

Deborah Louise Douez *Appellant*

v.

Facebook, Inc. *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Samuelson-Glushko Canadian Internet
Policy and Public Interest Clinic,
Information Technology Association of
Canada and Interactive Advertising
Bureau of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: DOUEZ v. FACEBOOK, INC.

2017 SCC 33

File No.: 36616.

2016: November 4; 2017: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Private international law — Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company's terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company's online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia's Privacy Act — Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

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*

RÉPERTORIÉ : 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 — Clauses 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.

Privacy — Courts — Jurisdiction — British Columbia's Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.

Facebook, an American corporation headquartered in California, operates one of the world's leading social networks and generates most of its revenues from advertising. D is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007. In 2011, Facebook created a new advertising product called "Sponsored Stories", which used the name and picture of Facebook members to advertise companies and products to other members. D brought an action in British Columbia against Facebook alleging that it used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of British Columbia's *Privacy Act*. D also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

Under s. 4 of the *Privacy Act*, actions under the Act must be heard in the British Columbia Supreme Court. However, as part of the registration process, all potential users of Facebook must agree to its terms of use which include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law.

Facebook brought a preliminary motion to stay the action on the basis of this forum selection clause. The chambers judge declined to enforce the clause and certified the class action. The British Columbia Court of Appeal reversed the stay decision of the chambers judge on the basis that Facebook's forum selection clause was enforceable and that D failed to show strong cause not to enforce it. This rendered the certification issue moot and the court declined to address it.

Held (McLachlin C.J., Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The forum selection clause is unenforceable. The chambers judge's

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. Le 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

order dismissing Facebook's application to have the Supreme Court of British Columbia decline jurisdiction is restored.

Per Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: In the absence of legislation to the contrary, the common law test for forum selection clauses established in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, continues to apply and provides the analytical framework for this case. The *forum non conveniens* test adopted in the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

Forum selection clauses serve a valuable purpose and are commonly used and regularly enforced. However, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. Where no legislation overrides the forum selection clause, the two-step approach set out in *Pompey* applies to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it. At the first step, the party seeking a stay must establish that the clause is valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court. If this party succeeds, the onus shifts to the plaintiff who must show strong cause why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. At this second step of the test, a court must consider all the circumstances, including the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice. Public policy may also be a relevant factor at this step. The strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context, but commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. Thus, the *Pompey* strong cause factors should be modified in the consumer context to account for the different considerations relevant to this context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of

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

bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake.

As the Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, s. 4 of the *Privacy Act* lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

With respect to the first step of the *Pompey* test, the forum selection clause contained in Facebook's terms of use is enforceable. At the second step of the test, however, D has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support a finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion between an individual consumer and a large corporation and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. It is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Additionally, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. This matter requires an interpretation of a statutory privacy tort and only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province. Overall, these public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

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.

Two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. First, even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. The lack of evidence concerning whether a California court would hear D's claim is not determinative. The British Columbia Supreme Court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction. Second, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause. The chambers judge found it would be more convenient to have Facebook's books and records made available for inspection in British Columbia than requiring D to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

Per Abella J.: This is an online consumer contract of adhesion. To become a member of Facebook, a consumer must accept all the terms stipulated in the terms of use, including the forum selection clause. No bargaining, no choice, no adjustments. The automatic nature of the commitments made with online contracts intensifies the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to potential remedies.

The operative test in *Pompey* for determining whether to enforce a forum selection clause engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show "strong cause" why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Keeping the two *Pompey* inquiries distinct means that before the onus shifts, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself is enforceable based on basic contractual principles.

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, étaient 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?

In this case, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test applying contractual principles.

The burdens of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. When online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that it deals with a fundamental right: privacy. Section 4 of British Columbia's *Privacy Act* states that the particular protections in the *Act* "must be heard and determined by the Supreme Court" despite anything contained in another Act. This is statutory recognition that privacy rights under the *Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. It would be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court.

Tied to the public policy concerns is the "grossly uneven bargaining power" of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. D is a private citizen who had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook's undisputed indispensability to online conversations.

The doctrine of unconscionability also applies in this case to render the forum selection clause unenforceable. Both elements required for the doctrine of unconscionability to apply — inequality of bargaining power and unfairness — are met in this case. The inequality of bargaining power between Facebook and D in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances D had could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gives Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit.

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, malgré 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.

Per McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. (dissenting): When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes strong cause for not doing so. In this case, D has not shown strong cause for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. Therefore, the action must be tried in California, as the contract requires, and a stay of the underlying claim should be entered.

Section 11 of the *CJPTA* does not apply to oust forum selection clauses. Pursuant to *Pompey*, where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of the two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so. A unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test should be rejected. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. If the test in *Pompey* is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies. In this case, the test in *Pompey* is not satisfied and therefore s. 11 of the *CJPTA* does not assist D.

With respect to the first step of the *Pompey* test, Facebook has discharged the burden of establishing that the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances: it is established that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon; the contract on its face is clear and there is no inconsistency between a commitment to strive to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in California; and finally, s. 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts but nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party

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

seeking to avoid enforcement of the clause must prove the existence of an overriding public policy that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts. No such overriding public policy is found on the facts of this case. Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. They serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. And, the fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause. That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. Burdens of distance or geography may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. Here, the forum selection clause is valid and applicable and the first step of *Pompey* test has been met.

As to the second step of the *Pompey* test, requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. In this case, none of the circumstances relied on by D show strong cause why the forum selection clause should not be enforced. She has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. Further, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise and the courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the *Privacy Act* as compared with the Supreme Court of British Columbia. Nothing in D's situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. There is also no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Finally, D has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial.

Applying the strong cause test in a nuanced manner or modifying the test to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion would amount to inappropriately overturning the Court's decision in *Pompey* and substituting new and different principles. Nuancing the strong cause test by considering

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

the factor of the consumer's lack of bargaining power conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed in *Pompey*. It is at the first step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared unconscionable – something not argued by D. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable and D has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

Cases Cited

By Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

Applied: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, aff'd 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333; *Preymann v. 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. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386; *Welex A.G. v. 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 v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362; *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175; *Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *BG Checo*

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;

International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority, [1993] 1 S.C.R. 12; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162; *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.

By Abella J.

Applied: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Zi Corp. v. Steinberg*, 2006 ABQB 92, 396 A.R. 157; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289, aff’d. (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.*, 2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69.

By McLachlin C.J and Côté J. (dissenting)

Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd’s Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (2015); *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013); *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Akai Pty Ltd. v. People’s Insurance Co.* (1996), 188

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. Dymnt*, [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*

C.L.R. 418; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, s. 3.
Civil Code of Québec, art. 3149.
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.
Electronic Transactions Act, S.B.C. 2001, c. 10, s. 15(1).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).
Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, ss. 1(1), 3(2), 4.
Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), [2012] O.J.L. 351/1, arts. 18, 19.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 180(1).

Authors Cited

Benson, Peter. “Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate: A Brief Comment” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282.
 Braucher, Jean. “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.
 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 *Berkeley Tech. L.J.* 1345.
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties 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. L. 351/1, art. 18, 19.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 180(1).

Doctrine 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/compence-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/cso-dce/2017SCC-CSC33_1_fra.pdf).

- 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 *McGill L.J.* 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?” (2015), 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 *Can. Bus. L.J.* 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.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: <http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/739-jurisdiction/civil-jurisdiction/1730-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act?showall=1&limitstart=>; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33_1_eng.pdf).
- 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 *Can. Bus. L.J.* 475.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60).
- 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 *Berkeley Tech. 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? » (2015), 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.

Walsh, Catherine. “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12.

Woodward, William J., Jr. “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel J.J.A.), 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.), setting aside a decision of Griffin J., 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.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver and Côté J.J. dissenting.

Ward K. Branch, Q.C., Christopher Rhone and Michael Sobkin, for the appellant.

Mark A. Gelowitz and W. David Rankin, for the respondent.

Cynthia Kuehl and Meredith E. Jones, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Paul J. Bates, Marina Pavlovic and Jeremy de Beer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Matthew P. Gottlieb, Paul Michell and Ian C. Matthews, for the intervener the Information Technology Association of Canada.

Derek J. Bell and Jason M. Berall, for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada.

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.

The following is the judgment delivered by

KARAKATSANIS, WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] Forum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction. To balance contractual freedom with the public good in having local courts adjudicate certain claims, courts have developed a test to determine whether such clauses should be enforced. This test has mostly been applied in commercial contexts, where forum selection clauses are generally enforced to hold sophisticated parties to their bargain, absent exceptional circumstances. This appeal requires the Court to apply this test in a consumer context.

[2] Deborah Douez is a resident of British Columbia and a member of the social network Facebook.com. She claims that Facebook, Inc. infringed her privacy rights and those of more than 1.8 million British Columbians, contrary to the *Privacy Act* of that province. Facebook is seeking to have the action stayed on the basis of the forum selection clause contained in its terms of use, which every user must click to accept in order to use its social network.

[3] The chambers judge refused to stay the action, concluding that the *Privacy Act* overrides the clause, and that it provides strong reasons not to enforce it. The Court of Appeal reversed her decision, concluding instead that the clause was enforceable and that Ms. Douez had failed to show strong cause not to enforce it.

[4] Like our colleague Abella J., although for different reasons, we would allow the appeal. In our view, while s. 4 of the *Privacy Act* does not override forum selection clauses, Ms. Douez has established

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

strong reasons not to enforce the clause at issue here. The grossly uneven bargaining power between the parties and the importance of adjudicating quasi-constitutional privacy rights in the province are reasons of public policy that are compelling, and when considered together, are decisive in this case. In addition, the interests of justice, and the comparative convenience and expense of litigating in California, all support a finding of strong cause in the present case.

