem to be more suited to the Internet, have supplanted traditional considerations. However,* […] *courts have improperly altered traditional analysis in a way that results in an overly restrictive view of when virtual contacts may support jurisdiction.*[352]

À cette remise en question de la nécessité même du test s'ajoute une remise en question de sa portée. La confusion règne notamment sur l'articulation du test *Zippo* (« *sliding scale test* ») et celle du test *Calder v Jones*[353] (« *effects test* »), ce dernier ayant été développé par la Cour suprême des États-Unis avant l'apparition du cyberespace pour s'appliquer à la responsabilité extracontractuelle internationale, notamment aux cas de diffamation[354]. La même confusion règne sur l'applicabilité du test *Zippo* à la compétence personnelle générale plutôt que spécifique[355].

Nous croyons que ce type de problème est inévitable lorsqu'il s'agit d'adapter les règles de conflits du droit international privé au cyberespace pour tenir compte de sa spécificité et qu'en cela, l'approche adaptative comporte de sérieuses faiblesses. En effet, les règles de conflit reformulées dans le cadre d'une approche adaptative sont paradoxales, car elles prétendent constituer l'évolution logique du droit international privé[356] tout en ne tenant

---

[352] *Ibid* à la p 73.
[353] 465 US 783 (US 1984). Voir au sujet de cette confusion et des possibles solutions C Douglas Floyd et Shima Baradaran-Robison, « Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs : The Relevance of Purpose and Effects » (2006) 81:2 Ind LJ 601.
[354] C'est ce qui fait dire à Schafer que la Cour n'aurait pas dû appliquer le test *Zippo* mais plutôt le test de *Calder v Jones*. Schafer, *supra* note note 321 à la p 1232 et texte correspondant. Au même effet, voir aussi Patrick J Borchers, « Internet Libel : The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction » (2004) 98:2 Nw U L Rev 473 à la p 489.
[355] Voir généralement Hawkins, *supra* note 350; Jennings, *supra* note 314.
[356] Dunham, *supra* note 298 à la p 573.

compte que d'un seul type de situation, celles ayant trait au cyberespace. Or, c'est plutôt la règle de conflit générale qui constitue le vecteur privilégié pour mettre en œuvre « un juste équilibre entre la souplesse et la prévisibilité, ou entre l'équité et l'ordre »[357]. Le résultat de l'approche adaptative est donc une norme juridique plus spécifique, mais dénaturée, vidée de sa substance et des principes fondamentaux qui la sous-tendent généralement. Ainsi isolée, elle devient plus facilement sujette à un manque d'uniformité dans sa mise en œuvre, de même qu'à des critiques à la fois plus sévères et plus fréquentes puisque les principes qui devraient la sous-tendre n'ont pas été clairement sous-pesés et conciliés.

Notre position trouve appui dans un article de la professeure Catherine Ross Dunham paru en 2009[358]. Elle y utilise la métaphore d'une maison (la « *place-based theory* » de l'arrêt *International Shoe*) sur laquelle auraient été effectuées des rénovations (le test *Zippo*) qui auraient déstabilisé sa structure plutôt que de s'harmoniser avec celle-ci[359]. En se fondant sur la spécificité du cyberespace et en l'opposant aux moyens traditionnels de communication, le test *Zippo* aurait ouvert une boîte de Pandore :

> *The early decisions identified the issue of Internet-based contacts as matters of first impression, distinct from the traditional personal jurisdiction case. By so doing, courts have turned away from traditional place-based analysis and attempted to create a new arm of personal jurisdiction jurisprudence for Internet-based contacts.*[360]

Or, soutient la professeure Dunham, la nature de l'analyse que doit entreprendre un tribunal face à une communication dans le cyberespace est pourtant la même qu'auparavant :

> *The Internet is the most significant communication change in the late twentieth and early twenty-first centuries. Just as the fax replaced mail, and mail order replaced traveling salespersons, electronic mail now makes all other forms of communication dated. Internet commerce offers conveniences other sales approaches cannot offer. However, the*

[357] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 66.
[358] Dunham, *supra* note 298.
[359] *Ibid* aux pp 573 et s.
[360] *Ibid* à la p 578.

> *underlying act between the parties in an electronic communication and an Internet sale is the same.* […]
>
> *Whether a court finds itself analyzing telephone calls or electronic mail transmissions, it should analyze the defendant's pattern of commercial behavior to determine if the defendant purposefully engages in commerce within the forum. The* Zippo *scale's fallacy is its attempt to recast the place theory framework in the context of the Internet.*[361]

Jadis une simple évolution de la règle de conflit classique, le test *Zippo* est devenu une règle semi-autonome, qui prétend paradoxalement émaner des règles de conflits classiques *et* s'en détacher. Dunham relève avec justesse le manque de soutien « architectural » derrière une telle proposition, que rien dans la nature du cyberespace ne justifie[362]. Sans ce soutien des normes existantes (en l'occurrence la théorie des contacts de l'arrêt *International Shoe*), la nouvelle règle de conflit ne peut aspirer à la même légitimité puisqu'elle ne sert plus les mêmes intérêts[363]. Sa mise en œuvre n'est pas uniforme, ce qui génère une incertitude qui contredit directement l'objectif de prévisibilité auquel doit aspirer la règle de conflit en droit international privé[364].

Dans le même ordre d'idées, la règle de conflit atteint ainsi son « *tipping point* », le point où, selon la professeure Kohl, les variations factuelles sont si nombreuses qu'elles sont impossibles à gérer, inconstantes et imprévisibles[365] :

> *The pitfall though is that the decision-making process becomes more and more refined as jurisdiction is based on ever more subtler colour variations, which makes it harder to ensure consistency and formal*

---

[361] *Ibid* à la p 580.
[362] *Ibid*.
[363] « No Bad Puns : A Different Approach to the Problem of Personal Jurisdiction and the Internet », Commentaire, (2003) 116:6 Harv L Rev 1821 à la p 1824. Contra Kohl, *supra* note 29 à la p 84.
[364] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 38, citant *Tolofson c Jensen*, *supra* note 30 aux pp 1046-47. « [T]*raditional connecting factors have been modified and used to establish jurisdiction, to a greater or lesser extent, of an online contract. However, despite recent modification, the application of traditional connecting factors may not always lead to the desired outcomes of certainty and predictability in establishing jurisdiction of a cross-border dispute* ». Gillies, « Cyberspace Fallacy », *supra* note 145 à la p 246.
[365] Kohl, *supra* note 29 à la p 69. Pour le professeur Chris Reed, un droit aussi détaillé contrevient aux plus élémentaires postulats de la moralité du droit tels qu'énoncés par Lon L Fuller : Chris Reed, « How to Make Bad Law : Lessons from Cyberspace » (2010) 73:6 Mod L Rev 903 [Reed, « Lessons from Cyberspace »]. Voir généralement Chris Reed, *Making Laws for Cyberspace*, Oxford (R.-U.), Oxford University Press, 2012 [Reed, *Making Laws for Cyberspace*].

> *justice. It illustrates that better rules are not necessarily to be found in the most refined and all-embracing, well-balanced rules and that at times legal principles which are not overtly sensitive to all the various interests at stake but clear-cut and thus capable of proving certainty and predictability, may in the final analysis be more just and desirable*.[366]

Les limites de l'approche adaptative sont ainsi rapidement exposées. Cet argument rejoint la logique exprimée par le juge Easterbrook dans l'allocution que nous avions évoqué en introduction[367] : « [A]*ll I could do in discussing "Property in Cyberspace" would be to isolate the subject from the rest of the law of intellectual property, making the assessment weaker* »[368]. Nous croyons que c'est précisément ce qui est arrivé au test *Zippo* au fil des ans, confirmant *a posteriori* cet aspect des propos du controversé juge américain.

2.2.2.3.2 Propension à l'abandon

D'autre part, le corollaire d'une telle vulnérabilité de la règle de conflit élaborée dans le cadre d'une approche adaptative est sa propension à être sciemment ignorée, voire abandonnée, soit en raison de sa désuétude face à une nouvelle technologie, soit en raison de l'absence de problèmes particuliers dans la mise en œuvre de la règle de conflit classique.

Les plus récents développements technologiques en sont la preuve. En dépit de sa prétention à gouverner *toutes* les situations qui concernent le cyberespace, la règle de conflit adaptée est bien souvent forgée dans le moule d'une technologie bien spécifique – dans le cas du test *Zippo*, l'usage d'un site Web à des fins commerciales, usage relativement nouveau en 1997, mais qui fait partie du paysage aujourd'hui. Or, désormais, il est de plus en plus fréquemment écarté ou contesté au motif que la pertinence d'une dichotomie active / passive dans le cyberespace du XXI^{e} siècle, dominé par l'infonuagique et le Web 2.0, est de moins en moins pertinente[369] :

---

[366] *Ibid* à la p 109.
[367] Ci-dessus, p 13.
[368] Easterbrook, *supra* note 20 à la p 208.
[369] Voir par ex Awoyemi, *supra* note 350 aux pp 61-62. L'avènement de la géolocalisation, une technologie relativement inconnue en 1997, aurait aussi cet effet : King, *supra* note 180 aux pp 86-88.

> *When the test was developed in 1997, an active website might have featured little more than en email link and some basic correspondence functionality. Today, sites with that level of interactivity would likely to be viewed as passive, since the entire spectrum of passive versus active has shifted upward together with improved technology.*[370]

Par exemple, il semble évident que le Web 2.0 menace le test *Zippo* et sa dichotomie active / passive. En effet, ce phénomène est associé par définition à un très haut niveau d'implication de l'utilisateur dans la production du contenu dans le cyberespace[371]. La publicité des commerçants sur des sites Web comme Facebook générerait ainsi une distorsion dans la gradation du degré d'interactivité promulguée par le test *Zippo*. En outre, personne ne semble songer à utiliser le test *Zippo* pour dissiper une éventuelle incertitude juridictionnelle causée par la montée de l'infonuagique[372]. La transposition ne serait sans doute pas dépourvue de difficultés. Prenons par exemple les faits de l'affaire *Forward Foods LLC v Next Proteins inc*[373]: un tribunal new-yorkais jugea que la création d'une « *data room* » virtuelle par le défendeur, à laquelle le demandeur avait accédé de ses bureaux de New York, avait généré suffisamment de contacts avec l'État de New York pour établir la compétence des tribunaux new-yorkais, en dépit du fait que le défendeur était domicilié en Californie[374]. En dépit de la similarité des enjeux avec ceux de l'affaire *Zippo* (compétence personnelle spécifique), l'on conviendra qu'il serait très difficile d'appliquer le test *Zippo* à cette « *data room* », sorte de nuage privé à vocation commerciale, certes, mais qui a peu à voir avec un site commercial traditionnel. C'est pourquoi la plupart des juristes préfèrent espérer une hypothétique solution internationale fondée sur la coopération ou sur un accord formel régissant spécifiquement l'infonuagique[375]. Les uns concluent que « *in a world of globalized commerce, the*

---

[370] Geist, « There There », *supra* note 54 aux pp 1379-80. Voir aussi Benyekhlef, « Conflits de juridictions », *supra* note 40 aux pp 149-50, n 19-20. Voir cependant Koné, *supra* note 314 aux pp 123-24.

[371] Trudel, *supra* note 8 à la p 244. Voir aussi Vincent Gautrais et Pierre Trudel, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Thémis, 2010.

[372] Par ex Narayanan, *supra* note 9.

[373] 873 NYS (2d) 511 (Sup Ct 2008). Sur cette décision, voir Fernando M Pinguelo et Bradford W Muller, « Avoid the Rainy Day : Survey of U.S. Cloud Computing Caselaw » (janvier 2011), en ligne : Boston College Intellectual Property and Technology Forum <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1745668>.

[374] En vertu de la doctrine du *forum non conveniens*, l'affaire a cependant été retournée en Californie.

[375] Narayanan, *supra* note 9 aux pp 801 et s; Ward et Sipior, *supra* note 155 à la p 337. Aux États-Unis, une proposition bipartisane de « *Cloud Computing Act* » a été soumise au Congrès en 2011. Celle-ci encouragerait le gouvernement fédéral à collaborer sur la scène internationale au développement de normes

necessity of a global cloud-computing regime will become increasingly evident »[376]. Les autres, que « *no simple test currently exists to determine internet jurisdiction in the US or internationally. The cloud is inherently global, calling for a cross-jurisdictional solution* »[377]. Une telle conclusion a comme résultat de rejeter la quantité phénoménale de littérature ayant été produite à l'égard du cyberespace dans les vingt dernières années, un auteur qualifiant même de « *naissante* » (« *emerging* ») la question de la compétence[378] ! C'est l'amnésie technologique[379] à son paroxysme.

Ce n'est donc qu'une question de temps avant que plusieurs ne soulignent – de façon plus détaillée que ce que nous venons de faire – l'incapacité du test *Zippo* (ou de toute autre norme adaptée) à supporter ces nouvelles considérations que sont l'informatique en nuage et le Web 2.0, phénomènes au demeurant très mal définis[380]. La conséquence logique serait probablement une nouvelle ronde de discussions menant au développement d'un nouveau test dans le droit national. Or, celui-ci risque de présenter la même vulnérabilité conceptuelle et la même incapacité à s'appliquer aux phénomènes subséquents. C'est là l'ultime argument évoqué par la professeure Dunham au soutien de sa position : l'abandon du test *Zippo* « *will prepare litigants with the inevitable technological changes on the global horizon* »[381]. Autrement dit, le produit de l'approche adaptative semble être incapable d'évoluer.

En marge de la désuétude rapide des règles de conflit modelées selon une approche adaptative se trouve un phénomène plus subtil, mais tout aussi évocateur : les tribunaux

---

régissant l'infonuagique. Voir notamment « Klobuchar To Introduce Bill On 'Cloud Computing' Laws » (18 avril 2011), en ligne : CBS <http://minnesota.cbslocal.com>.

[376] Narayanan, *supra* note 9 à la p 808.

[377] Ward et Sipior, *supra* note 155 à la p 337. D'autres sont plus nuancés et tentent de tirer des conclusions adaptées à l'infonuagique à partir des principes dégagés dans la jurisprudence antérieure. Voir par ex Marcini, *supra* note 9 aux pp 13-20 sur la loi applicable; Kyer et Stern, *supra* note 53 sur la compétence. L'effort est louable, mais ces conclusions sont encore et toujours formulées de façon purement hypothétique, sans la moindre certitude. Surtout, les conclusions ne font pas davantage état de la spécificité de l'infonuagique par rapport au cyberespace en général.

[378] Lanois, *supra* note 9 à la p 44.

[379] Un phénomène dont nous avons déjà fait état ci-dessus, aux pp 40-44.

[380] Les auteurs le reconaissent aisément : voir par ex Trudel, *supra* note 8; Marcini, *supra* note 9 à la p 1; Dan Jerker B Svantesson et Roger Clarke, « Privacy and Consumer Risks in Cloud Computing » (2010) 26:4 Computer L & Sec R 391 à la p 391. L'auteur Sookman ne fournit d'ailleurs aucune définition de ces deux termes dans son dictionnaire *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8.

[381] Dunham, *supra* note 298 à la p 584.

ignorent parfois sciemment le remodelage de la règle de conflit classique lorsque celle-ci ne pose pas de problèmes particuliers dans sa mise en œuvre. Pour expliquer ce dernier phénomène, revenons au problème de la diffamation en ligne évoqué plus haut[382] et à l'arrêt *Breeden*[383] rendu par la Cour suprême du Canada le même jour que le très important arrêt *Van Breda*[384].

Dans cette affaire *Breeden*, le rapport d'un comité spécial qui faisait enquête sur une fraude au sein de la société du demandeur Lord Black avait été affiché sur le site Web de cette société, accessible à tous. Le rapport, jugé diffamatoire par le demandeur, avait été téléchargé et repris par des journaux en Ontario. La Cour suprême du Canada devait opérer une analyse du lien réel et substantiel en vue de déterminer si les tribunaux ontariens avaient compétence pour se prononcer sur le litige. Dans leur mémoire devant la Cour, les appelants (les membres du comité poursuivis par Black) remettaient en question l'applicabilité de la règle selon laquelle le délit de diffamation a lieu à l'endroit où la publication était diffusée. Selon eux, il s'agissait d'une règle qui nécessitait une adaptation dans le contexte du cyberespace :

> *Currently, under the common law, lower courts have accepted that a libel occurs where it is read by a third party. But in the Internet age, the reflexive application of that principle leads to Canadian courts almost invariably assuming jurisdiction when a foreign-published statement is merely downloaded in Canada, on the basis that the tort occurred here. This is inconsistent with a "restrained" approach to jurisdiction based on "order and fairness". Mere downloading of a statement cannot constitute a "real and substantial" connection between the action and the jurisdiction, as required by this Court in Morguard. The "place of reading" approach ignores the reality that Internet publications may be read around the world simultaneously, and therefore essentially confers jurisdiction upon any forum selected by a plaintiff.*[385]

[382] Ci-dessus, pp 70-72.
[383] *Breeden*, *supra* note 50.
[384] *Van Breda*, *supra* note 43. Ces arrêts, de même que l'arrêt *Éditions Écosociété*, *supra* note 50, doivent d'ailleurs être considéré comme formant une trilogie.
[385] *Breeden*, *supra* note 50 (mémoire de l'appelant au para 5).

Le même type d'argument avait été formulé devant la Cour d'appel, qui avait expréssément choisi de ne pas en tenir compte[386]. Cet argument n'a pas non plus trouvé écho dans les motifs du juge Lebel de la Cour suprême, selon qui « le droit canadien admet depuis longtemps que le délit de diffamation se manifeste dès qu'il y a diffusion d'un propos diffamatoire destiné à un tiers ». Appliquant la présomption de compétence évoquée dans l'arrêt *Van Breda* (le délit a eu lieu au Canada), il conclut que celle-ci n'a pas été réfutée et confirme la compétence du tribunal ontarien pour juger du litige, sans évoquer la nécessité d'adapter les règles de conflits classiques à la « nouvelle » réalité de la diffamation en ligne.

Il est vrai que dans *Breeden*, les médias avaient téléchargé le rapport et l'avaient diffusé; la présence de cet intermédiaire est peut-être susceptible de teinter l'analyse[387]. Cependant, il reste que les défendeurs à l'action étaient les auteurs du rapport, c'est-à-dire ceux qui l'avaient rendu disponible sur le site Web de l'entreprise de Lord Black.

Quoi qu'il en soit, les arguments de l'appelant en faveur d'une adaptation au cyberespace ont été complètement ignorés – du moins dans les motifs écrits – et l'exigence classique du lien réel et substantiel a été réitérée, sans que ne soient évoqués l'arrêt *Braintech* ni aucune analyse de type *Zippo* ou autre. Il s'agit là d'une seconde manifestation de la facilité et de la rapidité avec laquelle les règles de conflit adaptées peuvent cesser d'être appliquées par les tribunaux, en plus de la désuétude face aux nouvelles façons d'interagir dans le cyberespace dont nous avons déjà fait état plus haut.

En conclusion, il est permis de croire que le test *Zippo* avait été développé en vue d'apporter une solution durable aux défis du cyberespace en droit international privé. Celui-ci laissait peu de place à l'objection d'un point de vue théorique; or, il semble avoir échoué à résoudre l'incertitude juridictionnelle perçue dans le cyberespace, et ce, après seulement quelques années d'évolution dans la façon par laquelle les utilisateurs du

[386] *Breeden*, CA, *supra* note 349 aux para 32-42.
[387] C'est aussi, selon nous, la raison pour laquelle la Cour suprême ne s'est pas penché sur la question spécifique du cyberespace dans l'arrêt *Éditions Écosociété*, *supra* note 50 : le livre en question n'avait pas seulement été vendu dans le cyberespace, mais aussi en librairie. *Ibid* aux para 23, 38.

cyberespace interagissent entre eux. L'on en déduit que c'est dans son application qu'il n'a pas rempli ses promesses[388]. Il devient dès lors difficile de croire que les critères juridiques élaborés subséquemment seront applicables sur une période de temps suffisamment longue pour que la totalité des proverbiales incertitudes juridictionnelles soit dissipée.

L'avenir plutôt incertain du test *Zippo*, développement jurisprudentiel symbolique s'il en est un, nous permet de tirer des conclusions plus générales quant à l'approche adaptative dont nous avons fait état. Certes, elle possède l'immense avantage de reconnaître le besoin de changement dans la norme juridique tout en rejetant les propositions les plus irréalistes, notamment celles proposées par les tenants d'une approche matérielle. En manifestant l'intention de conserver le cadre juridique dans lequel se sont développées les règles de conflit, il devient possible de percevoir leurs forces et faiblesses et de les faire évoluer selon le contexte dans lequel elles s'inscrivent[389]. C'est le succès de cette démarche qui constitue le pari des tenants de l'approche adaptative. Or, ce pari semble avoir échoué aux Etats-Unis. Comme le souligne la professeure Kohl, « *there is no doubt that the judicial solutions found are far from ideal* »[390]. De même, l'intention de conserver le cadre juridique existant n'est qu'un vœu pieux si les solutions nouvelles deviennent de plus en plus indépendantes de celui-ci dans leur mise en œuvre, comme nous le rappelle la professeure Dunham[391].

Nous avons jusqu'ici exposé l'approche adaptative, qui invoque la nécessité d'adapter les règles de conflits classiques pour gouverner adéquatement les conflits de lois et de compétence dans le cyberespace. Elle attribue aux tribunaux un rôle prépondérant dans l'application des règles de conflits classiques aux situations qui concernent le cyberespace, application qui nécessite de les modifier légèrement ou de les bonifier par des considérations nouvelles.

