

**Date : 20071116**

**Dossier : A-587-06**

**Référence : 2007 CAF 365**

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU  
LE JUGE PELLETIER  
LA JUGE TRUDEL**

**ENTRE :**

**CAROLINE DUCHESNE,  
ès qualité de liquidateur de la Succession Patrick Desjean**

**appelante**

**et**

**Intermix Media Inc.**

**intimée**

Audience tenue à Montréal (Québec), le 9 octobre 2007.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 16 novembre 2007.

**MOTIFS DU JUGEMENT :**

**LE JUGE PELLETIER**

**Y ONT SOUSCRIT :**

**LE JUGE LÉTOURNEAU  
LA JUGE TRUDEL**

**Date : 20071116**

**Dossier : A-587-06**

**Référence : 2007 CAF 365**

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU  
LE JUGE PELLETIER  
LA JUGE TRUDEL**

**ENTRE :**

**CAROLINE DUCHESNE, ès qualité de liquidateur de la Succession Patrick Desjean**

**appelante**

**et**

**Intermix Media Inc.**

**intimée**

### **MOTIFS DU JUGEMENT**

#### **LE JUGE PELLETIER**

#### **INTRODUCTION**

[1] L'appelante, Caroline Duchesne, ès qualité de liquidateur de la Succession Patrick Desjean, se porte en appel de la décision du juge de Montigny selon laquelle la Cour fédérale est sans compétence pour statuer sur la plainte de monsieur Desjean voulant que l'intimée ait contrevenu à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, ce qui lui aurait causé des pertes, et ce en installant sur son ordinateur, à son insu, des logiciels dits « espion ». L'appelante conteste aussi le fait que le juge ait, de son propre chef, radié la requête en autorisation de l'action de monsieur Desjean comme

recours collectif puisque celle-ci « ne remplit pas les conditions prévues à l'article 299.18 des *Règles des Cours fédérales...* ».

### **FAITS ET ARGUMENTS DES PARTIES**

[2] Les faits donnant lieu à ce litige sont vite résumés. L'intimée, Intermix Media Inc., est une société américaine dont les locaux sont situés en Californie et qui fait affaire sur l'internet. Elle y offre gratuitement un ou des économiseurs d'écran ("screen savers") que l'utilisateur peut, à son choix, télécharger à partir de son propre ordinateur. D'après la déclaration déposée par monsieur Desjean, lorsqu'un utilisateur consent à télécharger le logiciel de l'intimée, il télécharge aussi un logiciel espion « qui emploie en arrière-plan la connexion internet de l'utilisateur pour recueillir et transmettre, à son insu et sans sa permission, des données personnelles, notamment sur ses intérêts et ses habitudes de navigation, à une régie publicitaire. » Toujours selon la déclaration de monsieur Desjean, l'installation de ce logiciel espion, et d'autres logiciels non consentis, nuit au fonctionnement de l'ordinateur et cause des pertes de temps et d'argent.

[3] Monsieur Desjean allègue dans sa déclaration que l'intimée a contrevenu à l'article 52 de la *Loi sur la concurrence* parce que sa publicité au sujet de son économiseur d'écran est fausse ou trompeuse en ce qu'elle passe sous silence la présence et l'effet de ces logiciels introduits subrepticement sur l'ordinateur de l'utilisateur. Monsieur Desjean réclame des dommages-intérêts de l'intimée en se fondant sur l'article 36 de la même Loi qui se lit comme suit :

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

36. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

<p>a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;</p>	<p>(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or</p>
<p>b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,</p>	<p>(b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act,</p>
<p>peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.</p>	<p>may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.</p>

[4] L'intimée se défend de ces allégations en déposant une requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour fédérale est sans compétence sur sa personne et sur la matière de la déclaration. Le juge de Montigny accueille la requête. Après avoir résumé les faits et les arguments des parties, il fait un bref tour d'horizon de la jurisprudence sur la compétence des tribunaux canadiens quant à un défendeur étranger. Se fondant sur les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*), *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022 (*Tolofson*) ainsi que *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 (*Hunt*), il conclut qu'avant d'exercer leur juridiction à l'endroit d'un défendeur étranger qui n'a pas une présence au Canada et qui ne se soumet pas à leur juridiction, les tribunaux canadiens exigent qu'il y ait un lien réel et substantiel entre le défendeur, la cause d'action et le Canada. Le juge passe alors à l'analyse des circonstances donnant lieu au litige, à la lumière des facteurs identifiés dans l'arrêt

*Muscutt c. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577 (Cour d'appel de l'Ontario) (*Muscutt*), pour déterminer s'il y a en effet un lien réel et substantiel entre l'intimée, la cause d'action telle qu'énoncée dans la déclaration de monsieur Desjean et le Canada.

