



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Douez *c.* Facebook, Inc., 2017 CSC 33

APPEL ENTENDU : 4 novembre 2016

JUGEMENT RENDU : 23 juin 2017

DOSSIER : 36616

ENTRE :

Deborah Louise Douez
Appelante

et

Facebook, Inc.
Intimée

- et -

Association canadienne des libertés civiles, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Association canadienne de la technologie de l'information et Bureau de la publicité interactive du Canada
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté

MOTIFS CONJOINTS DE JUGEMENT : Les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon (par. 1 à 77)

MOTIFS CONCORDANTS QUANT AU La juge Abella

RÉSULTAT :
(par. 78 à 118)

MOTIFS CONJOINTS DISSIDENTS : La juge en chef McLachlin et la juge Côté (avec l'accord du juge Moldaver)
(par. 119 à 177)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

DOUEZ c. FACEBOOK, INC.

Deborah Louise Douez

Appelante

c.

Facebook, Inc.

Intimée

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Clinique d'intérêt public et de politique d'internet
du Canada Samuelson-Glushko,
Association canadienne de la technologie de l'information et
Bureau de la publicité interactive du Canada**

Intervenants

Répertoire : Douez c. Facebook, Inc.

2017 CSC 33

N° du greffe : 36616.

2016 : 4 novembre; 2017 : 23 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Choix du tribunal — Clause d'élection de for — Contrat d'adhésion en matière de consommation — Exploitation d'un réseau social en ligne par une entreprise dont le siège est situé en Californie — Présence dans les conditions d'utilisation de l'entreprise d'une clause d'élection de for attribuant compétence aux tribunaux de la Californie — Action d'une résidente de la Colombie-Britannique membre du réseau social alléguant la commission par l'entreprise d'un délit civil prévu dans la Privacy Act de la Colombie-Britannique — Y a-t-il lieu de suspendre l'action en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation? — Application à un contrat de consommation du test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for — L'analyse que commande la clause d'élection de for devrait-elle être assimilée à celle que commande la règle du forum non conveniens adoptée à l'art. 11 de la Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.

Protection des renseignements personnels — Tribunaux — Compétence — La Privacy Act de la Colombie-Britannique prévoit que, malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême de cette province connaît de toute action fondée sur ses dispositions — Elle ne fait aucune mention des stipulations contractuelles — A-t-elle préséance sur les clauses d'élection de for? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4.

Entreprise américaine dont le siège est situé en Californie, Facebook exploite l'un des principaux réseaux sociaux au monde et tire la plus grande partie de ses revenus de la publicité. D réside en Colombie-Britannique et est membre de Facebook depuis 2007. En 2011, Facebook a lancé un nouveau produit publicitaire appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Ce produit utilisait le nom et la photo de membres pour faire la publicité d'entreprises et de produits auprès des autres membres. D a intenté en Colombie-Britannique une action dans laquelle elle allègue que Facebook s'est servi de son nom et de son image sans son consentement pour faire de la publicité et qu'elle a ainsi contrevenu au par. 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. D demande par ailleurs la certification d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*. Le groupe projeté englobe tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée. On estime à 1,8 million le nombre de ces personnes.

Selon l'art. 4 de la *Privacy Act*, toute action intentée sous le régime de la Loi ressortit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cependant, lorsqu'il adhère à Facebook, l'utilisateur éventuel doit accepter les conditions d'utilisation du réseau social, dont une clause d'élection de for et de désignation du droit applicable qui stipule que toute contestation sera portée devant un tribunal de la Californie, lequel tranchera selon le droit de cet État.

Au stade préliminaire, Facebook a demandé la suspension de l'action en invoquant la clause d'élection de for. La juge de première instance a refusé de donner

effet à la clause et a certifié le recours collectif. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de première instance sur la demande de suspension au motif que la clause d'élection de for de Facebook était exécutoire et que D n'avait pas démontré l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. La question de la certification est donc devenue théorique, et la Cour d'appel a refusé de l'examiner.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. La clause d'élection de for est inexécutoire. L'ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook afin que la Cour suprême de la Colombie-Britannique décline compétence est rétablie.

Les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon: Faute de dispositions législatives à l'effet contraire, le test de common law applicable aux clauses d'élection de for établi dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, continue de s'appliquer et offre le cadre d'analyse qui convient dans la présente affaire. Le test du *forum non conveniens* adopté dans la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (« CJPTA ») n'a pas été conçu pour remplacer le test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for. L'analyse que commandent ces clauses demeure donc distincte malgré l'adoption de la CJPTA.

Les clauses d'élection de for ont une raison d'être louable; elles sont d'usage courant, et on leur donne couramment effet. Toutefois, elles ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d'une province, alors que l'exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun. Mais comme elles empiètent sur la fonction juridictionnelle de l'autorité judiciaire publique, les tribunaux canadiens ne se contentent pas de les appliquer comme n'importe quelles autres clauses. Lorsqu'aucune loi n'a préséance sur elles, la démarche en deux étapes établie dans *Pompey* s'applique pour décider s'il y a lieu ou non de donner effet à une clause d'élection de for et de suspendre l'action intentée malgré l'existence de celle-ci. À la première étape, la partie qui demande la suspension doit établir que la clause est valide, claire et exécutoire et qu'elle s'applique à la cause d'action dont le tribunal est saisi. Si elle y parvient, le fardeau de preuve devient celui du demandeur, qui doit démontrer l'existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause d'élection de for et suspendre l'action. À cette seconde étape de la démarche, le tribunal doit prendre en considération toutes les circonstances, y compris les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et l'intérêt de la justice. L'intérêt public peut aussi être pris en compte à cette étape. Les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial, mais il y a une grande différence entre rapports commerciaux et rapports de consommation. Indépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d'élection de for. Ainsi, les considérations qui président à

l'application du critère des motifs sérieux de l'arrêt *Pompey* devraient, dans le cas d'un contrat de consommation, en englober d'autres pertinentes dans ce contexte. Pour décider s'il est juste et raisonnable de donner effet à la clause d'élection de for par ailleurs contraignante d'un contrat de consommation, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les considérations d'intérêt public touchant l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu.

Dans *Pompey*, la Cour reconnaît qu'une disposition législative peut prévaloir sur une clause d'élection de for. Dans la présente affaire, on ne trouve pas à l'art. 4 de la *Privacy Act* le libellé clair et explicite qu'emploie habituellement le législateur pour écarter une clause d'élection de for. Même s'il souhaitait que l'art. 4 de la *Privacy Act* confère compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour statuer sur les demandes présentées sous le régime de la Loi, rien ne permet de penser qu'il souhaitait aussi que la disposition ait préséance sur les clauses d'élection de for.

À la première étape du test de l'arrêt *Pompey*, la clause d'élection de for des conditions d'utilisation de Facebook est jugée exécutoire. À la seconde, toutefois, D s'est déchargée de son fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Par leur effet cumulatif, plusieurs considérations différentes permettent de conclure à l'existence de motifs sérieux. Mais surtout, la contestation vise un contrat d'adhésion en matière de consommation intervenu entre un consommateur et

une grande entreprise ainsi qu'une cause d'action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée. L'inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre les parties ressort de la preuve. Dans ce contexte, le consommateur n'a pratiquement pas d'autre choix que d'accepter les conditions d'utilisation de Facebook. De plus, il existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. La présente affaire requiert l'interprétation d'un délit civil d'origine législative, et seule l'interprétation par une juridiction locale des droits à la vie privée que confère la *Privacy Act* offrira aux autres résidents de la province clarté et certitude sur la portée de ces droits. En somme, ces considérations liées à l'intérêt public militent fortement en faveur de l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

Deux autres considérations secondaires donnent aussi à penser que la clause d'élection de for ne devrait pas s'appliquer. Premièrement, à supposer même qu'un tribunal californien pourrait appliquer ou appliquerait la *Privacy Act*, l'intérêt de la justice milite en faveur de l'instruction de l'action par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'absence de preuve qu'un tribunal de la Californie refuserait d'entendre la demande de D n'est pas décisive. La Cour suprême de la Colombie-Britannique est mieux placée qu'une juridiction californienne pour définir l'objet de la loi et l'intention qui la sous-tend, puis décider si l'intérêt public ou l'intention du

législateur empêche les parties d'écarter les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger. Deuxièmement, les frais et les inconvénients occasionnés aux Britanno-Colombiens par l'obligation de poursuivre en Californie, comparés à ceux occasionnés à Facebook, étayent aussi la conclusion qu'il existe des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. La juge de première instance a conclu qu'il serait plus commode de rendre les registres et les dossiers de Facebook disponibles pour examen en Colombie-Britannique que d'obliger D à se déplacer jusqu'en Californie pour défendre sa cause. Aucun élément ne justifie de modifier sa conclusion.

La juge Abella : Le pourvoi a pour objet un contrat d'adhésion en matière de consommation. Pour devenir membre de Facebook, un consommateur doit adhérer aux conditions d'utilisation du réseau social dans leur intégralité, ce qui comprend la clause d'élection de for. Il n'y a ni négociation, ni choix, ni modulation. Le caractère automatique des engagements qui résultent d'un contrat conclu en ligne resserre l'examen des clauses qui ont l'effet de compromettre l'accès du consommateur à d'éventuels recours.

Le test établi dans l'arrêt *Pompey* pour décider de l'applicabilité d'une clause d'élection de for suppose deux examens distincts. Le premier consiste à se demander si la clause est exécutoire suivant des doctrines appliquées en droit des contrats comme l'ordre public, la contrainte, la fraude, l'iniquité et le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties. Si la clause est jugée exécutoire, il

incombe alors au consommateur de démontrer l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause en raison de considérations qui ressortissent habituellement à la doctrine du *forum non conveniens*. Assurer le caractère distinct de chacune des étapes de la démarche suivie dans *Pompey* c'est se poser la bonne question avant de faire passer le fardeau de la preuve au consommateur : le contrat ou la clause comme telle est-il exécutoire au regard des principes fondamentaux du droit contractuel?

Dans la présente affaire, la clause d'élection de for n'est pas exécutoire au regard des principes du droit contractuel appliqués à la première étape du test de l'arrêt *Pompey*.

Les contraintes que les clauses d'élection de for imposent aux consommateurs et à leur accès à la justice vont des coûts supplémentaires, des difficultés d'ordre logistique et des délais aux effets psychologiques dissuasifs. Lorsqu'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu'a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s'il s'agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels, les considérations liées à l'ordre public l'emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d'une clause d'élection de for.

Les considérations liées à l'ordre public et à l'accès aux tribunaux nationaux sont d'autant plus importantes dans la présente affaire qu'un droit

fondamental comme celui au respect de la vie privée est en jeu. L'article 4 de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique dispose que, [TRADUCTION] « [m]algré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême [de la province] connaît de toute action » relative aux garanties qu'offre la Loi. Le législateur y reconnaît que les droits à la vie privée conférés par la Loi bénéficient dans la province de la protection des juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Donner effet à la clause d'élection de for d'un contrat de consommation qui empêche une partie de saisir le tribunal désigné par la loi irait à l'encontre de l'ordre public.

À ces considérations d'ordre public s'ajoute le « pouvoir de négociation très inégal » des parties. Facebook est une multinationale présente dans des dizaines de pays. D est une simple citoyenne qui n'a eu aucun mot à dire sur les conditions du contrat et, de fait, elle n'a pas vraiment eu d'autre choix que de les accepter étant donné le fait incontesté que l'utilisation de Facebook est indispensable dans les échanges en ligne.

La doctrine de l'iniquité s'applique elle aussi de manière à rendre la clause d'élection de for inexécutoire. Les deux éléments requis pour que s'applique la doctrine de l'iniquité — l'inégalité du pouvoir de négociation et l'injustice — sont réunis en l'espèce. L'inégalité du pouvoir de négociation de Facebook et de D face à un contrat d'adhésion conclu en ligne a conféré à Facebook la faculté unilatérale d'exiger de D qu'elle fasse valoir toute réclamation juridique non pas en Colombie-Britannique, où le contrat est intervenu, mais seulement en Californie, où

se trouve le siège de Facebook. Il en résulte pour cette dernière un avantage injuste et écrasant sur le plan procédural et, peut-être aussi, sur le plan substantiel.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté (dissidents) :

Lorsque les parties conviennent d'un ressort pour le règlement de leurs différends, les tribunaux donnent effet à cet accord à moins que le demandeur n'établisse l'existence de motifs sérieux de ne pas le faire. Dans la présente affaire, D n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for qu'elle avait acceptée. Par conséquent, l'action devrait être entendue en Californie comme le stipule le contrat et faire l'objet d'une suspension d'instance.

L'article 11 de la *CJPTA* ne permet pas d'écarter une clause d'élection de for. Conformément à l'arrêt *Pompey*, lorsque les parties se sont entendues au préalable sur un ressort, il n'y a pas lieu de se demander lequel des deux ressorts convient le plus; elles ont réglé la question dans leur contrat, sous réserve de l'invalidité ou du caractère inapplicable de la clause contractuelle ou de l'existence — établie par le demandeur — de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Il convient de rejeter l'idée d'un test unifié qui intégrerait l'analyse relative à la clause d'élection de for à celle du *forum non conveniens*. Bien que la *CJPTA* codifie entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law, elle n'a pas préséance sur les principes de common law qui sous-tendent l'exécution d'une clause d'élection de for. Lorsqu'il est satisfait au test de l'arrêt *Pompey* et que la clause d'élection de for est inexécutoire, deux ressorts concurrents sont susceptibles d'avoir compétence. C'est

alors que s'applique la *CJPTA*, qui codifie la règle du *forum non conveniens* de la common law. Dans la présente affaire, le test de l'arrêt *Pompey* n'est pas satisfait, et D ne peut donc pas bénéficier de l'art. 11 de la *CJPTA*.

En ce qui a trait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*, Facebook s'est acquittée de son fardeau de démontrer que la clause d'élection de for est exécutoire et qu'elle s'applique dans les circonstances : il est établi qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée; le contrat est incontestablement clair et le fait de s'engager à s'efforcer d'appliquer les lois locales n'est pas contradictoire avec celui de convenir d'intenter tout recours éventuel en Californie; enfin, l'art. 4 de la *Privacy Act* accorde à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *rationae materiae* à l'égard des demandes fondées sur la *Privacy Act* à l'exclusion de tout autre tribunal de la province, mais aucun élément de son libellé ne donne à penser qu'il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide.

Même si un tribunal peut refuser de donner effet à une stipulation contractuelle par ailleurs valide, mais qui contrevient à l'ordre public, la partie qui cherche à ce que cette clause soit sans effet doit établir l'existence d'une considération d'ordre public prépondérante qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'exécution des contrats. Les faits de la présente affaire ne révèlent pas l'existence d'une telle considération d'ordre public prépondérante. Loin d'être iniques ou contraires à l'ordre public, les clauses d'élection de for procèdent de

solides considérations d'intérêt public. Elles contribuent à accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières. Et le fait qu'elles figurent dans des contrats types n'a pas d'incidence sur leur validité. Cela ne signifie pas que le tribunal leur donnera toujours effet. Des obstacles liés à l'éloignement ou des obstacles géographiques peuvent rendre l'application d'une clause d'élection de for injuste dans certains cas. Or, ces considérations intéressent le deuxième volet du test de l'arrêt *Pompey*, non le premier. Dans la présente affaire, la clause d'élection de for est valide et applicable et il est satisfait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*.