---

[388] Kohl, *supra* note 29 à la p 85; Gillies, « Cyberspace Fallacy », *supra* note 145 à la p 246.
[389] Kohl, *supra* note 29 à la p 65.
[390] *Ibid*.
[391] Dunham, *supra* note 298.

Nous avons opté pour un exemple concret d'une telle approche, à savoir le test *Zippo* élaboré aux États-Unis et ayant influencé les tribunaux canadiens dans une certaine mesure. Nous avons décrit ses origines et sa relation avec les normes existantes. Nous avons terminé en décrivant l'état déplorable dans lequel le test *Zippo* se trouve actuellement et soutenu qu'il s'agissait d'un symbole représentant les faiblesses d'une approche fondée sur l'adaptation des règles de conflits. Ces faiblesses consistent surtout en une trop grande vulnérabilité conceptuelle et en une propension à l'abandon en raison de l'avènement de nouvelles technologies ou de l'absence de problème de mise en œuvre des règles de conflit classiques dans un cas d'espèce.

Nous nous attarderons maintenant à la troisième et dernière approche proposée par le droit international privé à l'égard du cyberespace, soit celle de l'application intégrale des règles de conflits classiques.

2.3 Approche classique : application intégrale des règles de conflits classiques

Nous avons jusqu'ici examiné l'approche matérielle, qui constate l'incapacité du droit international privé à faire le tri dans la masse des ordres juridiques ayant vocation à s'appliquer à une relation privée dans le cyberespace. Nous avons en suite exposé l'approche adaptative, qui rejette un tel aveu d'impuissance, mais qui reconnaît un besoin d'évolution de la règle de conflit classique, dont l'application stricte dans le cyberespace donne lieu à des résultats incongrus et à la création d'une forme de compétence potentiellement universelle (particulièrement en matière de diffamation). L'approche classique, avec laquelle nous terminerons ce deuxième chapitre, est bien différente des deux précédentes.

Selon cette approche, la crainte d'une « compétence universelle » qu'entretiennent les tenants d'une approche adaptative à l'égard de l'application stricte des règles de conflits classiques serait largement dépourvue de fondement[392]. Le cyberespace ne changerait pas fondamentalement la nature des opérations internationales effectuées entre acteurs

[392] Voir par ex Spencer, *supra* note 346 à la p 76.

privés : il ne serait en fait rien d'autre qu'un média plus évolué que ses prédécesseurs. L'on attribue généralement à ce discours l'épithète de « non-exceptionnalisme » (« *unexceptionnalists* »)[393].

Dans les pages qui suivent, nous identifierons les tenants et aboutissants de l'approche classique et son développement depuis les années 1990 (2.3.1), puis nous l'évaluerons de façon critique (2.3.2). Soulignons cependant que la plupart des critiques de l'approche classique constituent en fait des arguments en faveur de l'approche matérielle ou adaptative avec lesquels nous sommes désormais familiers. Nous référons donc le lecteur aux passages pertinents à cet égard par désir d'éviter les répétitions indues[394].

2.3.1 Fondements de l'approche classique

L'approche classique repose surtout sur les principes sous-jacents au droit international privé, particulièrement sur la recherche de la loi et du tribunal comportant le plus de liens avec chaque cas d'espèce (principe de proximité), plutôt que sur le fonctionnement précis de chaque règle de conflit :

> *It is submitted that it is possible to distil some general principles to guide courts in applying both the service abroad and special jurisdiction provisions in cases of wrongs committed on the internet, regardless of the means of access to the internet. The focus should remain on the manner of application of the existing jurisdictional rules, and not on the replacement or amendment of those rules.* […]*The principles can be used as a starting point from which to consider the distinguishing factors of each case. The principles must address the underlying reason for jurisdiction, the effect on internet economic activity, and the importance of balancing the interests of claimant and defendant.* [nos soulignements][395]

[393] Post, « Governing Cyberspace (2008) », *supra* note 222 à la p 889; Post, « Against "Against Cyberanarchy" », *supra* note 222 à la p 3. Voir généralement *supra* note 222.
[394] Sur l'approche matérielle, voir notre discussion aux pp 54-68, ci-dessus; sur l'approche adaptative, voir notre discussion aux pp 68-93, ci-dessus.
[395] Bigos, *supra* note 253 aux pp 603-604.

Il est ainsi suggéré que la méthodologie de la règle de conflit – qui repose sur des principes d'ordre, d'équité et de prévisibilité[396] – demeure en réalité inchangée dans le cyberespace : le même processus d'application et d'interprétation des principes généraux à un cas d'espèce intervient à l'époque du cyberespace comme aux époques antérieures, en dépit de la complexité croissante du média en question. Le principe agit ici comme vecteur unificateur du droit, comme le démontre l'analogie du juge Easterbrook :

> *Lots of cases deal with sales of horses; others deal with people kicked by horses; still more deal with the licensing and racing of horses, or with the care veterinarians give to horses, or with prizes at horse shows. Any effort to collect these strands into a course on "The Law of the Horse" is doomed to be shallow and to miss unifying principles.* [nos soulignements][397]

L'on retrouve un argument similaire chez le professeur Goldsmith, malgré le rejet de ce dernier des « grandes théories unificatrices » du droit international privé. Selon lui, plutôt que de redéfinir la méthodologie du droit international privé tout entière pour tenir compte du cyberespace dans le cadre d'une nouvelle théorie des conflits qui transcenderait le contexte (*macrochangement*), il serait préférable de reconnaître que les règles de conflits sont plus efficaces lorsqu'elles tiennent compte de ce contexte (*microchangement*)[398]. L'on pourrait penser que cette insistance sur le contexte contredit l'approche classique telle que nous l'avons présentée jusqu'ici, c'est-à-dire une approche fondée sur des principes généraux et unificateurs. Selon nous, il n'en est rien. Les propos du professeur Goldsmith signifient simplement que la méthodologie classique, avec ses considérations sous-jacentes d'ordre, d'équité et de prévisibilité (le *principe*), génère des règles de conflits appropriées au contexte (les *cas particuliers*). Un non-

---

[396] *Van Breda*, *supra* note 43 aux para 34 et 38.

[397] Easterbrook, *supra* note 20 à la p 207. Le juge Easterbrook est probablement le plus « classiciste » des tenants d'une approche classique du cyberespace, quoique ses propos ne visaient pas strictement le droit international privé, mais plutôt le droit en général face aux nouvelles technologies.

[398] « *It would be silly to try to formulate a general theory of how such issues should be resolved. One lesson of this century's many failures in top-down choice-of-law theorizing is that choice-of-law rules are most effective when they are grounded in and sensitive to the concrete details of particular legal contexts. This does not mean that standards are better than rules in this context. It simply means that in designing choice-of-law rules or standards, it is better to begin at the micro rather than macro level, and to examine recurrent fact patterns and implicated interests in discrete legal contexts rather than devise a general context-transcendent theory of conflicts* ». Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 à la p 1233.

exceptionnaliste soutient que (1) le cyberespace n'a pas à remettre en question les *principes* et que (2) le cyberespace ne constitue pas non plus un *cas particulier* distinct des autres relations privées à dimension internationale. En ce sens, l'approche classique accorde toujours une importance aux principes plutôt qu'aux règles elles-mêmes. Cela rejoint les arguments de la professeure Dunham qui critiquait le test *Zippo* au motif que celui-ci se serait trop éloigné des principes sous-jacents à la règle de conflit et aurait ainsi perdu sa légitimité[399].

C'est d'ailleurs sans contredit le professeur Goldsmith qui fut vers la fin des années 1990 le principal promoteur d'une approche classique du cyberespace en droit international privé. Son écrit le plus célèbre à cet égard est un article publié en 1998 et intitulé « *Against Cyberanarchy* »[400]. Celui-ci constituait en fait une réplique à la thèse de Johnson et Post publiée deux ans plus tôt, en particulier à leur argument sur l'incapacité des États à exercer quelque pouvoir normatif que ce soit dans le cyberespace[401]. Le professeur Goldsmith ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'exercice du pouvoir étatique dans le cyberespace (de toute façon, nous avons déjà souligné que cette question s'était progressivement dissipée au profit d'une discussion sur les modes de gouvernance dans le cyberespace[402]). Il ne nie pas non plus la possibilité – ni l'inéluctabilité – de changements normatifs dans la foulée du cyberespace. Il soutient seulement que du point de vue du droit international privé, la spécificité du cyberespace ne serait pas de nature à remettre en question ni la *faisabilité*, ni la *légitimité* de la norme étatique[403]. Dans un autre texte publié la même année, le professeur Goldsmith s'avance aussi brièvement sur le terrain de l'histoire et plus particulièrement du phénomène d'amnésie déjà évoqué[404], arguant que depuis l'invention du télégraphe, le même discours axé sur le déclin de l'État-nation a toujours émergé dans la foulée d'une nouvelle technologie, et que pourtant, le

[399] Ci-dessus, pp 79-82; Dunham, *supra* note 298.
[400] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19.
[401] Voir ci-dessus, pp 57-58.
[402] Ci-dessus, p 49.
[403] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 à la p 1201. L'argument du professeur Goldsmith fut repris dans son fameux livre rédigé avec le professeur Tim Wu et publié en 2006 : Goldsmith et Wu, *supra* note 142.
[404] Ci-dessus, pp 40-44.

bouleversement annoncé ne s'est jamais produit. Goldsmith prédit que ce bouleversement ne se produirait pas davantage avec l'avènement du cyberespace[405].

Comme le résumera ultérieurement le professeur Post, la position du professeur Goldsmith s'appuie sur deux postulats : d'une part, le cyberespace ne constitue qu'un média facilitant les activités à l'échelle internationale (au même titre que le téléphone, le courrier, voire le signal de fumée) et d'autre part, cette identité entre les modes de communication permet une application uniforme des règles de conflits classiques à chacun d'entre eux[406].

Cette position fait contrepoids aux arguments des exceptionnalistes. Le professeur Goldsmith estime en effet que ses homologues Johnson et Post ont commis trois erreurs critiques dans la formulation de leur argument. Premièrement, ils auraient surestimé les différences entre les transactions qui avaient cours dans le cyberespace et les autres transactions internationales. Deuxièmement, ils auraient ignoré que la perspective d'une autorégulation dans le cyberespace est certes vraisemblable à l'égard des lois pouvant être écartées par l'autonomie de la volonté des parties, mais qu'elle l'est beaucoup moins à l'égard des lois impératives qui sont imposées aux utilisateurs du cyberespace pour des raisons d'ordre public propres aux États qui les édictent. Troisièmement, ils auraient sous-estimé la capacité du droit et de la technologie à résoudre les problèmes causés par les relations privées internationales dans le cyberespace, ces dernières n'étant pas plus « résistantes » aux outils classiques du droit international privé que les relations tissées dans le monde réel[407].

Pour le professeur Goldsmith, la réflexion de Johnson et Post repose également sur deux fausses vérités. Le premier concerne la compétence des États à appliquer le droit national, compétence qui ne s'étendrait qu'à leurs frontières et pas au-delà. Johnson et Post ignoreraient ainsi la légitimité qu'ont ces États à gouverner de façon extraterritoriale. La seconde concerne l'architecture du cyberespace, qui serait dépourvue de frontières.

[405] Goldsmith, « Territorial Sovereignty », *supra* note 148 à la p 491.
[406] Post, « Against "Against Cyberanarchy" », *supra* note 222 aux pp 1365-66.
[407] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 aux pp 1200-1201.

Johnson et Post ignoreraient ainsi la possibilité que les techniques du filtrage et de la géolocalisation puissent elles-mêmes en ériger[408].

Ainsi, le professeur Goldsmith réfute les deux principaux arguments de Johnson et Post. D'une part, leurs objections quant à la *faisabilité* de la gouvernance étatique dans le cyberespace seraient fondées sur une conception erronée des outils juridiques et techniques à la disposition des États : autorégulation, limites pratiques à l'application extraterritoriale de lois purement nationales, régulation indirecte des *effets* des activités extraterritoriales, filtrage, harmonisation internationale et, bien sûr, droit international privé[409]. Quant aux objections de Johnson et Post relatives à la *légitimité* de la gouvernance étatique dans le cyberespace, elles seraient tout aussi mal fondées[410]. Premièrement, que ce soit dans le cyberespace ou ailleurs, la régulation par un État *x* des effets extraterritoriaux provoqués par une activité ayant lieu dans un État *y* a toujours été parfaitement acceptable dans la mesure où elle s'inscrit dans les balises du droit constitutionnel, par exemple (le critère du lien réel et substantiel au Canada, et celui des contacts minimaux aux États-Unis)[411]. Deuxièmement, il n'y aurait rien de nouveau au phénomène des « *spillover effects* », c'est-à-dire les dommages indirects causés dans l'État *y* par l'application de la loi locale dans l'État *x*, que les exceptionnalistes qualifient d'illégitime dans le cyberespace[412]. Enfin, troisièmement, l'absence totale de prévisibilité de la loi applicable à une transaction ayant lieu dans le cyberespace serait une crainte largement infondée, notamment en raison des nombreuses limites pratiques qui

[408] *Ibid* aux pp 1202-1203. Sur la géolocalisation et son utilité dans le droit international privé, voir par ex Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 13 aux pp 395-443; Kohl, *supra* note 29 aux pp 278-87; Muir-Watt, *supra* note 68. Voir aussi King, *supra* note 180.
[409] *Ibid* aux pp 1212-39.
[410] *Ibid* aux pp 1239-50.
[411] « *The same rationale applies to cyberspace because cyberspace is for these purposes no different than real space. Transactions in cyberspace involve real people in one territorial jurisdiction either (a) transacting with real people in other territorial jurisdictions, or (b) engaging in activity in one jurisdiction that causes real-world effects in another territorial jurisdiction. To this extent, activity in cyberspace is functionally identical to transnational activity mediated by other means, such as mail or telephone or smoke signal. The new medium of communication is richer, more complex, and much more efficient. But in terms of real-space acts in one jurisdiction that produce real-space effects in another, it is no different from other forms of transnational transaction and communication. And the justification for and legitimacy of regulating local effects is no different. Under current conceptions of territorial sovereignty, a jurisdiction is allowed to regulate extraterritorial acts that cause harmful local effects unless and until it has consented to a higher law (for example, international law or constitutional law) that specifies otherwise* ». *Ibid* aux pp 1239-40.
[412] *Ibid* à la p 1241.

empêcheraient les États d'appliquer leurs lois locales à des individus situés à l'étranger et ayant causé un dommage à un de leurs résidents par l'entremise du cyberespace. De la même façon, le professeur Goldsmith rappelle que l'exigence de prévisibilité ne signifie pas pour autant qu'un manufacturier de l'État *x* sera immunisé aux lois antipollution de l'État voisin *y* simplement parce qu'il ne peut pas prédire dans quelle direction le vent transportera les produits polluants qu'il émet[413].

Ayant démontré que la gouvernance étatique dans le cyberespace était à la fois possible et légitime, le professeur Goldsmith conclut sur un ton réaliste. Il reconnaît que « non-exceptionnalisme » ne rime pas avec « simplicité » : « […] *transnational transactions in cyberspace, like transnational transactions mediated by telephone and mail, will continue to give rise to disputes that present challenging choice-of-law issues* »[414]. Cependant, selon lui, la complexité et la difficulté de localiser clairement l'endroit où une activité a lieu dans le cyberespace ne seraient pas des problèmes propres à celui-ci, mais plutôt inhérents à toutes les matières dont se préoccupe le droit international privé : « [T]*hey* […] *are no more complex than similar issues presented by increasingly prevalent real-space events such as air plane crashes, mass torts, multistate insurance coverage, or multinational commercial transactions, all of which form the bread and butter of modern conflict of laws* »[415]. Goldsmith conclut :

> *Cyberspace transactions are no different from "real-space" transnational transactions. They involve people in real space in one jurisdiction communicating with people in real space in other jurisdictions in a way that often does good but sometimes causes harm. There is no general normative argument that supports the immunization of cyberspace activities from territorial regulation. As the wave of real world regulation and enforcement indicates, there is no reason to believe that territorial governments will permit cyberspace participants to opt out of real world regulatory regimes. Resolution of the choice-of-law problems presented by cyberspace transactions will be challenging, but*

[413] *Ibid* à la p 1234, cité avec approbation dans Neil Weinstock Natanel, « Cyberspace Self Governance : A Skeptical View from Liberal Democracy Theory » (2000) 88:2 Cal L Rev 395 à la p 494.
[414] *Ibid* à la p 1233.
[415] *Ibid* à la p 1234.

> *no more challenging than similar problems raised in other transnational contexts.* [nos soulignements][416]

Comme le démontrent les propos du professeur Goldsmith, le fondement de l'approche classique se trouve dans la notion de *complexité* qui serait en quelque sorte la caractéristique commune à tous les rapports privés de nature internationale, qu'ils soient tissés dans le cyberespace ou dans le monde « réel ». C'est dans cette perspective qu'est évoqué sur un pied d'égalité un litige qui concerne le cyberespace et un autre qui concerne un écrasement d'avion : le premier est peut-être davantage complexe, mais cela ne signifie pas qu'il est fondamentalement différent, car la complexité n'a rien de nouveau. Le professeur Allan R Stein, un autre non-exceptionnaliste bien connu, y réfère d'ailleurs de façon similaire :

> *Jurisdiction in cyberspace is not unproblematic. My point is that it is not uniquely problematic. The world is increasingly a complicated place and sorting out the regulatory claims of competing sovereigns has never been easy business. The Internet geometrically multiplies the number of transactions that implicate more than one state. But it is a problem of quantity, not quality. The cases to date suggest some workable standards by which to measure jurisdiction. As of yet, there is not true consistency in the decisions but that is nothing new for the law of jurisdiction.*[417]

Les non-exceptionnalistes rejettent donc le caractère *qualitativement* problématique du cyberespace en droit international privé[418] en insistant sur la complexité inhérente à tout type de litige international. Comme le suggère un article des professeurs Stephen Coughlan, Robert Currie, Hugh Kindred et Teresa Scassa portant sur l'extraterritorialité des lois à l'ère de la mondialisation, le problème généré par le cyberespace en serait un de quantité seulement[419] – ce que la professeure Kohl évoquait déjà en écrivant que

---

[416] *Ibid* à la p 1250.
[417] Stein, *supra* note 37 à la p 1191.
[418] Contra Kohl, *supra* note 29 aux pp 35-36. Voir *supra* note 78 et texte correspondant.
[419] « *It seems that in many cases the internet will not really change the basic principles of territorial jurisdiction or extraterritoriality. However, the increased use of the internet for a growing range of activities may demand that this assessment of the substantiality of links to Canada's territory occur more frequently. The result may be not so much an increase in extraterritoriality as an increase in the number of situations where there is a need to consider the limits of the concept of territoriality. While "cyberspace" has been conceptualized by some as a different or separate space, the reality is that most activities in "cyberspace" can be linked to a particular national territory or territories by the usual factors such as the*

l'extranéité était passée de l'exception à la règle dans le cyberespace, alors que le droit international privé s'était développé en se fondant sur le caractère plutôt exceptionnel de l'extranéité[420].

À ses débuts, l'approche classique constituait à la fois une prédiction – certains diront un acte de foi – et une réaction à la doctrine exceptionnaliste de Johnson et Post. Ce dernier avait d'ailleurs répliqué au professeur Goldsmith en soutenant notamment que si les principes établis méritaient le respect, il existait des moments dans l'histoire où ceux-ci devaient être écartés, et qu'avec le cyberespace venait un tel moment[421]. À ce jour, le professeur Post défend toujours la possibilité d'une autorégulation dans le cyberespace :

> *Maybe the participants in these virtual communities don't want to create anything more than play-law. But I'm betting that they do – and it would help if the Unexceptionalists would stop telling them that they can't.*[422]

L'on assiste donc encore aujourd'hui à un choc fondamental entre les tenants de l'approche matérielle et les tenants de l'approche classique du cyberespace en droit international privé. Cependant, à mesure que la véritable nature des litiges juridictionnels dans le cyberespace s'est révélée, l'approche classique servit aussi de fil conducteur à ceux qui contestaient l'efficacité pratique des solutions spécifiques développées par les tribunaux au fil des ans – le test *Zippo* en tête. Les professeurs Spencer[423] et Dunham[424] figurent parmi ces critiques qui prônent un retour sur des bases conceptuelles plus solides et consensuelles. L'on reconnaît par exemple l'influence de la pensée de Goldsmith chez la professeure Dunham lorsque celle-ci écrit que « [a]*ll things new do not require new things. The* Zippo *sliding scale is itself the most compelling example of why functional doctrine should not be supplanted to address the societal changes brought forth through*

---

physical location of the participants, their nationalities, the location of facilities or equipment, and the location of victims or recipients of content » [nos soulignements]. Steve Coughlan et al, « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007) 6:1 CJLT 29 à la p 43 [Coughlan et al].

[420] Kohl, *supra* note 29 aux pp 38-39. Voir *supra* note 163 et texte correspondant.

[421] Post, «Against "Against Cyberanarchy"», *supra* note 222 à la p 1387.

[422] Post, « Governing Cyberspace (2008) », *supra* note 222 à la p 913.

[423] Spencer, *supra* note 346.

[424] Dunham, *supra* note 298.

technology »[425]. Les raisons évoquées notamment par les professeurs Spencer et Dunham au soutien d'un retour aux principes établis du droit international privé ont été examinées dans le cadre de notre critique de l'approche adaptative et ne nécessitent donc pas de précisions additionnelles[426]. Qu'il suffise de noter que seize ans après la thèse fondatrice de Johnson et Post, les appels à un tel retour aux sources se multiplient[427] et révèlent une certaine désillusion à l'égard des espérances qui avaient majoritairement animé les juristes dans les années 1990 et dans la première moitié des années 2000.