[5] Après avoir analysé chacun des facteurs pertinents, le juge est d'avis qu'aucun d'entre eux, ni leur ensemble, ne permettent de conclure à la présence d'un lien réel et substantiel avec le Canada. Il note le fait que l'intimée n'a aucun lien commercial ou financier avec le Canada. Il conclut son analyse en statuant que la Cour n'a compétence ni sur la personne de l'intimée ni sur la matière de l'action. Le juge enchaîne en disant que même s'il était d'avis que la Cour fédérale avait compétence, elle ne serait pas justifiée de l'exercer parce les tribunaux américains étaient mieux placés pour le faire. Finalement, le juge souligne la clause de l'accord de licence auquel est soumis le téléchargement du logiciel en cause, clause qui stipule que la loi applicable est celle de l'État de la Californie. En conséquence, le juge accueille la requête en radiation et, de son propre chef, radie aussi la requête en autorisation de recours collectif, cette dernière étant sans matière suite à la radiation de la déclaration.

[6] L'appelante se pourvoit en appel de cette décision. Elle est d'accord que la question est de savoir s'il y a un lien réel et substantiel avec le Canada, mais elle soutient que le juge a eu tort de ne pas analyser cette question à la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S 393 (*Moran*). Dans cette affaire, la Cour Suprême devait décider du lieu d'un délit. La loi de la Saskatchewan exige une ordonnance autorisant la signification d'une déclaration à un défendeur hors de la province lorsqu'il s'agit d'un délit commis

hors de la province. De par l'ordonnance autorisant la signification de la déclaration, les tribunaux de la Saskatchewan s'octroient la compétence sur le défendeur et sur le fond de la déclaration.

[7] Après avoir analysé les différentes théories quant au situs d'un délit, la Cour suprême résuma sa conclusion dans le passage suivant, passage qui est la pierre angulaire de l'argument de l'appelante :

En mettant ses produits sur le marché directement ou par l'intermédiaire des voies normales de distribution, un fabricant doit être prêt à les défendre partout où ils causent un préjudice, à condition que le forum devant lequel il est convoqué en est un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché.

[*Moran*, au paragraphe 12.]

[8] D'après l'appelante, l'essentiel de ce passage a été repris par la suite dans les arrêts *Morguard*, *Tolofson* et *Hunt* auxquels le juge de première instance a fait référence.

[9] L'appelante reprend l'analyse des facteurs identifiés dans l'arrêt *Muscutt* et, à partir de sa propre analyse des faits, considérés à la lumière de l'arrêt *Moran*, propose que le juge se devait de conclure à l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'entreprise de l'intimée et le Canada. Ce faisant, l'appelante n'identifie aucune erreur de la part du juge de première instance. Elle substitue simplement son analyse des facteurs pertinents à celle du juge.

[10] L'appelante s'attaque à la conclusion du juge quant au *forum conveniens* parce que l'application de cette règle, dit-elle, présuppose l'existence d'un litige parallèle dans un autre ressort. Or, il n'y a pas ici de litige parallèle. Le seul litige portant sur le téléchargement du logiciel de

l'intimée a été réglé dans l'état de New York. Selon le juge, les tribunaux américains seraient mieux placés pour se saisir de ce litige. Figure comme un des facteurs dans le raisonnement du juge sur ce point la clause d'élection de for qui paraît à la licence d'accord pour le logiciel. Selon cette clause, du fait de télécharger le logiciel, l'utilisateur indique son assentiment à ce que le contrat soit sujet à la loi de la Californie.