Quant au deuxième volet de ce test, exiger du demandeur qu'il établisse l'existence de motifs sérieux est essentiel au maintien de la certitude, de l'ordre et de la prévisibilité qu'assure le droit international privé, surtout au vu de la prolifération des services en ligne transfrontaliers. Dans la présente affaire, aucune des considérations invoquées par D n'établit l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. D n'a pas démontré que, par application du critère de la prépondérance des inconvénients, les faits de l'espèce et la preuve qui serait produite favorisent la Colombie-Britannique au détriment du ressort désigné dans le contrat, soit la Californie. De plus, se prononcer sur le délit civil créé par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne nécessite pas une expertise spéciale, et il n'a pas été démontré qu'un tribunal de la Californie serait moins apte que la Cour suprême de la Colombie-Britannique à interpréter cette loi. Aucun élément de la situation de D n'indique que le recours collectif projeté ne pourrait pas être intenté en Californie aussi facilement qu'en Colombie-Britannique. Rien n'indique que

Facebook ne souhaite pas vraiment que tous les litiges susceptibles de l'opposer à ses utilisateurs se déroulent en Californie. Finalement, D n'a pas démontré que l'application de la clause d'élection de for l'empêcherait de bénéficier d'un procès équitable.

L'application nuancée du critère des motifs sérieux ou la modification du critère afin que le fardeau de la preuve incombe au défendeur dans le cas de contrats d'adhésion en matière de consommation reviendrait à infirmer à tort la décision de la Cour dans l'affaire *Pompey* et à y substituer des principes nouveaux et différents. Nuancer le critère des motifs sérieux en s'en remettant à une autre considération, à savoir l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur, confond le premier volet du test de l'arrêt *Pompey* avec le second, si bien que le droit jugé applicable dans *Pompey* s'en trouve modifié en profondeur. C'est à ce premier volet que l'inégalité du pouvoir de négociation est pertinente. Cet élément peut amener le tribunal à conclure que la clause est inique, ce que D n'a pas plaidé. Dans la présente affaire, Facebook a démontré que la clause d'élection de for est exécutoire, et D n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à cette clause à laquelle elle a consenti.

Jurisprudence

Citée par les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon

Arrêt appliqué : *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; **arrêts mentionnés :** *Momentous.ca Corp. c. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, conf. par 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Armoyan c. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907; *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Straus c. Decaire*, 2007 ONCA 854; *Expedition Helicopters Inc. c. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241; *Stubbs c. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386; *Welex A.G. c. Rosa Maritime Limited (The "Epsilon Rosa")*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509; *The "Bergen" (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710; *Quinlan c. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362; *Incitec Ltd c. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *80 Wellesley St. East Ltd. c. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280; *TCR Holding Corp. c. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175; *Kelly c. Human*

Rights Commission (P.E.I), 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162; *Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; **arrêts mentionnés :** *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Zi Corp. c. Steinberg*, 2006 ABQB 92, 396 A.R. 157; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *Ironrod Investments Inc. c. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289, conf. par (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Takefman c. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. c. Nord Pacific Ltd.*, 2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115; *Tercon*

Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie), 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Côté (dissidentes)

Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Berkson c. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (2015); *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Atlantic Marine Construction Co. c. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013); *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Akai Pty Ltd. c. People's Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialities Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012]

1 R.C.S. 572; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, art. 3.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.

Code civil du Québec, art. 3149.

Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.

Electronic Transactions Act, S.B.C. 2001, c. 10, art. 15(1).

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, c. 6, art. 46(1).

Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 1(1), 3(2), 4.

Règlement (U.E.) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), [2012] J.O. L351/1, art. 18, 19.

Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 180(1).

Doctrines et autres documents cités

Benson, Peter. « Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate : A Brief Comment » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 282.

Braucher, Jean. « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 382.

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne :

[http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/184-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/competence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994; version archivée : \[http://www.scc-csc.ca/csodce/2017SCC-CSC33_1_fra.pdf\]\(http://www.scc-csc.ca/csodce/2017SCC-CSC33_1_fra.pdf\)](http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/184-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/competence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994; version archivée : http://www.scc-csc.ca/csodce/2017SCC-CSC33_1_fra.pdf).

- Ellinghaus, M.P. « In Defense of Unconscionability » (1969), 78 *Yale L.J.* 757.
- Farrow, Trevor C.W. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.
- Geist, Michael A. « Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001), 16 *B.T.L.J.* 1345.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Mullenix, Linda S. « Another Easy Case, Some More Bad Law : *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction » (1992), 27 *Tex. Int'l L.J.* 323.
- Pavlović, Marina. « Contracting out of Access to Justice : Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016), 62 *R.D. McGill* 389.
- Peel, Edwin. « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
- Pitel, Stephen G.A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Preston, Cheryl B. « “Please Note : You Have Waived Everything” : Can Notice Redeem Online Contracts? » (2014), 64 *Am. U. L. Rev.* 535.
- Purcell, Edward A. Jr. « Geography as a Litigation Weapon : Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court » (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423.
- Resnik, Judith. « Procedure as Contract » (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593.
- Saumier, Geneviève. « What’s in a Name? Lloyd’s, International Comity and Public Policy » (2002), 37 *Rev. can. dr. comm.* 388.
- Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

- Tang, Zheng. « Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce » (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237.
- Tang, Zheng Sophia. *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd ed., Portland (Or.), Hart, 2015.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 2010.
- Waddams, Stephen. « Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60).
- Walsh, Catherine. « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D.U.N.-B.* 12.
- Woodward, William J. Jr. « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Griffin, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Ward K. Branch, c.r., Christopher Rhone et Michael Sobkin, pour l'appelante.

Mark A. Gelowitz et W. David Rankin, pour l'intimée.

Cynthia Kuehl et Meredith E. Jones, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Paul J. Bates, Marina Pavlovic et Jeremy de Beer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Matthew P. Gottlieb, Paul Michell et Ian C. Matthews, pour l'intervenante l'Association canadienne de la technologie de l'information.

Derek J. Bell et Jason M. Berall, pour l'intervenant le Bureau de la publicité interactive du Canada.

Version française du jugement rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS, WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Les clauses d'élection de for visent à écarter la compétence d'un tribunal, par ailleurs susceptible d'être régulièrement saisi, au profit de celle d'un tribunal étranger. Pour établir un juste équilibre entre la liberté contractuelle et l'intérêt public à faire instruire certaines demandes par une juridiction locale, les tribunaux ont conçu

un test permettant de décider s'il y a lieu ou non de donner effet à de telles clauses. Ils l'ont surtout appliqué en matière commerciale, donnant alors généralement effet à ces clauses pour contraindre des parties contractuelles averties à respecter leurs engagements, sauf circonstances exceptionnelles. La Cour est aujourd'hui appelée à appliquer ce test en matière de contrats de consommation.

[2] Résidente de la Colombie-Britannique, Deborah Douez est membre du réseau social Facebook.com. Elle affirme que Facebook, Inc. a porté atteinte à son droit à la vie privée, ainsi qu'à celui de plus de 1,8 million de Britanno-Colombiens, en contravention avec la *Privacy Act* de cette province. Facebook demande la suspension de l'instance en invoquant à l'appui la clause d'élection de for prévue dans les conditions d'utilisation que chaque utilisateur doit accepter au moyen d'un clic pour pouvoir utiliser son réseau social.

[3] La juge de première instance a refusé de suspendre l'instance après avoir conclu que la *Privacy Act* l'emportait sur cette clause et qu'elle fournissait des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause. La Cour d'appel a infirmé sa décision, estimant plutôt que la clause était exécutoire et que M^{me} Douez n'avait pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas y donner effet.

[4] À l'instar de notre collègue la juge Abella, mais pour des motifs différents, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Selon nous, bien que l'art. 4 de la *Privacy Act* n'ait pas préséance sur les clauses d'élection de for, M^{me} Douez a démontré qu'il existe des motifs sérieux de ne pas appliquer la clause en l'espèce. Le

déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation entre les parties et l'importance qu'il soit statué dans la province sur des droits à la vie privée qui revêtent un caractère quasi constitutionnel sont des considérations d'intérêt public convaincantes qui, conjointement, se révèlent décisives en l'espèce. De plus, l'intérêt de la justice ainsi que le coût et les inconvénients d'une poursuite en Californie étayent la conclusion que des motifs sérieux existent bel et bien en l'espèce.

II. Contexte

[5] L'intimée, Facebook, Inc., est une entreprise américaine dont le siège est situé en Californie. Elle exploite Facebook.com, l'un des principaux réseaux sociaux au monde, et elle tire la plus grande partie de ses revenus de la publicité. L'appelante, M^{me} Douez, réside en Colombie-Britannique et est membre de Facebook depuis 2007.

[6] En 2011, Facebook a lancé un nouveau produit publicitaire qu'elle a appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Ce produit utilisait le nom et la photo de membres, prétendument à leur insu, pour faire la publicité d'entreprises et de produits auprès des autres membres, sur le site et ailleurs sur Internet.

[7] M^{me} Douez a intenté une action contre Facebook après avoir constaté que son nom et sa photo de profil s'étaient retrouvés dans des actualités sponsorisées. Elle allègue que Facebook s'est servi de son nom et de son image sans son consentement pour faire de la publicité et a ainsi contrevenu au par. 3(2) de la *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, qui dispose :

[TRADUCTION] (2) Quiconque utilise le nom ou l'image d'une autre personne en vue de faire la publicité ou de promouvoir la vente ou l'échange de tout bien ou service, mais sans avoir obtenu au préalable son consentement ou celui de la personne autorisée à consentir pour elle à cette utilisation, commet un délit civil et peut être poursuivie avec ou sans preuve d'un préjudice.

M^{me} Douez demande par ailleurs la certification d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Le groupe projeté englobe tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée. On estime à 1,8 million le nombre de ces personnes.

[8] Chacun est libre d'adhérer à Facebook et de l'utiliser, mais tous les utilisateurs potentiels — y compris M^{me} Douez — doivent alors accepter ses conditions d'utilisation. Au nombre de ces conditions figure la clause d'élection de for et de désignation du droit applicable, qui stipule que tout différend doit être tranché en Californie selon le droit de cet État :

[TRADUCTION] Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara. Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [d.a., vol. II, p. 138]

[9] Au stade préliminaire, Facebook a demandé la suspension de l'action de M^{me} Douez en invoquant cette clause d'élection de for. Elle a fait valoir à titre subsidiaire que la Colombie-Britannique est un *forum non conveniens* au sens de

l'art. 11 de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (« *CJPTA* »). Devant notre Cour, Facebook s'en tient toutefois à la clause d'élection de for et elle ne soutient plus que la Colombie-Britannique est un *forum non conveniens*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Griffin, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254*

[10] La juge de première instance refuse de donner effet à la clause d'élection de for. Elle conclut que la clause est à première vue valide, claire et exécutoire, mais elle estime que l'art. 4 de la *Privacy Act* l'emporte sur la clause d'élection de for et qu'il fournit des motifs sérieux relevant de l'intérêt public de ne pas l'appliquer. À son avis, l'art. 4 confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive pour connaître d'une action intentée sous le régime de la Loi. Elle conclut donc que la demanderesse ne pourrait saisir une autre juridiction s'il y avait suspension.

[11] Même si ses conclusions sur l'art. 4 sont suffisantes pour statuer sur la requête, la juge de première instance conclut également qu'il y a des motifs sérieux de ne pas appliquer la clause d'élection de for. À son avis, donner effet à cette clause exonérerait Facebook de toute responsabilité, car seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut connaître de l'affaire. M^{me} Douez n'a pas à prouver que

les tribunaux californiens refuseraient d'entendre sa demande. Elle conclut en outre que la clause attributive de compétence et l'objet de la *Privacy Act* sont des justifications relevant de l'intérêt public qui militent en faveur de l'existence de motifs sérieux.

[12] Enfin, la juge conclut après examen des circonstances énumérées à l'art. 11 de la *CJPTA* qu'il n'est pas plus approprié qu'un tribunal de la Californie entende l'affaire plutôt qu'un tribunal de la Colombie-Britannique. Elle estime qu'il serait plus commode que l'instance se déroule en Colombie-Britannique qu'en Californie. Elle rejette donc la demande de suspension de Facebook.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel, 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116*

[13] La Cour d'appel infirme la décision de première instance et ordonne la suspension de l'instance sur le fondement de la clause d'élection de for. Elle confirme que l'analyse d'une clause d'élection de for se distingue de celle du tribunal approprié suivant l'art. 11 de la *CJPTA*.

[14] La Cour d'appel conclut que la juge de première instance interprète erronément l'art. 4 de la *Privacy Act*. À son avis, elle omet de donner effet au principe de territorialité, lequel veut qu'une loi provinciale ne puisse régir les droits civils dans un autre ressort. L'article 4 vise la compétence matérielle, non la compétence territoriale, et il confère donc seulement compétence à la Cour suprême

de la Colombie-Britannique à l'exclusion de tout autre tribunal de la province. Si le législateur avait voulu écarter les clauses d'élection de for, il l'aurait fait explicitement.

[15] La Cour d'appel statue que la clause d'élection de for est exécutoire et que M^{me} Douez n'a pas démontré l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Selon la cour, l'interprétation erronée de l'art. 4 de la *Privacy Act* entache l'analyse de la juge de première instance et l'amène à conclure à tort à l'existence de motifs sérieux. L'extinction du droit d'action consécutive à la suspension de l'instance aurait pu constituer un motif sérieux, mais M^{me} Douez n'a pas soumis d'éléments de preuve en ce sens. Vu sa conclusion selon laquelle la clause doit être appliquée, la Cour d'appel n'examine pas l'art. 11 de la *CJPTA*.

IV. Questions en litige

[16] Facebook ne conteste pas la compétence territoriale des tribunaux de la Colombie-Britannique. La principale question en litige est celle de savoir s'il y a lieu de suspendre l'action de M^{me} Douez en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation de Facebook. Les parties ne s'entendent pas non plus sur la question de savoir si l'analyse que commande la clause d'élection de for devrait être assimilée ou non à celle que commande l'art. 11 de la *CJPTA*, ou si les concepts sous-jacents sont distincts.

V. Analyse

[17] Comme nous l'expliquons plus loin, le test du *forum non conveniens* adopté dans la *CJPTA* n'a pas été conçu pour remplacer le test de common law applicable aux clauses d'élection de for. À notre avis, il convient de statuer en l'espèce en recourant à l'analyse des motifs sérieux préconisée par notre Cour dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450.

A. *Interaction entre les clauses d'élection de for et la CJPTA*

[18] En common law, les clauses d'élection de for et la doctrine du *forum non conveniens* commandent des analyses différentes : [TRADUCTION] « À chacune correspond un fardeau de preuve, un test et un impératif propres » (*Momentous.ca Corp. c. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 767, par. 37, conf. par 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359). Notre Cour a confirmé que « l'existence d'une clause d'élection de for suffit [...] à justifier l'application d'un critère différent » et elle a ajouté ne pas être convaincue « qu'il serait préférable d'adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l'existence d'une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d'autres » (*Pompey*, par. 21).

[19] M^{me} Douez soutient que la *CJPTA* offre un cadre complet pour décider de la compétence du tribunal et que l'existence d'une clause d'élection de for ne devrait constituer qu'un facteur parmi d'autres dans l'analyse que commande la doctrine du *forum non conveniens* suivant l'art. 11.

[20] À notre avis, c'est à bon droit que les juridictions inférieures écartent la démarche préconisée par M^{me} Douez. L'art. 11 de la *CJPTA* « codifie [...] intégralement la règle du *forum non conveniens* de la common law [et] n'admet aucune exception » (*Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, par. 22 (nous soulignons)). Il n'a pas pour but de codifier le test applicable aux clauses d'élection de for. Non seulement l'art. 11 ne fait aucune mention des stipulations contractuelles, mais les commentaires sur la loi uniforme dont le législateur s'est inspiré pour concevoir la *CJPTA* sont également muets sur ce point (Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada, *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, en ligne). L'analyse que commandent les clauses d'élection de for demeure distincte malgré l'adoption de la *CJPTA*.