II. Background

[5] The respondent, Facebook, Inc., is an American corporation headquartered in California. It operates Facebook.com, one of the world's leading social networks, and generates most of its revenues from advertising. The appellant, Ms. Douez, is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007.

[6] In 2011, Facebook created a new advertising product called "Sponsored Stories". This product used the name and picture of Facebook members, allegedly without their knowledge, to advertise companies and products to other members on the site and externally.

[7] Ms. Douez brought an action against Facebook when she noticed that her name and profile picture had been used in Sponsored Stories. She alleges that Facebook used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

(2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

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.

Ms. Douez also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

[8] Facebook is free to join and use, but all potential users — including Ms. Douez — must agree to its terms of use as part of the registration process. These terms include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, p. 138]

[9] Facebook brought a preliminary motion to stay Ms. Douez’s action on the basis of this forum selection clause. Alternatively, it argued that the action should be stayed because British Columbia is *forum non conveniens* under s. 11 of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (“*CJPTA*”). In our Court, however, Facebook focused its submissions exclusively on the forum selection clause and did not argue that British Columbia is *forum non conveniens*.

III. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia (Griffin J.)*, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254

[10] The chambers judge declined to enforce the forum selection clause. Although she found it to be *prima facie* valid, clear and enforceable, she held that s. 4 of the *Privacy Act* overrides forum

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 :

[TRANSCRIPTION] 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*

selection clauses and provides a strong public policy not to enforce them. In her view, the British Columbia Supreme Court has exclusive jurisdiction under s. 4 to hear actions under the Act. As a result, she concluded that the plaintiff would be unable to bring her claim elsewhere if the claim was stayed.

[11] While the chambers judge's findings on s. 4 were sufficient to resolve the motion, she also found that there was strong cause not to enforce the forum selection clause. Enforcing it would, in her view, exclude Facebook from liability because only the British Columbia Supreme Court had jurisdiction over the matter. Ms. Douez did not need to prove California courts would refuse to hear her claim. In addition, she found that the jurisdiction clause and purposes of the *Privacy Act* provide strong public policy reasons supporting a finding of strong cause.

[12] Lastly, the chambers judge concluded on the basis of the factors in s. 11 of the *CJPTA* that the courts of California would not be more appropriate than the courts of British Columbia to hear the action. She found that it would be more convenient to hear the matter in British Columbia than in California. Thus, the chambers judge refused Facebook's request to stay the proceeding.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Bauman C.J. and Lowry and Goepel J.J.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116*

[13] The Court of Appeal reversed the decision of the chambers judge and ordered that the action be stayed on the basis of Facebook's forum selection clause. It confirmed that the analysis of forum selection clauses is distinct from the analysis of the appropriate forum under s. 11 of the *CJPTA*.

[14] The Court of Appeal concluded that the chambers judge erred in her interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. In its view, the chambers judge failed to give effect to the principle of territoriality, under which provincial legislation cannot regulate

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

civil rights in another jurisdiction. Section 4 concerns subject-matter competence, not territorial competence, and therefore it only confers jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion of other courts in British Columbia. Had the legislature wanted to override forum selection clauses, it would have done so explicitly.

[15] The Court of Appeal held that the forum selection clause was enforceable, and that Ms. Douez had failed to show strong cause. In finding strong cause, the chambers judge's analysis was tainted by her erroneous interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. The fact that a stay would extinguish a claim might provide strong cause, but Ms. Douez failed to provide evidence establishing that this would be the case here. Since the clause should be enforced, the Court of Appeal did not consider s. 11 of the *CJPTA*.

IV. Issues

[16] Facebook does not dispute that British Columbia courts have territorial jurisdiction. The main issue is whether Ms. Douez's action should be stayed on the basis of the forum selection clause contained in its terms of use. The parties also disagree on whether the analysis of forum selection clauses should be subsumed under s. 11 of the *CJPTA*, or whether they are distinct concepts.

V. Analysis

[17] As we shall explain, the *forum non conveniens* test adopted in the *CJPTA* was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. In our view, this case should be resolved under the strong cause analysis established by this Court in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450.

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. *The Interaction Between Forum Selection Clauses and the CJPTA*

[18] At common law, forum selection clauses and the *forum non conveniens* doctrine command different analyses: “Each class of case has its own onus, test and rationale” (*Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, at para. 37, aff’d 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359). Our Court has confirmed that “the presence of a forum selection clause” is “sufficiently important to warrant a different test”, and that “a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered” may not be preferable (*Pompey*, at para. 21).

[19] Ms. Douez argues that the *CJPTA* provides a complete framework to determine the court’s jurisdiction, and that forum selection clauses should be considered as another factor within the *forum non conveniens* analysis under s. 11.

[20] In our view, the courts below rightly rejected Ms. Douez’s proposed approach. Section 11 of the *CJPTA* “constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens* [that] admits of no exceptions” (*Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd’s Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22 (emphasis added)). It was never intended to codify the test for forum selection clauses. Not only does s. 11 make no mention of contractual stipulations, the comments on the uniform act that served as a basis for the *CJPTA* are also silent on this point (Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online)). The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

[21] Several Canadian provinces have adopted their own *CJPTA*, with identical or similar provisions.

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) 467, 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’article 11 de la *CJPTA* « codifie [. . .] entièrement 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 au 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

Their appellate courts have consistently held that the analysis of forum selection clauses remains distinct (see e.g. *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204, at para. 218). Even the Court of Appeal of Saskatchewan, which held that forum selection clauses should be considered as part of the *CJPTA* analysis, held that “*Pompey* continues to apply notwithstanding [its] enactment” (*Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10; see also *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14).

[22] In short, the *CJPTA* was never intended to replace the common law test for forum selection clauses. In the absence of legislation to the contrary, the common law test continues to apply and provides the analytical framework for this case.

B. *The Forum Selection Clause at Common Law: Pompey*

[23] We turn next to the common law test for forum selection clauses adopted by this Court in *Pompey*, and to how we propose to apply it in a consumer context.

[24] Forum selection clauses serve a valuable purpose. This Court has recognized that they “are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law” (*Pompey*, at para. 20). Forum selection clauses are commonly used and regularly enforced.

[25] That said, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Courts are not merely “law-making and applying venues”; they are institutions of “public norm generation and legitimation, which guide the formation and understanding of relationships

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

in pluralistic and democratic societies” (T. C. W. Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy* (2014), at p. 41). Everyone has a right to bring claims before the courts, and these courts have an obligation to hear and determine these matters.

[26] Thus, forum selection clauses do not just affect the parties to the contract. They implicate the court as well, and with it, the court’s obligation to hear matters that are properly before it. In this way, forum selection clauses are a “unique category of contracts” (M. Pavlović, “Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts” (2016), 62 *McGill L.J.* 389, at p. 396).

[27] Of course, parties are generally held to their bargain and are bound by the enforceable terms of their contract. However, because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. In common law provinces, a forum selection clause cannot bind a court or interfere with a court’s jurisdiction. As the English Court of Appeal recognized long ago, “no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in a matter that properly belongs to them” (*The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333, at p. 335).

[28] Instead, where no legislation overrides the clause, courts apply a two-step approach to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it (*Pompey*, at para. 39). At the first step, the party seeking a stay based on the forum selection clause must establish that the clause is “valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court” (*Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43;

sont des institutions « 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 »

see also *Hudye Farms*, at para. 12, and *Pompey*, at para. 39). At this step of the analysis, the court applies the principles of contract law to determine the validity of the forum selection clause. As with any contract claim, the plaintiff may resist the enforceability of the contract by raising defences such as, for example, unconscionability, undue influence, and fraud.

[29] Once the party seeking the stay establishes the validity of the forum selection clause, the onus shifts to the plaintiff. At this second step of the test, the plaintiff must show strong reasons why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. In *Pompey*, this Court adopted the “strong cause” test from the English court’s decision in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). In exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider “all the circumstances”, including the “convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice” (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). Public policy may also be a relevant factor at this step (*Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[30] The strong cause factors were meant to provide some flexibility. Importantly, *Pompey* did not set out a closed list of factors governing the court’s discretion to decline to enforce a forum selection clause. Both *Pompey* and *The “Eleftheria”* acknowledged that courts should consider “all the circumstances” of the particular case (*Pompey*, at para. 30; *The “Eleftheria”*, at p. 242). And the leading authority in England continues to recognize that the court in *The “Eleftheria”* did not intend its list of factors to be comprehensive (*Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24).

(*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 et 30-31). 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] That said, the strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context. In commercial interactions, it will usually be desirable for parties to determine at the outset of a business relationship where disputes will be settled. Sophisticated parties are justifiably “deemed to have informed themselves about the risks of foreign legal systems and are deemed to have accepted those risks in agreeing to a forum selection clause” (*Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81, at para. 47). In this setting, our Court recognized that forum selection clauses are generally enforced and to be encouraged “because they provide international commercial relations with the stability and foreseeability required for purposes of the critical components of private international law, namely order and fairness” (*GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 22).

[32] In *Pompey*, for example, our Court enforced a forum selection clause contained in a bill of lading concluded between two sophisticated shipping companies. The parties were of similar bargaining power and sophistication, since they were “corporations with significant experience in international maritime commerce. . . . [that] were aware of industry practices” (para. 29). The Court held that the “forum selection clause could very well have been negotiated” between the parties (*ibid.*). This context manifestly informed the Court’s application of the strong cause test.