[11] L'appelante soumet que cette clause ne peut lui être opposée parce l'utilisateur pouvait télécharger le logiciel en cause sans avoir lu les conditions de la licence d'accord et sans avoir autrement manifesté son intention d'être lié par celles-ci.

### **ANALYSE**

[12] La Cour ne peut accueillir cet appel et ce, pour plusieurs motifs.

[13] Dans la mesure où l'appelante se fonde sur une appréciation des faits autre que celle du juge, elle doit satisfaire la norme de contrôle quant aux conclusions de faits, ou mixtes de fait et de droit. Elle doit faire la démonstration d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation qu'en a faite le juge : voir *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. L'appelante n'a pas le loisir de simplement substituer son appréciation des faits et des questions mixtes de fait et de droit à celle du juge.

[14] Il ne peut faire de doute que l'appelante fonde son appel sur son analyse des faits :

Bien que la Cour suprême du Canada ait ostensiblement tendu un conducteur au juge de première instance dans *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393,

l'ordonnance qui a été rendue s'est éloignée de la jurisprudence du plus haut tribunal parce qu'elle repose sur des prémisses erronées en raison d'une mauvaise analyse des faits de la cause.

[Mémoire de l'appelante, au paragraphe 38.]

[15] De là, l'appelante procède simplement à substituer son appréciation des faits pour celle du juge sans jamais démontrer que ce dernier n'était pas en droit de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé. Au cours de son argument, l'appelante pose deux questions :

- Existe-t-il un lien réel?
- Ce lien est-il substantiel?

[16] En examinant la question de l'existence du lien réel, l'appelante fait état de la nature du commerce de l'intimée pour ensuite affirmer que l'intimée ne peut faire échec au principe articulé dans l'affaire *Morguard*, notamment qu'un commerçant doit être prêt à défendre ses produits là où ils causent un préjudice pourvu que « le forum devant lequel il est convoqué en est un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché. » (mémoire de l'appelante, au paragraphe 52). Il n'y a aucune référence aux motifs du juge de première instance, ni aucune démonstration de quelque erreur que ce soit de sa part.

[17] Passant à sa deuxième question, l'appelante se fie sur certaines données quantitatives afin d'établir l'étendue des activités commerciales de l'intimée, y compris la proportion de canadiens qui ont téléchargé son logiciel. Cela lui permet de conclure à un lien substantiel entre le Canada et



l'entreprise de l'intimée. Encore une fois, l'appelante passe sous silence l'analyse du juge de première instance.

[18] Cette Cour n'a pas le loisir de procéder ainsi. L'appelante n'ayant pas démontré d'erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des faits ou des questions mixtes de fait et de droit par le juge, nous devons respecter ses conclusions.

[19] Ce motif, à lui-même, justifie le rejet de l'appel. En revanche, compte tenu de l'importance que l'appelante a accordée à l'arrêt *Moran* dans son argument, il est utile de comparer cet arrêt à la cause d'action que plaide monsieur Desjean dans sa déclaration.

[20] Au paragraphe 36 de son mémoire, l'appelante décrit la nature de la réclamation de monsieur Desjean :

35. L'action résulte du délit civil commis par l'intimée lorsqu'elle a profité de la livraison, par voie de téléchargement, de l'économiseur d'écran pour installer subrepticement un logiciel espion ou publicitaire qui a endommagé l'ordinateur de l'appelante, es qualité, qui croyait alors prendre uniquement livraison d'un économiseur d'écran.

[21] Ceci est nettement erroné, ce qui est apparent à la lecture de la déclaration elle-même et en particulier les paragraphes 33 à 36 de celle-ci que je reproduis ci-dessous :

33. Defendant engaged in persistent deceptive, fraudulent and illegal practices, and false advertising, in the distribution of certain advertising software, known as "spyware" and "adware" by offering free software to download without giving Plaintiffs notice that would install devices on their computers that would enable Defendants to wrestle away control over certain features of the plaintiffs' computers and causing them to seriously malfunction.

34. Defendant engaged in persistent deceptive, fraudulent and illegal practices, and false advertising, in the distribution of certain advertising software known as "spyware" and "adware" thereby enabling third parties to expose Plaintiffs to all sorts of schemes.