[21] Plusieurs provinces canadiennes ont adopté une loi similaire à la *CJPTA*, avec des dispositions identiques ou apparentées. Leurs cours d'appel ont systématiquement statué que l'analyse relative aux clauses d'élection de for demeurerait distincte (voir p. ex. les arrêts *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, par. 14, et *Armoyan c. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204, par. 218). Même la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui a estimé qu'une clause d'élection de for devait faire l'objet de l'analyse prévue dans la *CJPTA*, a jugé que [TRADUCTION] « l'arrêt *Pompey* continue de s'appliquer malgré l'adoption de cette loi » (*Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA

137, 377 Sask. R. 146, par. 10; voir aussi *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, par. 112-114).

[22] Bref, le législateur n'a jamais voulu que la *CJPTA* remplace le test de common law applicable aux clauses d'élection de for. Faute de dispositions à l'effet contraire, le test de common law continue de s'appliquer et offre le cadre d'analyse applicable en l'espèce.

B. *La clause d'élection de for en common law : l'arrêt Pompey*

[23] Nous passons maintenant au test de common law applicable à la clause d'élection de for que la Cour adopte dans l'arrêt *Pompey* et à la manière dont il convient de l'appliquer selon nous à un contrat de consommation.

[24] La raison d'être des clauses d'élection de for est louable. Notre Cour reconnaît que « [l]es tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité » (*Pompey*, par. 20). Les clauses d'élection de for sont d'usage courant et on leur donne couramment effet.

[25] Cela dit, les clauses d'élection de for ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d'une province, alors que l'exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun. Les cours de justice ne sont pas que des organes appelés à [TRADUCTION] « dire le droit et

à l'appliquer »; ce sont des institutions [TRADUCTION] « dont la mission est de créer et de consacrer des normes publiques qui encadrent l'établissement et la perception des rapports dans des sociétés pluralistes et démocratiques » (T. C. W. Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy* (2014), p. 41). Toute personne a le droit de saisir une cour de justice, et celle-ci a l'obligation de connaître de sa demande.

[26] Les clauses d'élection de for ne touchent donc pas seulement les parties au contrat, mais aussi le tribunal et, de ce fait, elles font intervenir l'obligation du tribunal de trancher une question dont il est régulièrement saisi. Dans cette optique, les clauses d'élection de for constituent un [TRADUCTION] « type de contrat unique en son genre » (M. Pavlović, « Contracting Out of Access to Justice : Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016), 62 *R.D. McGill* 389, p. 396).

[27] Évidemment, la règle générale veut que les parties soient tenues de respecter leurs engagements et soient liées par les clauses exécutoires de leur contrat. Mais comme les clauses d'élection de for empiètent sur la fonction juridictionnelle de l'autorité judiciaire publique, les tribunaux canadiens ne se contentent pas de les appliquer comme n'importe quelles autres clauses. Dans les provinces de common law, une clause d'élection de for ne peut lier le tribunal ou empiéter sur sa compétence. La Cour d'appel d'Angleterre le reconnaît depuis longtemps : [TRADUCTION] « nul ne peut, par contrat privé, écarter le pouvoir d'un tribunal de

statuer dans une affaire qui relève bel et bien de sa compétence » (*The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333, p. 335).

[28] Lorsqu'aucune loi n'a préséance sur la clause d'élection de for, le tribunal entreprend plutôt une démarche en deux étapes pour décider s'il doit ou non donner effet à la clause et suspendre l'action intentée malgré l'existence de celle-ci (*Pompey*, par. 39). À la première étape, la partie qui demande la suspension en invoquant la clause d'élection de for doit établir que la clause est [TRADUCTION] « valide, claire et exécutoire et s'applique à la cause d'action dont le tribunal est saisi » (*Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, par. 43; voir également *Hudye Farms*, par. 12, et *Pompey*, par. 39). À cette étape de la démarche, le tribunal applique les principes du droit des contrats pour décider de la validité de la clause d'élection de for. Comme pour toute demande fondée sur un contrat, le demandeur peut contester le caractère exécutoire du contrat en invoquant des moyens de défense tels que, par exemple, le caractère inique, l'influence indue et la fraude.

[29] Dès lors que la partie qui demande la suspension établit la validité de la clause d'élection de for, le fardeau de preuve devient celui du demandeur. À cette seconde étape, le demandeur doit démontrer l'existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause d'élection de for et suspendre l'action. Dans *Pompey*, notre Cour fait sien le critère des « motifs sérieux » énoncé par une cour d'Angleterre dans *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237

(Adm. Div.). Le tribunal qui exerce alors son pouvoir discrétionnaire doit prendre en considération « toutes les circonstances de l'espèce », y compris « les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et l'intérêt de la justice » (*Pompey*, par. 19, 30 et 31). L'intérêt public peut aussi être pris en compte à cette étape de la démarche (*Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907, par. 91, cité dans *Pompey*, par. 39; *Frey*, par. 115).

[30] Les considérations qui guident l'application du critère des motifs sérieux sont censées assurer une certaine souplesse. Mais surtout, dans l'arrêt *Pompey*, la Cour n'établit pas une liste exhaustive des éléments qui permettent au tribunal de refuser de donner effet à une clause d'élection de for dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Tant notre Cour dans *Pompey* que la cour anglaise dans *The « Eleftheria »* reconnaissent que les tribunaux doivent tenir compte de « toutes les circonstances » de l'affaire considérée (*Pompey*, par. 30; *The « Eleftheria »*, p. 242). L'arrêt de principe en Angleterre reconnaît toujours que, dans *The « Eleftheria »*, la cour n'a pas voulu que sa liste d'éléments à considérer soit exhaustive (*Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, par. 24).

[31] Cela dit, les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial. Dans les échanges commerciaux, il est habituellement souhaitable que les parties déterminent dès le début de leurs relations d'affaires le ressort dans lequel sera tranché tout différend éventuel. C'est à bon droit qu'une partie avertie [TRADUCTION]

« est réputée s'être informée du risque associé à un système juridique étranger et accepter ce risque lorsqu'elle convient d'une clause d'élection de for » (*Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81, par. 47). Notre Cour reconnaît que, dans ce contexte, les clauses d'élection de for sont généralement appliquées et que les tribunaux doivent leur faire bon accueil « car elles confèrent aux opérations commerciales internationales la stabilité et la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité » (*GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 22).

[32] Dans *Pompey*, par exemple, notre Cour donne effet à la clause d'élection de for d'un connaissement liant deux entreprises de transport maritime averties. Les parties jouissaient d'un pouvoir de négociation équivalent et étaient toutes deux averties puisqu'il s'agissait de « sociétés qui [avaient] une grande expérience du commerce maritime international [et qui étaient] au fait des pratiques dans ce secteur d'activité » (par. 29). La Cour statue que la « clause d'élection de for aurait très bien pu être négociée » par les parties (*ibid.*). Cette considération influence clairement l'application par la Cour du critère des motifs sérieux.

[33] Il y a toutefois une grande différence entre rapports commerciaux et rapports de consommation. Indépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d'élection de for. À titre d'exemple, l'inégalité du pouvoir

de négociation des parties et les droits auxquels le consommateur renonce dans le contrat sans avoir la possibilité d'en discuter peuvent offrir au tribunal des raisons convaincantes d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de refuser de suspendre l'instance, selon les autres circonstances du dossier (voir p. ex. *Straus c. Decaire*, 2007 ONCA 854, par. 5 (CanLII)). Et comme le fait valoir un intervenant, au lieu de favoriser la stabilité et la prévisibilité, la clause d'élection de for d'un contrat de consommation peut faire [TRADUCTION] « le contraire pour des millions de gens ordinaires qui ne prévoient pas ses conséquences ou ne s'y attendent pas et qui ne peuvent être réputés s'être livrés à une analyse pointue du système juridique étranger avant d'ouvrir un compte en ligne » (mémoire CIPPICSG, par. 7).

[34] Les tribunaux canadiens reconnaissent que le critère peut s'appliquer différemment, selon le contexte contractuel (voir *Expedition Helicopters Inc. c. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241, par. 24, *Stubbs c. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386, par. 58). Les tribunaux anglais admettent eux aussi que les clauses d'élection de for n'ont pas toutes la même valeur. Le tribunal doit tenir compte des dessous de l'opération lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'application du critère des motifs sérieux : [TRADUCTION] «... le défendeur qui bafoue effrontément une clause attributive de compétence à laquelle il a librement consenti risque davantage d'être contraint de la respecter que celui à qui une telle clause a été imposée... » (*Welex A.G. c. Rosa Maritime Limited (The « Epsilon Rosa »*), [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509, par. 48; voir aussi *The « Bergen » (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710,

p. 715 (Q.B. (Adm. Ct.)); D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2^e éd. 2010), par. 10.13). Dans la même veine, les tribunaux australiens estiment [TRADUCTION] « que s'agissant d'un contrat de consommation, ils ne doivent pas, lorsqu'ils sont saisis d'une demande de suspension, accorder autant d'importance à la clause attributive de compétence exclusive qui y figure qu'à celle qui est le fruit d'une négociation entre gens d'affaires » (*Quinlan c. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362, par. 46 (AustLII); voir également *Incitec Ltd c. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558, par. 50).

[35] Comme le reconnaissent ces décisions, un contrat de consommation soulève des préoccupations différentes de celles considérées par notre Cour dans l'arrêt *Pompey*, lequel porte sur une opération commerciale conclue par des parties averties. Au vu de ces préoccupations, nous convenons avec M^{me} Douez et plusieurs intervenants que des éléments différents doivent être pris en compte dans l'application du critère des motifs sérieux.

[36] Nous estimons que reconnaître l'importance d'autres éléments que ceux expressément énumérés dans l'arrêt *The « Eleftheria »* constitue une adaptation progressive de la common law à une situation différente (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 33-34 et 40). Pareille évolution importe particulièrement dans la mesure où les contrats de consommation conclus en ligne sont légion et où la portée mondiale d'Internet permet la conclusion instantanée d'opérations transfrontalières avec des consommateurs. Il est nécessaire de faire en

sorte que le droit international privé « suive l'évolution et le dynamisme de la société » (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670).

[37] Après tout, le critère des motifs sérieux doit faire en sorte que la compétence plénière d'une cour de justice ne cède le pas à un contrat privé que dans les cas appropriés. La compétence générale d'une cour supérieure lui confère [TRADUCTION] « tous les pouvoirs nécessaires pour rendre justice entre les parties » (*80 Wellesley St. East Ltd. c. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280, p. 282 (C.A.); *TCR Holding Corp. c. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175, par. 26; *Kelly c. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336, par. 8).

[38] C'est pourquoi nous sommes enclins à modifier le critère des motifs sérieux de l'arrêt *Pompey* lorsqu'il s'applique à un contrat de consommation. Pour décider s'il est juste et raisonnable de donner effet à une clause d'élection de for par ailleurs contraignante d'un contrat de consommation, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les considérations d'intérêt public touchant l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu. Il incombe toujours à la partie qui entend se soustraire à l'application de la clause de faire la preuve de motifs sérieux.

[39] Les deux étapes de l'application du test sont certes distinctes, mais certaines considérations demeurent pertinentes à chacune d'elles. À titre d'exemple, le tribunal peut tenir compte de l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation à la

seconde étape même lorsque les circonstances propres à l'entente ne rendent pas le contrat inique à la première étape. Tenir compte du fait que les parties n'ont pas négocié sur un pied d'égalité reconnaît que les raisons pour lesquelles les parties doivent être tenues de respecter leurs engagements importent moins en l'absence de toute possibilité de négocier la clause d'élection de for. Pour autant, l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation n'établit pas à elle seule l'existence de motifs sérieux, mais il s'agit d'un élément pertinent à considérer dans l'analyse.

[40] Les deux étapes de l'analyse qui permet de décider du caractère exécutoire des clauses d'élection de for ont en fin de compte des fonctions distinctes sur le plan conceptuel. La professeure Pavlović explique que, à la première étape, lorsque le tribunal décide de la validité de la clause d'élection de for, [TRADUCTION] « [l]es règles contractuelles offrent un cadre juridique fondamental pour l'application d'une entente portant sur la compétence » (p. 402). En revanche, à la seconde étape, le critère des motifs sérieux [TRADUCTION] « limite la liberté contractuelle de manière à protéger le pouvoir (la compétence) d'un tribunal par ailleurs compétent » (*ibid.*). La seconde étape reconnaît qu'il peut exister des motifs sérieux de maintenir le pouvoir des tribunaux de la province de trancher une question.

C. *Application*

- (1) L'article 4 de la *Privacy Act*

[41] Notre Cour reconnaît dans *Pompey* qu'une disposition législative peut prévaloir sur une clause d'élection de for. Dans la présente affaire, la juge de première instance conclut que l'art. 4 de la *Privacy Act* supplante la clause d'élection de for en conférant une compétence exclusive à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ce n'est pas notre avis.

[42] L'art. 4 est libellé comme suit :

[TRADUCTION] **4** Malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] connaît de toute action fondée sur la présente loi.

[43] On ne trouve pas à l'art. 4 le libellé clair et explicite qu'emploie habituellement le législateur pour écarter une clause d'élection de for. Notre Cour a relevé l'existence d'une telle préséance législative dans au moins deux cas. D'abord au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, lequel mentionne et écarte expressément les contrats qui prévoient le renvoi d'une créance à un tribunal étranger (*Pompey*, par. 37-38). En second lieu, notre Cour a statué que la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, est censée avoir préséance sur une clause d'arbitrage (*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 5-7 et 31). L'article 3 de cette loi empêche expressément le consommateur de renoncer par contrat aux droits que lui confère la loi.

[44] En revanche, bien que l'art. 4 de la *Privacy Act* prévoit expressément qu'il s'applique [TRADUCTION] « [m]algré les dispositions de toute autre loi », il ne fait pas mention des stipulations contractuelles. Si le législateur avait voulu écarter les clauses d'élection de for, il l'aurait fait explicitement. Même s'il souhaitait que l'art. 4 de la *Privacy Act* confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique la compétence pour statuer sur les demandes présentées sous le régime de la Loi, rien ne permet de penser qu'il souhaitait aussi que la disposition ait préséance sur les clauses d'élection de for.

(2) Le test de l'arrêt *Pompey*

[45] Nous avons vu que l'application du test de l'arrêt *Pompey* comporte deux étapes. À la première, il faut convaincre la Cour que le contrat est par ailleurs exécutoire, compte tenu des principes généraux du droit des contrats.

[46] À ce propos, M^{me} Douez soutient que la clause est inexécutoire au motif principal qu'elle est rendue ambiguë par l'énoncé selon lequel Facebook [TRADUCTION] « [s'efforce de] respect[er] les lois locales ». Nous ne sommes pas d'accord. Cet énoncé général que l'on retrouve dans les conditions d'utilisation ne saurait prévaloir sur le libellé clair et précis de la clause d'élection de for. En effet, « lorsqu'il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l'on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s'applique pas à l'objet de la condition spécifique » (*BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*,

[1993] 1 R.C.S. 12, p. 24; voir également G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 19). Et comme le fait observer à juste titre Facebook, le par. 15(1) de l'*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, permet l'offre et l'acceptation en ligne par un simple clic.

[47] Notre collègue la juge Abella conclut au caractère inexécutoire de la clause à la première étape de l'analyse en se fondant sur d'autres considérations. Nous préférons nous pencher sur ces considérations à l'étape qui s'intéresse à l'existence de « motifs sérieux ».