[33] But commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. For example, the unequal bargaining power of the parties and the rights that a consumer relinquishes under the contract, without any opportunity to negotiate, may provide compelling reasons for a court to exercise its discretion to deny a stay of proceedings, depending on the other circumstances of the case (see e.g. *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854, at para. 5 (CanLII)). And as one

[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 CSC 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,

of the interveners argues, instead of supporting certainty and security, forum selection clauses in consumer contracts may do “the opposite for the millions of ordinary people who would not foresee or expect its implications and cannot be deemed to have undertaken sophisticated analysis of foreign legal systems prior to opening an online account” (Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic Factum, at para. 7).

[34] Canadian courts have recognized that the test may apply differently, depending on the contractual context (see *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241, at para. 24; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386, at para. 58). The English courts have also recognized that not all forum selection clauses are created equally. The underpinning of the transaction is relevant to the exercise of discretion under the strong cause test: “. . . a defendant who cynically flouts a jurisdiction clause which he has freely negotiated is more likely to be enjoined than one who has had the clause imposed upon him . . .” (*Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The “Epsilon Rosa”)*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd’s Rep. 509, at para. 48; see also *The “Bergen” (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 710 (Q.B. (Adm. Ct.)), at p. 715; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd ed. 2010), at para. 10.13). Similarly, Australian courts have found “that in a consumer situation [courts] should not place as much weight on an exclusive jurisdiction clause in determining a stay application as would be placed on such a clause where there was negotiation between business people” (*Quinlan v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362, at para. 46 (AustLII); see also *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558, at para. 50).

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 de la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, 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 (Q.B. (Adm. Ct.)), p. 715; 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] As these cases recognize, different concerns animate the consumer context than those that this Court considered in *Pompey*, where a sophisticated commercial transaction was at issue. Because of these concerns, we agree with Ms. Douez and several interveners that the strong cause test must account for the different considerations relevant to this context.

[36] In our view, recognizing the importance of factors beyond those specifically listed in *The “Eleftheria”* is an appropriate incremental response of the common law to a different context (*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at paras. 33-34 and 40). Such a development is especially important since online consumer contracts are ubiquitous, and the global reach of the Internet allows for instantaneous cross-border consumer transactions. It is necessary to keep private international law “in step with the dynamic and evolving fabric of our society” (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670).

[37] After all, the strong cause test must ensure that a court’s plenary jurisdiction only yields to private contracts where appropriate. A superior court’s general jurisdiction includes “all the powers that are necessary to do justice between the parties” (*80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280 (C.A.), at p. 282; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175, at para. 26; *Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336, at para. 8).

[38] Therefore, we would modify the *Pompey* strong cause factors in the consumer context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake. The burden

[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 (C.A.), p. 282; *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

remains on the party wishing to avoid the clause to establish strong cause.

[39] Although the steps are distinct, some considerations may be relevant to both steps of the test. For example, a court may consider gross inequality of bargaining power at the second step of the analysis, even if the circumstances of the bargain do not render the contract unconscionable at the first step. Taking into account the fact that the parties did not negotiate on an even playing field recognizes that the reasons for holding parties to their bargain carry less weight when there is no opportunity to negotiate a forum selection clause. This is not to say that the gross inequality of bargaining power will be sufficient, on its own, to show strong cause. However, it is a relevant circumstance that may be taken into account in the analysis.

[40] The two steps governing the enforcement of forum selection clauses ultimately play conceptually distinct roles. Professor Pavlović explains that at the first step, where the court determines the validity of the forum selection clause, “[c]ontract rules provide a core legal basis for the enforcement of jurisdiction agreements” (p. 402). On the other hand, the strong cause test at the second step “limits contractual autonomy in order to protect the authority (jurisdiction) of otherwise competent courts” (*ibid.*). This second step recognizes that there may be strong reasons to retain jurisdiction over a matter in the province.

C. Application

(1) Section 4 of the Privacy Act

[41] As this Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, the chambers judge found that s. 4 of the *Privacy Act* had overtaken the forum selection clause in conferring exclusive jurisdiction

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 « 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

to the Supreme Court of British Columbia. We disagree.

[42] Section 4 reads as follows:

4 Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia].

[43] Section 4 lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. This Court referred to such overrides on at least two occasions. First, it found an override in s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, which specifically mentions and sets aside contracts that purport to provide for the adjudication of claims in another forum (*Pompey*, at paras. 37-38). Second, it found that the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, was intended to override arbitration clauses (*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 5-7 and 31). Section 3 of that enactment specifically prevents consumers from contractually waiving their rights under the statute.

[44] In contrast, although s. 4 of the *Privacy Act* expressly provides that it applies “[d]espite anything contained in another Act”, it is silent on contractual provisions. If the legislature had intended to override forum selection clauses, it would have done so explicitly. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

(2) The Pompey Test

[45] As discussed above, the *Pompey* test involves a two-step analysis. At the first step, the court must be satisfied that the contract is otherwise enforceable, having regard to general principles of contract law.

une compétence exclusive à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ce n’est pas notre avis.

[42] L’article 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* prévoie 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] In this regard, Ms. Douez argues that the clause is unenforceable primarily because it was made unclear by Facebook’s statement that it “strive[s] to respect local laws”. We disagree. This general statement, which is also contained in the terms of use, does not prevail over the clear and specific language of the forum selection clause. Indeed, “where there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term” (*BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 24; see also G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 19). And as Facebook rightly notes, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, permits offer and acceptance to occur in an electronic form through “clicking” online.

[47] Our colleague Abella J. concludes that the clause is not enforceable at this first step based upon other considerations. We prefer to address these considerations at the “strong cause” step of the test.

[48] At the second step of *Pompey* — the strong cause test — Facebook argues that Ms. Douez has failed to meet her burden because she did not provide any evidence that her contract with Facebook is the result of grossly uneven bargaining power or that a California court would be unable to hear her claim. For her part, Ms. Douez emphasizes the distinctions between a commercial contract amongst sophisticated parties and the consumer context. She also stresses the importance of privacy rights and the public policy underpinning the British Columbia legislature’s decision to enact a statutory cause of action to allow for vindication of these rights.

[49] As we note above, in exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider “all the circumstances”, including the “convenience

[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

of the parties, fairness between the parties and the interests of justice” (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). As we have said, public policy may also be an important factor at this step (*Holt Cargo*, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[50] We conclude that Ms. Douez has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support the chambers judge’s finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. We begin with these compelling factors, which are decisive in this case when considered together.

(a) *Public Policy*

[51] There are strong public policy considerations which favour a finding of strong cause. As we have mentioned, this Court has emphasized party autonomy and commercial certainty in the context of contracts involving sophisticated parties. This usually justifies enforcement of forum selection clauses in the commercial context (*Pompey*, at para. 20; *GreCon Dimter*, at para. 22). Facebook argues that there is no reason to depart from this balance in the consumer context. We disagree.

[52] There are generally strong public policy reasons to hold parties to their bargain and it is clear that forum selection clauses are not inherently contrary to public policy. But freedom of contract is not unfettered. A court has discretion under the strong cause test to deny the enforcement of a contract for reasons of public policy in appropriate circumstances. Generally, such limitations fall into two broad categories: those intended to protect a weaker party or those intended to protect “the social, economic, or political policies of the enacting state in

de l’espèce », y compris « les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice » (*Pompey*, par. 19 et 30-31). 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 étayaient 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

the collective interest” (C. Walsh, “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 15). In this case, both of these categories are implicated. It raises both the reality of unequal bargaining power in consumer contracts of adhesion and the local court’s interest in adjudicating claims involving constitutional or quasi-constitutional rights.

[53] First, the forum selection clause is included in a contract of adhesion formed between an individual consumer and a large corporation. As we discussed above, even if a contract is not unconscionable, gross inequality of bargaining power is still a relevant factor at the strong cause step of the analysis in this context.

[54] Despite Facebook’s claim otherwise, it is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Ms. Douez’s claim involves an online contract of adhesion formed between an individual and a multi-billion dollar corporation. The evidence on the record is that Facebook reported almost \$4.28 billion in revenue in 2012 through advertising on its social media platform. It is in contractual relationships with 1.8 million British Columbian residents, approximately 40 percent of the province’s population. Ms. Douez is one of these individuals.

[55] Relatedly, individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook’s terms of use. Facebook asserts that Ms. Douez could have simply rejected Facebook’s terms. But as the academic commentary makes clear, in today’s digital marketplace, transactions between businesses and consumers are generally covered by non-negotiable standard form contracts presented to consumers on a “take-it-or-leave-it” basis (Pavlović, at p. 392).

[56] In particular, unlike a standard retail transaction, there are few comparable alternatives to

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 40 pour 100 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

Facebook, a social networking platform with extensive reach. British Columbians who wish to participate in the many online communities that interact through Facebook must accept that company's terms or choose not to participate in its ubiquitous social network. As the intervener the Canadian Civil Liberties Association emphasizes, "access to Facebook and social media platforms, including the online communities they make possible, has become increasingly important for the exercise of free speech, freedom of association and for full participation in democracy" (I.F., at para. 16). Having the choice to remain "offline" may not be a real choice in the Internet era.

[57] Given this context, it is clear that the difference in bargaining power between the parties is large. This distinguishes the situation from *Pompey*, where the Court emphasized that the respondent in that case could have chosen to negotiate the forum selection clause in the bill of lading (para. 29). Nothing suggests in this case that Ms. Douez could have similarly negotiated the terms of use.

[58] Secondly, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. There is an inherent public good in Canadian courts deciding these types of claims. Through adjudication, courts establish norms and interpret the rights enjoyed by all Canadians.