35. By do doing Defendant contravened sections 52(1), 52(1.1) 52(2)(e) of the *Competition Act* (R.S.C. 1985 c. C-34).

36. Plaintiff is entitled to seek recovery of damages pursuant to sections 36(1)(a) and 36(3) as provided for by section 62 of the said Act, and Plaintiff disclosed reasonable cause of action to apply for certification of this action as a class action in accordance with rule 229.12(3) of the *Federal Court Rules* (SOR/2002-417, s. 17).

[22] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence* sont les suivantes :

52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

(1.1) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, afin d'établir qu'il y a eu infraction au paragraphe (1), de prouver que quelqu'un a été trompé ou induit en erreur.

(2) Pour l'application du présent article, sauf le paragraphe (2.1), sont réputées n'être données au public que par la personne de qui elles proviennent les indications qui, selon le cas :

...

e) se trouvent dans ou sur quelque chose qui est vendu, envoyé, livré ou transmis au

52. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, knowingly or recklessly make a representation to the public that is false or misleading in a material respect.

(1.1) For greater certainty, in establishing that subsection (1) was contravened, it is not necessary to prove that any person was deceived or misled.

(2) For the purposes of this section, a representation that is

...

(e) contained in or on anything that is sold, sent, delivered, transmitted or made

public ou mis à sa disposition de quelque manière que ce soit.

available in any other manner to a member of the public,

is deemed to be made to the public by and only by the person who causes the representation to be so expressed, made or contained, subject to subsection (2.1)

...

...

62. Sauf disposition contraire de la présente partie, celle-ci n'a pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil.

62. Except as otherwise provided in this Part, nothing in this Part shall be construed as depriving any person of any civil right of action.

[23] Rappelons que l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* autorise la personne qui a subi une perte à la suite d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI à réclamer devant tout tribunal compétent et à recouvrer de l'auteur de ce comportement une somme égale au montant de la perte ou des dommages. Comme nous l'avons vu, le paragraphe 36(3) précise que la Cour fédérale est un tribunal compétent aux fins de l'article 36.

[24] Nous sommes donc loin de *Moran* où la responsabilité du défendeur découlait de l'allégation qu'il avait mis sur le marché un produit défectueux. Ici, la responsabilité de l'intimée, selon les allégations de monsieur Desjean lui-même, découle de ne pas s'être conformé à une disposition statutaire visant à interdire certaines pratiques trompeuses ou frauduleuses. Autrement dit, la faute sur laquelle est fondée la déclaration de monsieur Desjean consiste en la fourniture de renseignements faux ou trompeurs, et non celle de mettre un produit défectueux sur le marché.

[25] Le principe enchâssé dans l'affaire *Moran* n'a donc aucune incidence sur la question de savoir s'il y a un lien réel et substantiel entre le Canada et les activités de l'intimée.

[26] Pour ces motifs, l'appel de l'appelante devrait être rejeté.

« J.D. Denis Pelletier »

---

j.c.a.

« Je suis d'accord  
Gilles Létourneau j.c.a. »

« Je suis d'accord  
Johanne Trudel j.c.a. »

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**  
**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** A-587-06

**APPEL D'UN JUGEMENT DE L'HONORABLE JUGE de MONTIGNY DE LA COUR  
FÉDÉRALE RENDUE LE 17 NOVEMBRE 2006, T-846-05**

**INTITULÉ :** CAROLINE DUCHESNE, ès qualité de liquidateur de la Succession  
PATRICK DESJEAN et INTERMIX MEDIA INC.

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Montréal (Québec)

**DATE DE L'AUDIENCE :** Le 9 octobre 2007

**MOTIFS DU JUGEMENT :** **LE JUGE PELLETIER**

**Y ONT SOUSCRIT :** **LE JUGE LÉTOURNEAU**  
**LA JUGE TRUDEL**

**DATE DES MOTIFS :** Le 16 novembre 2007

**COMPARUTIONS :**

Stéphane Nadeau POUR L'APPELANTE

Louis Brousseau POUR L'INTIMÉE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Ferland Marois Lanctôt POUR L'APPELANTE  
Montréal (Québec)

McCarthy Tétrault POUR L'INTIMÉE  
Montréal (Québec)