Nous ferons maintenant brièvement état des forces et faiblesses de l'approche classique qui n'ont pas déjà été indirectement traitées dans le cadre des approches matérielles et adaptatives.

2.3.2 Critiques de l'approche classique

D'emblée, il nous faut reconnaître que l'approche classique est la plus propice à la mise en œuvre de notre but initial, c'est-à-dire la remise en question du degré de changement requis dans la règle de conflit à l'égard du cyberespace. Ce sont en effet les non-exceptionnalistes qui posent le plus directement la question qui nous occupe – « en quoi le cyberespace est-il vraiment spécifique aux fins du droit international privé ? » – , les deux approches précédentes présupposant à des degrés variables que le cyberespace *est* spécifique. L'importance de la question n'est pas négligeable :

> *Before becoming too entranced by the "novel" issues posed by the Net, and coming up with a Net-specific answer, it is always important to step back and ask whether the same issues are in fact raised by "old" technologies like the telephone, fax or even postal services*.[428]

---

[425] *Ibid* à la p 584.
[426] Ci-dessus, pp 82-93.
[427] « [A]*midst all the uproar over the Internet, commentators have failed to see that the traditional personal jurisdiction doctrine functions—or could function if applied appropriately—in the vast majority of cases involving the Internet without the need for any special adaptation. This is because, in cases involving cyberspace and personal jurisdiction, the Internet presents no new legal question* ». Norris, *supra* note 147 à la p 1016. « *The law and judges need not customize the personal jurisdiction doctrine to technological changes associated with the Internet; the traditional framework is well-established and flexible enough to accommodate advances in the technology frontier* ». Mehrotra, *supra* note 350 à la p 250.
[428] Goddard, *supra* note 51 aux pp 183-84. Voir aussi Houde, *supra* note 25 à la p 2, tel que cité ci-dessus à la p 22.

La force de l'approche classique est donc certainement son réalisme quant à cette question, réalisme qui se traduit par un doute constant que nous estimons sain sur le plan scientifique. L'approche classique possède de plus l'immense avantage de tenir compte du droit antérieur et d'admettre que celui-ci peut à tout le moins fournir des pistes de solution aux problèmes de droit international privé dans le cyberespace. Le *stare decisis* trouve donc dans l'approche classique une place qui peut s'avérer fort utile dans la résolution de conflits. Si nous pouvons nous permettre l'analogie, c'est un peu pour les mêmes raisons que des cocontractants aguerris optent fréquemment pour le droit new-yorkais ou anglais afin de régir leur transaction : la taille du corpus juridique (particulièrement le nombre élevé de décisions ayant interprété et défini la portée d'une norme juridique donnée) y est perçue comme un avantage en termes d'efficacité du règlement des différends[429].

Par ailleurs, certains tribunaux ont semblé reconnaître les bénéfices d'une telle approche en s'abstenant de considérer la variable cyberspatiale dans l'application des règles du droit international privé, comme on l'a vu dans les arrêts *Dell Computer* et *Breeden*[430]. Cependant, les tribunaux ont plus souvent opté pour l'approche adaptative en produisant des normes dont la mise en œuvre s'effectue différemment dans le cyberespace[431].

Si l'approche classique se compare avantageusement aux deux approches précédentes, elle n'est cependant pas imperméable à toute critique. Pour le professeur Paul Schiff

[429] Voir Christian Roux, « À la défense du droit civil – Entre le droit civil et la common law, les entreprises préfèrent... l'efficacité! », *Le Devoir* (19 décembre 2009), en ligne : Le Devoir <www.ledevoir.com>.
[430] *Dell Computer*, *supra* note 80; *Breeden*, *supra* note 50. L'on peut aussi déceler une telle approche classique dans les propos du juge de Grandpré dans l'affaire *Convectair NMT inc c Ouellet Canada*, [1999] JQ no 1354 au para 17 (CS) (QL), [1999] RJQ 1430 : « Le tribunal ajoute que dans l'état actuel du droit civil, les principes qui le régissent ainsi que nos règles de procédures sont loin d'être désuets. Les principes qui le sous-tendent sont encore d'actualité et s'appliquent même aux nouveaux modes de communications comme celui qui est fourni par l'Internet. En effet, serait-il logique que chaque consommateur induit en erreur par la confusion créée par Ouellet puisse poursuivre cette dernière devant le tribunal de son propre domicile; ce serait faire fi des règles de procédure, soumettre Ouellet à un fardeau énorme et encourager une multiplicité de recours qui en bout de ligne ne sont pas dans l'intérêt de la justice ». L'affaire concernait toutefois une demande de transfert de district et n'était donc pas à proprement parler un cas de droit international privé. Sur cette affaire, voir Koné, *supra* note 314 aux pp 138-39; Picard, *supra* note 282 aux pp 11-12.
[431] Voir ci-dessus, p 69. « *Most courts and commentators do not share Easterbrook's "Law of the Horse" idea in the context of the Internet and personal jurisdiction. Rather, the legal community has struggled for nearly 20 years to devise a technology-specific personal jurisdiction test to analyze electronic contacts* ». Norris, *supra* note 147 à la p 1016.

Berman, soutenir que des principes « bien établis » suffisent à régler tous les enjeux est un puissant truisme, puisque ces principes « bien établis » sont eux-mêmes en évolution constante, réactifs à la réalité sociale elle-même, et qu'ils ne seront en soi jamais les mêmes[432]. Ajoutons à cela que la réelle autonomie de l'approche classique par rapport à l'approche adaptative est contestable. Peut-on réellement écarter toute forme d'adaptation de la règle de conflit, que ce soit à l'égard du cyberespace ou de n'importe quelle situation nouvelle ? Pas si l'on se fie à la prémisse de l'approche classique : soutenir que le cyberespace n'apporte aucun *nouveau* problème qui soit qualitativement plus complexe n'exclut pas nécessairement une adaptation de la règle de confit dans son *application* ou son *interprétation*. C'est ce que l'on comprend par exemple des propos de Oren Bigos dans un article qui s'inscrit dans la lignée des non-exceptionalistes comme les professeurs Goldsmith et Stein :

> *Courts have grappled with every new form of technology by adapting the existing rules. The internet is no different. It is simply on a larger global scale. There is no need for reformulated jurisdictional rules to deal specifically with wrongs committed on the internet, as the existing service abroad provisions and special jurisdiction provisions are adequate and applicable. It is preferable not to replace the provisions in light of the internet, but rather to adapt their interpretation and application. The internet is constantly evolving. Internet-specific rules may need to be changed in the future to cater for new forms of technology and communications. Any complications arising from the application of territorial rules to increasingly mobile wrongdoers are neither new nor unique to the internet context.* [nos soulignements][433]

En soulignant une nécessaire adaptation dans l'*interprétation* et l'*application* de la règle de conflit plutôt que dans sa *création*, l'on brouille donc en quelque sorte la ligne entre l'approche adaptative et l'approche classique. Après tout, une règle de conflit adaptée comme celle du test *Zippo* est aussi le résultat d'une « interprétation » et d'une « application » de la norme existante. Le rejet par l'approche classique de toute nécessité de changement dans la règle de conflit classique laisse donc plutôt perplexe puisqu'elle

[432] Paul Schiff Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism » (2005) 51:3 Wayne L Rev 1105 aux pp 1106-1107 [Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism »].
[433] Bigos, *supra* note 253 à la p 603.

ne nous éclaire pas sur la nature du processus d'application de la règle de conflit à une situation qui concerne le cyberespace – processus qui suppose toujours une certaine « adaptation » au cas d'espèce.

Dans un autre ordre d'idées, il faut bien reconnaître que l'approche classique n'est pas nécessairement complète en elle-même, non seulement parce qu'elle ignore une adaptation qui intervient inévitablement dans l'application et l'interprétation des règles de conflits classiques, mais aussi parce qu'elle ignore les particularités inhérentes à celles-ci. En effet, l'approche classique ne se préoccupe que du plus fondamental des problèmes, celui de l'applicabilité du cadre fondamental dans lequel se sont développées les règles de conflits classiques, sans se préoccuper de la mise en œuvre des règles de conflits. L'on peut certes penser qu'une fois le problème le plus fondamental évacué, la mise en œuvre ne générera que quelques écueils ponctuels. Cependant, l'approche classique n'est pas d'une grande aide face à ces écueils. En fait, la forme de l'argument classique suit le fond : en restant généraux dans leurs arguments, les tenants de l'approche classique peuvent plus facilement soutenir une application *générale* des règles de conflits classiques. Ce faisant, ils évitent commodément de découvrir une quelconque faille dans la mise en œuvre d'une de ces règles (ce qui ouvrirait la voie à des adaptations normatives qui s'éloigneraient du cadre juridique existant et qui affaiblirait leurs arguments). Autrement dit, en uniformisant tous les problèmes liés au cyberespace sous l'égide générale du « droit traditionnel », l'approche classique contourne les questions particulières, et fait preuve d'un certain aveuglement volontaire. Or, dans la méthodologie conflictuelle du droit international privé, la règle de conflit applicable « dépend de la *nature* de la question posée »[434]. Les interstices entre ces questions (propriété intellectuelle, responsabilité, consommation, etc.) sont donc indéniables et chaque règle de conflit est animée de considérations particulières qui lui sont imposées par la nature de la question qu'elle régit. L'on peut donc reprocher à l'approche classique de ne révéler aucune de ces considérations particulières et de se contenter de soutenir que le résultat sera le même dans le cyberespace et dans le monde réel, ce qui maintient un certain flou sur le processus intellectuel qui mène à ce résultat.

[434] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 59, no 26.

Nous avons jusqu'ici examiné en quoi l'approche classique faisait appel aux principes qui forment le socle du droit international privé et les appliquait de façon uniforme à toutes les nouvelles technologies, y compris au cyberespace perçu comme un mode de communications parmi d'autres. Nous avons vu que cette approche s'est développée à la fois en réaction à l'approche matérielle des professeurs Johnson et Post et à l'activisme des tribunaux qui se sont progressivement éloignés des principes du droit international privé en développant de nouvelles normes qui tiennent davantage compte du cyberespace (le test *Zippo*, par exemple). Nous avons finalement évoqué notre préférence en faveur de l'approche classique tout en soulignant qu'elle ne constituait pas une panacée. En particulier, elle ignore que l'interprétation et l'application d'une règle de conflit classique entraînent nécessairement une certaine part d'adaptation. De plus, l'approche classique ne règle pas la mise en œuvre particulière de chaque règle de conflit dans le cyberespace. Ceci complète le deuxième chapitre qui portait sur les modèles argumentatifs proposés jusqu'ici à l'égard du cyberespace en droit international privé.

Conclusion du deuxième chapitre

Toute discussion sur le cyberespace et le droit international privé évoque immanquablement la notion de *changement* dans le cadre juridique existant. La compréhension d'un tel phénomène mène à une meilleure sélection de la loi applicable et du tribunal compétent dans un litige qui concerne le cyberespace, quels que soient l'ordre juridique et la règle de conflit particulière en cause. Comme la professeure Kohl écrit avec justesse :

> *In an ideal world, one could perhaps sit down and write new laws on a clean state to fit changed circumstances perfectly – although perhaps in such an ideal world there would be no need for change in the first place. But we do not live in such a world, and so it is critical to understand legal change, and when and how it occurs, and let those insights inform arguments for law reform. This should not be understood as a fatalistic resignation to an immutable legal machinery with a life and a will of its own, but simply a way of avoiding unrealistic legal propositions.*[435]

[435] Kohl, *supra* note 29 à la p 64.

Tout au long du deuxième chapitre, nous nous sommes astreints à une tâche similaire en exposant des approches qui prônent chacune un degré variable de changement dans le droit international privé – une classification qui réfère davantage au mode de raisonnement qu'au contenu des règles de conflits elles-mêmes. L'approche matérielle est la solution trouvée par les internationalistes et les adeptes de l'autorégulation pour contourner une méthodologie conflictuelle qu'ils perçoivent comme inefficace. Nous ne sommes pas convaincus par leurs arguments drastiques qui sont vulnérables au test de la réalité et, surtout, à l'insertion de plus en plus profonde du cyberespace dans le mode de vie courant de ceux qui y ont accès. L'approche adaptative, une solution essentiellement développée par les tribunaux pour remplir leur mandat d'application des règles existantes à de nouveaux cas qui leur posent des difficultés, est plus modérée. Nous ne sommes cependant pas davantage convaincus par celle-ci. Elle semble en effet avoir généré d'autres problèmes qui sont maintenant animés d'une vie propre, indépendamment des règles de conflits développées dans l'objectif plus nuancé de respecter les intérêts en cause. En conséquence, le « *tipping point* » évoqué par la professeure Kohl nous semble ici avoir été largement dépassé. Quant à l'approche classique, elle est beaucoup plus tentante. Réaliste et moins vulnérable à la désuétude – certains la qualifieront de résistante au changement – elle permet d'approcher sans complexes les litiges qui concernent le cyberespace et de rester le plus près possible des principes sous-jacents au droit international privé, ce qui est important pour régler de façon uniforme et prévisible les litiges privés à dimension internationale : « *If courts and commentators would heed the taxonomy and focus on applying traditional personal jurisdiction law, even in the presence of Internet facts, predictability would return to the doctrine* »[436]. Toutefois, cette approche est assez générale dans ses termes. Elle ne règle donc pas tout. Après avoir passé en revue ces approches distinctes et souvent opposées de façon drastique, nous adhérons aux propos du professeur Berman, qui écrit de façon fort à propos que « [w]*hen one sees so much change in a common-law doctrine over such a short period of time, it's a sign that courts aren't comfortable with the paradigm they're using* »[437]. Ses propos concernaient l'adaptation du cadre juridique de l'arrêt *International Shoe* à la réalité du

[436] Norris, *supra* note 147 à la p 1039.
[437] Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism », *supra* note 432 aux pp 1107-1108.

cyberespace, mais nous croyons qu'ils s'appliquent à chacune des trois approches, dont la diversité conceptuelle traduit un puissant inconfort.

Nous croyons néanmoins que l'approche classique peut constituer une méthode appropriée pour le règlement prévisible des problèmes juridictionnels qui concernent le cyberespace en droit privé. Ceci étant dit, subsumer le cyberespace dans le droit international privé par l'approche classique que nous propose Goldsmith, par exemple, ne suffit pas. Pour pouvoir affirmer que les règles de conflits classiques suffisent en elles-mêmes, nous devons faire la démonstration que le droit international privé classique a *déjà* répondu au phénomène plus large dans lequel s'imbrique le cyberespace, c'est-à-dire à la mondialisation. Au Canada, nous avons évoqué le critère du lien réel et substantiel comme réponse à celle-ci[438], et plus brièvement l'arrêt *International Shoe* qui a joué un rôle similaire aux États-Unis[439]. Nous analyserons donc dans le troisième et dernier chapitre le contexte et la structure d'une telle transformation, et nous y imbriquerons le cyberespace comme partie intrinsèque à celle-ci, tout en traçant les liens qui s'imposent avec les approches identifiées au deuxième chapitre. Nous démontrerons ainsi le bien-fondé d'une approche qui s'aligne avec la perspective d'un cyberespace qui constituerait à la fois un mode de communication et une trame de fond aux relations internationales au XXI^{e} siècle. En conséquence, il deviendra beaucoup plus difficile d'« oublier » les technologies antérieures et de soulever une « incertitude juridictionnelle » qui serait provoquée par une technologie bien spécifique – l'infonuagique, par exemple[440] – et qui remettrait en cause l'ensemble du cadre juridique établi. Le troisième chapitre sera aussi une occasion de discuter plus généralement de l'évolution du droit international privé par l'innovation technologique, un sujet à notre avis trop rarement abordé dans la littérature scientifique.

[438] Ci-dessus, pp 33-39.
[439] Ci-dessus, pp 74-75.
[440] Marcini, *supra* note 9 aux pp 13-20.

3. Internationalisme, mondialisation et cyberespace en droit international privé

Après avoir fait état des approches proposées jusqu'ici en guise de réponse aux « défis » du cyberespace en droit international privé, nous examinerons le contexte de la transformation du droit international privé canadien en réponse à la mondialisation. Selon nous, le cyberespace peut – et doit – être considéré comme une partie intégrante de ce phénomène universel et non comme un objet problématique qui remettrait en question son utilité, voire son bien-fondé. Un tel argument exige une (modeste) analyse du droit international privé par ses origines et ses sources les plus récentes, afin de déterminer comment la discipline réagit aux nouvelles données sociales et technologiques et comment le cyberespace s'inscrit dans ce processus. Comme Lucie Houde l'écrit,

> [S]i l'on veut scruter un tant soit peu le comment et le pourquoi des fondements des jugements et des analyses juridiques qui se sont produits depuis quelques années en regard des problèmes de compétence entraînés par l'utilisation d'Internet, il est est [sic] nécessaire de remonter aux sources mêmes des règles, principes et méthodes mentionnés dans ces textes. Ainsi, l'on peut espérer atteindre un niveau de compréhension et une perspective qui dépassent le simple réflexe juridique. En effet, ce cheminement apporte une plus grande conscience des valeurs et facteurs qui ont façonné le droit international privé contemporain […] [C]omme les relations entre personnes originaires d'États différents ne datent pas d'Internet, les solutions aux défis posés par son utilisation peuvent être inspirées d'une connaissance de l'évolution de cette branche du droit.[441]

Notons d'emblée que dans le cadre de notre étude, la jurisprudence est utilisée comme outil phénoménologique, c'est-à-dire comme instrument permettant de retracer des thèmes sous-jacents au raisonnement juridique sans nécessairement se préoccuper du résultat final incorporé au droit positif.

Nous aborderons en premier lieu l'interaction générale entre mondialisation, cyberespace et droit international privé (3.1), les deux premiers constituant des phénomènes sociaux emblématiques de l'époque à laquelle le droit international privé canadien a amorcé sa transformation dans les années 1990. Par la suite, nous examinerons plus particulièrement

[441] Houde, *supra* note 25 aux pp 21, 50. Nous n'estimons toutefois pas nécessaire de remonter aussi loin que ne le fait Lucie Houde dans l'histoire de la discipline.

le contexte de la transformation canadienne du droit international privé en réponse à la mondialisation (3.2). Nous traiterons enfin de la place réservée au cyberespace dans le cadre de cette transformation, par l'examen de certaines des décisions canadiennes ayant appliqué les règles classiques du droit international privé à des situations impliquant le cyberespace (3.3). Ceci nous permettra ultimement de revenir sur les approches décrites au deuxième chapitre et de pointer vers la direction appropriée pour la résolution efficace des litiges privés à dimension internationale dans le cyberespace.

3.1 Mondialisation et cyberespace : défis conjoints pour le droit international privé

Du point de vue normatif, le cyberespace n'est en fait qu'une manifestation particulière d'un phénomène de mondialisation aux contours fuyants et souvent mal définis[442], qui induit la décentralisation du pouvoir et la remise en question de l'autorité normative strictement territoriale. Les communautés sont ainsi de plus en plus interconnectées au sein d'un monde où les événements politiques, économiques, culturels et sociaux génèrent des effets dans des endroits jusqu'ici insoupçonnés[443]. La mondialisation et le cyberespace augmentent tous deux la mobilité des personnes et des biens[444]. En ce sens, le cyberespace est à la fois une cause et une conséquence de la mondialisation[445]. En droit, le cyberespace est tantôt présenté comme un agent et un vecteur de la mondialisation[446], tantôt comme l'un de ses exemples clés[447], tantôt comme son catalyseur[448]. Comme la professeure Slane l'écrit, « [t]*he borderless Internet has thus*

[442] Le discours juridique qui l'accompagne est donc souvent très vague. Sur ce point, voir généralement William Twining, « Diffusion and Globalization Discourse » (2006) 47:2 Harv Int'l LJ 507. Voir aussi Slane à la p 131.
[443] Jürgen Basedow « The Effects of Globalization on Private International Law » dans Jürgen Basedow et Toshyuki Kono, dir, *Legal Aspects of Globalization*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 1 à la p 2 [Basedow].
[444] *Ibid* à la p 3.
[445] Il n'est donc pas surprenant de constater que l'utilisation de ces deux termes soient apparus à la même époque (comme nous l'avions d'ailleurs évoqué dans notre prémisse ci-dessus, p 6). Ils font en effet référence à la même logique de remise en question de la pertinence, voire de l'existence, des frontières purement étatiques : Berman, « The Globalization of Jurisdiction », *supra* note 5 aux pp 314-15.
[446] Benyekhlef, *Histoire de la norme*, *supra* note 40 à la p 97.
[447] Gosnell, *supra* note 26 à la p 345.
[448] Voir par ex Schafer, *supra* note 321 à la 1230.

entered into the loose pantheon of phenomena that herald the arrival of globalization »[449].

Dans un autre ordre d'idées, c'est aussi la mondialisation qui fut le plus souvent invoquée pour justifier la nécessité de moderniser les bases conceptuelles du droit international privé[450]. Le droit international privé, le cyberespace et la mondialisation sont donc intimement reliés et se nourrissent mutuellement[451].