[59] At issue in this case is Ms. Douez's statutory privacy right. Privacy legislation has been accorded quasi-constitutional status (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 24-25). This Court has emphasized the importance of privacy — and its role in protecting one's physical and moral autonomy — on multiple occasions (see

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 de l'Association canadienne des libertés civiles, 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 connaissement (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

Lavigne, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427). As the chambers judge noted, the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person's privacy interests. In this context, it is especially important that such harms do not go without remedy. And since Ms. Douez's matter requires an interpretation of a statutory privacy tort, only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province.

[60] Moreover, the British Columbia legislature's creation of a statutory cause of action evidences an intention to create local rights and protections for the privacy rights of British Columbia residents. As the chambers judge noted, local courts are better placed to adjudicate these sorts of claims:

... local courts may be more sensitive to the social and cultural context and background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this. [para. 75]

[61] Similarly, the legislature's creation of a statutory privacy tort that can be established without proof of damages reflects the legislature's intention to encourage access to justice for such claims. As well, British Columbia's *Class Proceedings Act* provides important procedural tools designed to improve access to justice (*Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 1).

[62] Yet commentators recognize the practical reality that forum selection clauses often operate to defeat consumer claims (E. A. Purcell, Jr.,

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

“Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at pp. 446-49). Given the importance of constitutional and quasi-constitutional rights, it is even more important that reverence to freedom of contract and party autonomy does not mean that such rights routinely go without remedy.

[63] Overall, the public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

(b) *Secondary Factors*

[64] In addition to the strong public policy reasons favouring strong cause, two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. These factors are the interests of justice and the comparative convenience and expense of litigating in the alternate forum.

(i) Interests of Justice

[65] The interests of justice (*Pompey*, at para. 31), support adjudication of Ms. Douez’s claim in British Columbia. This factor is concerned not only with whether enforcement of the forum selection clause would unfairly cause the loss of a procedural advantage, but also with which forum is best positioned to hear the case on its merits. Of course, unlike in the *forum non conveniens* analysis, the burden is on the party resisting enforcement of the clause to show good reason why the parties should not be held to their bargain.

[66] The lack of evidence concerning whether a California court would hear Ms. Douez’s claim was a significant focus of the hearing before us. In front of the chambers judge, Facebook argued that the substantive law of California would defeat the

(E. A. Purcell, Jr., « 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

application of the *Privacy Act*. Before this Court, Facebook emphasizes the lack of any expert evidence on whether this would in fact be the case if the claim proceeded in California. According to Facebook, the fact that Ms. Douez has not provided expert evidence establishing that a California court would not apply the British Columbia *Privacy Act* is decisive. Similarly, the British Columbia Court of Appeal placed significant weight on this lack of expert evidence.

[67] Yet, none of the leading authorities on the strong cause test, *Pompey* included, make proof that the claim would fail in the foreign jurisdiction a mandatory element of strong cause (see e.g. *The “Eleftheria”*, *Momentous* and *Pompey*). A plaintiff may choose to rely on expert evidence to establish that the selected forum would be unable or unwilling to litigate his or her claim. Similarly, the defendant may provide his or her own expert evidence to show that the selected forum would be willing and able to litigate the claim. However, while such evidence may be helpful, its absence is not determinative. Under the *Pompey* analysis, there is no separate requirement for the party trying to avoid the forum selection clause to prove that her claim would necessarily fail in the foreign jurisdiction.

[68] In addition, Ms. Douez’s claim is premised on a British Columbia cause of action. Yet, her contract with Facebook includes a choice of law clause in favour of California:

The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions.

[69] We disagree with Facebook that the choice of law question is irrelevant. Although we do not decide which body of law will apply, and how the choice of law clause might interact with the *Privacy Act*, in our view, the interests of justice are best served if this question is adjudicated in British Columbia.

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] Generally, common law courts will give effect to choice of law clauses as long as they are *bona fide*, legal and not contrary to public policy (*Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (P.C.), at p. 290). Furthermore, even if a choice of law clause is generally enforceable, local laws may still apply to a dispute if the local forum intends such laws to be mandatory and not avoidable through a choice of law clause (S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at p. 299).

[71] Usually, courts consider laws of the *local* forum when determining whether the legislature intended there to be mandatory rules that supersede the parties' choice of law (G. Saumier, "What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy" (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388, at pp. 395-97; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 31-2). Whether courts in common law legal systems may similarly consider the intention of *foreign* legislatures, as set out in statutes like the *Privacy Act*, is uncertain (*ibid.*). In *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.), at pp. 57-58, McLachlin J.A. (as she then was) recognized the likelihood that a foreign court would be unable to consider the public policy evidenced in the local statute as a reason why the local court should refuse a *forum non conveniens* application.

[72] But even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice (*Pompey*, at para. 31) support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. This court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction.

[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 *Rev. can. dr. comm.* 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'écartier les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger.

(ii) Comparative Convenience and Expense of Litigating in the Alternate Forum

[73] Another consideration in the strong cause analysis is the comparative expense and convenience of litigating in the alternate forum (*Pompey*, at para. 31; *The “Eleftheria”*, at p. 242). Therefore, related to the concerns about fairness and access to justice discussed above, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause.

[74] Although Facebook argued its relevant books and records were located in California, the chambers judge found it would be more convenient to have Facebook’s books and records made available for inspection in British Columbia than requiring the plaintiff to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

[75] While these secondary factors might not have justified a finding of strong cause on their own, they nonetheless support our conclusion that Ms. Douez has established sufficiently strong reasons why the forum selection clause should not be enforced and the action should proceed in British Columbia.

VI. Conclusion

[76] We would allow the appeal with costs to the appellant. Ms. Douez provided strong reasons to resist the enforcement of the clause: most importantly, the gross inequality of bargaining power between her and Facebook and the quasi-constitutional privacy rights engaged by her claim. The forum selection clause is unenforceable.

[77] As a result, the chambers judge’s order dismissing Facebook’s application to have the British Columbia Supreme Court decline jurisdiction is restored.

(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, étayaient 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.

The following are the reasons delivered by

[78] ABELLA J. — Anyone who wants to use Facebook’s service must register as a member and accept Facebook’s terms of use. The issue in this appeal is the enforceability of the forum selection clause in Facebook’s terms of use, whereby all disputes are required to be litigated in Santa Clara County in California.

[79] In *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, this Court held that a party relying on a forum selection clause must first show that it is enforceable applying a contractual approach. If it is, the onus shifts to the other party to show that there is “strong cause” for the court to decline to apply the forum selection clause based on considerations grounded in *forum non conveniens* principles.

[80] In my view, Facebook’s forum selection clause is not enforceable under the first step of the *Pompey* test.

Background

[81] When a Facebook user “liked” a post associated with a business, Facebook occasionally displayed the user’s name and portrait in an advertisement on the newsfeeds of the user’s friends. These advertisements were referred to as “Sponsored Stories”. One of those users whose name and portrait were used in a Sponsored Story was Deborah Louise Douez.

[82] Ms. Douez claims that she gave no consent to having her name or portrait used in Sponsored Stories. As a result, she brought proceedings in the Supreme Court of British Columbia alleging that Facebook violated her rights contrary to s. 3(2) of the British Columbia *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

Version française des motifs rendus par

[78] LA JUGE ABELLA — 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

(2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

[83] Under s. 4, actions under the *Privacy Act* must be heard in the Supreme Court of British Columbia:

4 Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court.

[84] Ms. Douez also brought a class action proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class consisted of approximately 1.8 million British Columbia residents whose names or portraits had been used by Facebook in a Sponsored Story.

[85] Facebook applied for a stay of the proceedings based on the forum selection clause in its terms of use, which states in part:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [Emphasis added.]

[86] In the Supreme Court of British Columbia, Griffin J. declined to enforce the forum selection clause and certified the class action. She found that

[TRANSLATION]

3

(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 :

[TRANSLATION]

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 :

[TRANSLATION] *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

s. 4 of the *Privacy Act* grants exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to hear claims under that *Act*, overriding any forum selection clause. As such, it was unnecessary for Ms. Douez to show “strong cause” why the forum selection clause should not be applied.

[87] The Court of Appeal for British Columbia allowed the appeal and granted Facebook’s request for a stay of proceedings based on the forum selection clause.

Analysis

[88] *Pompey* involved a bill of lading between sophisticated commercial entities. This is the first time the Court has been asked to consider how *Pompey* applies to a forum selection clause in an online consumer contract of adhesion.

[89] In concluding that the forum selection clause in *Pompey* should be enforced, Bastarache J. set out the following test, based on the 1969 decision in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.):

Once the court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, the court must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. [Emphasis added; para. 39.]

[90] He also framed it as follows:

... once it is determined that the bill of lading otherwise binds the parties (*for instance, that the bill of lading as it relates to jurisdiction does not offend public policy, was not the product of fraud or of grossly uneven bargaining positions*), [the “strong cause” test] constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice [Emphasis added; para. 31.]

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] The Court found that the forum selection clause in the bill of lading was enforceable at the first step because the parties were experienced commercial entities who were aware of industry practices and were also, notably, in a position to negotiate the forum selection clause. As a result, there was no “grossly uneven bargaining power”:

Bills of lading are typically entered into by *sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions* who should, in normal circumstances, be held to their bargain. . . . The parties in this appeal are corporations with significant experience in international maritime commerce. The respondents were aware of industry practices and could have reasonably expected that the bill of lading would contain a forum selection clause. A forum selection clause *could very well have been negotiated* with the appellant *There is no evidence that this bill of lading is the result of grossly uneven bargaining power that would invalidate the forum selection clause contained therein.* [Emphasis added; para. 29.]

[92] The Court went on to conclude that strong cause had not been shown and that a stay should therefore be granted.