[48] En ce qui a trait au second volet du test de l'arrêt *Pompey* — le critère des motifs sérieux —, Facebook soutient que M^{me} Douez ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombe, car elle n'a offert aucune preuve que le contrat conclu résulte de l'exercice d'un pouvoir de négociation abusif ou qu'un tribunal californien ne pourrait être saisi de sa demande. De son côté, M^{me} Douez insiste sur les distinctions qu'il y a lieu d'établir entre un contrat commercial conclu par des personnes averties et un contrat de consommation. Elle souligne aussi l'importance des droits à la vie privée et les considérations d'intérêt public qui sous-tendent la décision du législateur de la Colombie-Britannique de conférer un droit d'action pour permettre de faire valoir ces droits.

[49] Rappelons que le tribunal qui exerce son pouvoir discrétionnaire à cette étape de l'analyse doit prendre en considération « toutes les circonstances de l'espèce », y compris « les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et

l'intérêt de la justice » (*Pompey*, par. 19, 30 et 31). L'intérêt public peut également jouer un rôle important à cette étape (*Holt Cargo*, par. 91, cité dans *Pompey*, par. 39; *Frey*, par. 115).

[50] Nous arrivons à la conclusion que M^{me} Douez s'est déchargée de son fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. Par leur effet cumulatif, plusieurs considérations différentes étayent la conclusion de la juge de première instance sur l'existence de motifs sérieux. Mais surtout, nous sommes en présence ici d'un contrat de consommation qui tient du contrat d'adhésion, ainsi que d'une cause d'action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée. Nous examinons d'abord ces considérations convaincantes qui, conjointement, se révèlent décisives en l'espèce.

(a) *Intérêt public*

[51] Des considérations sérieuses d'intérêt public militent en faveur de l'existence de motifs sérieux. Rappelons que, dans le cas de contrats intervenus entre des personnes averties, la Cour met l'accent sur l'autonomie de la volonté et sur la certitude en matière commerciale. Ces considérations justifient habituellement que l'on donne effet aux clauses d'élection de for en matière commerciale (*Pompey*, par. 20; *GreCon Dimter*, par. 22). Facebook prétend qu'il n'y a aucune raison de rompre avec cette démarche dans le cas d'un contrat de consommation. Nous ne partageons pas son avis.

[52] En règle générale, il existe des motifs sérieux relevant de l'intérêt public d'obliger une partie à respecter ses engagements, et il est clair qu'une clause d'élection de for ne va pas en soi à l'encontre de l'intérêt public. Or, la liberté contractuelle n'est pas illimitée. Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet, par application du critère des motifs sérieux, de refuser de donner effet à un contrat pour des raisons liées à l'intérêt public lorsque les circonstances s'y prêtent. Généralement, la liberté contractuelle se voit ainsi limitée pour deux motifs principaux : protéger la partie la plus vulnérable ou protéger [TRADUCTION] « les mesures sociales, économiques ou politiques prises par l'État dans l'intérêt de la collectivité » (C. Walsh, « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D.U.N.-B.* 12, p. 15). Dans la présente affaire, les deux sont en jeu. Il y a à la fois inégalité du pouvoir de négociation dans un contrat de consommation qui tient du contrat d'adhésion et intérêt à ce qu'une juridiction locale statue sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels.

[53] Premièrement, la clause d'élection de for figure dans un contrat d'adhésion intervenu entre un consommateur et une grande entreprise. Nous le répétons, même lorsqu'un contrat n'est pas inique, l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation demeure une considération pertinente pour décider de l'existence de motifs sérieux dans ce contexte.

[54] Malgré la prétention contraire de Facebook, l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation ressort de la preuve. Le recours de M^{me} Douez a pour objet un

contrat d'adhésion conclu en ligne entre un particulier et une entreprise multimilliardaire. Suivant la preuve au dossier, en 2012, Facebook a déclaré des revenus publicitaires de près de 4,28 milliards de dollars. Elle a établi des relations contractuelles avec 1,8 million de résidents de la Colombie-Britannique, soit environ quarante pour cent de la population de la province. M^{me} Douez est l'une de ces personnes.

[55] Dès lors, le consommateur n'a pratiquement pas d'autre choix que d'accepter les conditions d'utilisation du réseau social. Facebook fait valoir que M^{me} Douez aurait pu simplement refuser ses conditions. Mais il ressort de la doctrine que, dans le marché numérique contemporain, les opérations qui interviennent entre une entreprise et un consommateur sont le plus souvent régies par un contrat type non négociable que le consommateur n'a d'autre choix que [TRADUCTION] « d'accepter ou non » (Pavlović, p. 392).

[56] Signalons que contrairement aux détaillants en général, Facebook n'a que peu de concurrents susceptibles d'offrir une plateforme de réseautage social de grande portée. Les Britanno-Colombiens désireux de participer aux nombreuses communautés en ligne qui communiquent entre elles par l'intermédiaire de Facebook doivent accepter les conditions de l'entreprise ou se résoudre à ne pas faire partie de son réseau social omniprésent. Comme le souligne l'intervenante Association canadienne des libertés civiles, [TRADUCTION] « l'accès à Facebook et aux plateformes de média social, y compris les communautés en ligne qu'ils rendent

possibles, a vu son importance s'accroître dans l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté d'association, ainsi que dans la pleine participation à la démocratie » (mémoire ACLC, par. 16). Le choix de « ne pas être en ligne » ne saurait constituer un choix véritable à l'ère d'Internet.

[57] Ce contexte fait ressortir l'ampleur de l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties, ce qui distingue la présente situation de l'affaire *Pompey* où l'intimée aurait pu — comme le souligne la Cour — décider de négocier la clause d'élection de for du connaissance (par. 29). Aucun élément ne permet de penser que, en l'espèce, M^{me} Douez aurait pu de même négocier les conditions d'utilisation.

[58] Deuxièmement, il existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. Il est foncièrement dans l'intérêt du public que les tribunaux canadiens tranchent en la matière. Par leurs décisions, les tribunaux établissent des normes et interprètent les droits dont jouissent les Canadiens.

[59] Le litige porte en l'espèce sur le droit de M^{me} Douez au respect de sa vie privée. Les dispositions qui garantissent ce droit se voient reconnaître un caractère quasi constitutionnel (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 24-25). Notre Cour souligne dans maints arrêts l'importance de la vie privée et son rôle dans la protection de l'autonomie

physique et morale des personnes (voir *Lavigne*, par. 25; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427). Comme le fait observer la juge de première instance, la croissance d'Internet — un réseau quasi atemporel au rayonnement infini — a exacerbé le préjudice susceptible d'être infligé à une personne par une atteinte à son droit à la vie privée. Il est donc particulièrement important de faire en sorte que la victime d'un tel préjudice ne soit pas privée de recours. Et comme l'allégation de M^{me} Douez requiert l'interprétation d'un délit civil d'origine législative, seule l'interprétation par une juridiction locale des droits à la vie privée que confère la *Privacy Act* offrira aux autres résidents de la province clarté et certitude sur la portée de ces droits.

[60] De plus, la création d'une cause d'action par le législateur de la Colombie-Britannique témoigne de sa volonté de créer au bénéfice des résidents de la province des droits et des garanties d'application locale en matière de respect de la vie privée. La juge de première instance relève d'ailleurs que les juridictions locales sont plus aptes à statuer sur les demandes en la matière :

[TRADUCTION] . . . une juridiction locale peut être plus sensible qu'une juridiction étrangère au contexte social et culturel des intérêts des Britanno-Colombiens liés au respect de la vie privée, ce qui peut se révéler important lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de l'atteinte aux droits à la vie privée et du préjudice qui en résulte. [par. 75]

[61] Aussi, la création par le législateur de la Colombie-Britannique d'un délit civil d'atteinte à la vie privée qui peut être établi sans la nécessité de prouver un préjudice témoigne de sa volonté de faciliter l'accès à la justice en la matière. De

plus, la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique offre d'importants outils procéduraux conçus pour accroître l'accès à la justice (*Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, par. 1).

[62] Les auteurs reconnaissent que, dans les faits, les clauses d'élection de for font hélas souvent échec aux recours des consommateurs (E. A. Purcell, « Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court » (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, p. 446-449). Vu l'importance des droits constitutionnels et quasi constitutionnels, il importe d'autant plus de veiller à ce que le respect de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté ne prive pas systématiquement de recours les personnes qui sont victimes d'atteintes à de tels droits.

[63] En somme, les considérations liées à l'intérêt public militent fortement en faveur de l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

(b) *Considérations secondaires*

[64] Outre les justifications relevant de l'intérêt public qui militent en faveur de l'existence de motifs sérieux, deux autres considérations secondaires donnent à penser que la clause d'élection de for ne devrait pas s'appliquer. Il s'agit de l'intérêt de la justice ainsi que du coût et des inconvénients d'une poursuite dans l'autre ressort.

(i) L'intérêt de la justice

[65] En l'espèce, l'intérêt de la justice (*Pompey*, par. 31) fait pencher la balance en faveur de l'instruction de la demande de M^{me} Douez en Colombie-Britannique. Pour les besoins de cette considération, il faut non seulement se demander si donner effet à la clause d'élection de for priverait injustement M^{me} Douez d'un avantage procédural, mais aussi quel tribunal est le mieux placé pour entendre l'affaire au fond. Certes, contrairement à ce qui est le cas dans la démarche que commande l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, c'est à celui qui s'oppose à l'application de la clause qu'il incombe de prouver l'existence de bonnes raisons de ne pas contraindre les parties à respecter leurs engagements contractuels.

[66] L'audition du pourvoi a porté en grande partie sur l'absence de preuve qu'un tribunal californien refuserait d'entendre la demande de M^{me} Douez. En première instance, Facebook a soutenu que les règles de droit substantiel de la Californie feraient échec à l'application de la *Privacy Act*. Devant notre Cour, elle insiste sur l'absence d'une preuve d'expert en ce sens advenant que le recours soit exercé en Californie. Selon elle, le fait que M^{me} Douez n'a pas offert une preuve d'expert établissant qu'un tribunal de la Californie n'appliquerait pas la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique se révèle décisif. D'ailleurs, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique accorde elle aussi beaucoup de poids à l'absence d'une preuve d'expert.

[67] Pourtant, aucun des arrêts de principe sur le critère des motifs sérieux, y compris l'arrêt *Pompey*, ne fait de la preuve du rejet de la demande par le tribunal étranger un élément obligatoire de l'existence de motifs sérieux (voir p. ex. *The « Eleftheria »*, *Momentous* et *Pompey*). Le demandeur peut décider de faire appel à un expert pour établir que le tribunal désigné ne pourrait ou ne voudrait pas se saisir de son recours. De même, le défendeur peut offrir sa propre preuve d'expert pour établir le contraire. Toutefois, même si une telle preuve peut se révéler utile, son absence n'est pas déterminante. Selon l'analyse préconisée dans l'arrêt *Pompey*, la partie qui cherche à se soustraire à la clause d'élection de for n'a pas une obligation distincte de démontrer que le ressort étranger refuserait forcément de se saisir de sa demande.

[68] Par ailleurs, la demande de M^{me} Douez prend appui sur une cause d'action reconnue en Colombie-Britannique. Pourtant, le contrat conclu avec Facebook précise que le droit applicable est celui de la Californie :

[TRADUCTION] Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois.

[69] Contrairement à ce que soutient Facebook, nous ne croyons pas que la désignation du droit applicable est sans pertinence. Nous ne nous prononçons pas sur l'ensemble des règles de droit qui s'applique, non plus que sur la manière dont cette désignation pourrait interagir avec la *Privacy Act*, mais nous estimons que l'intérêt de la justice serait mieux servi si un tribunal de la Colombie-Britannique en décidait.

[70] En règle générale, les tribunaux de common law donnent effet à la désignation du droit applicable dès lors que les parties sont de bonne foi, que la clause est légale et qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt public (*Vita Food Products Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (C.P.), p. 290). De plus, même si une telle clause est le plus souvent exécutoire, une loi locale peut toujours régir un différend lorsque le ressort local tient cette loi pour impérative et non susceptible d'être écartée par une désignation du droit applicable (S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 299).

[71] Habituellement, les tribunaux examinent les lois du ressort *local* pour déterminer si le législateur a voulu leur conférer un caractère impératif et leur donner préséance sur le droit auquel les parties ont choisi de se soumettre (G. Saumier, « What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy » (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388, p. 395-397; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6^e éd. (feuilles mobiles)), p. 31-2). On peut toutefois se demander si, dans les régimes de common law, le tribunal peut ainsi tenir compte de l'intention d'un législateur *étranger* qui se dégage d'une loi telle que la *Privacy Act* (*ibid.*). Dans l'arrêt *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.), p. 57-58, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) a reconnu qu'un tribunal étranger ne pourrait probablement pas retenir un élément d'intérêt public ressortant d'une loi locale comme motif de rejet d'une demande alléguant le *forum non conveniens*.

[72] À tout événement, à supposer même qu'un tribunal californien pourrait appliquer ou appliquerait la *Privacy Act*, l'intérêt de la justice (*Pompey*, par. 31) milite en faveur de l'instruction de l'action par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette dernière est mieux placée qu'une juridiction californienne pour définir l'objet de la loi et l'intention qui la sous-tend, puis décider si l'intérêt public ou l'intention du législateur empêche les parties d'écarter les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger.

(ii) Inconvénients et coût d'une poursuite dans l'autre ressort

[73] Un autre élément à considérer lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence de motifs sérieux demeure le coût et les inconvénients d'une poursuite dans l'autre ressort (*Pompey*, par. 31; *The « Eleftheria »*, p. 242). Ainsi, en lien avec les considérations que sont l'équité et l'accès à la justice mentionnés précédemment, les frais et les inconvénients occasionnés aux Britanno-Colombiens par l'obligation de poursuivre en Californie, comparés à ceux occasionnés à Facebook, étayent aussi la conclusion qu'il existe des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

[74] Bien que Facebook ait fait valoir que ses registres et dossiers pertinents se trouvent en Californie, la juge de première instance conclut qu'il serait plus commode de les rendre disponibles en Colombie-Britannique que d'obliger la demanderesse à se déplacer jusqu'en Californie pour défendre sa cause. Aucun élément ne justifie de modifier sa conclusion.

[75] Même si ces considérations secondaires n'auraient peut-être pas permis à elles seules de conclure à l'existence de motifs sérieux, elles appuient néanmoins notre conclusion selon laquelle M^{me} Douez a prouvé qu'il existait des raisons suffisamment sérieuses ne pas donner effet à la clause d'élection de for et de décider que l'action devait suivre son cours en Colombie-Britannique.

VI. Conclusion

[76] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante. M^{me} Douez a fait valoir des motifs sérieux de refuser de donner effet à la clause, soit essentiellement l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre elle et Facebook et le caractère quasi constitutionnel des droits à la vie privée que met en jeu sa demande. La clause d'élection de for est inexécutoire.

[77] En conséquence, l'ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook afin que la Cour suprême de la Colombie-Britannique décline compétence est rétablie.

Version française des motifs rendus par

[78] Quiconque souhaite utiliser Facebook doit devenir membre du réseau social et accepter ses conditions d'utilisation. Le pourvoi porte sur le caractère exécutoire de la clause d'élection de for que renferment ces conditions et selon laquelle toute contestation doit être portée devant les tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie.

[79] Dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, la Cour statue que la partie qui entend invoquer une clause d'élection de for doit d'abord en démontrer le caractère exécutoire au regard du droit contractuel. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors à la partie adverse d'établir que des « motifs sérieux » justifient le tribunal de refuser d'y donner effet en raison de considérations fondées sur les principes du *forum non conveniens*.