Si les défis que posent le cyberespace et la mondialisation en droit international privé sont si proches, c'est parce qu'il existe un lien indéniable entre le développement des règles de conflits et les changements dans les structures sociales :

> [c]*hanges in private international law rules and approaches are not arbitrary, nor do they necessarily indicate progression in the development of more sophisticated techniques, nor indeed do they indicate a full circle, a cyclical history. Instead, private international law theories, rules and approaches are reflections of and responses to changes in their theoretical and social context.*[452]

À une époque où le cyberespace n'existait pas encore, le professeur Kalo faisait un constat similaire : « *Jurisdictional development in the past has been the result of the interaction of social, economic, political and philosophical conditions as well as technological improvement. What these conditions will be in the future is unknown* […] »[453]. Pour le professeur Wai, le droit international privé n'est pas seulement à la remorque

---

[449] Slane, *supra* note 6 à la p 129. Voir aussi Kyselovská, *supra* note 11; Fauvarque-Cosson, *supra* note 3 à la p 68.
[450] Gosnell, *supra* note 26 à la p 345.
[451] Slane, *supra* note 6 à la p 129; Roosevelt III, *supra* note 6 à la p 1815. « […] *"Internet issues are often, in the end, merely examples of the stresses of globalization." Disputes over international jurisdiction concerning subjective subject-matter disputes demonstrate that it is impossible to extricate international legal decision-making from the politico-economic and cultural aspects of globalization. The Internet throws into relief the diversity and dissonance of the perspectives that characterize our world, and in doing so heightens the difficulties autonomous nations face in striving to define themselves; forcing the international community "to face anew the tension between pluralism and order"*». Matthew Fagin, « Regulating Speech Across Borders : Technology vs. Values », Commentaire, (2003) 9:2 Mich Telecomm Tech L Rev 395 à la p 437.
[452] Mills, *supra* note 38 à la p 3.
[453] Kalo, *supra* note 307 à la p 1195. « *The development and evolution of quasi in rem and in personam jurisdiction principles are in large part a reflection of the constant societal adjustment to the winds of change which have always swept this country. The continual interplay of the nation's physical setting,*

de ces phénomènes, mais peut aussi y prendre part plus activement, se faisant *vecteur* de ceux-ci[454]. En admettant cette interaction à double sens entre le contexte social et l'évolution du droit international privé, de même que les liens entre le cyberespace et la mondialisation, il devient donc clair que toute solution au problème cyberspatial en droit international privé passe par un examen plus large de la mondialisation[455]. Comme le professeur Wai l'écrivait à propos de la série de jugements de la Cour suprême initiée par l'arrêt *Morguard Investments*, « *the understanding of the international in the tetralogy feeds into, and evidences the importance in a particular legal field of, the debate about how Canadian society should respond to globalization and internationalization* »[456]. Le professeur Berman suggère lui aussi que la mondialisation est intrinsèquement liée aux changements normatifs encourus par le droit international privé. La compréhension de l'effet de ces phénomènes sur les règles de conflits exige donc de tenir compte du contexte social et technologique dans lequel ceux-ci s'inscrivent : « *Such changes reflect, at least to some degree, changes in communications technologies, the rise of trains, automobiles, and airplanes, and the increasing nationalization – and later internationalization – of corporate economic activity* »[457]. Paradoxalement peut-être, les tenants d'une approche classique du cyberespace en droit international privé – à laquelle s'opposait le professeur Berman en écrivant le passage ci-haut – ont eux aussi porté leur attention sur le contexte social et technologique dans lequel se développent les règles de

---

personal economic needs, shifting substantive law and available judicial resources have all contributed to the generation of changes in basic jurisdictional principles. In shaping the principles of jurisdiction and grappling with the forces of change, the courts have reflected the values of the dominant political groups, which generally were also the dominant economic interests. This process can be traced through more than 300 years of American legal history ». *Ibid* aux pp 1147-48.

[454] Wai, *supra* note 16 à la p 117.

[455] L'un des théoriciens les plus importants dans le domaine du droit international privé et de la mondialisation est sans aucun doute le professeur Paul Schiff Berman. Voir surtout Paul Schiff Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism », *supra* note 432; Paul Schiff Berman, « Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interest in a Global Era » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1819; Paul Schiff Berman, « From International Law to Law and Globalization » (2005) 43:2 Colum J Transnat'l L 485; Paul Schiff Berman, « The Globalization of Jurisdiction », *supra* note 5. Au Canada, le professeur Robert Wai a consacré ses études doctorales sur le sujet et a publié une volumineuse remouture de sa thèse de doctorat dans le *Canadian Yearbook of International Law*, sous le titre « In the Name of the International : The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law » : Wai, *supra* note 16.

[456] Wai, *supra* note 16 à la p 119. Par « tétralogie », le professeur Wai fait référence aux arrêts *Morguard Investments*, *supra* note 4; *Amchem Products*, *supra* note 306; *Hunt*, *supra* note 114 et *Tolofson*, *supra* note 30.

[457] Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism », *supra* note 432 à la p 1107. Voir aussi McLachlan, *supra* note 42 à la p 598.

conflits (nous avons vu que c'était le cas du professeur Goldsmith, par exemple[458]). De la même façon, nous avons vu que le critère du lien réel et substantiel ne s'examine pas *ex nihilo,* mais bien *in concreto*, comme le rappelait le juge Lebel de la Cour suprême du Canada[459]; il s'agit ici aussi d'une manifestation bien concrète de l'importance des données sociales et technologiques dans la compréhension des règles dont est composé le droit international privé.

Nous ne croyons pas qu'il soit utile de théoriser le phénomène de la mondialisation. Le terme, nous l'avons dit, est souvent mal défini et mal compris. Comme le professeur Berman le laisse entendre pour justifier une analyse sociologique du droit international privé qui tiendrait compte de la mondialisation, « *I don't really think one needs to be convinced that globalization is a completely new phenomenon to think that this might be an auspicious time to consider the social meanings embedded in conflicts rules* »[460]. Il suffit de postuler l'existence du phénomène. Ce qui importe surtout dans ce mémoire est plutôt de cerner *l'impact* de la mondialisation sur les règles du droit international privé.

De façon générale, les conséquences de la mondialisation sur le développement des règles de droit international privé sont doubles. D'une part, l'interaction grandissante des personnes situées dans des ordres juridiques distincts est de nature à provoquer une augmentation des conflits de lois et de compétence[461], ce qui nous rappelle le problème quantitatif du cyberespace qu'ont évoqué certains des auteurs cités plus haut[462]. D'autre part, la montée en puissance d'une communauté internationale qui édicte des normes internationales provoque la nécessité pour le droit international privé – essentiellement national – de permettre la désignation d'un ordre juridique supranational lorsque cela s'avère nécessaire[463]. Ce sont ces deux conséquences qui ont poussé Paul Schiff Berman,

---

[458] Voir pp 95-96, ci-dessus.
[459] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 35, tel que cité à la p 32, ci-dessus.
[460] Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism », *supra* note 432 à la p 1106.
[461] Basedow, *supra* note 443 à la p 6.
[462] Voir p 44-45, ci-dessus; Kohl, *supra* note 34 aux pp 38-39; Fentiman, *supra* note 158 à la p 189.
[463] Basedow, *supra* note 443 à la p 6. Sur le rôle croissant de cet ordre juridique supranational en droit international privé, voir par ex Black, Blom et Walker, *supra* note 28 aux pp 521-22; Emanuelli, *supra* note 7 aux pp 32-35, no 71-79. L'harmonisation des solutions nationales par la conclusion de traités, la collaboration informelle et le droit comparé jouent aussi un rôle essentiel dans le nouveau droit international privé « mondialisé ». *Ibid* aux pp 26-27, no 58.

par exemple, à suggérer une approche alternative qui dépasse le strict cadre « territorial » ou « national » pour plutôt se concentrer sur les filiations communautaires qui ne sont pas de nature territoriale, de même que sur la possibilité que le droit international privé en tienne compte dans le cadre d'une approche « cosmopolite et pluraliste »[464].

Pour notre part, nous examinerons plutôt comment la transformation du droit international privé canadien survenue parallèlement à l'avènement du cyberespace s'inscrit dans le phénomène de mondialisation que nous venons de décrire, et comment elle traduit des thèmes communs à la fois à la mondialisation et au cyberespace (3.2). Nous analyserons par la suite, dans la dernière portion de ce mémoire, comment les tribunaux se sont servis des outils résultant de la transformation (le critère du lien réel et substantiel) pour résoudre des litiges internationaux qui concernent le cyberespace, et comment ces exemples traduisent les approches décrites précédemment de même qu'une certaine conception du changement dans la règle de conflit (3.3).

3.2 Circulation et intégration : justifications sous-tendant la transformation internationaliste du droit international privé canadien

L'arrêt *Morguard Investments* fut, nous l'avons déjà souligné, le catalyseur de la modernisation du droit international privé canadien à travers l'adoption d'un critère souple et flexible, celui du lien réel et substantiel : « *It is through such a connection that the primary policy objectives underlying the conflict of laws – order and fairness – are achieved* »[465]. Cette modernisation se traduit surtout par une ouverture plus généreuse à l'application de la loi étrangère et à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers en sol canadien[466]; il s'agit en fait d'un assouplissement de la position purement

[464] Voir généralement Paul Schiff Berman, « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism », *supra* note 432; Paul Schiff Berman, « The Globalization of Jurisdiction » *supra* note 5. Selon la professeure Slane, cette approche serait déjà présente dans une certaine mesure en droit international privé canadien. Les tribunaux faisant face au cyberespace ont tendance à raffiner leur méthodologie et exiger « quelque chose de plus » (« *something more* ») que le simple accès au cyberespace pour établir leur compétence. Ce « quelque chose de plus » est une notion qui, toujours selon Slane, ne se fonde pas tant sur l'autorité territoriale que sur l'affiliation communautaire mise de l'avant par Berman : Slane, *supra* note 6 à la p 141.

[465] Tanya J Monestier, « A "Real and Substantial Mess" : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007) 33:1 Queen's LJ 179 à la p 183.

[466] Wai, *supra* note 16 à la p 125.

territorialiste du droit international privé anglais du IX^{e} siècle qu'adoptait jusqu'alors la common law canadienne et qui « tradui[sait] le fait, qui constitue l'un des préceptes fondamentaux du droit international, que les États souverains ont compétence exclusive sur leur propre territoire », empêchant ainsi le droit d'un État d'avoir force exécutoire en dehors du territoire de celui-ci[467]. Pour la Cour suprême du Canada, une telle position d'isolement était devenue intenable dans le monde moderne[468].

Ce ne sont donc pas seulement les *règles* elles-mêmes qui ont été modifiées par l'arrêt *Morguard Investments* mais aussi leurs *paradigmes* : d'une structure conceptuelle et normative bien définie, le droit international privé canadien est progressivement devenu un domaine guidé par les principes[469] – en somme, un système axé sur la fin plutôt que les moyens[470]. À l'image de ce changement de paradigme, l'importance de l'arrêt *Morguard Investments* réside moins dans sa *ratio decidendi* – la reconnaissance et l'exécution en Colombie-Britannique du jugement albertain selon le critère du lien réel et substantiel – que dans sa manière de justifier le processus de changement qu'elle déclenchait[471]. Ce sont justement ces justifications qui nous intéresseront ici, bien plus que la teneur du critère du lien réel et substantiel, produit de la démarche canadienne d'ouverture à l'internationalisme en droit international privé. À cet égard, les professeurs Black, Blom et Walker identifient deux justifications principales à l'ouverture internationaliste de la Cour dans l'arrêt *Morguard Investments*.

---

[467] *Morguard Investments*, *supra* note 4. Voir aussi Houde, *supra* note 25 à la p 3.

[468] Au Québec, l'urgence d'un remède était amoindrie du fait que le droit international privé de la province s'est fondé sur une théorie des statuts (réel ou personnel) dont le territorialisme n'était pas aussi « rigoureux » : Emanuelli, *supra* note 7 à la p 26, no 55. Le territorialisme a toutefois toujours été présent au Québec également, surtout à l'époque antérieure au nouveau *Code civil*, les juges québécois invoquant aujourd'hui de plus en plus la courtoisie internationale pour soutenir leurs verdicts : *ibid* à la p 29, no 64-65.

[469] Black, Blom et Walker, *supra* note 28 aux pp 499-500. Les auteurs soulignent que cette évolution dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en common law a influencé dans une certaine mesure l'approche des tribunaux québécois, mais selon eux, l'évolution a été moins profonde en raison de la cristallisation des principes dans le *Code civil* en 1994. *Ibid*. Il n'en demeure pas moins qu'au Québec comme ailleurs, il faille « appliquer le droit international privé dans une perspective téléologique », et ainsi « garder entre [l]es divers principes un sage équilibre ». Goldstein et Groffier, *supra* note 38 aux pp 42-43, no 20.

[470] C'est d'ailleurs précisément ce qui suscite les critiques à l'encontre du lien réel et substantiel, qui aurait transformé des règles claires et bien définies en un concept vague et incertain, susceptibles d'applications dont le résultat varie de façon intolérable selon les cas d'espèce. Voir généralement Blom et Edinger, *supra* note 41; Castel, « The Uncertainty Factor », *supra* note 101.

[471] Black, Blom et Walker, *supra* note 28 la p 500.

La première justification est la courtoisie internationale[472], qu' « il faut […] considérer non pas comme un ensemble de règles bien définies, mais comme une attitude de respect et de déférence envers d'autres États et, au Canada, envers d'autres provinces et leurs tribunaux »[473]. Concept cher à la tradition anglo-saxonne[474], la courtoisie internationale a cependant aussi inspiré la réforme du droit international privé québécois de même que son application[475].

La seconde justification est la facilitation de la circulation des personnes et des biens :

> Le monde a évolué depuis que les règles précitées ont été formulées dans l'Angleterre du XIX^e^ siècle. Les moyens modernes de déplacement et de communication font ressortir le caractère purement local d'un bon nombre de ces préoccupations du XIX^e^ siècle. Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. [nos soulignements] [476]

---

[472] *Morguard Investments*, *supra* note 4 à la p 1096; Black, Blom et Walker, *supra* note 28 à la p 500. Plus précisément, la définition de la courtoisie internationale retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morguard Investments* est celle de l'arrêt *Hilton v Guyot*, 159 US 113 (US 1895), qui avait d'ailleurs déjà été citée par la Cour dans *Spencer c La Reine*, [1985] 2 RCS 278 à la p 283 : « La « courtoisie » au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois ». *Hilton v Guyot*, 159 US 113 aux pp 163-64 (US 1895).

[473] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 74.

[474] Voir Adrian Briggs, « The Principle of Comity in Private International Law » (2012) 354 Rec des Cours 65.

[475] C'est d'ailleurs ce que nous avions évoqué aux pp 36-38, ci-dessus, lorsqu'il était question de l'importance en droit québécois du critère du lien réel et substantiel (et de ses objectifs, notamment la courtoisie internationale). « Malgré ces limites, la courtoisie demeure considérée comme un principe directeur utile pour l'application des règles de droit international privé […] Comme les dispositions du C.c.Q. et du C.p.c. ne renvoient pas directement aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et qu'au mieux ces principes y sont vaguement définis, il est important de souligner que ces derniers ne constituent pas des règles contraignantes en soi. Elles servent plutôt de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé et renforcent le lien étroit entre les questions en litige » : *Spar Aerospace*, *supra* note 120 aux para 17 et 23. Sur le principe de courtoisie internationale et sa mise en œuvre en droit international privé québécois, voir Emanuelli, *supra* note 7 aux pp 24-26, no 51-55; Lussier, *supra* note 31 aux pp 425-26; *Spar Aerospace*, *supra* note 120 aux para 15-19. Sur l'importance des arguments de droit international public en droit international privé canadien, voir généralement Wai, *supra* note 16.

[476] *Morguard Investments*, *supra* note 4 à la p 1096; Black, Blom et Walker, *supra* note 28 à la p 500.

Plus précisément, la libre circulation des personnes et des biens serait facilitée par des règles de conflits qui réduisent les frictions entre États. Ces frictions peuvent être réduites en admettent plus facilement l'application d'une loi et la compétence d'un tribunal étrangers (de même qu'en reconnaissant davantage de jugements étrangers) plutôt que de promouvoir la loi et le tribunal du for au nom de la souveraineté, dans des situations qui possèdent pourtant un lien ténu avec le for. Dans ce contexte, la règle de conflit est conçue comme un vecteur pour l'abandon du protectionnisme et la promotion du libre-échange, des objectifs économiques[477].

Pour le professeur Wai, les mots « extraordinaires » de la Cour quant à la libre circulation des personnes et des biens seraient parmi les plus importants jamais prononcés par un tribunal canadien sur la nature de la communauté internationale contemporaine[478]. Le professeur Black est toutefois moins enthousiaste et souligne que l'objectif économique tel qu'énoncé par la Cour suprême (c'est-à-dire le libre marché) est unidimensionnel et que les défis parallèles qu'implique le libre marché (travail, culture, environnement, protection du consommateur, moralité) sont ignorés[479].

Quoi qu'il en soit, il est indéniable que des deux justifications relevées par les professeurs Black, Blom et Walker, la circulation (ou mobilité) est certainement de la plus importante pour nos fins, puisque comme nous l'avons vu[480], elle constitue aussi l'un des points communs de la mondialisation et de sa déclinaison cyberspatiale. À cela s'ajoute aussi la notion d'intégration des communautés dans un ordre mondial, qui découle aussi des mots du juge La Forest dans l'arrêt *Morguard Investments* et qui réfère implicitement au langage du cyberespace, lieu de rencontre de communautés qui auraient autrefois été moins susceptibles de se côtoyer par les canaux de communication qui existaient alors.

---

[477] Black, Blom et Walker, *supra* note 28 à la p 505.
[478] Wai, *supra* note 16 à la p 125. De fait, de nombreux tribunaux inférieurs ont subséquemment repris cette portion des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Morguard Investments* : Black, Blom et Walker, *supra* note 28 aux pp 505-506.
[479] Black, Blom et Walker, *supra* note 28 aux 505-506.
[480] Ci-dessus, pp 110-14.

Explicites dans le jugement de la Cour, ces deux thèmes – circulation et intégration – recoupent aussi d'autres thèmes qu'a identifiés le professeur Wai dans sa thèse sur l'internationalisme en droit international privé canadien. Parmi ces thèmes se trouvent la promotion du cosmopolitisme et le rejet du strict intérêt local en droit international privé, arguments qui doivent leur bien-fondé aux changements dans les communications, les transports, l'immigration et les marchés… des changements étroitement associés à la mondialisation[481]. Ce n'est donc pas un hasard si, dans l'arrêt *Morguard Investments*, la Cour cite Von Mehren et Trautman, qui parlent d'un monde « extrêmement complexe et intimement lié »[482], de même que Yntema, pour qui « l'économie mondiale hautement intégrée » est au cœur de l'esprit qui doit animer le droit international privé dans la formulation de ses règles de conflits[483]. Yntema identifiait d'ailleurs l'intégration et la diversité comme les deux fondements culturels à la source du problème de conflit des lois, et l'amélioration constante des moyens de communication par l'innovation scientifique comme variable de la diversification de l'économie que devait coordonner le droit international privé :

> *The operation of the correspondingly diversified economy depends upon commerce, upon exchange of goods and diffusion of ideas through the constantly improved means of transport and communication provided by scientific invention.*[484]

Il est « significatif » que la Cour suprême évoque d'illustres auteurs américains tels que Yntema[485], puisque les théories américaines du droit international privé ont indirectement influencé la modernisation de la méthodologie conflictuelle. Elles ont notamment contribué à l'abandon de la prétendue neutralité du droit international privé et à la

[481] Wai, *supra* note 16 à la p 161.
[482] Arthur T von Mehren et Donald T Trautman, « Recognition of Foreign Adjudications : A Survey and a Suggested Approach » (1968) 81:8 Harv L Rev 1601 à la p 1603, tel que cité dans *Morguard Investments*, *supra* note 4 à la p 1097.
[483] Yntema, « The Objectives of PIL » *supra* note 265 à la p 741, tel que cité dans *Morguard Investments*, *supra* note 4 à la p 1097. Le même passage est aussi cité dans l'arrêt *Van Breda*, *supra* note 43 au para 74.
[484] Hessel E Yntema, « The Historic Bases of Private International Law » (1953) 2:3 Am J Comp L 297 à la p 297 [Yntema, « The Historic Bases of PIL »].
[485] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 30, no 15.

reconnaissance d'« objectifs sociaux » dans sa méthodologie[486]. D'ailleurs, des parallèles peuvent être tracés entre les justifications fournies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morguard Investments* et celles fournies par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hanson* en 1958, au sujet de l'adoption du test des contacts minimaux de l'arrêt *International Shoe* treize ans plus tôt :

> *As technological progress has increased the flow of commerce between States, the need for jurisdiction over nonresidents has undergone a similar increase. At the same time, progress in communications and transportation has made the defense of a suit in a foreign tribunal less burdensome. In response to these changes, the requirements for personal jurisdiction over nonresidents have evolved from the rigid rule of Pennoyer v. Neff [référence omise] to the flexible standard of International Shoe Co. v. Washington.* [référence omise] [nos soulignements][487]

L'arrêt *International Shoe* marquait un assouplissement des règles strictes qui prévalaient auparavant et qui se fondaient surtout sur la présence du défendeur dans l'État en question[488]. L'on conclut donc du passage ci-haut que cet assouplissement intervint pour des motifs similaires à ceux invoqués au Canada dans l'arrêt *Morguard Investments*[489].

Les thèmes sous-jacents à l'arrêt *Morguard Investments* (et à l'arrêt *International Shoe*) ont marqué l'évolution subséquente du droit international privé canadien et furent mis de

---

[486] *Ibid*. L'on peut penser ici à la protection de la partie vulnérable (le consommateur ou le travailleur, par exemple).