[93] It is clear that the *Pompey* test engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions, tools for examining the enforceability of contracts. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show “strong cause” why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Those factors were set out in *The “Eleftheria”* as including:

(a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.

[91] La Cour conclut à la première étape que la clause d’élection de for du connaissement 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?

- | | |
|---|--|
| <p>(b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.</p> <p>(c) With what country either party is connected, and how closely.</p> <p>(d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.</p> <p>(e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. [p. 242] | <p>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?</p> <p>c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils?</p> <p>d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural?</p> <p>e) Les défendeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger</p> <ul style="list-style-type: none"> (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] Unlike my colleagues in dissent, I think, with respect, that a compelling argument can be made for modifying the strong cause test to include a wider range of factors than the *forum non conveniens* kind of considerations that have been traditionally applied, but I am also of the view that keeping the *Pompey* steps distinct means that before the onus shifts to the consumer, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself satisfies basic contractual principles. A contractual approach for determining the enforceability of forum selection clauses in consumer contracts of adhesion finds significant academic support (William J. Woodward, Jr., “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, at 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

[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

Consumer Boilerplate: A Brief Comment” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282).

[95] Starting with a contractual analysis also permits the necessary contextual scope to explore enforceability depending on what the nature of the contract or clause is and what contractual rights are at stake. Only if the clause is found to be enforceable do we move to the second step, where the consumer must demonstrate that there is strong cause why, even though the forum selection clause is enforceable, it should nonetheless be disregarded.

[96] Our first task in this case, as a result, is to determine whether the clause is enforceable using contractual principles. In my respectful view, the clause is not enforceable under the principles set out in the first step of *Pompey*.

[97] In deciding whether a clause is unenforceable for reasons of public policy, the court decides “when the values favouring enforceability are outweighed by values that society holds to be more important” (Stephen Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at para. 560). As Prof. McCamus notes, “[a]greements contrary to public policy at common law rest on a judicial determination that the type of agreement in question is sufficiently inconsistent with public policy that it should be treated as unenforceable” (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 453).

[98] I accept that certainty and predictability generally favour the enforcement at common law of contractual terms, but it is important to put this forum selection clause in its contractual context. We are dealing here with an online *consumer* contract of adhesion. Unlike *Pompey*, there is virtually no opportunity on the part of the consumer to negotiate the terms of the clause. To become a member of

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 *Rev. can. dr. comm.* 475; Peter Benson, « Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate : A Brief Comment » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 282).

[95] Entreprendre 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 *consummation*. Contrairement aux parties en cause dans *Pompey*, le consommateur n’a pratiquement

Facebook, one must accept all the terms stipulated in the terms of use. No bargaining, no choice, no adjustments.

[99] Online contracts such as the one in this case put traditional contract principles to the test. What does “consent” mean when the agreement is said to be made by pressing a computer key? Can it realistically be said that the consumer turned his or her mind to all the terms and gave meaningful consent? In other words, it seems to me that some legal acknowledgment should be given to the automatic nature of the commitments made with this kind of contract, not for the purpose of invalidating the contract itself, but at the very least to intensify the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer’s access to possible remedies.

[100] As Prof. Waddams has pointed out:

... there may be scope for application of the concept of public policy in respect of unfair clauses that oust the jurisdiction of the court. It would be open to a court to say that, although arbitration and choice of forum clauses are acceptable if freely agreed by parties of equal bargaining power, *there is reason for the court to scrutinize the reality of the agreement with special care in the context of consumer transactions and standard forms*, since these are clauses that, on their face, offend against one of the traditional heads of public policy. [Emphasis added.]

(Waddams (2012), at p. 483; see also Judith Resnik, “Procedure as Contract” (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593; Woodward, at p. 46.)

[101] Much has been written about the burden of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system. They were described by Prof. Edward Purcell as creating “an egregious disproportionality” (Edward A. Purcell, Jr., “Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at p. 514). They range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. Prof. Purcell refers

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 négocient 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 *UCLA L. Rev.* 423, p. 514) qui va des coûts supplémentaires, des difficultés d’ordre logistique et des délais, aux effets psychologiques

to these constraints as “burdens of distance” or “burdens of geography”:

The deterrent effects of geography are numerous and weighty. The threshold task of merely retaining counsel in a distant location, which may seem routine to attorneys and judges, is profoundly daunting to ordinary people. The very decision to retain an attorney is so troublesome, in fact, that most claimants are content to accept a settlement without one. The result of that commonplace decision, as numerous studies have repeatedly shown, is that such claimants almost invariably obtain much less from their adversaries than they otherwise would. If claimants learn, perhaps from company representatives they contact, that they must retain an attorney in a distant contractual forum in order to initiate a legal action on their claims, that information alone may dissuade a significant number from proceeding and lead them to accept whatever offer, if any, the company might make.

Once litigation begins, the process quickly piles on additional burdens. One is the obvious need to travel and communicate over long distances, which makes the suit more costly as well as more inconvenient in terms of both litigation planning and client-attorney consultation. Another is the compounded costs and risks created by the attorney’s need to communicate with the client’s witnesses and to prepare them for depositions and trial testimony. The party may either have to pay additional travel costs for in-person meetings or risk the creation of potentially discoverable documents that could spur additional and costly motion practice and, if disclosed, weaken the party’s position in negotiations and at trial. A third burden is the likely additional delays involved in prosecuting the case, as distance and inconvenience combine to complicate various pretrial events and to remove from the attorney the spur of a human client who can or does present himself in person at his attorney’s office. A fourth burden is the added cost of participating in a distant trial, including the costs and risks involved in securing the attendance of witnesses at such a location. *All of these burdens will be especially heavy if the plaintiff’s*

dissuasifs. Le professeur Purcell qualifie ces contraintes « 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’accumulent 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

claim arises from events in his home state and many or all of his witnesses reside there.

A final burden is the risk that the cumulative effect of some or all of the preceding complications may combine to so hamper the party's trial preparations that he will ultimately feel compelled to "cave" on the court-house steps or end up putting on a materially weaker case than he otherwise would have. If settlement comes after full pretrial discovery and motion practice, costs will consume a larger proportion of any settlement payment. . . . The risks of geography increase the likelihood of such unfavorable outcomes, and that ultimate concern further compounds the pressures that push nonresident claimants toward earlier and less favorable settlements.

The burdens of geography are thus numerous and heavy. They are emotional as well as financial. Some are readily apparent, while others are subtle and surely unmeasurable. When placed on individuals who lack relevant interstate connections and experience or who lack extraordinary personal or financial resources, however, their *de facto* impact as a general matter is severe and certain. They impose sharp discounts on the value of the claims involved and discourage large numbers of plaintiffs from attempting to enforce their legal rights. [Emphasis added; pp. 446-49.]

(See also Catherine Walsh, "The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts" (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 20.)

[102] As Prof. William Woodward has observed:

. . . unless the case is a large one or the "chosen" forum convenient, a choice-of-forum clause can eliminate a customer's legal claim entirely. Only in theory can a customer make a cross-country trip to pursue a \$100 warranty claim. [p. 17]

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 William 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] These concerns are what motivated the statutory protections found in art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, which render forum selection clauses in consumer or employment contracts unenforceable:

3149. Québec authorities also have jurisdiction to hear an action based on a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

[104] In general, then, when online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, in my view, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

[105] Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that we are dealing with a fundamental right like privacy. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, this Court acknowledged the quasi-constitutional status of legislation relating to privacy protection:

The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as “quasi-constitutional” because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society . . . [para. 19]

[106] The *Privacy Act* in British Columbia sought to protect individuals from invasions of privacy by introducing two new torts:

[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 :

- Using the name or portrait of another person for the purpose of advertising property or services, or promoting their sale or other trading in them, without that person’s consent; [s. 3(2)]
- Wilfully violating the privacy of another person. [s. 1(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)]
- l’atteinte délibérée à la vie privée d’autrui. [par. 1(1)]

[107] Section 4 of the *Privacy Act* states that these torts “must be heard and determined by the Supreme Court” despite anything contained in another Act. Section 4 is a statutory recognition that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. I do not, with respect, accept Facebook’s argument that s. 4 gives the Supreme Court of British Columbia exclusive jurisdiction only vis-à-vis other courts *within* the province of British Columbia. What s. 4 grants is exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion not only of other courts in British Columbia, but to the exclusion of all other courts, within and outside British Columbia. That is what exclusive jurisdiction means.

[108] Where a legislature grants exclusive jurisdiction to the courts of its own province, it overrides forum selection clauses that may direct the parties to another forum (see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25). It would, in my respectful view, be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court. To decide otherwise means that a clear legislative intention can be overridden by a forum selection clause. This flies in the face of *Pompey*’s acknowledgment that legislation takes precedence over a forum selection clause (*Pompey*, at para. 39).

[109] The approach used by Wittmann A.C.J.Q.B. in *Zi Corp. v. Steinberg* (2006), 396 A.R. 157, is apposite. The Alberta Court of Queen’s Bench declined to enforce a forum selection clause mandating

[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

proceedings in Florida, because s. 180(1)¹ of the Alberta *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, granted jurisdiction to the Court of Queen's Bench for applications under that provision. Wittmann A.C.J.Q.B. concluded that the effect of giving jurisdiction to the Court of Queen's Bench meant that it had exclusive jurisdiction *both within and outside Alberta*. In reaching his conclusion, Wittmann A.C.J.Q.B. relied on years of jurisprudence interpreting similar provisions as granting exclusive jurisdiction to the courts of a particular province to hear claims for oppression remedies (see also *Gould v. Western Coal Corp.* (2012), 7 B.L.R. (5th) 19 (Ont. S.C.J.), at paras. 319-39; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289 (Ont. S.C.J.), at paras. 112-17, aff'd (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.); *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.* (2003), 37 B.L.R. (3d) 115 (N.B.Q.B)).