[80] À mon sens, la clause d'élection de for de Facebook n'est pas exécutoire suivant le premier critère du test de l'arrêt *Pompey*.

Contexte

[81] Lorsqu'un utilisateur avait « aimé » une publication associée à une entreprise, il arrivait que Facebook emploie son nom et sa photo de profil dans une publicité qui s'affichait sur le fil d'actualité des amis. Cette publicité était appelée « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Deborah Louise Douez est une utilisatrice dont le nom et la photo de profil ont été employés dans des actualités sponsorisées.

[82] M^{me} Douez dit ne pas avoir consenti à l'utilisation de son nom et de sa photo de profil dans une telle publicité. C'est pourquoi elle a intenté devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action dans laquelle elle allègue que Facebook a porté atteinte à ses droits en contravention avec le par. 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 373 (« Loi ») :

3

...

[TRADUCTION] (2) Quiconque utilise le nom ou l'image d'une autre personne en vue de faire la publicité ou de promouvoir la vente ou l'échange de tout bien ou service, mais sans avoir obtenu au préalable son consentement ou celui de la personne autorisée à consentir pour elle à cette utilisation, commet un délit civil et peut être poursuivie avec ou sans preuve d'un préjudice.

[83] Selon l'art. 4, toute action intentée sous le régime de la *Privacy Act* ressortit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] **4** Malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême connaît de toute action fondée sur la présente loi.

[84] M^{me} Douez a également intenté un recours collectif sous le régime de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Le groupe projeté compte environ 1,8 million de résidents de la Colombie-Britannique dont le nom et la photo de profil ont été utilisés par Facebook dans des actualités sponsorisées.

[85] Facebook a demandé la suspension de l'instance en invoquant la clause d'élection de for qui figure dans ses conditions d'utilisation, dont voici un passage :

[TRADUCTION] *Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara. Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [Italiques ajoutés.]*

[86] La juge Griffin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé de donner effet à la clause d'élection de for et a certifié le recours collectif. Elle a conclu que l'art. 4 de la *Privacy Act* confère à ce tribunal une compétence exclusive pour connaître de toute demande fondée sur cette Loi et qu'il a préséance sur la clause d'élection de for. Il était donc inutile que M^{me} Douez établisse l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

[87] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel et a fait droit à la demande de suspension de l'instance présentée par Facebook sur le fondement de la clause d'élection de for.

Analyse

[88] L'arrêt *Pompey* a été rendu relativement à un connaissance intervenu entre des entreprises commerciales averties. La Cour est aujourd'hui appelée pour la

première fois à se prononcer sur l'application de cet arrêt à la clause d'élection de for d'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne.

[89] Pour arriver à la conclusion qu'il y a lieu de donner effet à la clause d'élection de for considérée dans cette affaire, le juge Bastarache établit le test suivant en s'appuyant sur une décision datant de 1969, *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.) :

Une fois convaincue qu'un connaissance valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu'il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d'exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce. [Italiques ajoutés; par. 39.]

[90] Il le formule aussi comme suit :

Lorsqu'il est établi que le connaissance lie par ailleurs les parties (par exemple, que ses dispositions sur la compétence ne sont pas contraires à l'ordre public, qu'il ne résulte pas d'une fraude ou d'un déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties), le critère des « motifs sérieux » commande l'examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et l'intérêt de la justice. [Italiques ajoutés; par. 31.]

[91] La Cour conclut à la première étape que la clause d'élection de for du connaissance est exécutoire parce que les parties sont des entreprises commerciales averties au fait des pratiques du secteur d'activité et, tout particulièrement, parce

qu'elles étaient aussi en mesure de négocier la clause d'élection de for. Elle exclut donc l'exercice d'un « pouvoir de négociation abusif » :

Les connaissements sont en général conclus par des *personnes averties qui sont rompues à la négociation d'opérations de transport maritime* et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements. [...] Les parties au présent pourvoi sont des sociétés qui ont une grande expérience du commerce maritime international. Les intimées étaient au fait des pratiques dans ce secteur d'activité et elles auraient raisonnablement pu s'attendre à ce que le connaissement renferme une clause d'élection de for. Une clause d'élection de for *aurait très bien pu être négociée* avec l'appelante [...] *Aucun élément n'établit en l'espèce que le connaissement résulte de l'exercice, par l'une des parties, d'un pouvoir de négociation abusif justifiant l'annulation de la clause d'élection de for.* [Italiques ajoutés; par. 29.]

[92] Elle estime par ailleurs que l'existence de motifs sérieux n'a pas été démontrée et qu'il y a donc lieu de suspendre les procédures.

[93] Le test qui se dégage de l'arrêt *Pompey* suppose deux examens distincts. Le premier consiste à décider si la clause est exécutoire suivant des doctrines appliquées en droit des contrats comme l'ordre public, la contrainte, la fraude, l'iniquité et le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors au consommateur d'établir l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause en raison de considérations qui ressortissent habituellement à la doctrine du *forum non conveniens* et qui sont énoncées de manière non exhaustive dans l'arrêt *The « Eleftheria »* :

[TRADUCTION]

- a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers?
- b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants?
- c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils?
- d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural?
- e) Les défendeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient tenter une action devant un tribunal étranger
- (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation;
 - (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu;
 - (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre ; ou
 - (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable? [p. 242]

[94] Soit dit en tout respect, contrairement à mes collègues dissidentes, je crois qu'une thèse convaincante peut être avancée en faveur de la modification du critère des motifs sérieux afin qu'il prenne en compte une gamme plus étendue de considérations que celles inspirées de la doctrine du *forum non conveniens* que l'on applique traditionnellement au critère des motifs sérieux. J'estime aussi toutefois qu'assurer le caractère distinct de chacune des étapes de la démarche suivie dans *Pompey* c'est se poser la bonne question avant de faire passer le fardeau de la preuve au consommateur : le contrat ou la clause comme telle respecte-t-il les principes fondamentaux du droit contractuel? Le recours à l'approche contractuelle pour

décider du caractère exécutoire de la clause d'élection de for d'un contrat d'adhésion en matière de consommation trouve un appui important chez les auteurs (William J. Woodward Jr., « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum, and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, p. 46; M. P. Ellinghaus, « In Defense of Unconscionability » (1969), 78 *Yale L.J.* 757; Linda S. Mullenix, « Another Easy Case, Some More Bad Law : *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction » (1992), 27 *Tex. Int'l L. J.* 323; Stephen Waddams, « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475; Peter Benson, « Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate : A Brief Comment » (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282).

[95] Entreprenre d'abord l'analyse au regard du droit contractuel offre le contexte nécessaire pour considérer le caractère exécutoire en fonction de la nature du contrat ou de la clause ainsi que des droits contractuels en jeu. On ne passe à la seconde étape que si la clause est jugée exécutoire. Il incombe alors au consommateur d'établir l'existence de motifs sérieux de faire abstraction de la clause d'élection de for même si elle est exécutoire.

[96] Notre première tâche en l'espèce consiste dès lors à décider si la clause est exécutoire au regard des principes du droit contractuel. À mon humble avis, la clause n'est pas exécutoire suivant les considérations prises en compte à la première étape de la démarche établie dans *Pompey*.

[97] Le tribunal qui statue qu'une clause est inexécutoire pour des raisons d'ordre public décide [TRADUCTION] « des conditions auxquelles les valeurs privilégiées par la société l'emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire » (Stephen Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), par. 560). Le professeur McCamus ajoute que, [TRADUCTION] « en common law, la contravention d'un accord à l'ordre public tient à une décision judiciaire selon laquelle l'accord en question est de nature suffisamment inconciliable avec l'ordre public pour être jugé inexécutoire » (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 453).

[98] Je reconnais que la certitude et la prévisibilité militent généralement en faveur de l'exécution en common law des conditions d'un contrat, mais il importe de situer la clause d'élection de for dans son contexte contractuel. Nous avons affaire en l'espèce à un contrat d'adhésion en matière de *consommation*. Contrairement aux parties en cause dans *Pompey*, le consommateur n'a pratiquement aucune possibilité de négocier le libellé de la clause. Pour devenir membre de Facebook, il faut adhérer aux conditions d'utilisation du réseau social dans leur intégralité. Il n'y a ni négociation, ni choix, ni modulation.

[99] Un contrat conclu en ligne comme celui considéré en l'espèce met à l'épreuve les principes traditionnels du droit contractuel. Qu'en est-il du « consentement » lorsqu'il y a accord sur simple pression d'une touche de clavier? Est-il réaliste de penser que le consommateur a pris connaissance de toutes les conditions et donné un consentement véritable? Autrement dit, j'estime que les

tribunaux doivent tenir compte du caractère automatique des engagements qui résultent de ce genre de contrat, non pas pour invalider le contrat comme tel, mais pour resserrer à tout le moins l'examen d'une clause qui a l'effet de compromettre l'accès du consommateur à d'éventuels recours.

[100] Le professeur Waddams fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . La notion d'ordre public pourrait s'appliquer à une clause injuste qui écarte la compétence du tribunal. Il est loisible au tribunal d'affirmer que, même si les clauses d'arbitrage et d'élection de for sont acceptables lorsque des parties négociant à armes égales y consentent librement, *il est justifié d'examiner attentivement la réalité de l'accord dans le cas d'opérations de consommation et de formules types*, car de telles clauses contreviennent de prime abord à l'un des volets traditionnels de l'ordre public. [Italiques ajoutés.]

(Waddams (2012), p. 483. Voir également Judith Resnik, « Procedure as Contract » (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593; Woodward, p. 46.)

[101] Les contraintes que les clauses d'élection de for imposent aux consommateurs et à leur accès à la justice ont fait couler beaucoup d'encre. Selon le professeur Edward Purcell, elles créent [TRADUCTION] « un déséquilibre flagrant » (Edward A. Purcell, Jr., « *Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court* » (1992), 40 *U.C.L.A. L. Rev.* 423, p. 514) qui va des coûts supplémentaires, des difficultés d'ordre logistique et des délais, aux effets psychologiques dissuasifs. Le professeur Purcell qualifie ces contraintes [TRADUCTION] « d'obstacles liés à l'éloignement » ou « d'obstacles géographiques » :

[TRADUCTION] Les effets dissuasifs de la réalité géographique sont nombreux et importants. La première tâche, celle de retenir les services d'un avocat dans un endroit éloigné, peut sembler assez simple à un avocat ou à un juge, mais elle est de nature à décourager le citoyen ordinaire. En fait, la décision même de retenir les services d'un avocat est tellement rebutante que la plupart des demandeurs acceptent volontiers un règlement sans avoir bénéficié au préalable de tels services. Selon les conclusions constantes de nombreuses études, la conséquence de cette décision courante est que ces demandeurs obtiennent presque toujours un règlement nettement inférieur à celui qu'ils auraient pu obtenir. Le seul fait d'apprendre par exemple d'un représentant de l'entreprise qu'il faudra, pour intenter un recours, retenir les services d'un avocat dans le ressort éloigné que désigne le contrat dissuade un grand nombre de personnes de saisir la justice et les amène à accepter toute offre éventuelle de l'entreprise.

...

Une fois l'instance engagée, les obstacles s'accroissent rapidement. L'un d'eux est la nécessité manifeste de longs déplacements et de communications à distance, laquelle fait grimper les coûts de la poursuite et complique la planification du déroulement de l'instance et les consultations avec l'avocat. Un autre réside dans les coûts et les risques accrus qu'entraîne l'obligation de l'avocat de communiquer avec les témoins pour les préparer à déposer sous serment et à témoigner au procès. Le demandeur pourrait devoir engager des frais de déplacement supplémentaires pour rencontrer des personnes ou courir le risque de créer des documents susceptibles d'entraîner des interrogatoires préalables, puis des requêtes supplémentaires coûteuses et, si leur contenu est dévoilé, de compromettre son pouvoir de négociation et ses chances d'avoir gain de cause au procès. Un troisième obstacle correspond aux délais supplémentaires dans le déroulement de l'instance, l'éloignement se conjuguant à l'inconfort pour compliquer les diverses étapes préalables au procès et soustraire l'avocat à l'effet stimulant de la présence physique d'un client susceptible de se présenter en personne au bureau ou qui s'y présente effectivement. Un quatrième obstacle correspond au coût de la participation à un procès qui se déroule au loin, notamment les frais et les risques liés à la présence de témoins en ce lieu éloigné. *Tous ces obstacles sont encore plus grands lorsque l'action découle d'événements survenus dans le pays d'origine du demandeur et que bon nombre de ses témoins ou la totalité y résident.*

...

Un dernier obstacle réside dans le risque que l'effet cumulatif de tout ou partie de ces complications nuise à la préparation du procès de sorte que

le demandeur en arrive finalement à renoncer au dernier moment ou qu'il défende sa thèse moins bien qu'il l'aurait pu. Si un règlement intervient après la communication de la preuve et la présentation de requêtes préalables, les coûts ainsi occasionnés grugeront une grande partie de la somme obtenue [...]. L'éloignement accroît le risque d'un tel dénouement défavorable et ajoute à la pression qui pousse le demandeur non résident à accepter plus rapidement un moins bon règlement.

Les obstacles géographiques sont donc nombreux et considérables. Ils jouent sur les plans émotionnel et financier. Certains sont évidents, alors que d'autres sont subtils et impossibles à mesurer. Or, lorsqu'ils se dressent devant une personne qui n'a pas de liens ou d'expérience interétatiques ou qui ne dispose pas de ressources personnelles et financières considérables, ils ont généralement dans les faits des conséquences graves et inévitables. Ils obligent les demandeurs à réduire considérablement la somme réclamée et dissuadent bon nombre d'entre eux de tenter de faire respecter leurs droits. [Italiques ajoutés; p. 446-449.]

(Voir également Catherine Walsh, «The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » 2010, 60 *R.D. U.N.-B.* 12, p. 20.)

[102] Le professeur Woodward fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] ... À moins qu'il ne s'agisse d'une affaire de grande envergure ou que le ressort « choisi » convienne au client, la clause d'élection de for peut supprimer son droit d'action en totalité. Il peut en principe traverser le pays pour réclamer les 100 \$ auxquels sa garantie lui donne droit, mais c'est peu probable qu'il le fasse. [par. 17]

[103] Ces sujets de préoccupation sont à l'origine de la protection légale prévue à l'art. 3149 du *Code civil du Québec*, qui rend inexécutoire la clause d'élection de for stipulée dans un contrat de consommation ou de travail :

3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou

sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

[104] En général, donc, lorsqu'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu'a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s'il s'agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels, j'estime que les considérations liées à l'ordre public l'emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d'une clause d'élection de for.