[487] *Hanson*, *supra* note 307 aux pp 250-51. Voir aussi Kalo, *supra* note 307 à la p 1185; Scott, *supra* note 307 à la p 702. Au surplus, nous avons vu à la p 76, ci-dessus, que les justifications derrière l'arrêt *International Shoe*, telles qu'exprimées dans l'arrêt *Hanson*, furent instrumentalisées par la Cour de district de Pennsylvanie pour justifier dans l'affaire *Zippo* un nouveau test jurisprudentiel qui correspondrait au « super-réseau global » du cyberespace.

[488] *Pennoyer v Neff*, 95 US 714 (US 1878).

[489] Voir Dunham, *supra* note 298 à la p 561. Un célèbre rapport de l'*American Bar Association* publié en 2000 faisait remarquer la même chose : « *Long before the Internet, however, societal changes made the purely territorial jurisdictional universe unworkable. Populations became mobile, and more economic enterprises developed multi-state or multi-national businesses. Inter-sovereign contact became common, and it was necessary to develop jurisdictional rules to deal with defendants whose past presence in a state or whose activities outside the state had caused effects within the states.* […] *Whether* [cyberspace] *will require a normative rethinking of jurisdictional principles similar to that which occurred in the middle of the twentieth century is at the heart of much of the current consideration of effective Internet dispute resolution* ». American Bar Association, « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace : A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet » (2000) 55:4 Bus Law 1801 à la p 1810 [*Rapport de l'ABA*]. Voir aussi le résumé de Richard Paul Salis, « A Summary of the American Bar Association's (ABA) Jurisdiction in Cyberspace Project », en ligne : (2001) 7:1 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org>, particulièrement au para 13 concernant le passage du *Rapport de l'ABA* cité ci-haut.

l'avant à maintes reprises par la Cour suprême. Qu'il nous suffise de mentionner l'arrêt *Tolofson*, dans lequel le juge La Forest se justifie en évoquant « la facilité de voyager dans le monde moderne et l'émergence d'un ordre économique mondial »[490], de même que l'arrêt *Hunt*, dans lequel est évoquée « l'époque moderne où les opérations internationales impliquent une circulation constante de produits, de richesses et de personnes partout dans le monde »[491]. Dans l'arrêt *Van Breda*, le juge Lebel désigne la « facilit[ation] [d]es échanges et [d]es communications entre les personnes de différents ressorts et régimes juridiques » comme étant le but d'un système moderne de droit international privé[492], tandis que dans l'arrêt *Éditions Écosociété*, il est question de la mondialisation qui « amène le don, parfois empoisonné, d'ubiquité. Un acte que l'on pose chez soi peut maintenant se répercuter à l'échelle mondiale »[493].

Les mêmes considérations ont imprégné la codification du droit international privé québécois au moment de la réforme du *Code civil*. Comme l'indique Louise Lussier,

> [i]l serait étonnant que le législateur québécois, en entreprenant de codifier une partie des règles de droit international privé, ait ignoré cette réalité. Les dispositions du Livre X sur le droit international privé ont été précisément élaborées pour créer un ordre juridique moderne et ouvert aux échanges et aux mouvements de personnes et de biens, de manière ordonnée et non chaotique.[494]

Rappelons enfin qu'en dépit du fait que l'arrêt *Morguard Investments* fut rendu dans le cadre d'un litige interprovincial, la Cour a subséquemment reconnu qu'« il est devenu aussi impérieux à l'échelle internationale qu'à l'échelle interprovinciale de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre »[495]. Les thèmes auxquels nous avons fait référence et qui ont guidé la Cour suprême dans la

---

[490] *Tolofson*, *supra* note 30 à la p 1051.
[491] *Hunt*, *supra* note 114 à la p 322. Voir aussi *Beals*, *supra* note 105 au para 21. « [L]es litiges, comme le commerce, ont pris de plus en plus un caractère international » : *Amchem Products*, *supra* note 306 au para 20.
[492] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 74.
[493] *Éditions Écosociété*, *supra* note 50 au para 1.
[494] Lussier, *supra* note 31 à la p 423.
[495] *Beals*, *supra* note 105 au para 26.

redéfinition du droit international privé sont donc les mêmes, peu importe le contexte dans lequel s'inscrit un litige.

Nous avons démontré jusqu'ici que le thème de la circulation des personnes et des biens, de même que celui de l'intégration des communautés, imprègne la transformation des règles de conflits canadiennes depuis les années 1990. Or, quelques années seulement séparent ce moment de celui où les juristes ont estimé nécessaire de se débarrasser de certains de ces « principes établis », qui ne convenaient pas, selon eux, à la nature du cyberespace. Comment expliquer cette rupture des concepts en l'espace de si peu de temps ?

Selon nous, c'est précisément parce que les « principes établis » que l'on a déclarés non conformes au cyberespace n'étaient eux-mêmes pas très bien établis (vu leur formulation toute récente au Canada) qu'il apparaît aujourd'hui si difficile d'adopter une approche cohérente du cyberespace en droit international privé. Or, le cyberespace n'est en somme qu'un outil ayant contribué à la mondialisation en repoussant un peu plus l'importance des frontières, ce qui a favorisé à la fois la libre circulation et l'intégration des communautés à l'échelle internationale. C'est précisément pour cette raison que les thèmes de circulation et d'intégration propres à la transformation du droit international privé sont demeurés aussi pertinents dans le nouveau monde cyberspatial. Autrement dit, il est clair que la transformation du droit international privé canadien dans les années 1990 s'est effectuée dans une perspective similaire à celle ayant accompagné l'avènement et le développement du cyberespace, même si elle ne pouvait pas nécessairement le prévoir. Les thèmes de la circulation et de l'intégration ne sont donc au fond qu'une référence anticipée à l'évolution des moyens technologiques, et c'est pour cette raison que les écrits de Yntema, par exemple, nous apparaissent encore aujourd'hui pertinents lorsqu'ils évoquent les « moyens de transport et de communication sans cesse améliorés que nous procure l'innovation scientifique » [notre traduction][496]. Comme le note un juge albertain, c'est ce que le juge La Forest avait en tête lorsqu'il a exprimé le besoin du droit

[496] Yntema, « The Historic Bases of PIL », *supra* note 484 à la p 297.

international privé de s'éloigner des principes territorialistes développés à une époque désormais révolue :

> [une usine, des bureaux, une équipe de vente ou de la publicité, NDLR] *are the traditional hallmarks of carrying on business in a particular geographic territory and that is one of the ways that Courts have traditionally tested whether there is a real and substantial connection. What the Supreme Court of Canada has made clear is that the way in which people carry on business has changed significantly from the time when the old rules governing this issue were developed. In this decade it is possible to provide your product to consumers and get paid for that product in places like the Plaintiff's Territory without ever having any physical presence in that geographic territory – it can all be done by electronic means. I am satisfied that Justice La Forest was cautioning judges to recognize that there are no rigid tests that apply and there should be no mechanical counting of concrete connections between a proposed defendant and the geographic territory in question*. [nos soulignements][497]

Ainsi, les allusions à l'évolution des moyens de transport et de communication dans l'arrêt *Morguard Investments* rendent les thèmes sous-tendant la réforme du droit international privé canadien particulièrement flexibles et adaptés à tous les modes de communication / vecteurs mondialisateurs, y compris le cyberespace. Nous trouvons une preuve de cela dans les propos de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Libman* (rendu en 1985), une affaire criminelle de fraude par téléphone où la Cour avait établi la nécessité d'un lien « réel et important » entre l'infraction et le pays[498] et souligné que « l'opération en l'espèce se situ[ait] à la fois ici et à l'autre endroit »[499]. Or, c'est précisément ces paroles qui furent reprises par la Cour pour qualifier le cyberespace dans l'arrêt *SOCAN* que nous examinerons ci-dessous[500]. Des principes similaires ont donc été appliqués à des médias qui, au surplus, ont eux-mêmes été qualifiés de façon similaire. Il s'en suit forcément que les principes conviennent à l'ensemble de ces outils. Le tout est corroboré par les propos d'un juge manitobain qui plaçait sur un pied d'égalité le

---

[497] *WIC Premium Television Ltd v General Instruments Corp*, 1999 ABQB 460.
[498] *Libman*, *supra* note 103 au para 74. Voir aussi Trudel et al, *supra* note 60 à la p 4-34.
[499] *Ibid* au para 63.
[500] *SOCAN*, *supra* note 49 aux para 58-59; Voir pp 125-28, ci-dessous.

téléphone, le fax et le cyberespace et suggérait que chacun de ces trois médias entraînait des difficultés dans l'application du critère du lien réel et substantiel :

> *It is often difficult to determine the issue of "real and substantial connection" in relation to many modern business transactions because those transactions are, increasingly, being conducted by telephone, fax and/or over the Internet so that the parties do not have to leave their respective places of business to conclude contracts and carry out many business and service functions.*[501] [nos soulignements]

Quant au phénomène de l'infonuagique, nous observons que les organismes dont la portée du mandat réglementaire est susceptible d'inclure l'utilisation de cette technologie (par exemple, au Canada, le Commissariat à la protection de la vie privée) font eux aussi appel au critère du lien réel et substantiel afin d'évaluer leur compétence à exercer ce mandat[502]. Le phénomène de l'infonuagique est donc aussi compris dans l'ensemble des modes de communication envisagés par le droit international privé.

De tels arguments sont manifestement liés à l'approche classique du cyberespace en droit international privé, comme le démontrent les critiques du professeur Goldsmith à l'égard de la position de Johnson et Post sur la gouvernance du cyberespace. Le professeur Goldsmith soutient en effet que Johnson et Post s'appuient sur une perspective territorialiste du conflit de lois – la primauté de la *lex fori* – pour avancer que les États n'ont aucune légitimité dans le cyberespace. Or, rappelle-t-il, cette perspective strictement territorialiste aurait été rejetée au XX^{e} siècle. Le droit international privé s'est ainsi transformé en admettant que l'uniformité d'une perspective territorialiste était impossible et qu'il était désormais nécessaire de reconnaître que plus d'une juridiction pouvaient prétendre gouverner une relation privée internationale, notamment parce que les changements dans les modes de transport, de communication et d'activités

[501] *Craig Broadcast Systems inc v Frank N Magid Associates inc* (1997), 7 CPC (4th) 319 (Man QB), [1997] MJ no 106 (QL) au para 23. Il s'agit en ce sens d'une allusion à la complexité inhérente aux litiges privés internationaux que soulignaient les professeurs Goldsmith et Stein et que nous avons examiné aux pp 94-95, ci-dessus : Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19; Stein, *supra* note 37.

[502] Voir par ex Rapport *Visez les nuages*, *supra* note 9 : « Le critère du lien réel et substantiel doit être abordé sous l'angle d'une flexibilité réglée par des principes; bien que la jurisprudence établisse un certain nombre de facteurs pouvant être pris en compte pour faire une telle évaluation, la liste n'est pas exhaustive et aucun des facteurs n'est en soi déterminant — l'évaluation du lien doit plutôt être réalisée au cas par cas. » [nos soulignements].

commerciales ont, ensemble, multiplié le nombre de relations privées dites « internationales »[503]. Pour le professeur Goldsmith, cela suffisait à disposer du problème de la légitimité étatique dans le cyberespace. Nous croyons qu'il s'agit d'une juste perspective de la portée de la réforme du droit international privé et de l'impact de l'abandon du territorialisme sur le traitement juridique de nouvelles technologies dans cette discipline.

Nous examinerons maintenant certaines des décisions canadiennes qui se sont attardées à la mise en œuvre du critère du lien réel et substantiel et de ses thèmes sous-jacents dans le contexte du cyberespace. Nous tirerons les conclusions qui s'imposent quant à l'applicabilité des règles classiques au cyberespace, et nous conclurons ce mémoire par des observations d'ordre général sur l'état actuel de la discipline et son avenir à l'égard des nouvelles technologies.

3.3 Place du cyberespace dans le nouvel internationalisme du droit international privé canadien

La plupart des décisions judiciaires impliquant le cyberespace et le droit international privé font référence d'une façon ou d'une autre au critère du lien réel et substantiel. Certes, les cas évoquant le cyberespace et les conflits de lois et de compétence *purs* sont peu nombreux au Canada[504]. Cependant, des enseignements peuvent aussi être tirés de la

---

[503] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 aux pp 1206-1208. Voir aussi Houde, *supra* note 25 aux pp 8-9. Contra Post, « Against "Against Cyberanarchy", *supra* note 221 aux pp 1369-71. Toujours selon Goldsmith, l'école réaliste de Walter Wheeler Cook aurait aussi contribué au constat que, par définition, toute situation à laquelle le droit international privé a vocation de s'appliquer comporte des liens avec plus d'un État, faisant ainsi tanguer la doctrine de la stricte *lex fori*. Enfin, l'école positiviste aurait miné l'utilisation de sources juridiques non étatiques – *lex mercatoria*, droit maritime, etc. – qui, en édictant une seule et même loi uniforme, auraient pu écarter la nécessité de faire appel au droit international privé. Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19 aux pp 1206-1208. Sur le dernier point, voir aussi Goldstein et Groffier, *supra* note 38 aux pp 33-34, no 16. « [D]u point de vue de la théorie juridique, le *positivisme normatif* de Kelsen, imprégnant la doctrine de certains auteurs modernes (P. Mayer, W. Goldschmidt, etc.), explique assez adéquatement la problématique du droit international privé. Ainsi, le caractère systématique et complet, sans lacune, de chaque « ordre juridique », formé d'une pyramide de règles expresses ou implicites et de décisions fondant leurs solutions sur ces deux types de normes, est le présupposé central de la majorité des doctrines de droit international privé […] [E]n l'absence de juge supra-étatique, le juge se sert du seul élément rationnel de la norme étrangère, sans importer son élément impératif » [italiques dans l'original]. *Ibid*. L'échec de l'approche matérielle s'expliquerait donc ainsi.

[504] Nous n'en avons d'ailleurs recensé aucun au Québec, hormis le « faux » cas de l'affaire *Dell Computer*, *supra* note 80. Les hypothèses doctrinales sur l'applicabilité des facteurs de rattachement du *Code civil du*

portée extraterritoriale des lois canadiennes à l'égard du cyberespace, une situation proche des règles de conflits de lois dites *unilatérales*[505]. En raison de sa mention du critère du lien réel et substantiel, l'arrêt *SOCAN*[506] est donc d'un intérêt indéniable. Après en avoir fait état (3.3.1), nous explorerons les cas évoquant directement un conflit de lois ou de juridictions (3.3.2)[507].

3.3.1 Arrêt *SOCAN* et portée extraterritoriale du droit canadien

Le cas le plus célèbre d'application du critère du lien réel et substantiel dans le contexte d'un litige qui concerne le cyberespace – et celui qui fait autorité – est l'arrêt *SOCAN* de la Cour suprême du Canada, rendu en 2004[508]. L'arrêt concernait l'autorité de la Commission du droit d'auteur d'imposer le tarif 22 aux fournisseurs d'accès internet, ce qui aurait emporté pour eux l'obligation de payer des redevances sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d'un autre pays au moyen de l'Internet[509]. Cela soulevait le problème de l'application extraterritoriale de la *Loi sur le droit d'auteur*[510] à des communications avec des individus et des entités qui ne se situent pas tous au Canada (par exemple, dans le cas où le serveur hôte est situé hors du pays). Pour huit des neuf juges de la Cour, une communication effectuée par l'internet – à partir du Canada ou vers le Canada – « se situe à la fois ici et à l'autre endroit »[511]. L'application extraterritoriale de la *Loi sur le droit d'auteur* est possible dans ces circonstances, mais dépend de l'existence d'un certain lien entre le Canada et la communication en question :

Québec au cyberespace sont toutefois plus nombreuses. Voir par ex Guillemard, *supra* note 12; Castel, « Internet », *supra* note 49. Nous expliquons pourquoi il en est ainsi aux pp 133-34, ci-dessous.

[505] Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 417. Voir aussi la définition de Couglan et al, *supra* note 419 aux pp 30-31.

[506] *SOCAN*, *supra* note 49. Sur l'arrêt *SOCAN* et le critère du lien réel et substantiel en droit international privé, voir notamment Slane, *supra* note 6 aux pp 148-49; Blom et Edinger, *supra* note 41 aux pp 410-15.

[507] Pour la professeure Slane, il est possible de traduire ces décisions judiciaires en une dichotomie entre simplicité et complexité : la simplicité prend la forme d'une méthodologie fondée sur des règles « simples et uniformes » (par exemple, la *lex loci delicti*) qui font appel à la technologie pour localiser l'activité transnationale, alors que la complexité prend la forme d'une méthodologie fondée sur des tests à facteurs multiples, notamment celui du lien réel et substantiel. Slane, *supra* note 6 aux pp 144-50.

[508] *SOCAN*, *supra* note 49.

[509] *Ibid* au para 1, juge Binnie.

[510] *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42 [*Loi sur le droit d'auteur*].

[511] *Ibid* au para 59, juge Binnie. C'est le passage de l'arrêt *Libman* que nous évoquions à la p 116, ci-dessus. L'on note aussi des ressemblances avec la figure narrative du « *here, there (and everywhere)* » identifiée par la professeure Slane : Slane, *supra* note 6 aux pp 140-44.

> L'applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d'autres pays dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux principes d'ordre et d'équité qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations transfrontalières.[512]

Pour la majorité, la présence d'un tel lien doit être déterminée à l'aide du critère du lien réel et substantiel développé dans l'arrêt *Morguard Investments* : « l'existence d'un lien réel et important avec le Canada suffit pour que notre *Loi sur le droit d'auteur* s'applique aux transmissions Internet internationales conformément au principe de la courtoisie internationale et aux objectifs d'ordre et d'équité »[513]. C'est ce lien qui guide le choix des facteurs de rattachements pertinents à chaque situation : « [e]n ce qui concerne l'Internet, le facteur de rattachement pertinent est le *situs* du fournisseur de contenu, du serveur hôte, des intermédiaires et de l'utilisateur final. L'importance à accorder au *situs* de l'un d'eux en particulier varie […] » selon les circonstances[514]. Le résultat est que la *Loi sur le droit d'auteur* est soumise à la fois au principe de territorialité (c'est-à-dire qu'elle ne s'applique qu'à des activités ayant lieu au Canada[515]) et à celui du lien réel et substantiel (c'est-à-dire que l'activité n'a lieu qu Canada que s'il existe un lien réel et substantiel avec celui-ci)[516].

Ces passages de l'arrêt *SOCAN* sont cruciaux pour la compréhension de ce que représente le cyberespace en droit international privé : ils démontrent que, tout comme dans le

---

[512] *Ibid* au para 57, juge Binnie.
[513] *Ibid* au para 60, juge Binnie.
[514] *Ibid* aux para 60 et 77, juge Binnie. Dans un autre cas concernant plutôt un nom de domaine, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué ces facteurs de rattachement par analogie : « *By analogy, in this case the connecting factors favouring location of the domain name in Ontario are the location of the registrant of the domain name, as well as the location of the registrar and the servers as intermediaries* ». *Tucows.com Co v Lojas Renner SA*, 2011 ONCA 548 aux para 70-71 [*Tucows.com*].
[515] « *Copyright law, like all major forms of intellectual property law, is a creation of statute and is strictly territorial in operation. Each country attaches copyright to works according to its own laws and provides remedies for infringement that takes place within the country* ». Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 411.
[516] Castel et Walker, *supra* note 82, ch 24 à la p 24-2, tel que cité dans *Re Collective Administration of Performing Rights and of Communication Rights*, [2009] CBD no 4 au para 68 (Can CB) (QL). Sur l'interaction entre les deux principes, voir aussi *Layette Minimôme inc c Jarrar*, 2011 QCCS 1743 aux para 39-46. Voir aussi Alexander Peukert, « Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law » dans Günther Handl et Joachim Zekoll, dir, *Beyond Territoriality : Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden (Pays-Bas); Boston (Mass), Brill Academic Publishers, 2012 [à paraître]; James J Fawcett et Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2e éd, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2011.

monde « réel », le critère du lien réel et substantiel agit comme principe sous-jacent aux facteurs de rattachements dans le cyberespace. Le tout s'aligne parfaitement avec le mécanisme décrit dans l'arrêt *Van Breda*[517], c'est-à-dire l'influence du lien réel et substantiel comme principe directeur qui gouverne le contenu des règles de conflits du droit international privé (c'est-à-dire les facteurs de rattachements).

Plus important encore, les mêmes thèmes de circulation et d'intégration développés dans des affaires de droit international privé « classique » sont abordés par la Cour dans l'arrêt *SOCAN*. Le juge Binnie reprend en effet mot pour mot les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Tolofson*. Il conclut ainsi que le législateur n'est pas présumé avoir voulu légiférer de façon extraterritoriale « parce qu'étant donné la facilité de voyager dans le monde moderne [circulation, NDLR] et l'émergence d'un ordre économique mondial [intégration, NDLR], la situation deviendrait souvent chaotique si le principe de la compétence territoriale n'était pas respecté »[518]. Il semble donc clair que si la Cour ne nie pas les complexités du cyberespace, elle s'en remet néanmoins aux principes directeurs développés par le droit international privé pour venir à bout de ces complexités[519]; en

---

[517] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 74.

[518] *SOCAN*, *supra* note 49 au para 54, juge Binnie, citant *Tolofson*, *supra* note 30 à la p 1051.