¹ Section 180(1) of the *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, stated:

180(1) On the application of an interested person, the Court of Queen's Bench, where it is satisfied that a person or company has not complied with this Part or the regulations made in respect of this Part, may make an interim or final order

- (a) compensating any interested person who is a party to the application for damages suffered as a result of a contravention of this Part or the regulations made in respect of this Part;
- (b) rescinding a transaction with any interested person, including the issue of a security or a purchase and sale of a security;
- (c) requiring any person or company to dispose of any securities acquired pursuant to or in connection with a bid;
- (d) prohibiting any person or company from exercising any or all of the voting rights attaching to any securities;
- (e) requiring the trial of an issue;
- (f) respecting any matter not referred to in clauses (a) to (e) that the Court considers proper.

clause d'élection de for qui oblige les parties à tenter toute poursuite éventuelle en Floride. Elle estime en effet que le par. 180(1)¹ de la *Securities Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. S-4, 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 Inc. c. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 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 (B.R. N.-B.)).

¹ Le paragraphe 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.

[110] Any uncertainty about the legislature’s intention that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* be heard by the Supreme Court in British Columbia is dispelled by the introductory words in s. 4: “Despite anything contained in another Act . . .”. That reflects a clear statutory intention that exclusive jurisdiction over the enforcement of the *Privacy Act* be retained by the Supreme Court despite what any other legislation states. It would defy logic to think that the legislature sought to protect the British Columbia Supreme Court’s exclusivity from the reach of other statutes, but not from the reach of forum selection clauses in private contracts.

[111] Tied to these public policy concerns is the “grossly uneven bargaining power” of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. Ms. Douez, a videographer, is a private citizen. She had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook’s undisputed indispensability to online conversations. As Prof. Cheryl Preston noted: “. . . if one’s family, friends, and business associates are on Facebook . . . using a competitor’s service is not a reasonable choice” (Cheryl B. Preston, “Please Note: You Have Waived Everything”: Can Notice Redeem Online Contracts?” (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535, at p. 554).

[112] The doctrine of unconscionability, a close jurisprudential cousin to both public policy and gross bargaining disparity, also applies to render the forum selection clause unenforceable in this case.

[113] This Court confirmed in *Tercon* that unconscionability can be used to invalidate a single clause within an otherwise enforceable contract (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 122).

[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, par. 122, la Cour confirme que la doctrine de l’iniquité peut être invoquée pour invalider une seule clause d’un contrat par ailleurs exécutoire.

[114] As Prof. McCamus notes, the doctrine of unconscionability is a useful tool for addressing the enforceability of some clauses in consumer contracts of adhesion:

... the doctrine of the unconscionable term may provide a common law device, long awaited by some, that can ameliorate the harsh impact of unfair terms in boilerplate or “adhesion” contracts, offered particularly in the context of consumer transactions on a take-it-or-leave-it basis. [Footnote omitted; p. 444.]

(See also 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] Two elements are required for the doctrine of unconscionability to apply: inequality of bargaining powers and unfairness. Prof. McCamus describes them as follows:

... one must establish both inequality of bargaining power in the sense that one party is incapable of adequately protecting his or her interests *and* undue advantage or benefit secured as a result of that inequality by the stronger party. [Emphasis added; pp. 426-27.]

[116] In my view, both elements are met here. The inequality of bargaining power between Facebook and Ms. Douez in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances Ms. Douez had, could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gave Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit. This, to me, is a classic case of unconscionability.

[117] For all these reasons, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test.

[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. [Note en bas de page omise; p. 444.]

(Voir également Jean Braucher, « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 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] I would allow the appeal with costs throughout and dismiss Facebook’s application for a stay of proceedings.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. were delivered by

[119] THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. (dissenting) — The respondent, Facebook, Inc., is a successful global corporation based in California. It operates a social media website (www.facebook.com) used by millions of users throughout the world. Facebook’s website allows users to establish their own “facebook”, through which they communicate with “friends”, with whom they share news, information, opinions, photos and videos.

[120] To become a Facebook user, a person must enter into a contract with Facebook. The appellant, Deborah Louise Douez wanted to become a Facebook user. When Ms. Douez chose to sign up as a user of Facebook, she agreed to Facebook’s terms of use, which included a forum selection clause. A version of the clause provides:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, at p. 138]

[121] Ms. Douez wants to start a class action against Facebook. She says that Facebook used her name and face in an advertising product called “Sponsored Stories”, without her consent, contrary to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, which creates a statutory tort of invasion of privacy. Facebook, for its part, says it obtained Ms. Douez’s consent through the “terms of use” to which she consented in her contract with Facebook.

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

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Côté rendus par

[119] LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CÔTÉ (dissidentes) — 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] The question on this appeal concerns the place where the lawsuit should be heard. Facebook argues that the dispute must be tried before a state or federal court in Santa Clara County, California, as Ms. Douez agreed to in her contract with Facebook. Ms. Douez, on the other hand, argues that the lawsuit should be tried in British Columbia. She does not dispute that she agreed by contract to have all disputes with Facebook tried in California. However, she argues that the clause should not be enforced against her.

[123] The issue assumes great importance in a world where millions of people routinely enter into online contracts with corporations, large and small, located in other countries. Often these contracts contain a forum selection clause, specifying that any disputes must be resolved by the corporation's choice of court. In this way, global corporations, be they American, Canadian or from some other country, seek to ensure that they are not dragged into litigation in foreign countries.

[124] The principles of private international law support the enforcement of forum selection clauses, while recognizing that in exceptional cases courts may decline to enforce them. Forum selection clauses provide certainty and predictability in cross-border transactions. When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes "strong cause" for not doing so.

[125] We see no need to depart from the settled principles of private international law on forum selection clauses — principles repeatedly confirmed by courts around the world, including the Supreme Court of Canada. The simple question in this case, as we see it, is whether Ms. Douez has shown "strong cause" for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. We agree with the Court of Appeal of British Columbia that strong cause has not been shown, and that the action must

[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

be tried in California, as the contract requires. A stay of the underlying claim should be entered.

I. Forum Selection Clauses and *Forum Non Conveniens*

[126] The test for the enforcement of forum selection clauses in contracts was settled by this Court 14 years ago in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450. The inquiry proceeds in two steps. First, the court must determine whether the forum selection clause is enforceable and applies to the circumstances: *Pompey*, at para. 39; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43. Second, the court must assess whether there is strong cause in favour of denying a stay, despite the enforceable forum selection clause: *Pompey*, at paras. 19 and 39.

[127] Ms. Douez argues that the courts should not apply the settled *Pompey* test to her case. Instead, she argues, they should consider the forum selection clause within the context of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (“*CJPTA*”). We disagree.

[128] Section 11 of the *CJPTA* outlines the circumstances in which a court may decline jurisdiction where there is a more appropriate forum. It deals with the situation where two different courts have jurisdiction, and provides instructions to settle which of the two courts should take jurisdiction. It provides:

- 11** (1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.

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) A court, in deciding the question of whether it or a court outside British Columbia is the more appropriate forum in which to hear a proceeding, must consider the circumstances relevant to the proceeding, including

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum,
- (b) the law to be applied to issues in the proceeding,
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings,
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts,
- (e) the enforcement of an eventual judgment, and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole.

As this Court noted in *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22, “[s.] 11 of the *CJPTA* . . . constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens*. It admits of no exceptions.”

[129] This code for deciding which of two available jurisdictions should, as a matter of convenience, take jurisdiction, does not apply to oust forum selection clauses. Where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable (the first step of the *Pompey* test) or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so (the second step of the *Pompey* test). In such cases, the duty of the court is to enforce the contractual agreement, unless the plaintiff shows strong cause otherwise.

[130] What Ms. Douez suggests, in effect, is that the two-part *Pompey* test be changed for a unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test. This

(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, 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*

Court rejected this very contention in *Pompey*. Justice Bastarache stated that he was “not convinced that a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered, is preferable” (para. 21). He shared the concerns expressed by author, Edwin Peel that such an approach would not give full weight to forum selection clauses because other factors weigh in the balance — factors that the parties must be deemed already to have considered when they agreed to a forum selection clause: E. Peel, “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.

[131] We therefore agree with the British Columbia and Saskatchewan Courts of Appeal that *Pompey* continues to apply when the courts consider forum selection clauses: see *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Preymann*, at para. 39; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. Where the parties have agreed to a forum selection clause, the court must apply that clause unless the test in *Pompey* is satisfied. If the test is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies.

[132] *Pompey* is considered first. Since we conclude that the test in *Pompey* is not satisfied, s. 11 of the *CJPTA* does not assist Ms. Douez.

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 non 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. Step One: Is the Forum Selection Clause Enforceable?

[133] Having rejected Ms. Douez's contention that the *Pompey* test should be rolled into the codified provisions for *forum non conveniens*, the next step is to apply the two-part *Pompey* framework.

[134] The first step in the *Pompey* test asks whether the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances. Facebook bears the burden of establishing this. In our opinion, Facebook has discharged this burden. On its face, the answer is affirmative. The language of the clause is clear and appears to cover all disputes, including this one.

[135] Ms. Douez suggests three reasons why the forum selection clause is invalid or inapplicable to her situation. None of them withstand scrutiny. First, she argues that the forum selection clause was not brought to her attention. Second, she argues that the terms of use are unclear. Third, she argues that s. 4 of the *Privacy Act* renders the forum selection clause unenforceable. Abella J. adds a fourth; that the forum selection clause offends public policy. In our view, these arguments are not persuasive.

