

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Google Inc. *c.* Equustek Solutions Inc., 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824 | **Appel entendu :** 6 décembre 2016  **Jugement rendu :** 28 juin 2017  **Dossier :** 36602 |

Entre :

Google Inc.

Appelante

et

Equustek Solutions Inc., Robert Angus et Clarma Enterprises Inc.

Intimés

- et -

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario, Association canadienne des libertés civiles, OpenMedia Engagement Network, Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association, Society of Professional Journalists, Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre, Center for Technology and Society, Wikimedia Foundation, British Columbia Civil Liberties Association, Electronic Frontier Foundation, Fédération internationale de l’industrie phonographique, Music Canada, Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers, Confédération internationale des sociétés d’auteurs et compositeurs, Confédération internationale des éditeurs de musique, Worldwide Independent Network et Fédération internationale des associations de producteurs de films

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 54) | La juge Abella (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown) |

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs conjoints dissidents :**  (par. 55 à 82) | Les juges Côté et Rowe |

Google Inc. *c.* Equustek Solutions Inc., 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824

Google Inc. Appelante

c.

Equustek Solutions Inc.,

Robert Angus et Clarma Enterprises Inc. Intimés

et

Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario,

Association canadienne des libertés civiles, OpenMedia

Engagement Network, Reporters Committee for

Freedom of the Press, American Society of News Editors,

Association of Alternative Newsmedia, The Center for

Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc.,

First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc.,

New England First Amendment Coalition, News Media

Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper

Association of America), AOL Inc., California Newspaper

Publishers Association, The Associated Press,

The Investigative Reporting Workshop at

American University, Online News Association,

Society of Professional Journalists, Human Rights Watch,

ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre,

Center for Technology and Society, Wikimedia Foundation,

British Columbia Civil Liberties Association,

Electronic Frontier Foundation, Fédération internationale

de l’industrie phonographique, Music Canada,

Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers,

Confédération internationale des sociétés d’auteurs et compositeurs,

Confédération internationale des éditeurs de musique,

Worldwide Independent Network et Fédération internationale

des associations de producteurs de films Intervenants

**Répertorié :**Google Inc. ***c.*** Equustek Solutions Inc.

2017 CSC 34

No du greffe : 36602.

2016 : 6 décembre; 2017 : 28 juin.

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

en appel de la cour d’appel de la colombie-britannique

*Injonctions — Injonction interlocutoire — Tiers — Entreprise de technologie intentant une action contre un distributeur pour utilisation et vente illégales de ses éléments de propriété intellectuelle au moyen d’Internet — Entreprise obtenant une injonction interlocutoire intimant à Google, un tiers à l’action sous‑jacente, de cesser le listage et le référencement de certains résultats de son moteur de recherche sur Internet — Google peut‑elle se voir ordonner, en attendant l’issue du procès sur l’action, de délister l’ensemble des sites Web d’un distributeur qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d’une autre entreprise? — La Cour suprême de la Colombie‑Britannique avait‑elle compétence pour accorder une injonction ayant des effets extraterritoriaux? — Dans l’affirmative, était‑il juste et équitable qu’elle le fasse?*

E est une petite entreprise de technologie de la Colombie‑Britannique qui a intenté une action contre D. E a soutenu que D, pendant qu’il agissait comme distributeur de ses produits, avait commencé à réétiqueter un de ceux‑ci et à le faire passer pour le sien. D a également acquis des renseignements confidentiels et des secrets commerciaux appartenant à E, et les a utilisés pour concevoir et fabriquer un produit concurrent. D a déposé des défenses dans lesquelles il conteste les allégations de E, mais a fini par abandonner les procédures et quitter la province. Certaines défenses de D ont par la suite été radiées.

Malgré les ordonnances judiciaires interdisant la vente de biens figurant dans l’inventaire et l’utilisation des éléments de propriété intellectuelle d’E, D a continué d’exercer ses activités à partir d’un endroit inconnu et a vendu le produit en cause sur ses sites Web à des clients partout dans le monde. E s’est adressé à Google et lui a demandé de délister les sites Web de D. Google a refusé. E a ensuite intenté une action visant à obtenir une ordonnance intimant à Google de le faire. Google a demandé à E d’obtenir une ordonnance judiciaire interdisant à D d’exercer des activités sur Internet et lui a dit qu’elle se conformerait à une telle ordonnance en supprimant des pages Web précises.