[519] Le juge Lebel, dissident dans l'arrêt *SOCAN*, attaque précisément cette portion des motifs de la majorité consacrés au critère applicable aux fins de la localisation d'une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour le juge Lebel, la majorité transforme le critère du lien réel et substantiel – un critère formulé « en fonction des exigences de la fédération canadienne » – en principe d'interprétation législative : *SOCAN*, *supra* note 49 au para 147, juge Lebel. Pour lui, « la seule question est de savoir si le législateur a voulu que la Loi s'applique au-delà des frontières » : *ibid* au para 148, juge Lebel. C'est donc en interprétant la *Loi sur le droit d'auteur* à lumière des traités internationaux que le juge Lebel dégage le serveur hôte comme principal facteur de localisation de la communication au sens de la loi et estime inopportune l'instrumentalisation du critère du lien réel et substantiel dans de telles circonstances. Nous avons de la difficulté à suivre les traces du juge Lebel. Nous avons déjà évoqué le consensus à l'effet que le rattachement aux serveurs était un procédé juridique peu convaincant aux fins de la méthodologie conflictuelle, car trop technique et susceptible de lier le litige à des États qui ont peu à voir avec celui-ci : *supra*, n 96, 97 et texte correspondant. Certes, la nature juridique du problème dans *SOCAN* est différente – un cas de « règle de conflit unilatérale » selon les professeurs Blom et Edinger – (Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 417), mais les conséquences d'un tel critère seraient semblables en cette matière. De plus, l'application du critère du lien réel et substantiel que prône la majorité n'exclut pas pour autant la rétention du situs du serveur hôte comme facteur de rattachement principal dans certains cas d'espèce où il conviendrait de procéder ainsi. Celui-ci figure en effet parmi les facteurs de rattachement jugés pertinents : *SOCAN*, *supra* note 49 au para 60, juge Binnie. D'ailleurs, dans l'arrêt *Tucows.com*, *supra* note 514, la Cour d'appel de l'Ontario a retenu le lieu des serveurs du registraire du nom de domaine parmi les facteurs de rattachement pertinents en application de l'arrêt *SOCAN* : *ibid* au para 71. Certains ont d'ailleurs relevé que c'est ce qui risquait la plupart du temps de se produire pour des raisons pratiques et en raison des ressources limitées du Bureau du droit d'auteur : « *In the end, the situs of the host server may have to be the basic criterion after all. The* SOCAN *decision goes to great trouble to tell the Copyright Borad that the*

somme, elle accomplit ce que le professeur Goldsmith proposait dans *Against Cyberanarchy* lorsqu'il soulignait la complexité non distinctive du cyberespace en droit international privé[520]. Ceci étant dit, la Cour le fait peut-être inconsciemment puisqu'elle ne semble pas pouvoir s'empêcher de souligner les difficultés particulières du cyberespace, notamment « [l]a question de la recherche d'un tribunal favorable pour entendre une action intentée relativement à un délit lié à l'Internet » et la montée du commerce électronique[521]. Ce faisant, elle traduit la tendance fâcheuse que nous avons maintes fois évoqué, soit l'absence de démonstration de la spécificité du cyberespace dans la méthodologie du droit international privé.

L'arrêt *SOCAN* est particulièrement intéressant pour nos fins. D'une part, le critère du lien réel et substantiel a été appliqué à un problème d'une nature différente, soit celui de l'application extraterritoriale du droit canadien même si celui-ci n'est pas en conflit avec un autre ordre juridique (ce qui préoccupe traditionnellement le droit international privé) : « [T]*his case cast the issue whether Canadian territorial law applies to Internet transmissions originating outside Canada as a private-international-law problem* »[522]. D'autre part, en appliquant ce critère, la Cour applique indirectement aux litiges concernant le cyberespace la logique d'intégration et de circulation ayant justifié la transformation du droit international privé dans les années 1990. Il s'agit donc en soi d'un bon indicateur de la portée de la transformation du droit international privé canadien, qui couvrirait le cyberespace sans causer davantage de difficultés. Pour valider ce constat, attardons-nous enfin aux litiges ayant trait à un « véritable » conflit, qui sont eux aussi révélateurs.

---

reach of the Copyright Act *is not limited to material communicated via host servers in Canada, but it does not compel the Copyright Borad to go further, and any attempt to go further may encounter severe definitional and practical difficulties* ». Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 415.

[520] Goldsmith, « Against Cyberanarchy », *supra* note 19. Voir aussi ci-dessus, pp 99-101.

[521] *SOCAN*, *supra* note 49 au para 41, juge Binnie.

[522] Slane, *supra* note 6 à la p 148. Voir aussi Blom et Edinger, *supra* note 41 à la p 410. Voir aussi *Lawson c Accusearch inc*, 2007 CF 125, [2007] 4 RCF 314 [*Lawson*], en ce qui a trait à la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5, à la Commissaire à la protection de la vie privée pour enquêter sur une plainte concernant une société américaine qui exploitait un site Web accessible au Canada. La Cour fédérale avait estimé que la Commissaire avait compétence pour mener des plaintes portant sur la circulation transfrontalière des données personnelles dans le cyberespace, mais qu'il ne s'agissait pas pour autant d'une question de conflits de lois : *ibid* aux para 28, 37.

3.3.2 Conflits de lois et de juridictions

Il est en effet assez révélateur que dans la plupart des cas concernant un conflit de lois ou de juridictions dans le cyberespace, les tribunaux évoquent d'une façon ou d'une autre le critère du lien réel et substantiel, de même que ses thèmes et justifications sous-jacentes. Cela laisse encore une fois deviner que dans les années 1990, ces thèmes et justifications ont volontairement été envisagés de façon à générer un critère qui soit apte à couvrir un spectre d'évolution technologique, y compris le cyberespace. Les affaires *Disney Enterprises*[523] et *Desjeans*[524] illustre cette tendance à l'application du critère du lien réel et substantiel. Nous proposons donc de les examiner brièvement.

L'affaire *Disney Enterprises* concernait la reconnaissance et l'exécution en Ontario d'un jugement new-yorkais accordant à plusieurs grands studios américains un montant substantiel de dommages-intérêts pour l'atteinte à leurs marques de commerce et la concurrence déloyale commise par Click Enterprises, une entreprise ontarienne qui exploitait des sites Web permettant de télécharger illégalement des œuvres cinématographiques. Click Enterprises s'était opposé à la requête en reconnaissance et exécution du jugement étranger en alléguant l'absence de compétence du tribunal new-yorkais. S'interrogeant sur la présence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal new-yorkais et le litige en question, la Cour supérieure de l'Ontario relève le caractère volontairement général du critère et estime que « [f]*aced with a deliberately general test, it is appropriate to review the considerations that led to it* »[525]. Si elle note que les nouvelles règles de droit international privé ont été modifiées en raison du besoin de libre circulation des personnes et des biens, elle relève aussi que le cyberespace « peut être problématique » malgré tout[526]. Distinguant le cas d'espèce des circonstances de l'arrêt *Braintech*[527], le tribunal conclut que Click Enterprises dirigeait ses activités commerciales vers les États-Unis et qu'en conséquence, il existait un lien réel et substantiel entre le

[523] *Disney Enterprises*, *supra* note 331.
[524] *Desjeans*, *supra* note 329.
[525] *Disney Enterprises*, *supra* note 331 au para 19.
[526] *Ibid* au para 24.
[527] *Braintech*, *supra* note 320.

litige et le tribunal new-yorkais, qui avait compétence pour rendre le jugement qui fut ultimement reconnu au Canada[528].

Quant à l'affaire *Desjeans*, elle concernait une demande de recours collectif contre Intermix Media, une entreprise américaine qui aurait enfreint la *Loi sur la concurrence*[529] en joignant des logiciels espions (*spyware*[530]) aux logiciels offerts en téléchargement gratuit sur son site Web. Intermix Média s'était opposé à la compétence de la Cour fédérale, notamment au motif qu'elle n'avait dirigé aucune publicité particulière vers des résidents canadiens, qu'elle ne possédait pas de serveurs au Canada et que le Canada ne représentait ultimement que 2,5% à 5,3% de tous les téléchargements sur ses sites Web[531].

Encore une fois, le point de départ de l'analyse du tribunal est la réforme du droit international privé dans les années 1990. La Cour fédérale souligne que cette réforme a justement eu lieu « à la lumière des nouvelles réalités de notre époque »[532] et afin que les règles du droit international privé « restent applicables aux réalités sociales et économiques contemporaines »[533], mais que « la complexité de ces problèmes, si grande qu'elle se révèle en soi, se trouve encore aggravée dans le contexte de l'utilisation d'une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières »[534]. En dépit de l'aggravation de ces problèmes, la Cour souligne que les formules désignant le critère du lien réel et substantiel sont « délibérément vagues, de manière à permettre une application souple du critère et son adaptation à de nouvelles situations »[535]. C'est ainsi qu'en se fondant sur les critères de l'arrêt *Muscutt v Courcelles*[536], la Cour fédérale conclut qu'elle n'a pas compétence sur le litige concernant Intermix. Cette conclusion fut confirmée par la Cour d'appel fédérale.

---

[528] *Disney Enterprises*, *supra* note 331 aux para 25-32.
[529] *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.
[530] Pour une définition, voir Sookman, *Judicial, Legislative and Technical Definitions*, *supra* note 8 aux pp 495-96.
[531] *Desjeans*, *supra* note 329 aux para 16-18.
[532] *Ibid* au para 22.
[533] *Ibid* au para 24.
[534] *Ibid* au para 22.
[535] *Ibid* au para 27.
[536] *Muscutt v Courcelles* (2002), 60 OR (3e) 20 (CA Ont).

À première vue, les affaires *Disney Enterprises* et *Desjeans* reflètent l'approche adaptative que nous avons décrite plus haut, avec ses forces et faiblesses : on y évoque en effet l'absence de frontières dans le cyberespace, les règles de conflits classiques qui nécessitent une adaptation et, enfin, les affaires *Braintech*[537] et *Zippo*[538] qui, on l'a vu, ne sont pas sans poser de problèmes conceptuels[539]. Pourtant, dans les deux affaires, le tribunal applique le critère du lien réel et substantiel au cyberespace sans difficulté. Dans l'affaire *Disney Enterprises*, le jugement newyorkais fut reconnu au Canada, et dans l'affaire *Desjeans*, le tribunal a reconnu que le Canada ne pouvait prétendre être compétent sur Intermix en dépit de la présence de l'entreprise sur le réseau « sans frontières » qu'est l'internet. Dans les deux cas, donc, les verdicts facilitent la « circulation » et l'« intégration », rejettent la stricte perspective locale et évitent de tronquer la méthodologie conflictuelle au seul motif que les frontières sont prétendument absentes dans le cyberespace. Ce faisant, les verdicts s'inscrivent dans la même logique internationaliste que celle qu'a préconisée la Cour suprême dans son entreprise de transformation du droit international privé canadien dans les années 1990.

Certes, il est difficile pour les magistrats de faire autrement qu'appliquer les règles en vigueur au moment où ils doivent rendre jugement : ceux-ci ont bien entendu l'obligation d'œuvrer à l'intérieur du cadre normatif qui lui est dévolu, soit, le critère du lien réel et substantiel[540]. Cependant, il restera toujours possible pour le juriste de noter un inconfort dans l'application du cadre normatif lorsque celui-ci ne convient réellement pas à une situation donnée. Est-ce le cas du cyberespace en droit international privé ? À la lumière des affaires précitées, nous croyons que non. Il en est ainsi parce que le cadre normatif qui forme la boîte à outils du juge a été développé pour combler les besoins d'une société moderne hautement intégrée et dans laquelle la circulation des personnes et des biens est facilitée (notamment en raison du commerce électronique). Dans la mesure où ces origines sont reconnues (ou mieux, explicitées), le traitement juridique de la question devient plus aisé parce qu'il écarte le facteur le plus nuisible à celui-ci, c'est-à-dire la

[537] *Braintech*, *supra* note 320.
[538] *Zippo*, *supra* note 295.
[539] Ci-dessus, pp 82-87.
[540] Cette obligation fut, on l'a vu, une cause du développement restreint de l'approche matérielle. Voir *supra*, note 254.

présomption de spécificité du cyberespace. Les apparentes contradictions entre le cyberespace et les règles de conflits disparaissent donc promptement.

Par ailleurs, l'on pourrait opposer à cette lecture des affaires *Disney Enterprises* et *Desjeans*, fondée sur le contexte dans lequel le cadre normatif s'est développé, que celui-ci exerce *toujours* une influence dans le processus d'adjudication, qu'il soit « reconnu » ou pas par les juges qui en sont chargés. Nous croyons cependant qu'une telle présence « latente » n'est pas suffisante face au cyberespace, qui génère un problème d'adjudication d'une nature différente. Ses attributs à première vue uniques incitent en effet le juge à traiter le problème *hors* du cadre normatif. Les règles applicables au cyberespace sont ainsi isolées[541] et le contexte socioéconomique dans lequel le droit international privé s'est développé avant l'apparition du cyberespace est plus facilement ignoré. Le tout fait fi de la mise en garde fondamentale de la Cour suprême du Canada quant à l'interprétation et l'application du principe directeur du droit international privé canadien : ne pas l'examiner « hors contexte » mais plutôt « tenir compte de ses origines »[542].

Dans l'ensemble, donc, les affaires *SOCAN*, *Disney Enterprises* et *Desjeans* rappellent l'importance d'une analyse contextuelle du critère du lien réel et substantiel en droit international privé canadien, importance qui fut réitérée dans le récent arrêt *Van Breda*[543] de même que dans l'arrêt *Breeden* dans lequel la Cour suprême a appliqué le critère à la diffamation en ligne sans juger utile de proposer de critères spécifiques au cyberespace[544]. C'est uniquement lorsque le contexte de l'adoption du critère et sa nature évolutive sont établis qu'il devient clair que le cyberespace s'inscrit dans le continuum des innovations technologiques envisagées dans l'arrêt *Morguard Investments* sous le vocable de la « société moderne ». D'une perspective théorique, c'est ainsi que le cyberespace peut être subsumé dans le droit international privé de façon à résoudre les problèmes qui occupent les juristes depuis une vingtaine d'années.

---

[541] Easterbrook, *supra* note 20 à la p 208. Voir aussi Dunham, *supra* note 298.
[542] *Van Breda*, *supra* note 43 au para 35.
[543] *Ibid*; Ci-dessus, pp 35-36, 113.
[544] *Breeden*, *supra* note 50. Voir notre discussion de l'arrêt *Breeden* ci-dessus, aux pp 90-91.

Notre examen de la jurisprudence canadienne démontre que si les tribunaux connaissent des difficultés supplémentaires dans le cyberespace et cherchent à s'adapter en conséquence (tanguant ainsi vers une approche adaptative), ils reconnaissent dans l'ensemble le contexte dans lequel s'est développé le critère du lien réel et substantiel (faisant ainsi écho à l'approche classique). Ils parviennent ainsi à des résultats qui s'inscrivent dans le même contexte, c'est-à-dire une ouverture grandissante à l'internationalisme et l'abandon d'un raisonnement purement local. C'est ainsi que les questions de droit international privé dans le cyberespace ont été résolues d'une manière assez similaire aux situations antérieures – i.e. en appliquant les mêmes règles – et que le changement dans la règle de conflit n'a pas été aussi drastique qu'il ne l'avait été au début des années 1990 dans la mouvance de l'arrêt *Morguard Investments*[545]. Ceci explique en partie la dichotomie observée entre le volume de doctrine (important) et de cas réels (limité) sur le sujet[546]. L'autre partie de l'explication se trouve probablement dans la

[545] Il est d'ailleurs intéressant de noter que dans la nouvelle édition d'un ouvrage sur le droit international privé, les auteurs O'Hara O'Connor, Goldsmith et Brilmayer ont tout simplement retiré le chapitre sur le cyberespace au motif que « [m]*aterial from the chapter on Internet conflicts has been incorporated into chapters throughout the book on the theory that courts' treatment of Internet conflicts are not different in kind from other types of conflicts* ». Erin O'Hara O'Connor, Jack L Goldsmith et Lea Brilmayey, *Conflict of Laws. Cases and Materials*, 6e éd, New York, Aspen Publishers, 2011 à la p xix, tel que cité dans Laura E Little, « Internet Choice of Law Governance », juin 2012 [à paraître] à la p 4, en ligne : SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045070> [Little]. Dans la même veine, un ouvrage récent s'adressant aux cyberconsommateurs qui souhaitent intenter des poursuites relatives à des activités en ligne traite surtout de l'identité de l'intervenant à poursuivre et des moyens pour obtenir la preuve nécessaire à un recours judiciaire; la question de la loi applicable et de la compétence des tribunaux, quant à elle, est ignorée dès la seconde page de l'ouvrage : Patrick Gingras et Nicolas Vermeys, *Actes illicites sur Internet : Qui et comment poursuivre ?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 1. Dans les deux cas, il s'agit à la fois d'un choix éditorial et d'un indice du peu d'importance accordée en pratique à la spécificité du cyberespace en droit international privé. Voir cependant Vermeys, *supra* note 334 aux pp 89 et s. L'auteur consacre quelques pages de son étude juridique des virus informatiques au « problème de territorialité » en référant aux articles 3126 et 3148 CcQ de même qu'à l'affaire *Zippo*.

[546] Nous ne sommes pas les seuls à avoir identifié un tel phénomène. Le professeur Swire, dans un texte qui constituait en fait une mise à jour comparative de l'un de ses articles publié sept ans plus tôt, écrivait d'ailleurs : « *Surprisingly, however, the number of actual cases addressing choice of law on the Internet is far, far lower than the initial analysis would suggest. Although there is the* possibility *of diverse national laws in every Internet encounter, some mysterious mechanisms are reducing the* actual *conflicts to a handful of cases* » [italiques dans l'original] [nos soulignements]. Swire, *supra* note 36 à la p 1975. Cela suffirait à réduire de beaucoup les craintes qu'entretenait le monde des affaires à l'endroit du problème juridictionnel du cyberespace au début des années 2000 : American Bar Association, *Global Internet Jurisdiction : The ABA/ICC Survey* (avril 2004), en ligne : American Bar Association <http://www.americanbar.org>. Des situations problématiques continuent néanmoins de survenir. L'exemple le plus récent nous vient de Google, à qui un tribunal japonais a ordonné de supprimer un résultat obtenu à l'aide de la fonction « autocomplétion » qui associait le nom de l'individu demandeur à un terme diffamatoire. Pour justifier son refus de se conformer à l'ordonnance, Google, domiciliée en Californie, a fait publiquement valoir qu'elle n'était pas sujette à l'application de la loi japonaise. Voir

nature des litiges transnationaux qu'implique le cyberespace, c'est-à-dire des litiges de consommation dont la valeur pécuniaire est si peu élevée qu'elle n'entraîne pas de querelles judiciaires, et encore moins de querelles judiciaires sur des questions de compétence internationale ou de loi applicable[547].

Akiko Fujita, « Google Ordered by Court to Suspend Autocomplete » (26 mars 2012), en ligne : ABC News < http://abcnews.go.com>.

[547] Benyekhlef, « Conflits de juridictions », *supra* note 40 à la p 141, no 4. Voir aussi Houde, *supra* note 25 à la p 106.

Conclusion du troisième chapitre

Le troisième chapitre nous a permis de démontrer que le cyberespace et la mondialisation partagent beaucoup de caractéristiques qui en font des phénomènes imbriqués. Nous avons aussi démontré qu'une bonne compréhension des règles de conflits du droit international privé doit tenir compte du contexte économique, social et culturel dans lequel elles se développent. Partant de là, nous avons exploré les thèmes récurrents de la transformation du droit international privé canadien dans les années 1990 (et, dans une moindre mesure, celle du droit international privé américain au milieu du XX^{e} siècle), puis nous avons identifié comment ceux-ci se traduisent dans les litiges privés du cyberespace. En 2000, l'American Bar Association formulait l'interrogation suivante :

> *Whether* [cyberspace] *will require a normative rethinking of jurisdictional principles similar to that which occurred in the middle of the twentieth century* [i.e. *International Shoe*, NDLR] *is at the heart of much of the current consideration of effective Internet dispute resolution.*[548]

Nous croyons que dix ans plus tard, cette question a été largement évacuée. Nous avons noté que la réforme internationaliste amorcée par la Cour suprême du Canada faisait une large place à l'évolution des moyens technologiques. Nous avons ainsi suggéré que lorsque ce contexte est adéquatement pris en considération par les tribunaux, le traitement juridique du cyberespace en droit international privé est similaire à celui des situations antérieures et que les problèmes anticipés (notamment la troncature de la méthodologie conflictuelle et les termes locaux dans lesquels les tribunaux ont tendance à raisonner face au cyberespace) sont en réalité beaucoup moins nombreux que l'on aurait cru initialement.

Une telle façon de concevoir le problème recoupe tantôt l'approche adaptative, tantôt l'approche classique : non seulement reconnaît-elle la nécessité pour les tribunaux d'appliquer des règles de conflits générales à des cas spécifiques pourvus de particularités propres, mais elle tente aussi de réconcilier les principes sous-tendant les règles de

[548] *Rapport de l'ABA*, *supra* note 489 à la p 1810.

conflits avec l'innovation technologique. Il s'agit d'une approche qui respecte le contexte dans lequel les règles de conflits se développent, contexte qui est essentiel à notre compréhension des mécanismes de changement juridique qui régissent la méthodologie conflictuelle. Ce faisant, il devient possible de contourner à la fois les faiblesses inhérentes aux approches adaptatives et classiques, de même que l'irréalisme de l'approche matérielle.

CONCLUSION

Un auteur notait en 1996 que le droit international privé a toujours été un mystère pour les juristes, et que les nouvelles technologies ne feraient rien pour améliorer la situation[549]. Seize ans plus tard, en 2012, une autre auteure notait que « [a]*lthough the internet came to dominate contemporary life both briskly and effectively, its potential and part of its actual operations still confounds legal thinkers* »[550]. Selon elle, les juristes auraient tout simplement contourné la question du droit international privé et du cyberespace de peur d'être incapables de la résoudre[551]. Elle concluait que « [b]*y highlighting internet choice of law issues as a special category for study and theorizing, we will be much better situated to untangle the challenges of internet governance* »[552].