[136] The first argument is that the forum selection clause is unenforceable because Ms. Douez was simply invited to give her consent to the clause by clicking on it, without her attention being drawn to its specific language. In other words, she is not bound because electronic clicking without more does not indicate her agreement to the forum selection clause.

[137] We cannot accede to this submission. In *British Columbia*, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, codifies the common law rule set out in *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.), and establishes that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon:

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 :

15 (1) Unless the parties agree otherwise, an offer or the acceptance of an offer, or any other matter that is material to the formation or operation of a contract, may be expressed

(b) by an activity in electronic form, including touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen or otherwise communicating electronically in a manner that is intended to express the offer, acceptance or other matter.

[138] Ms. Douez relies on *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (E.D.N.Y. 2015), at para. 22, where a U.S. district court, in the absence of legislation on electronic formation of contract, adopted a four-step procedure to determine whether a contract was formed by accepting terms of use online. In British Columbia, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act* answers the question, providing that clicking on a screen suffices to indicate acceptance.

[139] Ms. Douez’s second contention is that the terms of use contradict the forum selection clause, rendering it unclear. She points to the provision that Facebook will “strive to respect local laws”, and suggests that this requires Facebook to defer to s. 4 of the British Columbia *Privacy Act*, which grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims, to the exclusion of other tribunals. The tension between the strict terms of the forum selection clause in the contract, and the provision that Facebook will “strive to respect local laws”, introduces an ambiguity, rendering the forum selection clause unenforceable, Ms. Douez contends.

[140] This argument cannot succeed. The contract on its face is clear. There is no inconsistency between a commitment to “strive” to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in

[TRANSDUCTION]

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 [TRANSDUCTION] « [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 [TRANSDUCTION] « s’efforcer » d’appliquer les lois locales et convenir d’intenter tout recours éventuel en

California. A forum selection clause does not disrespect the laws of British Columbia.

[141] This brings us to Ms. Douez’s third argument — that s. 4 of the *Privacy Act* invalidates forum selection clauses for actions under this Act. Section 4 provides that “an action under [the *Privacy Act*] must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia]”. Ms. Douez argues that this clause amounts to a stipulation that all actions under this Act must be heard in British Columbia, with the result that forum selection clauses providing other jurisdictions are invalid.

[142] We do not agree. Section 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts. Nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

[143] We do not dispute that legislation can limit the scope of forum selection clauses or render them altogether unenforceable: see *Pompey*, at para. 38. Nor do we dispute that some jurisdictions have adopted a “protective model” limiting the impact of forum selection clauses in consumer contracts: Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws* (2nd ed. 2015), at p. 357. However, when they have done so, they have used clear language. For example, *Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, [2012] O.J. L. 351/1, provides consumers with a positive right to bring proceedings in his or her home state (art. 18), unless the clause was agreed to after a dispute had arisen, provides additional forum options to the consumer, or concerns parties resident in the same state (art. 19). The *Civil Code of Québec* is more absolute: art. 3149 provides that Québec courts have jurisdiction to hear actions based on consumer contracts, and that “the waiver of

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’article 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’article 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 (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. 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

such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him”.

[144] The British Columbia legislature has not adopted the “protective model” approach. It has not legislated an absolute or limited right to bring an action in British Columbia, in the face of a forum selection clause stipulating a different jurisdiction. It has focussed not on where the action can be brought, but on the protection of consumer rights in the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“BPCPA”). The choice to focus on rights rather than forum was made after this Court’s decision in *Pompey*. Section 3 of the BPCPA provides that “[a]ny waiver or release by a person of the person’s rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.” If the legislature had intended to render forum selection clauses inoperable for claims made under the *Privacy Act*, it would have said so expressly: see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25. Courts are obliged to respect this choice.

[145] Ms. Douez does not argue that the forum selection clause is unconscionable. Such an argument would have to be based on evidence (see *Pompey*, at para. 29); none was adduced in this case. Inequality of bargaining power, even if it were established here, does not, on its own, give the court reason to interfere with the freedom to contract. As noted by Angela Swan and Jakub Adamski in *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §9.114:

The mere fact that, as might happen in very many transactions, the parties are not equally competent in looking after their own interests or equally informed is not a basis for relief. There has to be, as has been suggested, some relation of dependence or likelihood of undue influence, *i.e.*, some element of procedural unconscionability, inequality or unfairness, *and* a bad bargain, *i.e.*, some element of substantive unfairness. [Emphasis in original.]

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’article 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 (voir *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). [En italique dans l’original.]

[146] Finally, we come to the argument that forum selection clauses violate public policy and should therefore be treated as invalid and inapplicable. This contention, too, cannot prevail.

[147] It is unclear to us how a court can invalidate a contractual provision simply because the court finds it is contrary to public policy in the abstract. While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party seeking to avoid enforcement of the clause must prove “the existence of an overriding public policy . . . that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123 (per Binnie J., in dissent, but not on this point). In our view, no such overriding public policy is found on the facts of this case.

[148] Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. Forum selection clauses are well-established and routinely enforced around the world: see e.g. *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013), at pp. 581-82, citing *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), at pp. 17-18; *Akai Pty Ltd. v. People’s Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418, at pp. 441-42 (H.C.A.); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.). Forum selection clauses serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. The fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause: *Pompey*, at para. 28; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), at pp. 593-94.

[149] That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. As Abella J. notes, “burdens of distance” and “burdens

[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 Specialties 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]

of geography” may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. As we discuss below, a court in assessing strong cause can consider the relative convenience and expense of local and foreign courts, as well as any prejudice a plaintiff might suffer in being forced to bring their claim in a foreign court: see *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.), at p. 242. But these considerations play no role at the first step of the *Pompey* test.

[150] We conclude that the forum selection clause is valid and applicable and that the first step of the *Pompey* test has been met. It remains to determine whether Ms. Douez has shown strong cause why it should not be given effect.

III. Step Two: Has Ms. Douez Shown Strong Cause?

[151] We have concluded that step one of the *Pompey* test has been met: Facebook has established that the forum selection clause is enforceable and applies to these circumstances. It remains to ascertain whether Ms. Douez has established strong cause why the clause should not be enforced in this case.

[152] The strong cause exception to the enforceability of forum selection clauses confers a discretion on the judge, to be exercised in accordance with settled factors, to decline to enforce the clause. The strong cause test means that forum selection clauses are enforced, upholding predictability and certainty, unless the plaintiff shows that enforcement of the clause would unfairly deny her an opportunity to seek justice.

[153] The party seeking to displace the forum selection clause bears the burden of establishing strong cause. There are good reasons for this. First, enforceability of forum selection clauses is the rule, setting them aside the exception. Generally, parties

« 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

seeking an exceptional exemption must show grounds for what they seek. Second, it is the party seeking the exception who is in the best position to argue why it should be granted, not for the party seeking to rely on the rule to show why the rule should not be vacated; generally, burdens fall on the party asserting a proposition and in the best position to prove it. Reversing the burden would require a defendant to prove a negative — that “strong cause” does not exist. This would ask a defendant to anticipate and counter all the arguments a plaintiff might raise in support of there being strong cause. Finally, to reverse the burden would undermine the general rule that forum selection clauses apply and introduce uncertainty and expense into commercial transactions that span international borders. It would detract from the “certainty and security in transaction” that is critical to private international law (*Pompey*, at paras. 20 and 25). For many businesses, having to prove in a foreign country why there is not strong cause would render the contract costly and in many cases, practically unenforceable. Businesses, small suppliers as well as giants like Facebook, would be required to amass proof of a negative in a host of foreign countries. Accordingly, the law in Canada and elsewhere has consistently held that it is the plaintiff — the party seeking to set aside the forum selection clause — who bears the burden of showing strong cause for not giving effect to the enforceable forum selection clause by entering a stay of proceedings: *Pompey*, at para. 25; *The “Eleftheria”*, at p. 242.

[154] In *Pompey*, Bastarache J. explained the reasons for embracing the strong cause test and the burden on the plaintiff to prove strong cause (para. 20):

These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction,

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

derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the “strong cause” test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise. In any event, the “strong cause” test provides sufficient leeway for judges to take improper motives into consideration in relevant cases and prevent defendants from relying on forum selection clauses to gain an unfair procedural advantage.

[155] This brings us to what the plaintiff must show to establish strong cause why a forum selection clause should not be enforced. The factors that govern the judge’s exercise of his discretion were set out in *The “Eleftheria”*, at p. 242, and were adopted in *Pompey*, at para. 19, per Bastarache J.:

(1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not.

(2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown.

(3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs.

(4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case.

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. Quoi qu’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 »*, p. 242, et le juge Bastarache les a fait siennes dans *Pompey*, 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) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded:

(a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.

(b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.

(c) With what country either party is connected, and how closely.

(d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.

(e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would

- (i) be deprived of security for that claim;
- (ii) be unable to enforce any judgment obtained;
- (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or
- (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

[156] Applying these factors to the case at bar, it is clear that the motions judge should not have found strong cause for not enforcing the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. The court must consider all the circumstances of the case. None of the circumstances relied on by Ms. Douez show strong cause why the forum selection clause should not be enforced.

[157] The analysis starts with the proposition that the discretion should be exercised by enforcing the forum selection clause unless the plaintiff shows strong cause for not doing so. Strong cause means what it says — it is not any cause, but strong

(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 subiraient-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

cause. The default position is that forum selection clauses should be enforced.