[105] Les considérations liées à l'ordre public et à l'accès aux tribunaux nationaux sont d'autant plus importantes en l'espèce qu'un droit fondamental comme celui au respect de la vie privée est en jeu. Dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, par exemple, la Cour reconnaît la nature quasi constitutionnelle d'une loi ayant vocation à protéger la vie privée :

[L]a faculté d'une personne d'exercer un tel droit est intimement liée à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée. Il s'agit de valeurs fondamentales qui se situent au cœur de toute démocratie. Ainsi que la Cour l'a déjà reconnu, une loi qui vise à protéger un droit de regard sur des renseignements personnels devrait être qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle fondamental que joue le respect de la vie privée dans le maintien d'une société libre et démocratique . . .
[par. 19]

[106] La *Privacy Act* de la Colombie-Britannique crée deux délits civils afin de protéger le citoyen contre les atteintes à la vie privée :

(1) l'utilisation du nom ou de l'image d'autrui en vue de faire la publicité de biens ou de services, ou de promouvoir leur vente ou leur échange, mais sans obtention préalable du consentement de l'intéressé; [par. 3(2)]

(2) l'atteinte délibérée à la vie privée d'autrui. [par. 1(1)]

[107] L'article 4 de la *Privacy Act* précise que [TRADUCTION] « la Cour suprême connaît de toute action » relative à ces délits civils malgré les dispositions de toute autre loi. Le législateur y reconnaît que les droits à la vie privée conférés par la *Privacy Act* bénéficient dans la province de la protection des juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Soit dit en tout respect, je ne retiens pas l'argument de Facebook selon lequel l'art. 4 ne confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive que par rapport aux autres tribunaux siégeant *dans* la province. L'article confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive qui écarte non seulement la compétence des autres tribunaux de la province, mais aussi celle de tout autre tribunal non britanno-colombien. C'est ce qu'il faut entendre par compétence exclusive.

[108] L'octroi par le législateur d'une compétence exclusive aux tribunaux de sa propre province l'emporte sur toute clause d'élection de for qui désigne un autre tribunal (voir *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 25). Donner effet à la clause d'élection de for d'un contrat de consommation qui empêche une partie de saisir le tribunal désigné par la loi irait, à mon humble avis, à l'encontre de l'ordre public. Conclure le contraire voudrait dire que l'on peut, au moyen d'une clause d'élection de for, se soustraire à l'intention claire du législateur. Cela

contredirait la reconnaissance par la Cour dans l'arrêt *Pompey* du fait que les dispositions de la loi l'emportent sur la clause d'élection de for (*Pompey*, par. 39).

[109] L'approche privilégiée par le juge en chef adjoint Wittmann dans *Zi Corp. c. Steinberg*, (2006), 396 A.R. 157, vaut d'être signalée. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta refuse de donner effet à la clause d'élection de for qui oblige les parties à intenter toute poursuite éventuelle en Floride. Elle estime en effet que le par. 180(1)¹ de la *Securities Act* (R.S.A. 2000, c. S-4) de l'Alberta lui confère le pouvoir de connaître des demandes fondées sur cette disposition. Le juge Wittmann en conclut que la Cour du Banc de la Reine est investie d'une compétence exclusive *tant en Alberta qu'à l'extérieur* de la province. Il arrive à cette conclusion à partir des décisions dans lesquelles, au fil des ans, les tribunaux ont vu dans des dispositions similaires l'octroi aux tribunaux d'une province d'une compétence exclusive pour connaître des demandes de réparation pour abus de droit (voir aussi *Gould c. Western Coal Corp.* (2012), 7 B.L.R. (5th) 19 (C.S.J. Ont.), par. 319-339; *Ironrod Investments*

¹ Le par. 180(1) de la *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, dispose :

[TRADUCTION] **180(1)** À la demande d'un intéressé, si elle est convaincue qu'une personne physique ou morale ne s'est pas conformée à la présente partie ou aux règlements pris sous son régime, la Cour du Banc de la Reine peut rendre une ordonnance provisoire ou définitive

- a) indemnisant un intéressé qui est partie à la demande des dommages subis par suite du non-respect de la présente partie ou des règlements pris sous son régime;
- b) annulant une opération intervenue avec un intéressé, y compris l'émission ou l'acquisition et la vente d'une valeur mobilière;
- c) enjoignant à une personne physique ou morale de se départir de valeurs mobilières acquises dans le cadre d'une offre publique d'achat ou de rachat ou en lien avec une telle offre;
- d) interdisant à une personne physique ou morale d'exercer la totalité ou une partie des droits de vote rattachés à des valeurs mobilières;
- e) exigeant l'examen judiciaire d'une question;
- f) statuant sur toute autre chose non visée aux alinéas a) à e) sur laquelle la Cour estime indiqué de statuer.

Inc. c. Enquest Energy Services Corp., 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. 289 (C.S.J. Ont.), par. 112-117, conf. par (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), *Takefman c. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. c. Nord Pacific Ltd.* (2003), 37 B.L.R. (3d) 115 (C.B.R. N.-B.).

[110] Le libellé introductif de l'art. 4 ([TRADUCTION] « Malgré les dispositions de toute autre loi. . . ») dissipe toute incertitude concernant la volonté du législateur que la Cour suprême de la Colombie-Britannique connaisse de toute action relative aux droits à la vie privée garantis par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. Cette disposition traduit clairement la volonté du législateur que ce tribunal ait compétence exclusive pour appliquer la Loi, malgré les dispositions de toute autre loi. Il serait absurde que le législateur ait voulu mettre la compétence exclusive de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'abri des autres lois, mais pas des clauses d'élection de for dans les contrats privés.

[111] À ces considérations d'ordre public s'ajoute le « pouvoir de négociation très inégal des parties ». Facebook est une multinationale présente dans des dizaines de pays. M^{me} Douez est vidéaste et simple citoyenne. Elle n'a eu aucun mot à dire sur les conditions du contrat et, de fait, elle n'a pas vraiment eu d'autre choix que de les accepter étant donné le fait incontesté que l'utilisation de Facebook est indispensable dans les échanges en ligne. La professeure Cheryl Preston fait d'ailleurs observer qu'[TRADUCTION] « . . . une personne dont la famille, les amis et les associés sont

membres de Facebook ne saurait raisonnablement avoir recours aux services d'un concurrent » (Cheryl B. Preston « "Please Note : You Have Waived Everything" : Can Notice Redeem Online Contracts? » (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535, p. 554).

[112] Proche cousine jurisprudentielle des notions d'ordre public et de déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation, la doctrine de l'iniquité s'applique elle aussi de manière à rendre la clause d'élection de for inexécutoire en l'espèce.

[113] Dans *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] 1 R.C.S. 69, la Cour confirme que la doctrine de l'iniquité peut être invoquée pour invalider une seule clause d'un contrat par ailleurs exécutoire (par. 122).

[114] Comme le signale le professeur McCamus, la doctrine de l'iniquité est fort utile lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère exécutoire de certaines clauses d'un contrat d'adhésion en matière de consommation :

[TRADUCTION] ... la doctrine de l'iniquité d'une condition peut offrir un moyen que certains attendent depuis longtemps d'atténuer en common law l'effet draconien des conditions injustes dans un contrat standard ou « d'adhésion », spécialement lorsque le consommateur n'a eu d'autre choix que de les accepter ou non. [Notes en bas de page omises; p. 444.]

(Voir également Jean Braucher, « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.)

[115] Deux éléments sont requis pour que s'applique la doctrine de l'iniquité : l'inégalité du pouvoir de négociation et l'injustice. Le professeur McCamus précise :

[TRADUCTION]. . . il faut prouver à la fois l'inégalité du pouvoir de négociation au sens où l'une des parties ne peut protéger adéquatement ses intérêts *et* l'avantage indu obtenu par la partie dominante grâce à cette inégalité. [Italiques ajoutés; p. 426-427.]

[116] J'estime que les deux éléments sont réunis. L'inégalité du pouvoir de négociation de Facebook et de M^{me} Douez face à un contrat d'adhésion conclu en ligne a conféré à Facebook la faculté unilatérale d'exiger de M^{me} Douez qu'elle fasse valoir toute réclamation juridique non pas en Colombie-Britannique, où le contrat est intervenu, mais seulement en Californie, où se trouve le siège social de Facebook. Il en résulte pour cette dernière un avantage injuste et écrasant sur le plan procédural et, peut-être, substantiel. Il s'agit à mon sens d'un cas classique d'iniquité.

[117] Pour toutes ces raisons, la clause d'élection de for est inexécutoire au regard du premier critère du test de l'arrêt *Pompey*.

[118] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de rejeter la demande de suspension de Facebook.

[119] L'intimée, Facebook, Inc., est une multinationale florissante dont le siège est situé en Californie. Elle exploite un site Web de média social (www.facebook.com) comptant des millions d'utilisateurs partout dans le monde. Son site Web permet aux utilisateurs d'établir leur propre « facebook » grâce auquel ils communiquent avec leurs « amis » pour partager nouvelles, information, opinions, photos et vidéos.

[120] Pour devenir utilisateur de Facebook, il faut conclure un contrat avec l'entreprise. Désireuse de devenir membre de Facebook, l'appelante, Deborah Louise Douez, a décidé de s'inscrire et, ce faisant, elle a accepté les conditions d'utilisation du réseau social, dont une clause d'élection de for. Voici une version de cette clause :

[TRADUCTION] Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara. Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [d.a., vol. II, p. 138]

[121] M^{me} Douez souhaite intenter un recours collectif contre Facebook. Elle affirme que l'entreprise a utilisé son nom et son visage dans un produit publicitaire appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* ») sans son consentement,

contrevenant ainsi au par. 3(2) de la *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, qui crée un délit civil d'atteinte à la vie privée. Pour sa part, Facebook dit avoir obtenu le consentement de M^{me} Douez lors de son acceptation des « conditions d'utilisation ».

[122] La Cour est appelée à décider du ressort dans lequel la poursuite devrait être intentée. Facebook soutient que l'action devrait être intentée devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara, en Californie, comme M^{me} Douez s'y est engagée dans son contrat. M^{me} Douez prétend qu'elle devrait saisir un tribunal de la Colombie-Britannique. Elle ne nie pas avoir convenu par contrat d'intenter toute poursuite contre Facebook en Californie, mais elle fait valoir que la clause n'est pas exécutoire à son égard.

[123] La question revêt une grande importance dans un monde où des millions de personnes concluent couramment des contrats en ligne avec des entreprises, grandes ou petites, situées à l'étranger. Ces contrats renferment souvent une clause d'élection de for précisant que tout litige sera résolu par les tribunaux du ressort choisi par l'entreprise. De cette façon, les multinationales, qu'elles soient américaines, canadiennes ou autres, cherchent ainsi à faire en sorte de ne pas être engagées dans des procès à l'étranger.

[124] Les principes du droit international privé tendent à conférer un caractère exécutoire aux clauses d'élection de for tout en reconnaissant que, dans certaines circonstances exceptionnelles, les tribunaux peuvent refuser de leur donner effet. Ces clauses offrent certitude et prévisibilité dans le cadre d'opérations transfrontalières.

Lorsque les parties conviennent d'un ressort pour le règlement de leurs différends, les tribunaux donnent effet à cet accord à moins que le demandeur n'établisse l'existence de « motifs sérieux » de ne pas le faire.

[125] Nul n'est besoin, selon nous, de rompre avec les principes établis du droit international privé concernant les clauses d'élection de for, des principes que des tribunaux à travers le monde, y compris la Cour suprême du Canada, ont à maintes reprises confirmés. À notre avis, la seule question à trancher en l'espèce est celle de savoir si M^{me} Douez a établi qu'il existe des « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause d'élection de for qu'elle a acceptée. Nous convenons avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que l'existence de motifs sérieux n'a pas été établie et que l'action doit être entendue en Californie, comme le stipule le contrat. L'action de M^{me} Douez devrait faire l'objet d'une suspension d'instance.

I. Clause d'élection de for et *forum non conveniens*

[126] Le test qui permet de décider s'il convient de donner effet à la clause d'élection de for contenue dans un contrat a été établi par la Cour il y a 14 ans dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450. Il donne lieu à une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si la clause d'élection de for est exécutoire et s'applique dans les circonstances (*Pompey*, par. 39; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, par. 43). Deuxièmement, le tribunal doit se demander s'il existe des motifs

sérieux de refuser de suspendre l'instance malgré le caractère exécutoire de la clause d'élection de for (*Pompey*, par. 19 et 39).

[127] M^{me} Douez fait valoir que ce test établi dans *Pompey* ne devrait pas s'appliquer en l'espèce et que le tribunal devrait plutôt se prononcer sur la clause d'élection de for au regard de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (« *CJPTA* »). Nous ne sommes pas d'accord.

[128] L'article 11 de la *CJPTA* précise les circonstances dans lesquelles un tribunal peut décliner compétence parce qu'un autre for est plus approprié. Il s'applique lorsque deux tribunaux ont compétence et il circonscrit la démarche à l'issue de laquelle l'un des deux est jugé compétent. En voici le libellé :

[TRADUCTION]

11 (1) Après avoir pris en considération l'intérêt des parties à une instance et les fins de la justice, le tribunal peut refuser d'exercer sa compétence territoriale à l'égard d'une instance si, à son avis, il conviendrait mieux qu'un tribunal d'un autre État soit saisi de l'affaire.

(2) Le tribunal qui détermine si c'est lui ou un tribunal de l'extérieur de la Colombie-Britannique qui constitue le ressort le plus approprié pour entendre l'affaire doit prendre en considération les circonstances pertinentes à l'instance, notamment :

- a) le coût et la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins d'être entendus dans ce ressort ou dans un autre;
- b) la loi à appliquer aux questions en litige;
- c) l'opportunité d'éviter la multiplicité des instances;
- d) l'opportunité d'éviter le prononcé de décisions contradictoires par différents tribunaux;

e) l'exécution d'un jugement éventuel;

f) l'équité et l'efficacité du système judiciaire canadien dans son ensemble.

Comme l'a fait remarquer la Cour dans *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, au par. 22, « [l']art. 11 de la *CJPTA* codifie [. . .] entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law. Il n'admet aucune exception ».

[129] Cette règle présidant à la détermination du ressort au regard de la commodité ne permet pas d'écarter une clause d'élection de for. Lorsque les parties se sont entendues au préalable sur un ressort, il n'y a pas lieu de se demander lequel de deux ressorts convient le plus; elles ont réglé la question par leur contrat, sous réserve de l'invalidité ou du caractère inapplicable de la clause contractuelle (le premier volet du test de l'arrêt *Pompey*) ou de l'existence — établie par le demandeur — de motifs sérieux de ne pas lui donner effet (le deuxième volet du test de l'arrêt *Pompey*). En présence d'une telle clause, le tribunal doit donner effet à l'accord contractuel à moins que le demandeur n'établisse l'existence de motifs sérieux de ne pas le faire.

[130] Ce que propose M^{me} Douez, en réalité, est de remplacer le test à deux volets de l'arrêt *Pompey* par un test unifié intégrant l'analyse relative à la clause d'élection de for à celle du *forum non conveniens*. Or, c'est cela même que la Cour a rejeté dans l'arrêt *Pompey*. Le juge Bastarache a dit en effet ne pas être « convaincu

qu'il serait préférable d'adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l'existence d'une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d'autres » (par. 21). De même que l'auteur Edwin Peel, il craignait qu'une telle démarche n'accorde pas toute l'importance voulue à la clause d'élection de for à cause de la mise en balance avec d'autres facteurs, des facteurs que les parties doivent être réputées avoir pris en compte lorsqu'elles ont convenu de la clause d'élection de for (E. Peel, « Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws » [1998] *L.M.C.L.Q.* 182).

[131] Nous convenons donc avec les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan que l'arrêt *Pompey* continue de s'appliquer lorsqu'un tribunal est appelé à se prononcer sur une clause d'élection de for (voir *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, par. 14; *Preymann*, par. 39; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, par. 112-114; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, par. 10. Bien que la *CJPTA* codifie entièrement la règle du *forum conveniens* de la common law, elle n'a pas préséance sur les principes de common law qui sous-tendent l'application d'une clause d'élection de for. La cour doit donner effet à la clause d'élection de for dont les parties ont convenu, à moins qu'il ne soit satisfait au test de l'arrêt *Pompey*. Lorsqu'il est satisfait à ce test et que la clause d'élection de for est inexécutoire, deux ressorts concurrents sont susceptibles d'avoir compétence. C'est à

ce moment que s'applique la *CJPTA*, qui codifie la règle du *forum non conveniens* de la common law.