Pour notre part, nous avons préféré un autre tracé pour ce mémoire, et nous nous sommes plutôt attardés à la place à laquelle peut prétendre le cyberespace *dans* le droit international privé. Nous avons donc réfléchi aux raisons qui nous poussent généralement à relever une inadéquation théorique entre le cyberespace et la discipline, réflexion qui trouve ses origines dans les doutes émis par le juge Easterbrook[553]. Nous avons exploré les discours juridiques tenus jusqu'ici en fonction du degré de changement prôné pour la règle de conflit. Abrogation, adaptation, maintien intégral : chaque approche révèle une conception différente des forces à l'œuvre dans le développement des règles de conflits classiques et, plus largement, de la nécessité et de la teneur du changement *normatif* lorsqu'advient un changement *technique*. Nous avons finalement milité en faveur d'une perspective plus large, qui tient compte du passé de la règle de conflit et des phénomènes qui ont conditionné son développement, perspective à la fois adaptative et classique puisqu'elle reconnaît des difficultés au cyberespace tout en niant sa spécificité. Cette spécificité est d'ailleurs la caractéristique qui cause généralement la stérilité du débat,

[549] Burnstein, *supra* note 136 à la p 116. Un énoncé célèbre au même effet est celui du professeur William L Prosser, qui écrivait que « *the realm of the conflict of laws is a dismal swamp with quaking quagmires and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon* ». William L Prosser, « Interstate Publication » (1953) 51:7 Mich L Rev 959 à la p 971. Voir aussi McLachlan, *supra* note 42 au pp 582-83.
[550] Little, *supra* note 57 à la p 23.
[551] *Ibid*.
[552] *Ibid*.
[553] Easterbrook, *supra* note 20.

comme l'illustrent les dialogues de sourds successifs de la radiodiffusion, de l'internet et de l'infonuagique. Certes, il est vrai que toute approche « suggérée » est un changement en soi, une approche que l'on pourrait qualifier de nouvelle. Cependant, le changement est ici continu, inclusif et durable, ce qui le justifie davantage.

Nous avons tenté de démontrer que la conciliation du cyberespace et du droit international privé n'est possible qu'à certaines conditions, notamment et principalement une perspective qui dépasse les simples caractéristiques techniques et qui évite ainsi d'isoler le raisonnement juridique des considérations plus générales qui le sous-tendent et le justifient. Une telle conciliation est cruciale puisqu'aucune autre possibilité raisonnable n'est envisageable (comme nous l'avons vu en énumérant les défauts d'une approche matérielle). En effet, les États-nations poursuivront vraisemblablement leurs tentatives de gouvernance des activités dans le cyberespace, rappelant ainsi la nécessité d'une méthodologie de répartition et de coordination des compétences législatives et judiciaires. De cette méthodologie dépend la prévisibilité des transactions internationales entre acteurs privés, dans le cyberespace comme ailleurs.

Ceci nous mène à formuler quelques leçons plus générales sur la base des propos tenus jusqu'ici, des réflexions auxquelles nous ne prétendons pas apporter de réponse définitive. D'une part, il semble difficile d'éviter l'ethnocentrisme lorsqu'il est question du cyberespace. En 2012, le taux de pénétration de l'internet avoisinnait le tiers de la population mondiale, mais ce chiffre masque un écart important dans le taux de pénétration des pays développés (70%) et non-développés (à peine 24%)[554]. L'on comprend vite que le réseau internet est loin d'être uniformément répandu dans le monde. Le débat qui anime les juristes depuis les deux dernières décennies a donc plus d'importance pour les pays que l'on qualifie de « développés » ou d'« industrialisés » (en 2010, 80% de la population canadienne âgée de seize ans et plus utilisait le réseau internet à des fins personnelles[555]). Le tout soulève la question suivante : le développement des

[554] Ces chiffres proviennent d'un récent rapport émanant d'une agence spécialisée de l'ONU : International Telecommunication Union, *Measuring the Information* Society, Genève, International Telecommunication Union, 2012.
[555] « Individual Internet Use and e-Commerce », en ligne : Statistiques Canada <http://www.statcan.gc.ca>.

règles du droit international privé à l'égard du cyberespace ne se fait-il, dans ces circonstances, qu'au seul avantage de ces pays dont la majorité des habitants utilisent *déjà* les nouvelles technologies de l'information[556] ?

D'autre part, le cyberespace semble accentuer la tendance vers des changements fréquents dans le droit, et diminue en conséquence la qualité du discours juridique par une technicité excessive[557]. Cette technicité est susceptible de remettre en question l'existence même d'un système normatif cohérent – Fuller parlerait de sa moralité[558]. Elle affecte aussi la méthodologie du droit international privé, discipline qui, comme toutes les autres, est fondée sur des principes rationnels développés prudemment sur de longues périodes de temps. Nous avons déjà noté que depuis un certain temps déjà, la discipline a abandonné ses velléités de neutralité mécanique pour finalement reconnaître la possibilité d'accueillir des objectifs « sociaux » dans les mécanismes permettant de désigner la loi applicable et le tribunal compétent[559]. Il serait donc paradoxal de retourner à un raisonnement purement mécanique en ce qui concerne les litiges internationaux dans le cyberespace. C'est pourtant le piège qui guide le juriste en cette matière, et c'est aussi la leçon que nous tirons de ce mémoire : lorsqu'il est question du cyberespace, il est trop facile d'oublier que les considérations politiques et sociales guident le développement des règles de conflits bien davantage que la spécificité technique d'un média de communication donné. La règle de conflit ne se développe pas dans l'abstrait, et le discours juridique qui y est associé ne devrait pas l'être non plus.

Pour pouvoir en arriver à des solutions satisfaisantes, nous croyons donc qu'il est crucial de rediriger notre attention vers des réformes plus anciennes, qui avaient permis à

---

[556] D'autres sont plus optimistes et estiment que « *the principles, instruments, and mechanisms of private international law are essential to the trans-border flow of trade, capital, people and ideas, the effective settlement of disputes, the well-being of families and children, and therefore, to global economic development and the rule of law* ». David P Stewart, « Private International Law, the Rule of Law and Economic Development » (2011) 56:3 Vill L Rev 607 à la p 607.

[557] « *At some point, the cumulative effect of constant changes must affect the attitude of those who need to implement those changes, so that the law ceases to be a guide for behaviour and instead transforms into a series of regulatory obstacles to be circumvented* ». Reed, « Lessons from Cyberspace », *supra* note 365 à la p 916. Voir généralement Reed, *Making Laws for Cyberspace*, *supra* note 365.

[558] « *Too much change in the law does not simply result in bad law; it results in something that is not properly called a legal system at all* ». Fuller, *supra* note 1 à la p 39.

[559] Goldstein et Groffier, *supra* note 38 à la p 30, no 15. Voir ci-dessus, pp 118-19.

l'époque l'adaptation du droit international privé à un monde où les relations internationales entre acteurs privés étaient déjà plus fréquentes, mais pas nécessairement différentes ou plus complexes. Loin d'être conservateur, il s'agit plutôt d'un pari audacieux, un pari qui est trop souvent oublié lorsqu'il est question de l'innovation technologique en droit : le pari d'assumer le passé pour ne pas perdre ses moyens devant l'avenir.

*****

BIBLIOGRAPHIE*

CONVENTIONS INTERNATIONALES

Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Doc off AG NU, 51e sess, Doc NU NRES/60/515 (2005) (non entrée en vigueur).

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1988).

AUTRE DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Kessedjian, Catherine. *Les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique*, doc préliminaire 7, La Haye, Bureau permanent de la Conférence de La Haye, 2000, en ligne : Conférence de La Haye <http://www.hcch.net>.

La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'Internet, Doc off AG NU, 20e sess, Doc NU A/HRC/20/L.13 (2012).

Report of the Special Rapporteur Frank Larue on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Doc ONU A/HRC/17/27 (2011).

LOIS CONSTITUTIONNELLES

Loi constitutionnelle de 1967 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

US Const amend XIV.

LÉGISLATION

Code civil du Québec, LRQ c C-64.

Loi sur la concurrence, LRC 1985, c C-34.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, LC 2000, c 5.

Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information, LRQ c C-1.1.

Loi sur le droit d'auteur, LRC 1985, c C-42.

LÉGISLATION MODÈLE

Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, en ligne : Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada <http://www.ulcc.ca>.

Loi type des Nations Unies sur le commerce électronique (1996), en ligne : UNCITRAL <http://www.uncitral.org>.

---

* Sauf exceptions, ce mémoire se fonde sur les sources disponibles en date du 1er août 2012. Le mode de citation privilégié est celui du *Manuel canadien de la référence juridique de la Revue de droit de McGill*, 7e éd, Toronto, Carswell, 2010.

JURISPRUDENCE

Canada

Alteen v Informix Corp (1998), 164 Nfld & PEIR 301, 21 CPC (4e) 228 (NF Sup Ct).
Amchem Products Incorporated c Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board), [1993] 1 RCS 897, [1993] ACS no 34 (QL).
Bal Global Finance Canada Corporation c Aliments Breton (Canada) inc, 2008 QCCS 2749.
Bangoura v Washington Post (2005), 258 DLR (4e) 341 (disponible sur CanLII) (CA Ont).
Barrick Gold Corp v Lopehandia (2004), 239 DLR (4e) 577 (disponible sur CanLII) (CA Ont).
Beals c Saldanha, 2003 CSC 72, [2003] 3 RCS 416.
Black v Breeden, 2010 ONCA 547.
Bousquet c Acer America Corporation (Canada), 2012 QCCQ 1261.
Braintech v Kostiuk (1999), 171 DLR (4e) 46 (disponible sur CanLII) (BCCA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 27296 (9 mars 2000).
Breeden c Black, 2012 CSC 19.
Club Resorts Ltd c Van Breda, 2012 CSC 17.
Convectair NMT inc c Ouellet Canada, [1999] JQ no 1354 (CS) (QL), [1999] RJQ 1430.
Craig Broadcast Systems inc v Frank N Magid Associates inc (1997), 7 CPC (4th) 319 (Man QB), [1997] MJ no 106 (QL).
Dell Computer Corp c Union des consommateurs, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801.
Dell Computer Corporation c Union des consommateurs, 2005 QCCA 570.
Desjeans c Intermix Media inc, 2006 CF 1395, [2007] 4 RCF 151, conf par *Desjeans (Succession) c Intermix Media inc,* 2007 FCA 365.
Disney Enterprises inc v Click Enterprises inc (2006), 267 DLR (4e) 291 (disponible sur CanLII) (CS Ont).
Easthaven Ltd v Nutrisystem.com inc (2001), 202 DLR (4e) 560 (disponible sur CanLII) (CS Ont).
Éditions Écosociété inc c Banro Corp, 2012 CSC 18.
Hunt c T&N plc, [1993] 4 RCS 289.
Lawson c Accusearch inc, 2007 CF 125, [2007] 4 RCF 314.
Layette Minimôme inc c Jarrar, 2011 QCCS 1743.
Libman c La Reine, [1985] 2 RCS 178.
Moran c Pyle National (Canada) Ltd, [1975] 1 RCS 393.
Morguard Investments Ltd c De Savoye, [1990] 3 RCS 1077.
Muscutt v Courcelles (2002), 60 OR (3e) 20 (CA Ont).
Pro-C Ltd v Computer City inc (2000), 7 CPR (4e) 193 (disponible sur CanLII) (CS Ont), inf par (2001), 205 DLR (4e) 568 (disponible sur CanLII) (CA Ont), autorisation de pourvoi à la CSC rejetée (2001), 294 NR 399 (CSC).
Re Collective Administration of Performing Rights and of Communication Rights, [2009] CBD no 4 (Can CB) (QL).
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Association canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 RCS 427.
Spar Aerospace Ltée c American Mobile Satellite Corp, 2002 CSC 78, [2002] 4 RCS 205.

Spencer c La Reine, [1985] 2 RCS 278.
Tolofson c Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c Gagnon, [1994] 3 RCS 1022.
Tucows.com Co v Lojas Renner SA, 2011 ONCA 548.
Union des consommateurs c Dell Computer Corporation, [2004] JQ no 155 (CS Qc) (QL), JE 2004-457.
Unifund Assurance Co c Insurance Corp of British Columbia, 2003 CSC 40, [2003] 2 RCS 63.
WIC Premium Television Ltd v General Instruments Corp, 1999 ABQB 460.

États-Unis

Allstate Insurance Co v Hague, 449 US 302 (US 1981).
ALS Scan inc v Digital Service Consultants inc, 293 F (3d) 707 (4e cir, 2002).
American Library Association v Pataki, 969 F Supp 160 (SD NY 1997).
Blumenthal v Drudge, 1992 F Supp 44 (D DC 1998).
Calder v Jones, 465 US 783 (US 1984).
CompuServe inc v Patterson, 89 F (3d) 1257 (6e cir, 1996).
Cybersell inc v Cybersell inc, 130 F (3d) 414 (9e cir, 1997).
Digital Equipment Corp v Altavista Technologies inc, 960 F Supp 456 (D Mass 1997).
Forward Foods LLC v Next Proteins inc, 873 NYS (2d) 511 (Sup Ct 2008).
Hanson v Denckla, 357 US 235 (1958).
Hilton v Guyot, 159 US 113 (US 1895).
Humphrey v Granite Resorts inc, 448 NW (2d) 715 (App Ct Minn).
International Shoe Co v Washington, 326 US 310 (1945).
J McIntyre Machinery v Nicastro, 131 S Ct 2780 (US 2011).
Mink v AAAA Dev LLC, 190 F (3d) 333 (5e cir, 1999).
Pennoyer v Neff, 95 US 714 (US 1878).
Soma Medical International v Standard Chartered Bank, 196 F (3d) 1292 (10e cir, 1999).
Toys "R" Us inc v Step Two SA, 318 F (3d) 446 (3e cir, 2003).
Yahoo! inc v La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme, 433 F (3d) 1199 (9e cir, 2006).
Zippo Mfg Co v Zippo Dot Com Inc, 952 F Supp 1119 (D Pa 1997).

Australie

Dow Jones & Company inc v Gutnick (2002), 210 CLR 575 (HCA).

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Ancel, Bertrand et Yves Lequette. *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 2e éd, Paris, Sirey, 1992.
Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme*, Montréal, Thémis, 2008.
Bettinger, Torsten, dir. *Domain Name Law and Practice. An International Handbook*, Oxford (R-U); New York, Oxford University Press, 2005.
Castel, Jean-Gabriel. *Private International Law : A Comparative Study of the Rules Prevailing in Canada and the United States*, Toronto, Canada Law Book, 1960.

Castel, Jean-Gabriel et Janet Walker. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol 1, 6e éd, feuilles mobiles (consultées le 20 mai 2012), Markham (Ont), LexisNexis, 2005.
Collins, Matthew. *Law of Defamation and the Internet*, 3e éd, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2010.
Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
Fawcett, James J, Jonathan Harris et Michael Bridge. *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford (R-U); New York, Oxford University Press, 2005.
Fawcett, James J et Paul Torremans. *Intellectual Property and Private International Law*, 2e éd, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2011.
Fuller, Lon L. *The Morality of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
Gautrais, Vincent. *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
————. *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012.
Gautrais, Vincent et Pierre Trudel. *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Thémis, 2010.
Geist, Michael A. *Internet Law in Canada*, Concord, Captus, 2000.
Gillies, Lorna E. *Electronic Commerce and International Private Law : A Study of Electronic Consumer Contracts*, Burlington, Ashgate, 2008.
Gingras, Patrick et Nicolas Vermeys. *Actes illicites sur Internet : Qui et comment poursuivre ?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Goldsmith, Jack L et Tim Wu. *Who Controls the Internet ? Illusions of a Borderless World*, New York; Oxford (R-U), Oxford University Press, 2008.
Goldstein, Gérald et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t 1, Cowansville (qc), Yvon Blais, 1998.
Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
Hick, Steven, Edward F Halpin et Eric Hoskins. *Human Rights and the Internet*, New York, St. Martin's, 2000.
Johnston, David L, Sunny Handa et Charles Morgan. *Cyberlaw : What You Need to Know About Doing Business Online*, Toronto, Stoddart, 1997.
Juenger, Friedrich K. *Choice of Law and Multistate Justice*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2005.
Kohl, Uta. *Jurisdiction and the Internet : A Study of Regulatory Competence Over Online Activity*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2007.
Kulesza, Joana. *International Internet Law*, New York, Routledge, 2012.
Lessig, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.
————. *Code : Version 2.0*, 2e éd, New York, Basic Books, 2006.
Marchini, Renzo. *Cloud Computing : A Practical Introduction to the Legal Issues*, Londres (R-U), BSI, 2010.
Mayer, Paul. *Droit international privé*, 3e éd, Paris, Montchrestien, 1987.
Mills, Alex. *The Confluence of Public and Private International Law : Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2009.

Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution : analyse hystorique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.
O'Hara O'Connor, Erin, Jack L Goldsmith et Lea Brilmayey. *Conflict of Laws. Cases and Materials*, 6e éd, New York, Aspen Publishers, 2011.
Pitel, Stephen G A et Nicholas S Rafferty. *Conflict of Laws*, Toronto, Irwin Law, 2010.
Potts, David A. *Cyberlibel : Information Warfare in the 21st Century ?*, Toronto, Irwin Law, 2011.
Post, David G. *In Search of Jefferson's Moose : Notes on the State of Cyberspace*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2009.
Racicot, Michel et al. *L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi : Étude des questions relatives à la responsabilité à l'égard du contenu circulant sur Internet*, Industrie Canada, 1997.
Reed, Chris. *Making Laws for Cyberspace*, Oxford (R.-U.), Oxford University Press, 2012.
Symeonides, Symeon. *American Private International Law*, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2008.
Smith, Graham JH. *Internet Law and Regulation*, 4e éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2007.
Sookman, Barry B. *Computer, Internet and Electronic Commerce Terms : Judicial, Legislative and Technical Definitions*, Toronto, Carswell, 2012.
————————. *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, feuilles mobiles (consultées le 22 février 2012), Toronto, Carswell, 1988.
Svantesson, Dan Jerker B. *Private International Law and the Internet*, 2e éd, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2012.
Talpis, Jeffrey A. *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ? Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001.
Trudel, Pierre et al. *Droit du cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997.
Vermeys, Nicholas. *Virus informatiques : responsables et responsabilités*, Montréal, Thémis, 2007.
Wang, Faye Fangfei. *Internet Jurisdiction and Choice of Law. Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2010.

DOCTRINE : CHAPITRES D'OUVRAGES COLLECTIFS

Audit, Bernard. « Le droit international privé français à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? » dans Symeon Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ?*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 2000, 191.
Basedow, Jürgen. « The Effects of Globalization on Private International Law » dans Jürgen Basedow et Toshyuki Kono, dir, *Legal Aspects of Globalization*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 1.
Benyekhlef, Karim. « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridictions dans le cyberespace » dans Vincent Gautrais, dir, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 137.

Bergé, Jean-Sylvestre. « Conflit de lois » dans Patrick Tafforeau, dir, *La radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble. Aspects de droit privé et de droit public*, Paris, L'Harmattan, 2000, 93.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte. « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » dans Georges Chatillon, dir, *Le droit international de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 55.

Fentiman, Richard. « English Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ? » dans Symeon C Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20th Century : Progress or Regress ?*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 2000, 165.

Kuner, Christopher. « Foreword » dans Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 2e éd, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2012.

Kyselovská, Tereza. « Electronization, Globalization and their Influence on Private International Law » dans *Law as a Unifying Factor of Europe - Jurisprudence and Practice : Harmonization and Unification of Law in the European Context*, Bratislava, Comenius University in Bratislava, 2011, 163.

Peukert, Alexander. « Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law » dans Günther Handl et Joachim Zekoll, dir, *Beyond Territoriality : Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden (Pays-Bas); Boston (Mass), Brill Academic Publishers, 2012 [à paraître].

Picard, Raymond. « Problèmes de juridiction dans le cyberespace » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'Internet*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 1.

Prujinier, Alain. « Canadian Private International Law at the End of the 20st Century : Progress or Regress ? » dans Symeon C Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20st Century : Progress or Regress ?*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 2000, 127.

Reidenberg, Joel R. « La régulation d'internet par la technique et la Lex Informatica », dans Marie-Anne Frison-Roche, dir, *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz, 2005, 81.

Schulz, Andrea, dir. *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction (International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004)*, München (Allemagne), Sellier; European Law Publishers, 2006.

Stalla-Bourdillon, Sophie. « Re-allocating Horizontal and Vertical Powers in the Electronic Marketplace : What to do with Private International Law » dans Fabrizio Cafaggi et Horatia Muir Watt, dir, *The Regulatory Function of European Private Law*, Northampton (Mass), Edward Elgar, 2009, 290.

Symeonides, Symeon C. « Private International Law at the End of the 20st Century : Progress or Regress ? General Report » dans Symeon C Symeonides, dir, *Private International Law at the End of the 20st Century : Progress or Regress ?*, Cambridge (Mass), Kluwer Law International, 2000, 3.

Talpis, Jeffrey A et Jean-Gabriel Castel. « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 801.

Trudel, Pierre. « La *Lex Electronica* » dans Charles-Albert Morand, dir, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 221.

Van Loon, Hans. « Foreword » dans Dan Jerker B Svantesson, *Private International Law and the Internet*, Frederick (Md), Aspen Publishers, 2007.
Walker, Janet. « Droit international privé » dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson, 2008, 439.