[158] There is good reason for this. By offering services across borders, online companies risk uncertainty and unpredictability of the possible jurisdictions in which they may face legal claims. Professor Geist (M. A. Geist, “Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction” (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345) describes this risk:

Since websites are instantly accessible worldwide, the prospect that a website owner might be haled into a courtroom in a far-off jurisdiction is much more than a mere academic exercise; it is a very real possibility. [p. 1347]

[159] Other commentators point out that since online companies do not know in advance where their customers are located, it is difficult for them to proactively determine jurisdiction issues in advance: Z. Tang, “Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce” (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237. In our view, these risks are best addressed through adherence to the existing system of private international law that has been carefully developed over decades to provide a measure of certainty, order, and predictability. Requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order, and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. Holding otherwise would ask the court to ignore valid and enforceable, contractual terms.

[160] It is not only large multi-national corporations like Facebook that benefit from emphasizing the need for order in private international law. The intervenor, Information Technology Association of Canada, points out that small and medium-sized businesses benefit from the certainty that flows from enforcing forum selection clauses, and that by reducing litigation risk they can generate savings

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 *Berkeley Tech. 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 *J. 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

that can be passed on to consumers. Facebook adds that the certainty which comes with enforcement of forum selection clauses allows foreign companies to offer online access to Canadians. In our view, these benefits accrue to online businesses of all sizes, and in all locations.

[161] We cannot help but note our profound disagreement with the suggestion in the reasons of Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., that forum selection clauses are inherently contrary to public policy. They state: “. . . forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good” (para. 25). The overwhelming weight of international jurisprudence shows that, far from being a subterfuge to deny access to justice, forum selection clauses are vital to international order, fairness and comity.

[162] We turn now to the specific factors that *Pompey* directs the court to consider in determining whether the plaintiff has established strong cause for not enforcing the forum selection clause.

[163] First, Ms. Douez has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. The evidence in the case may be expected to revolve around Facebook’s use of Ms. Douez’s photo and name in its advertisement without her consent. This involves Facebook’s conduct from its headquarters in California. Facebook’s defence is that Ms. Douez consented, not by her actions in British Columbia, but by agreeing to the terms of use. The issue is a legal matter of construing the contract. There is no basis for suggesting this factor shows strong cause to oust the forum selection clause.

risque de poursuite qui en découle leur permet de réaliser des économies susceptibles d’être refilées 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] Our colleague Abella J. makes reference to the “burdens of distance” and the “burdens of geography” that a plaintiff may carry when faced with a forum selection clause. Similarly, Ms. Douez argued that setting aside the forum selection clause would increase consumers’ access to justice. During oral argument, her counsel called it “a very important principle” (transcript, at p. 33), and in her factum she said that “no rational British Columbia resident would travel to California to litigate nominal damages claims” (A.F., at para. 90). Yet, there is no evidence regarding the “relative convenience and expense of trial” in California as compared to British Columbia. Strong cause cannot be established in absence of a sufficient evidentiary basis.

[165] Nor does the applicable law show strong cause to override the forum selection clause, in our view. It is true that the law giving rise to the tort is a British Columbia statute. However, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise. The courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the Act as compared with the Supreme Court of British Columbia. The most the motions judge could say on this factor was that

local courts may be more sensitive to the social and cultural context and background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this.

(Trial reasons, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, at para. 75)

If possible sensitivity to local context is sufficient to show strong cause, forum selection clauses will never be upheld where a tort occurs in a different country. What this factor contemplates is evidence that the local court will be better placed to interpret the legal provisions at issue than the court

[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'[TRADUCTION] « 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

stipulated in the forum selection clause. Ms. Douez presented no such evidence.

[166] Ms. Douez did not adduce any evidence of California law or California procedure related to either private international law or the adjudication of privacy claims. She did not provide evidence of California law related to territorial jurisdiction. Bauman C.J.B.C. described the vacuum thus (para. 77):

In my opinion, Ms. Douez failed to provide the Court with any reason to conclude that this proceeding could not be heard in the courts of Santa Clara. There is no evidence in the record as to California private international law. This Court cannot conduct its own research and take judicial notice (see *Duchess di Sora v. Phillipps* (1863), 10 H.L. Cas. 624 (U.K.H.L.) at 640; *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (Eng. C.A.), at 1369).

A court should not be put in the position of having to speculate as to whether a California court would exercise its discretion to assume jurisdiction over a matter, whether that court would apply the laws of British Columbia, whether privacy laws in California are analogous to those in British Columbia, whether the procedural rules in California parallel those in British Columbia, or whether the remedies available in California would be capable of providing Ms. Douez with comparable remedies to what she might obtain in British Columbia. Without evidence, there is respectfully no basis for our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. to raise the spectre of harms going “without remedy” (paras. 59 and 62).

[167] The country with which the parties are connected does not establish strong cause. Facebook has its headquarters in California. Ms. Douez, while

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 (R.-U.), p. 640; *Bumper Development Corp. c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (C.A. 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.

resident in British Columbia, was content to contract with Facebook at that location. Nothing in her situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. To show strong cause to oust a foreign selection clause on the basis of residence, the plaintiff must point to more than the mere fact that she lives in the jurisdiction where she seeks to have the action tried. If this sufficed, forum selection clauses would be routinely held inoperative.

[168] The next factor to consider is whether the defendant is merely seeking procedural advantages. If Ms. Douez could show that Facebook does not genuinely desire the trial to take place in California, but wants the trial there simply to gain procedural advantages over her, this might support her case that strong cause lies to oust the forum selection clause. However, she has not shown this. There is no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Indeed, it is clear it does so, for reasons of substance and convenience. The purpose of the forum selection clause is to avoid costly and uncertain litigation in foreign countries, which in turn would increase its costs and divert its energy.

[169] Finally, Ms. Douez has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial because she would be deprived of security for the claim; be unable to enforce any judgment obtained; be faced with a time-bar not applicable in British Columbia; or because of political, racial, religious or other reasons. She does not and cannot take issue with the fact that the state of California has a highly developed and fair legal system, nor with the fact that she will get a fair trial there.

[170] It is thus apparent that all the factors endorsed by this Court in *Pompey* point to enforcing

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 disperserait 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*

the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. None of them establish strong cause.

[171] For this reason, Ms. Douez asks this Court to modify the strong cause test endorsed by this Court in *Pompey*. She urges two modifications. First, she suggests that “the strong cause test should be applied in a nuanced manner, accounting for parties’ inherent inequality or consumers’ lack of bargaining power” (A.F., at para. 71). Alternatively, she says that the test “should be modified to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion” (A.F., at para. 72). We cannot accept either of these proposals. They would amount to inappropriately overturning this Court’s decision in *Pompey* and substituting new and different principles, and would introduce unnecessary and unprincipled uncertainty into the strong cause test.

[172] Ms. Douez’s first submission is that instead of considering the factors set out in *The “Eleftheria”* and *Pompey* in determining whether strong cause not to enforce the forum selection clause has been established, the court should consider a different factor — the consumer’s lack of bargaining power. Our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. accept this argument. With respect, we disagree.

[173] This argument conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed by this Court in *Pompey*. Consideration of “all the circumstances of the particular case” at the second step is not an invitation to blend the first step into the second. As discussed above, the party seeking to rely on the forum selection clause must first demonstrate that it is enforceable. It is at this step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared

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

unconscionable — something not argued in the case at bar. Short of unconscionability, the stronger party relying on a standard form contract faces the *contra proferentem* rule under which any ambiguity is resolved against them: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 51. As we have said, concerns about inequality of bargaining power may inspire legislators to intervene by making forum selection clauses unenforceable — but the British Columbia legislature has chosen not to do so. There is no reason here to second guess this choice by conflating or modifying the *Pompey* analysis. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable. We note parenthetically that the strength of the contention of unequal bargaining power seems tenuous, when one realizes that Ms. Douez received the Facebook services she wanted, for free and without any compulsion, practical or otherwise. Even if remaining “offline” may not be a real choice in the Internet era”, as suggested by our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. (at para. 56), there is no evidence that foregoing Facebook equates with being “offline”. In any case, enforcement of the forum selection clause does not deprive Ms. Douez, or anyone else, of access to Facebook.

[174] Ms. Douez’s alternative suggestion of reversing the burden of proof is inconsistent with the principles underlying the strong cause test: certainty, security, and fairness (*Pompey*, at para. 20). These principles remain as relevant in the 21st century domain of global online social media as they were in the 20th century climate of international commercial shipping. The principles of order and fairness underpin private international law and “ensure security of transactions with justice”: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1097. The twin goals of justice and fairness in private international law are only achievable by enforcing rules that ensure security and predictability: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*,

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 Resorts Ltd.*

2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, at paras. 73 and 75; see also *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058. As already discussed, there are good reasons why this Court, like the courts in the United Kingdom and elsewhere, places the burden of showing strong cause for not enforcing a forum selection clause on the plaintiff seeking to avoid the clause.

[175] Ms. Douez’s submissions that we “nuance” *Pompey* or shift the burden of showing strong cause contrary to *Pompey*, are not supported by principle or policy. They would undermine certainty in private international law. And they amount to overruling this Court’s decision in *Pompey*. This Court has established stringent criteria for departing from a previous decision of recent vintage: see e.g. *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 129-39; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 850-61; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paras. 45-46. Those conditions are not met here.

[176] We conclude that Ms. Douez has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

IV. Disposition

[177] The forum selection clause is valid and enforceable, and Ms. Douez has not shown strong cause to not enforce it. We would dismiss her appeal.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

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.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC), Ottawa.

Solicitors for the intervener the Information Technology Association of Canada: Lax O'Sullivan Lissus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada: Bennett Jones, 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 Lissus Gottlieb, Toronto.

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