[132] Le test de l'arrêt *Pompey* s'applique en premier. Comme nous estimons qu'il n'y est pas satisfait, M^{me} Douez ne peut bénéficier de l'art. 11 de la *CJPTA*.

II. Première étape : la clause d'élection de for est-elle exécutoire?

[133] Comme nous avons conclu au rejet de la thèse de M^{me} Douez selon laquelle le test de l'arrêt *Pompey* devrait être intégré à la codification du *forum non conveniens*, l'étape suivante consiste à recourir au cadre analytique en deux volets issu de l'arrêt *Pompey*.

[134] Dans un premier temps, il faut se demander si la clause d'élection de for est exécutoire et si elle s'applique dans les circonstances. Il incombe à Facebook d'établir que tel est le cas. Selon nous, Facebook s'est acquittée de son fardeau. À première vue, il convient de répondre par l'affirmative. Le libellé de la clause est clair et vise manifestement tous les différends, y compris celui à l'origine du présent pourvoi.

[135] M^{me} Douez soutient que la clause d'élection de for est invalide ou inapplicable à son égard pour trois raisons. Aucune de ces raisons ne résiste à l'examen. Premièrement, la clause n'aurait pas été portée à son attention. Deuxièmement, les conditions d'utilisation ne seraient pas claires. Troisièmement,

l'art. 4 de la *Privacy Act* rendrait la clause inexécutoire. La juge Abella ajoute une quatrième raison : la clause serait contraire à l'ordre public. Selon nous, aucune de ces raisons n'est convaincante.

[136] Suivant le premier argument, la clause d'élection de for est inexécutoire parce que M^{me} Douez a simplement été invitée à donner son consentement au moyen d'un clic sans qu'on attire son attention sur le libellé précis de la clause. En d'autres termes, elle ne serait pas liée par la clause parce qu'un simple clic en ligne, sans plus, ne saurait emporter son consentement à la clause d'élection de for.

[137] Nous ne pouvons faire droit à l'argument. En Colombie-Britannique, le par. 15(1) de l'*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, codifie la règle de common law énoncée dans *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont.) et dispose qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée :

[TRADUCTION]

15 (1) Sauf accord contraire des parties, l'offre, son acceptation ou tout autre élément essentiel à la formation ou à l'application d'un contrat peuvent être exprimés :

...

b) par un acte électronique, tels une pression ou un clic sur une icône bien identifiée ou un endroit sur un écran d'ordinateur, ou une autre communication électronique censée exprimer l'offre, l'acceptation ou tout autre élément.

[138] M^{me} Douez invoque la décision *Berkson c. Gogo LLC*, 97 F. Supp. 3d 359 (E.D.N.Y. 2015), par. 22, dans laquelle une cour de district des États-Unis, en l'absence de dispositions législatives sur la formation d'un contrat par voie électronique, adopte une démarche en quatre étapes pour décider si un contrat a été formé par l'acceptation de conditions d'utilisation en ligne. En Colombie-Britannique, le par. 15(1) de l'*Electronic Transactions Act* tranche la question en prévoyant qu'un clic à l'écran suffit pour emporter acceptation.

[139] Suivant le deuxième argument de M^{me} Douez, les conditions d'utilisation contrediraient la clause d'élection de for et la rendraient ambiguë. M^{me} Douez renvoie à la clause selon laquelle Facebook [TRADUCTION] « [s'efforce de] respect[er] les lois locales » et elle fait valoir que l'entreprise doit donc se conformer à l'art. 4 de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique conférant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *ratione materiae* à l'égard de tout litige relatif à la *Privacy Act*, à l'exclusion de tout autre tribunal. Selon M^{me} Douez, le conflit entre le libellé strict de la clause d'élection de for du contrat et la clause selon laquelle Facebook « [s'efforce de] respect[er] les lois locales » donne lieu à une ambiguïté, de sorte que la clause d'élection de for serait inexécutoire.

[140] Cet argument ne peut être retenu. Le contrat est incontestablement clair. S'engager à [TRADUCTION] « s'efforcer » d'appliquer les lois locales et convenir d'intenter tout recours éventuel en Californie n'est pas contradictoire. Une clause d'élection de for ne contrevient pas aux lois de la Colombie-Britannique.

[141] Cela nous mène au troisième argument de M^{me} Douez, à savoir que l'art. 4 de la *Privacy Act* invaliderait la clause d'élection de for dans le cas d'une action fondée sur la Loi. L'art. 4 dispose que [TRADUCTION] « la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] connaît de toute action fondée sur [la *Privacy Act*] ». M^{me} Douez soutient que, suivant cet article, toute action fondée sur la Loi doit être entendue en Colombie-Britannique, d'où l'invalidité de la clause qui désigne un autre ressort.

[142] Nous ne sommes pas d'accord. L'art. 4 de la *Privacy Act* accorde à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *rationae materiae* à l'égard des demandes fondées sur la *Privacy Act*, à l'exclusion de tout autre tribunal de la province. Aucun élément de son libellé ne donne à penser qu'il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide.

[143] Une loi peut certes limiter la portée d'une clause d'élection de for ou la rendre carrément inexécutoire (voir *Pompey*, par. 38). Nous constatons également que certains ressorts ont adopté une [TRADUCTION] « approche protectionniste » limitant les effets d'une telle clause lorsqu'elle figure dans un contrat de consommation (Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws* (2^e éd. 2015), p. 357). Cependant, lorsqu'ils l'ont fait, ils ont utilisé un libellé clair. À titre d'exemple, le Règlement (UE) N^o 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), [2012] J.O. L.

351/1, confère expressément au consommateur le droit d'intenter une action dans le ressort de son domicile (art. 18), à moins que les parties aient convenu de la clause après la naissance du différend, que la clause permette au consommateur de saisir des ressorts additionnels ou que les parties résident dans le même ressort (art. 19). Le *Code civil du Québec* énonce une règle plus absolue; l'art. 3149 dispose en effet que les tribunaux québécois peuvent connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation et que « la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée ».

[144] Le législateur de la Colombie-Britannique n'a pas adopté une « approche protectionniste ». Il n'a pas conféré un droit absolu ou limité d'intenter une action en Colombie-Britannique malgré une clause d'élection de for désignant un autre ressort. Dans la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (« *BPCPA* »), il a mis l'accent non pas sur le lieu où l'action peut être intentée, mais sur la protection des droits des consommateurs. La décision de s'attacher aux droits plutôt qu'au ressort est ultérieure à l'arrêt *Pompey*. L'art. 3 de la *BPCPA* dispose que [TRADUCTION] « [s]auf autorisation expresse de [la Loi], la renonciation aux droits, avantages ou protections prévus par celle-ci est nulle ». Si le législateur avait voulu rendre les clauses d'élection de for inapplicables aux demandes fondées sur la *Privacy Act*, il l'aurait dit expressément (*GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 25). Les tribunaux sont tenus de respecter ce choix.

[145] M^{me} Douez ne soutient pas que la clause d'élection de for est inique. Pour le faire, il lui aurait fallu une preuve à l'appui (voir *Pompey*, par. 29). Or, le dossier n'en contient aucune. L'inégalité du pouvoir de négociation, même si elle était établie en l'espèce, ne justifie pas à elle seule qu'un tribunal entrave la liberté contractuelle. Comme le font remarquer Angela Swan et Jakub Adamski dans *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), § 9.114 :

[TRADUCTION] Le seul fait — susceptible de se présenter dans un très grand nombre d'opérations — que les parties ne sont pas toutes également en mesure de veiller à leurs propres intérêts ou toutes aussi bien informées ne justifie pas la réparation. Il faut, comme certains l'ont indiqué, être en présence d'un certain rapport de dépendance ou d'un possible abus d'influence (c'est-à-dire d'éléments suggérant quelque iniquité, inégalité ou injustice d'ordre procédural), *et* d'un mauvais accord (c'est-à-dire d'éléments suggérant une injustice substantielle). [Italiques employés dans l'original.]

[146] Passons maintenant au dernier argument, à savoir que la clause d'élection de for serait contraire à l'ordre public et devrait donc être jugée invalide et inapplicable. Cet argument ne saurait non plus être retenu.

[147] Nous ne voyons pas comment un tribunal pourrait invalider une stipulation contractuelle pour le seul motif qu'elle serait contraire à l'ordre public dans l'abstrait. Même si un tribunal peut refuser de donner effet à une stipulation contractuelle par ailleurs valide, mais contrevenant à l'ordre public, la partie qui cherche à ce que cette clause soit sans effet doit établir l'existence d'une « considération d'ordre public prépondérante [...] qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'application des contrats » (*Tercon Contractors Ltd. c.*

Colombie-Britannique (Transport et Voirie), 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123 (le juge Binnie, dissident, mais non sur ce point). Selon nous, les faits de la présente espèce ne révèlent pas l'existence d'une telle considération prépondérante d'ordre public.

[148] Loin d'être abusives ou contraires à l'ordre public, les clauses d'élection de for procèdent de solides considérations d'intérêt public. Elles sont très répandues et couramment appliquées partout dans le monde (voir p. ex. *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, par. 24; *Atlantic Marine Construction Co. c. U.S. Dist. Court for Western Dist. Of Texas*, 134 S.Ct 568 (2013), p. 581-582, citant *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), p. 17-18; *Akai Pty Ltd. c. People's Insurance Co.* (1996) 188 C.L.R. 418, p. 441-442 (H.C.A.); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialities Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.). Les clauses d'élection de for contribuent à accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières. Le fait qu'une telle clause figure dans un contrat type n'a pas d'incidence sur sa validité (*Pompey*, par. 28; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), p. 593-594).

[149] Cela ne signifie pas que le tribunal donnera toujours effet à la clause d'élection de for. Comme le fait remarquer la juge Abella, des [TRADUCTION] « obstacles liés à l'éloignement » ou des « obstacles géographiques » peuvent rendre l'application d'une clause d'élection de for injuste dans certains cas. Or, ces considérations intéressent le deuxième volet du test de l'arrêt *Pompey*, non le premier.

Comme nous l'expliquons ci-après, pour se prononcer sur l'existence de motifs sérieux, le tribunal peut tenir compte des avantages et des coûts comparés d'un procès devant les tribunaux du pays ou ceux du ressort étranger, ainsi que prendre en compte tout préjudice que pourrait subir le demandeur en raison de l'obligation d'intenter son action à l'étranger (voir *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.), p. 242). Toutefois, ces considérations n'entrent pas en jeu au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*.

[150] Nous concluons que la clause d'élection de for est valide et applicable et qu'il est satisfait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*. Il nous reste à décider si M^{me} Douez a établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause.

III. Deuxième étape : M^{me} Douez a-t-elle établi l'existence de motifs sérieux?

[151] Nous avons conclu au respect du premier volet du test de l'arrêt *Pompey*, Facebook ayant démontré que la clause d'élection de for est exécutoire et s'applique dans les circonstances. Reste à savoir si M^{me} Douez a établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause en l'espèce.

[152] L'exception fondée sur l'existence de motifs sérieux confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser, sur le fondement de facteurs établis, de donner effet à la clause d'élection de for. Le critère des motifs sérieux veut que la clause soit exécutoire, de sorte que la prévisibilité et la certitude soient

assurées, à moins que le demandeur ne démontre que son application le priverait injustement de la possibilité d'obtenir justice.

[153] Il appartient à la partie qui entend faire écarter une clause d'élection de for d'établir l'existence de motifs sérieux. Il y a de bonnes raisons à cela. Premièrement, le caractère exécutoire de la clause d'élection de for est la règle, son absence d'effet, l'exception. De façon générale, la partie qui recherche l'application d'une exception doit présenter des motifs à l'appui. Deuxièmement, c'est la partie qui cherche à se prévaloir de l'exception qui est la mieux placée pour convaincre le tribunal de faire droit à sa demande, et ce n'est pas à la partie qui s'en remet à la règle de démontrer que celle-ci ne devrait pas être écartée; il incombe généralement à la partie qui fait valoir un point de vue d'en établir le bien-fondé puisqu'elle est la plus apte à le faire. Renverser le fardeau de la preuve reviendrait à exiger du défendeur qu'il prouve une assertion négative, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de « motifs sérieux ». Le défendeur devrait alors anticiper puis réfuter tous les arguments que le demandeur pourrait soulever à l'appui de l'existence de motifs sérieux. Enfin, le renversement du fardeau de la preuve porterait atteinte à la règle générale de l'applicabilité de la clause d'élection de for en plus de créer de l'incertitude et d'accroître les coûts dans les opérations commerciales transfrontalières. Ce serait rompre avec « la certitude et la sûreté [des opérations] », un principe essentiel en droit international privé (*Pompey*, par. 20 et 25). Pour de nombreuses entreprises, l'obligation de démontrer dans un pays étranger que des motifs sérieux n'existent pas rendrait le contrat coûteux et, dans bien des cas, pratiquement inexécutoire. Les

entreprises, aussi bien les petits fournisseurs que les géants comme Facebook devraient recueillir des éléments de preuve à l'appui d'une assertion négative dans une foule de pays étrangers. C'est pourquoi au Canada et ailleurs dans le monde le droit reconnaît invariablement que c'est au demandeur, soit à la partie qui cherche à faire écarter la clause d'élection de for, qu'il incombe de démontrer l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à une clause d'élection de for exécutoire en suspendant l'instance (*Pompey*, par. 25; *The « Eleftheria »*, p. 242).

[154] Dans l'arrêt *Pompey*, le juge Bastarache a exposé les raisons pour lesquelles il convenait d'adopter le critère des « motifs sérieux » et d'imposer au demandeur le fardeau de prouver l'existence de tels motifs (par. 20) :

Les tribunaux doivent généralement [...] faire bon accueil [aux clauses d'élection de for] car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité [...] Dans le contexte du commerce international, l'ordre et l'équité sont attribuables, du moins en partie, à l'application du critère des « motifs sérieux ». Suivant ce critère, il incombe à juste titre au demandeur de convaincre la cour qu'un motif valable justifie qu'il ne soit pas lié par la clause d'élection de for. Il est essentiel que les tribunaux accordent l'importance voulue au fait qu'il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements. Rien ne justifie qu'une clause d'élection de for soit assimilée à une clause d'exonération de responsabilité déguisée. Quoiqu'il en soit, le critère des « motifs sérieux » offre aux tribunaux une marge de manœuvre suffisante pour leur permettre de tenir compte des motifs illégitimes le cas échéant et pour empêcher le défendeur d'invoquer une clause d'élection de for afin de bénéficier d'un avantage procédural qui serait injuste.

[155] Partant, quelle preuve doit offrir le demandeur pour établir l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à une clause d'élection de for? Les

considérations qui président à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal ont été énoncées dans *The « Eleftheria »*, à la p. 242, et le juge Bastarache les a fait siennes dans *Pompey*, au par. 19 :

[TRADUCTION]

(1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d'une entente prévoyant que les différends seront soumis à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n'est pas tenu d'accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu'on ne démontre qu'il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire.

(3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs.

(4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause.

(5) Notamment, mais sans préjudice du point (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées :

a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers?

b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants?

c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils?

d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural?

e) Les défendeurs subirait-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger

- (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation;
- (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu;
- (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou
- (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable?