DOCTRINE : ARTICLES

« No Bad Puns : A Different Approach to the Problem of Personal Jurisdiction and the Internet », Commentaire, (2003) 116:6 Harv L Rev 1821.
« Symposium – Fifty Years of *International Shoe* : The Past and Future of Personal Jurisdiction », en ligne : (1995) 28:3 UC Davis L Rev 513 <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/28/3/index.html>.
American Bar Association, « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace : A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet » (2000) 55:4 Bus Law 1801.
Awoyemi, Bunmi. « *Zippo* is Dying, Should it be Dead ? The Exercise of Personal Jurisdiction by U.S. Federal Courts over Non-Domiciliary Defendants in Trademark Infringement Lawsuits Arising Out of Cyberspace » (2005) 9:1 Marq Intell Prop L Rev 37.
Batiffol, Henri. « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » (1973) 139 Rec des Cours 75.
Beldner, Joshua. « How Technologically Savvy Do You Have to Be to Apply Zippo : An Approach to Internet Personal Jurisdiction after Fancaster and Edvisors », Note, (2011) 17:2 BUJ Sci & Tech L 318.
Berman, Paul Schiff. « The Globalization of Jurisdiction » (2002) 151:2 U Penn L Rev 311.
———— . « From International Law to Law and Globalization » (2005) 43:2 Colum J Transnat'l L 485.
———— . « Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interest in a Global Era » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1819.
———— . « Conflict of Laws, Globalization and Cosmopolitan Pluralism » (2005) 51:3 Wayne L Rev 1105.
Bigos, Oren. « Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet » (2005) 54:3 Int'l & Comp LQ 585.
Black, Vaughan, Joost Blom et Janet Walker. « Current Jurisdictional and Recognitial Issues in the Conflict of Laws » (2011) 50 Can Bus LJ 499.
Black, Vaughan et Mike Deturbide. « *Braintech, inc* v *Kostiuk* : Adjudicatory Jurisdiction for Internet Disputes », Commentaire, (2000) 33:3 Can Bus LJ 427.
Blom, Joost et Elizabeth Edinger. « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005) 38:2 UBC L Rev 373.
Borchers, Patrick J. « Internet Libel : The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction » (2004) 98:2 Nw U L Rev 473.
Briggs, Adrian. « The Principle of Comity in Private International Law » (2012) 354 Rec des Cours 65.
Burnstein, Matthew R. « Conflicts on the Net : Choice of Law in Transnational Space », Note, (1996) 29:1 Vand J Transnat'l L 75.

Castel, Jean-Gabriel. « The Internet in Light of Traditional Public and Private International Law Principles and Rules Applied in Canada » (2001) 39 Can YB Int'l Law 3.

————————. « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007) 52:3 McGill LJ 555.

Clausen, Judy A. « Personal Jurisdiction Based on Internet Activities: Oldfield v. Pueblo de Bahia Lora, S.A. – The Eleventh Circuit Finally Discusses Zippo but Leaves Lower Courts Needing More Guidance » (2009) 11:1 Fla Coastal LJ 53.

Collins, Matt. « Defamation and Internet after *Dow Jones & Company inc v Gutnick* » (2003) 8:3 Media & Arts Law Review 165.

Constantine, Derek. « Cloud Computing : The Next Great Technological Innovation, the Death of Online Privacy, or Both ? », Note, (2012) 28:2 Ga St U L Rev 499.

Coston, Joann K. « Embrace the New, But Don't Forget about the Old : Asserting Personal Jurisdiction over the New Internet Age », Commentaire, (2007) 34:2 SUL Rev 249.

Coughlan, Steve et al, « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007) 6:1 CJLT 29.

Davis, Philip Adam. « The Defamation of Choice-of-Law in Cyberspace : Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier », Note, (2002) 54:2 Fed Comm LJ 339.

Deliyanni, Elsa. « La loi applicable en matière de radiodiffusion par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur » (1989) 41:2 RIDC 429.

Denny, William R. « Survey of Recent Developments in the Law of Cloud Computing and Software as a Service Agreement » (2010) 66:1 Bus Law 237.

Dunham, Catherine Ross. « Zippo-ing the Wrong Way : How the Internet Has Misdirected the Federal Courts in Their Personal Jurisdiction Analysis » (2009) 43:3 USF L Rev 559.

Dutta, Anindita. « Zippo Manufacturing Co v Zippo Dot Com inc », Note, (1998) 13:1 Berkeley Tech LJ 289.

Earle, Beverley et Gerald A Madek, « International Cyberspace : From Borderless to Balkanized ? » (2003) 31:2 Ga J Int'l & Comp L 225.

Easterbrook, Frank H. « Cyberspace and the Law of the Horse » (1996) U Chicago Legal F 207.

Ekland, Emily. « Scaling Back Zippo : The Downside to the Zippo Sliding Scale and Proposed Alternatives to Its Uses », Commentaire, (2012) 5:1 Albany Government Law Review 380.

Fagin, Matthew. « Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values », Commentaire, (2003) 9:2 Mich Telecomm Tech L Rev 395.

Floyd, C Douglas et Shima Baradaran-Robison. « Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs : The Relevance of Purpose and Effects » (2006) 81:2 Ind LJ 601.

Garnett, Nathan W. « Dow Jones & Co v Gutnick : Will Australia's Long Jurisdictional Reach Chill Internet Speech World-Wide ? », Commentaire, (2004) 13:1 Pac Rim L & Pol'y J 61.

Gaudet, Serge. « Le livre X du Code civil du Québec : bilan et enjeux » (2010) 88:2 R du B can 313.

Gautrais, Vincent. « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », en ligne (2006) 10:3 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org>.
———————. « "Give me five ?" Traitement jurisprudentiel du commerce électronique » (2009) 21:2 CPI 389.
Gautrais, Vincent, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef. « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex Electronica* » (1997) 5 RDAI 547.
Gedid, John L. « Minimum Contacts Analysis in Cyberspace – Sale of Goods », juin 1999 [non publié], en ligne : Internet Law and Policy Forum <http://www.ilpf.org/events/jurisdiction/presentations/gedid_addl.htm>.
Geist, Michael A. « Is There a There There ? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16:3 Berkeley Tech LJ 1345.
———————. « Cyber Law 2.0 » (2003) 44:2 BCL Rev 323.
Geller, Paul Edward. « Conflicts of Laws in Cyberspace : Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World » (1996) 20:4 Colum-VLA J L & Arts 571.
Gillies, Lorna E. « Addressing the "Cyberspace Fallacy": Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract » (2008) 16:3 Int'l JL & IT 242.
Goddard, David. « Does the Internet Require New Norms ? » (2000) 2:3 FORUM 183.
Goldsmith, Jack L. « Against Cyberanarchy » (1998) 65:4 U Chicago L Rev 1199.
Goldsmith, Jack L et Alan O Skyes. « The Internet and the Dormant Commerce Clause » (2001) 110:5 Yale LJ 785.
Goldstein, Gérald. « L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits » (1998) 32:2 RJT 235.
Gosnell, Chris. « Jurisdiction on the Net : Defining Place in Cyberspace » (1998) 29:3 Can Bus LJ 344.
Grammond, Sébastien. « Forum sur l'arrêt *Dell Computer*. Présentation » (2007) 37:2 RGD 345.
Greenstein, Richard K. « The Action Bias in American Law : Internet Jurisdiction and the Triumph of Zippo Dot Com », Commentaire, (2007) 80:1 Temple L Rev 21.
Guillemard, Sylvette et Dieudonné Édouard Onguene Onana, « Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé » (2007) 48:4 C de D 635.
Hardy, I Trotter. « The Proper Legal Regime for 'Cyberspace' » (1994) 55:4 U Pitt L Rev 993.
Hawkins, Eric C. « General Jurisdiction and Internet Contacts : What Role, if any, Should the *Zippo* Sliding Scale Test Play in the Analysis ? », Note, (2006) 74:4 Fordham L Rev 2371.
Hertz, Michael Terry. « The Constitution and the Conflict of Laws : Approaches in Canadian and American Law » (1977) 27:1 UTLJ 1.
Hricik, David. « Reading Too Much into Nothing : The Metaphor of Place and the Internet », Commentaire, (2004) 55:3 Mercer L Rev 859.
Jennings, Lora M. « Finding Legal Certainty for E-Commerce : Traditional Jurisdiction Analysis and the Scope of the Zippo Sliding Scale », Note, (2005) 44:2 Washburn LJ 381.
Jensen, Jeffrey M. « Personal Jurisdiction in Federal Courts over International E-commerce Cases » (2007) 40:4 Loy LA L Rev 1507.
Johnson, David R et David G Post. « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48:5 Stan L Rev 1367.

Johnson, David R, Susan P Crawford et John G Parlfrey Jr. « The Accountable Internet : Peer Production of Internet Governance » (2004) 9:9 Va JL & Tech 1.
Kablan, Serge et Arthur Oulaï. « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation » (2009) 39:1 RGD 6.
Kalo, Joseph J. « Jurisdiction as an Evolutionary Process : The Development of Quasi in Rem and in Personam Principles » (1978) 27:5 Duke LJ 1147.
Khan, Shahid. « Apps.gov : Assessing Privacy in the Cloud Computing Era », Note, (2010) 11:2 North Carolina Journal of Law & Technology 259.
King, Kevin F. « Personal Jurisdiction, Internet, Commerce and Privacy : The Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies » (2011) 21:1 Alb LJ Sci & Tech 61.
Lanois, Paul. « Caught in the Clouds : the Web 2.0, Cloud Computing and Privacy » (2010) 9:2 Nw U J Tech & IP 29.
Lastowka, Greg. « Foreword : Paving the Path of Cyberlaw », Note, (2011) 38:1 Wm Mitchell L Rev 1.
Lessig, Lawrence. « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach » (1999) 113:2 Harv L Rev 501.
Little, Laura E. « Internet Choice of Law Governance », juin 2012 [à paraître], en ligne : SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045070>.
Lokrantz-Betnitz, Annika. « Les télésatellites et droits d'auteur » (1971) 78 RIDA 69.
Loquin, Éric. « Règles matérielles du commerce international et droit économique » (2010) 24 RID écon 1.
Lussier, Louise. « L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs ? Commentaire sur Spar Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp. », Commentaire, (2005) 50:2 McGill LJ 417.
Martin, Craig. « *Tolofson* and Flames in Cyberspace : The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997) 31:1 UBC L Rev 127.
McLachlan, Campbell. « International Litigation and the Reworking of the Conflict of Laws » (2004) 120:4 LQR 580.
Mehrotra, Pavan. « Back to the Basics : Why Traditional Principles of Personal Jurisdiction are Effective Today and Why Zippo Needs to Go », Note, (2010) 12:1 North Carolina Journal of Law & Technology 229.
Menthe, Darrel. « Jurisdiction in Cyberspace : a Theory of International Space » (1998) 4 Mich Telecomm & Tech L Rev 69.
Mills, Alex. « The Private History of International Law » (2006) 55:1 Int'l & Comp LQ 1.
Monestier, Tanya J. « A "Real and Substantial Mess" : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007) 33:1 Queen's LJ 179.
Morissette, Paul. « Les dérives d'un droit satellite », en ligne : (2005) 10:2 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org>.
Moyse, Pierre-Emmanuel. « Le commerce électronique, en toute franchise ? » (10 janvier 2001), en ligne : Juriscom.net <http://www.juriscom.net>.
Muir-Watt, Horatia. « Yahoo ! Cyber-Collision of Cultures : Who Regulates ? » (2003) 24:3 Mich J Int'l L 673.
Narayanan, Vineeth. « Harnessing the Cloud : International Law Implications of Cloud-Computing », Commentaire, (2012) 12:2 Chicago J Int'l L 783.

Norris, Erin F. « Why The Internet Isn't Special : Restoring Predictability to Personal Jurisdiction », Note, (2011) 53:3 Ariz L Rev 1013.
Patermann, Christian. « Applicable Law in Cases of Tort Damages Caused by Direct Broadcast Satellites » (1975) 3:1-2 J Space L 47.
Picker, Randal. « Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud », en ligne : (2008) 103:1 Nw U L Rev Colloquy 1 <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/Colloquy/2008/index.html>.
Pinguelo, Fernando M et Bradford W Muller. « Avoid the Rainy Day : Survey of U.S. Cloud Computing Caselaw » (janvier 2011), en ligne : Boston College Intellectual Property and Technology Forum <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1745668>.
Plaisant, Robert. « Propriété intellectuelle et communications par satellite » (1971) 70 RIDA 79.
Post, David G. « Governing Cyberspace » (1996) 43:1 Wayne L Rev 155.
————————. « Against "Against Cyberanarchy" » (2002) 17:4 Berkeley Tech LJ 1365.
————————. « Governing Cyberspace : Law » (2008) 24:4 Santa Clara Computer & High Tech LJ 883.
Prosser, William L. « Interstate Publication » (1953) 51:7 Mich L Rev 959.
Reed, Chris. « How to Make Bad Law : Lessons from Cyberspace » (2010) 73:6 Mod L Rev 903.
Reidenberg, Joel R. « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace » (1996) 45:3 Emory LJ 911.
———————— . « Lex Informatica : the Formulation of Information Policy Rules Through Technology » (1998) 76:3 Tex L Rev 553.
———————— . « Technology and Internet Jurisdiction » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1951.
Reingold, Barry, Ryan Mrazik et Miriam D'Jaen. « Cloud Computing : Whose Law Governs the Cloud ? » (2010) 15:1 Cyberespace Law 1.
Rice, Denis T. « Jurisdiction in Cyberspace : Which Law and Forum Apply to Securities Transactions on the Internet » (2000) 21:3 U Pa J Int'l Econ L 585.
Rolph, Rolph. « Publication, Innocent Dissemination and the Internet after *Dow Jones & Co Inc v Gutnick* » (2008) 33:2 UNSWLJ 562.
Roosevelt III, Kermit. « Current Debates in the Conflict of Laws – Foreword », Commentaire, (2005) 153:6 U Penn L Rev 1815.
Salis, Richard Paul. « A Summary of the American Bar Association's (ABA) Jurisdiction in Cyberspace Project », en ligne : (2001) 7:1 Lex Electronica <http://www.lex-electronica.org>.
Saumier, Geneviève. « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois » (2007) 37:2 RGD 463.
Scassa, Teresa et Robert J Currie. « New First Principles ? Assessing the Internet's Challenges to Jurisdiction » (2011) 42:4 Geo J Int'l L 1017.
Schafer, Daniel P. « Canada's Approach to Jurisdiction over Cybertorts : *Braintech v. Kostiuk* », Commentaire, (2000) 23:4 Fordham Int'l LJ 1186.
Schultz, Thomas. « Carving Up the Internet : Jurisdiction, Legal Orders, and the Private / Public International Law Interface » (2008) 19:4 EJIL 799.
Scott, Austin W. « Hanson v. Denckla », Commentaire, (1959) 72:4 Harv L Rev 695.
Seffar, Karim et Karim Benyekhlef, « Commerce électronique et normativités alternatives » (2006) 3:2 University of Ottawa Law & Technology Journal 353.

Senacq, Stéphane. « La vente internationale et le commerce électronique » (2000) 3-4 IBLJ 489 à la p 490.
Shapiro, Fred R et Michelle Pearse. « The Most-Cited Law Review Articles of All Time » (2012) 110:8 Mich L Rev 1483.
Slane, Andrea. « Tales, Techs, and Territories : Private International Law, Globalization and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet » (2008) 71:3 Law & Contemp Probs 129.
Stewart, David P. « Private International Law, the Rule of Law and Economic Development » (2011) 56:3 Vill L Rev 607.
Spencer, A Benjamin. « Jurisdiction and the Internet : Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts » (2006) U Ill L Rev 71.
Svantesson, Dan Jerker B. « The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation – What Every International Jurist Should Know » (2005) 13:1 Int'l JL & IT 39.
————————. « 'Place Of Wrong' in the Tort of Defamation – Behind the Scenes of a Legal Fiction » (2005) 17:2 Bond Law Review 149.
————————. « Borders *On,* or Border *Around* – The Future of the Internet » (2006) 16:2 Alb LJ Sci & Tech 343.
————————. « The Relation Between Public International Law and Private International Law in the Internet Context » (2006) 9 Yearbook of New Zealand Jurisprudence 154.
Svantesson, Dan Jerker B et Roger Clarke, « Privacy and Consumer Risks in Cloud Computing » (2010) 26:4 Computer L & Sec R 391.
Swire, Peter P. « Elephants and Mice Revisited : Law and Choice of Law on the Internet » (2005) 153:6 U Penn L Rev 1975.
Trakman, Leon E. « From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law » (2003) 53:3 UTLJ 271.
Trudel, Pierre. « Introduction au droit du commerce électronique » (1995) 55 R du B 521.
————————. « Jurisdiction over the Internet : A Canadian Perspective » (1998) 32:4 Int'l Law 1027.
———————— . « Web 2.0 Regulation : A Risk Management Process » (2009) 7:2 CJLT 244.
Twining, William. « Diffusion and Globalization Discourse » (2006) 47:2 Harv Int'l LJ 507.
Van Overmeire, Xavier. « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberespace », en ligne : (2008) 13:1 Lex Electronica, <http://www.lex-electronica.org>.
Von Mehren, Arthur T et Donald T Trautman. « Recognition of Foreign Adjudications : A Survey and a Suggested Approach » (1968) 81:8 Harv L Rev 1601.
Wai, Robert. « In the Name of the International : The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law » (2001) 39 Can YB Int'l L 117.
Ward, Burke T et Janice C Sipior. « The Internet Jurisdiction Risk of Cloud Computing » (2010) 27:4 Information Systems Management 334.
Weinstock Natanel, Neil. « Cyberspace Self Governance : A Skeptical View from Liberal Democracy Theory » (2000) 88:2 Cal L Rev 395.

Wrenn, Gregory J. « Cyberespace is Real, National Borders are Fiction : The Protection of Expressive Rights Online Through Recognition of National Borders in Cyberspace » (2002) 38:1 Stan J Int'l L 97.

Yntema, Hessel E. « The Historic Bases of Private International Law » (1953) 2:3 Am J Comp L 297.

————. « The Objectives of Private International Law » (1957) 35:6 R du B can 721.

MÉMOIRES ET DISSERTATIONS

Draf, Oliver. *Selected Issues of Private International Law and of Contracts on the Internet*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 1999 [non publié].

Houde, Lucie. *Internet et le paradigme juridictionnel*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2002 [non publié].

Mortensen, Melanie J. *"A Civilization of the Mind": Sovereignty, Internet Jurisdiction and Ethical Governance*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2007 [non publié].

Koné, Moriba Alain. *La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet : une analyse comparé des systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2007 [non publié].

Walker, Janet. *The Constitution of Canada and the Conflict of Laws*, thèse de D.Phil, Oxford University, 2001 [non publiée].

CONFÉRENCES INÉDITES

Kyer, Ian C et Gabriel M A Stern. « Where in the World is my Data? Jurisdictional Issues in Cloud-Computing », *Cloud Computing Law Conference*, présentée à Toronto, 30 mars 2011 [non publiée], en ligne : Fasken Martineau DuMoulin LLP <http://www.fasken.com>.

Svantesson, Dan Jerker B. « The not so 'Borderless' Internet : Does it Still Give Rise to Private International Law Issues? », 61e conférence de la *Australasian Law Teachers Association*, présentée à l'Université de Victoria, 4-7 juillet 2006 [non publiée], en ligne : Bond University <http://epublications.bond.edu.au>.

CRITIQUE DE MONOGRAPHIE

Atchison, Amy et Laura Cadra, dir, « Keeping Up with New Legal Titles » (2007) 99:1 Law Libr J 133.

SITES INTERNET ET AUTRES SOURCES

American Bar Association, *Global Internet Jurisdiction : The ABA/ICC Survey* (avril 2004), en ligne : American Bar Association <http://www.americanbar.org>.

Barlow, John Perry. « A Declaration of the Independence of Cyberspace », en ligne : Electronic Frontier Foundation <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Visez les nuages* : *Questions liées à la protection de la vie privée dans le contexte de l'informatique dans les nuages* (mars 2010), en ligne : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada <http://www.priv.gc.ca >

« Cloudlaw : Law & Policy in the Cloud », en ligne : Cloudlaw <http://cloudlaw.ca>.

Fujita, Akiko. « Google Ordered by Court to Suspend Autocomplete » (26 mars 2012), en ligne : ABC News <http://abcnews.go.com>.

« Individual Internet Use and e-Commerce », en ligne : Statistiques Canada <http://www.statcan.gc.ca>.

International Telecommunication Union, *Measuring the Information* Society, Genève, International Telecommunication Union, 2012.

« Klobuchar To Introduce Bill On 'Cloud Computing' Laws » (18 avril 2011), en ligne : CBS <http://minnesota.cbslocal.com>.

« QMUL Cloud Legal Project », en ligne : Queen Mary, University of London <http://www.cloudlegal.ccls.qmul.ac.uk>.

Pitel, Stephen G A. « New Canadian Framework for Assumption of Jurisdiction » (23 avril 2012), en ligne : Conflict of Laws.net < http:// conflictoflaws.net>.

Roux, Christian. « À la défense du droit civil – Entre le droit civil et la common law, les entreprises préfèrent... l'efficacité! », *Le Devoir* (19 décembre 2009), en ligne : Le Devoir <www.ledevoir.com>.

Thill, Scott. « March 17, 1948: William Gibson, Father of Cyberspace » (17 mars 2009), en ligne : Wired <http://www.wired.com/science/discoveries/news/2009/03/dayintech_0317>.