[156] Si l'on applique ces considérations à la présente espèce, il est clair que la juge de première instance n'aurait pas dû conclure à l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for à laquelle a consenti M^{me} Douez. Le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Aucune de celles invoquées par M^{me} Douez n'établit l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

[157] L'analyse débute par la proposition selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge doit être exercé en faveur du caractère exécutoire de la clause d'élection de for à moins que le demandeur démontre qu'il existe des motifs sérieux de ne pas le faire. L'expression « motifs sérieux » est sans équivoque : il ne s'agit pas de n'importe quels motifs, mais de motifs qui sont sérieux. À défaut de tels motifs, la clause d'élection de for doit être appliquée.

[158] Il y a une bonne raison à cela. En offrant des services transfrontaliers, les entreprises en ligne s'exposent à l'incertitude et à l'imprévisibilité liées aux ressorts éventuels où elles pourraient être poursuivies en justice. Le professeur Geist

(M. A. Geist, « Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001), 16 *B.T.L.J.* 1345), décrit ce risque comme suit :

[TRADUCTION] Puisque les sites Web sont accessibles instantanément dans le monde entier, la possibilité que le propriétaire d'un site soit traîné devant les tribunaux d'un ressort éloigné n'est pas que théorique; il s'agit d'une possibilité bien réelle. [p. 1347]

[159] D'autres auteurs soulignent que puisque les entreprises en ligne ne peuvent connaître à l'avance l'emplacement de leurs clients, il est difficile pour elles de prévoir et de régler à l'avance les problèmes de compétence (Z. Tang, « Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-Commerce » (2005), 1 *Priv. Int. L.* 237). À notre avis, le meilleur moyen de réduire ces risques est d'appliquer le système actuel de droit international privé, soigneusement élaboré au fil des décennies pour offrir certitude, ordre et prévisibilité. Exiger du demandeur qu'il établisse l'existence de motifs sérieux est essentiel au maintien de la certitude, de l'ordre et de la prévisibilité qu'assure le droit international privé, surtout au vu de la prolifération des services en ligne transfrontaliers. Parvenir à une autre conclusion reviendrait à demander au tribunal de faire fi de conditions contractuelles valides et exécutoires.

[160] Ce ne sont pas seulement les multinationales comme Facebook qui bénéficient de l'importance accordée au besoin d'ordre en droit international privé. L'intervenante Association canadienne de la technologie de l'information fait valoir que les petites et moyennes entreprises tirent avantage de la certitude que procure

l'application d'une clause d'élection de for et que la réduction du risque de poursuite qui en découle leur permet de réaliser des économies susceptibles d'être reflétées au consommateur. Facebook ajoute que la certitude attribuable aux clauses d'élection de for permet aux entreprises étrangères d'offrir des services en ligne aux Canadiens. À notre avis, les entreprises en ligne profitent de ces avantages quel que soit leur taille ou l'endroit où elles sont situées.

[161] Nous ne pouvons qu'exprimer notre profond désaccord avec les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon lorsqu'ils affirment dans leurs motifs que les clauses d'élection de for sont intrinsèquement contraires à l'ordre public. Selon eux, « les clauses d'élection de for ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d'une province, alors que l'exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun » (par. 25). La jurisprudence internationale montre très nettement que, loin d'être un moyen détourné d'entraver l'accès à la justice, la clause d'élection de for est essentielle à l'ordre, à l'équité et à la courtoisie entre les nations.

[162] Nous traitons maintenant des éléments précis qui, selon l'arrêt *Pompey*, doivent être pris en considération par le tribunal pour décider si un demandeur a établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

[163] En ce qui concerne le premier élément, M^{me} Douez n'a pas démontré que, par application du critère de la prépondérance des inconvénients, les faits de l'espèce et la preuve qui serait produite favorisent la Colombie-Britannique au détriment du

ressort désigné dans le contrat, l'État de la Californie. Il y a lieu de s'attendre à ce que la preuve porte sur l'utilisation par Facebook dans sa publicité de la photo et du nom de M^{me} Douez sans son consentement. C'est donc la conduite de Facebook, depuis son administration centrale en Californie, qui en serait l'objet. Facebook soutient en défense que M^{me} Douez a consenti à cette utilisation, non par ses gestes en Colombie-Britannique, mais par l'acceptation des conditions d'utilisation. Le litige réside dans l'interprétation juridique du contrat. Aucune raison ne permet de conclure qu'il résulte de ce dernier élément des motifs sérieux d'écarter la clause d'élection de for.

[164] Notre collègue la juge Abella réfère aux « obstacles liés à l'éloignement » et aux « obstacles géographiques » que doit surmonter un demandeur aux prises avec une clause d'élection de for. De même, M^{me} Douez avance que l'inapplicabilité de la clause d'élection de for faciliterait l'accès à la justice pour les consommateurs. Au cours de sa plaidoirie orale, son avocate a qualifié l'accès à la justice de [TRADUCTION] « principe très important » (transcription, p. 33) et, dans son mémoire, elle indique qu'« aucun Britanno-Colombien sensé n'irait jusqu'en Californie pour réclamer une indemnité symbolique » (m.a., par. 90). Il demeure qu'aucune preuve n'est offerte quant aux « avantages et [aux] coûts comparés [d'un] procès » en Californie ou en Colombie-Britannique. L'existence de motifs sérieux ne saurait être établie sans une preuve suffisante à l'appui.

[165] Le droit applicable ne révèle pas non plus selon nous l'existence de motifs sérieux d'écarter la clause d'élection de for. Il est vrai que la loi prévoyant le délit civil est britanno-colombienne. Or, se prononcer sur le délit civil créé par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne nécessite pas une expertise spéciale. Il n'a pas été démontré qu'un tribunal de la Californie serait moins apte que la Cour suprême de la Colombie-Britannique à interpréter cette loi. Le plus que la juge de première instance ait affirmé à ce sujet est ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . une juridiction locale peut être plus sensible qu'une juridiction étrangère au contexte social et culturel des intérêts des Britanno-Colombiens liés au respect de la vie privée, ce qui peut se révéler important lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de l'atteinte aux droits à la vie privée et du préjudice qui en résulte.

(Motifs de première instance, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, par. 75)

Si une potentielle sensibilité au contexte local suffisait à établir l'existence de motifs sérieux, les clauses d'élection de for ne seraient jamais appliquées lorsque l'action est fondée sur un délit civil commis dans un autre pays. Ce que requiert ce facteur c'est la preuve que la juridiction locale est mieux placée pour interpréter les dispositions législatives en cause que celle désignée dans la clause d'élection de for. M^{me} Douez n'a pas présenté une telle preuve.

[166] M^{me} Douez n'a présenté aucun élément de preuve concernant le droit ou la procédure applicable en Californie, que ce soit en matière de droit international privé ou de litiges relatifs à la protection de la vie privée, non plus qu'en ce qui a trait

à la compétence territoriale selon le droit californien. Le juge en chef Bauman s'est exprimé comme suit au sujet de cette omission :

[TRADUCTION] À mon sens, M^{me} Douez ne nous a donné aucune raison de conclure que l'instance ne pourrait être entendue par les tribunaux de Santa Clara. Le dossier ne contient aucun élément de preuve concernant le droit international privé de la Californie. La cour ne saurait effectuer elle-même cette recherche et prendre connaissance d'office des résultats (voir *Duchess Di Sora c. Phillipps*, (1863), 10 H.L. Cas. 624, p. 640; *Bumper Development Corp. c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 2 W.L.R. 1362 (C.A. d'Angl.), p. 1369). [par. 77]

Une cour de justice ne devrait pas être placée dans une situation où elle doit conjecturer quant à savoir si un tribunal californien exercerait sa discrétion de sorte à se déclarer compétent à l'égard d'une affaire, si ce tribunal appliquerait les lois de la Colombie-Britannique, si les lois californiennes en matière de protection de la vie privée s'apparentent à celles de la Colombie-Britannique, si les règles de procédure applicables en Californie correspondent à celles de la Colombie-Britannique ou si les recours disponibles en Californie sont susceptibles d'offrir à M^{me} Douez une réparation comparable à celle qu'elle pourrait obtenir en Colombie-Britannique. En l'absence de preuve, nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon n'ont aucune raison d'évoquer le spectre de préjudices pour lesquels il n'y aurait « [aucun] recours » (par. 59 et 62).

[167] Le pays avec lequel les parties ont un lien ne permet pas d'établir l'existence de motifs sérieux. Facebook a son siège social en Californie. M^{me} Douez, résidente de la Colombie-Britannique, était satisfaite de la conclusion du contrat avec

Facebook à cet endroit. Aucun élément de sa situation n'indique que le recours collectif projeté ne pourrait pas être intenté en Californie aussi facilement qu'en Colombie-Britannique. Pour établir des motifs sérieux de nature à écarter une clause désignant un for étranger sur la base de la résidence, la demanderesse doit démontrer plus que le simple fait qu'elle vit dans le ressort où elle souhaite que l'action soit instruite. Si cela suffisait, les clauses d'élection de for seraient le plus souvent déclarées inopérantes.

[168] En ce qui concerne l'élément suivant à considérer, il faut se demander si la défenderesse cherche seulement à bénéficier d'avantages procéduraux. Si M^{me} Douez arrive à démontrer que Facebook ne souhaite pas vraiment que le litige soit entendu par les tribunaux californiens, mais veut seulement bénéficier d'avantages procéduraux à son détriment, cela pourrait étayer son argument voulant qu'il existe des motifs sérieux d'écarter la clause d'élection de for. Or, elle ne l'a pas démontré. Rien n'indique que Facebook ne souhaite pas vraiment que tous les litiges susceptibles de l'opposer à ses utilisateurs se déroulent en Californie. En fait, elle le souhaite manifestement, et ce, pour des raisons de fond et de commodité. La clause d'élection de for vise à lui éviter des litiges coûteux et incertains qui se dérouleraient à l'étranger, ce qui accroîtrait ses coûts et disperseraient son énergie.

[169] Finalement, M^{me} Douez n'a pas démontré que l'application de la clause d'élection de for l'empêcherait de bénéficier d'un procès équitable du fait qu'elle serait privée de garantie à l'égard de sa réclamation, incapable de faire exécuter le

jugement obtenu, soumise à un délai de prescription inapplicable en Colombie-Britannique, ou encore, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres. Elle ne conteste pas, et ne peut contester, que l'État de Californie est doté d'un système de justice très avancé et équitable, non plus qu'elle aura droit à un procès juste dans cet État.

[170] Il est donc évident que l'ensemble des considérations retenues par la Cour dans *Pompey* militent en faveur de l'application de la clause d'élection de for à laquelle M^{me} Douez a consenti. Aucune de ces considérations n'établit de motifs sérieux de ne pas lui donner effet.

[171] Pour cette raison, M^{me} Douez demande à la Cour de modifier le critère des motifs sérieux adopté dans l'arrêt *Pompey*. Elle nous invite à y apporter deux modifications. Elle propose d'abord que [TRADUCTION] « le critère des motifs sérieux doit s'appliquer avec nuance et tenir compte de l'inégalité intrinsèque des parties ou de l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur » (m.a., p. 71). Subsidiairement, elle allègue que le critère « doit être modifié afin que le fardeau de preuve incombe au défendeur dans le cas de contrats d'adhésion conclus par un consommateur » (m.a., p. 72). Nous ne pouvons accéder ni à l'une ni à l'autre de ces propositions. Cela reviendrait à infirmer à tort la décision de la Cour dans l'affaire *Pompey*, d'y substituer des principes nouveaux et différents et d'introduire dans le critère des motifs sérieux une incertitude inutile et non fondée sur quelque principe.

[172] Suivant la première prétention de M^{me} Douez, plutôt que de se fonder sur les considérations énoncées dans les décisions *The « Eleftheria »* et *Pompey* pour décider si l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for a été établie, le tribunal devrait s'en remettre à une autre considération, à savoir l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur. Nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon adhèrent à ce point de vue. Soit dit en tout respect, nous sommes en désaccord.

[173] La thèse de M^{me} Douez confond le premier volet du test de l'arrêt *Pompey* avec le second, si bien que le droit jugé applicable par la Cour dans *Pompey* s'en trouve modifié en profondeur. La prise en compte de « toutes les circonstances de l'affaire » au second volet ne constitue pas une invitation à confondre le premier volet avec le second. Rappelons que la partie qui invoque la clause d'élection de for doit d'abord démontrer que la clause est exécutoire. C'est à cette étape que l'inégalité du pouvoir de négociation est pertinente. Cet élément peut amener le tribunal à conclure que la clause est inique, ce qui toutefois n'a pas été plaidé en l'espèce. En l'absence d'iniquité, la partie dominante qui s'appuie sur un contrat type s'expose à l'application de la règle *contra proferentem* selon laquelle toute ambiguïté doit être résolue en faveur de l'autre partie (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge Co.*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 51). Comme nous l'expliquons plus haut, les inquiétudes soulevées par l'inégalité du pouvoir de négociation peuvent inciter le législateur à légiférer pour déclarer inexécutoires les clauses d'élection de for. Or, la Colombie-Britannique a décidé de

ne pas le faire. Nul motif ne justifie la remise en cause de ce choix par l'unification ou la modification de la démarche issue de l'arrêt *Pompey*. Dans la présente affaire, Facebook a démontré que la clause d'élection de for est exécutoire. Soulignons au passage que la thèse fondée sur l'inégalité du pouvoir de négociation paraît peu convaincante dans la mesure où M^{me} Douez a obtenu les services Facebook qu'elle voulait, gratuitement et sans aucune contrainte d'ordre pratique ou autre. Même si le choix de « “ne pas être en ligne” ne saurait constituer un choix véritable à l'ère d'Internet », comme le laissent entendre nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon (au par. 56), rien ne prouve que renoncer à Facebook équivaut à « ne pas être en ligne ». Quoi qu'il en soit, le caractère exécutoire de la clause d'élection de for ne prive ni M^{me} Douez, ni personne d'autre de l'accès à Facebook.

[174] Quant à la proposition subsidiaire de M^{me} Douez, soit de renverser le fardeau de la preuve, elle est incompatible avec les principes qui sous-tendent le critère des motifs sérieux, c'est-à-dire la certitude, la sûreté et l'équité (*Pompey*, par. 20). Ces principes valent autant au XXI^e siècle, à l'ère des médias sociaux planétaires, qu'ils valaient au XX^e siècle, à l'ère du commerce international. L'ordre et l'équité sous-tendent le droit international privé et « assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations » (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1097). Le double objectif de justice et d'équité du droit international privé n'est réalisable que par l'application de règles assurant sûreté et prévisibilité (*Club Resort Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, par. 73 et 75; voir aussi *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058). Comme nous le disons

précédemment, il y a de bonnes raisons pour que la Cour, à l'instar des tribunaux du Royaume-Uni et d'autres pays, impose au demandeur qui veut se soustraire à l'application d'une clause d'élection de for le fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à celle-ci.

[175] Les demandes de M^{me} Douez, qu'il s'agisse d'appliquer avec « nuance » le test de l'arrêt *Pompey* ou de renverser le fardeau de la preuve quant à l'existence de motifs sérieux, n'ont pas d'assise fondée sur quelque principe ou sur des raisons d'intérêt public. Non seulement elles compromettraient la certitude en droit international privé, mais elles reviendraient aussi à infirmer l'arrêt *Pompey*. La Cour a établi des critères stricts lorsqu'il s'agit de rompre avec un précédent récent (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 129-139; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 850-861; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 45-46). Ces critères ne sont pas respectés en l'espèce.

[176] Nous concluons que M^{me} Douez n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for à laquelle elle a consenti.

IV. Dispositif

[177] La clause d'élection de for est valide et exécutoire, et M^{me} Douez n'a pas démontré l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef MCLACHLIN et les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko (CIPPIC), Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de la technologie de l'information : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Bureau de la publicité interactive du Canada : Bennett Jones, Toronto.