La Cour suprême de la Colombie‑Britannique a décerné une injonction intimant à D de cesser d’exercer des activités sur tout site Web. Entre décembre 2012 et janvier 2013, Google a avisé E qu’elle avait délisté 345 pages Web précises liées à D. Elle n’a toutefois pas délisté tous les sites Web de D. Le délistage de pages Web plutôt que de sites Web au complet s’est révélé inefficace, puisque D avait simplement déplacé le contenu répréhensible vers de nouvelles pages de ses sites Web, contournant ainsi les ordonnances judiciaires. De plus, Google avait limité le délistage aux recherches effectuées sur google.ca. E a donc obtenu une injonction interlocutoire visant à interdire à Google d’afficher toute partie des sites Web de D dans ses résultats de recherche partout dans le monde. La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a rejeté l’appel interjeté par Google.

Arrêt (les juges Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l’injonction interlocutoire mondiale contre Google est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : La question est de savoir si Google peut se voir ordonner, en attendant la tenue d’un procès, de délister l’ensemble des sites Web de D, qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d’une autre entreprise.

La décision d’accorder une injonction interlocutoire est une décision discrétionnaire qui commande un degré élevé de déférence. Les injonctions interlocutoires sont des réparations en equity qui visent à préserver l’objet du litige, de sorte qu’une réparation efficace sera possible lorsque l’affaire sera finalement jugée au fond. Leur caractère « interlocutoire » ne dépend pas de leur durée dans l’attente du procès. En définitive, il s’agit de déterminer s’il est juste et équitable d’accorder l’injonction eu égard aux circonstances de l’affaire.

On a satisfait en l’espèce au critère applicable pour déterminer si le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’octroyer une injonction interlocutoire contre Google : il existe une question sérieuse à juger, E subit un préjudice irréparable du fait que D continue de vendre son produit concurrent sur Internet et la prépondérance des inconvénients favorise l’octroi de l’ordonnance sollicitée.

Google ne conteste pas le fait qu’il existe une demande sérieuse ou que E subit un préjudice irréparable qu’elle facilite par inadvertance au moyen de son moteur de recherche. Elle ne soutient pas non plus qu’elle subirait des inconvénients appréciables ou qu’elle engagerait des dépenses importantes en délistant les sites Web de D. Ses arguments sont les suivants : l’injonction n’est pas nécessaire pour empêcher E de subir un préjudice irréparable et n’est pas efficace; en tant que tiers, elle devrait échapper à l’injonction; il n’est pas nécessaire que l’ordonnance ait une portée extraterritoriale; des questions relatives à la liberté d’expression auraient dû faire pencher la balance contre l’octroi de l’ordonnance.

Une injonction peut être décernée contre un tiers par rapport à l’action sous‑jacente. Des tiers qui sont mêlés aux actes fautifs d’autres personnes à un point tel qu’ils facilitent le préjudice peuvent, même s’ils n’ont eux‑mêmes commis aucun acte répréhensible, faire l’objet d’injonctions interlocutoires. Nul ne conteste que D ne pouvait pas exercer des activités d’une façon viable sur le plan commercial si ses sites Web n’apparaissaient pas sur Google. L’injonction en l’espèce découle du fait que le concours de Google est nécessaire pour ne pas faciliter la violation d’ordonnances judiciaires par D et causer un préjudice irréparable à E. Sans cette injonction, il était clair que Google continuerait de faciliter ce préjudice continu.

Lorsqu’il faut assurer l’efficacité de l’injonction, un tribunal peut accorder une injonction dictant une conduite à adopter n’importe où dans le monde. Le problème en l’espèce se pose en ligne et à l’échelle mondiale. L’Internet n’a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s’assurer que l’injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c’est‑à‑dire mondialement. Si l’injonction se limitait au Canada seulement ou à google.ca, la réparation ne pourrait pas empêcher comme il se doit le préjudice irréparable, car les acheteurs à l’extérieur du Canada pourraient facilement continuer à acheter des produits sur les sites Web de D et les acheteurs canadiens pourraient trouver ces sites même si ceux‑ci ont été délistés de google.ca.

L’argument de Google selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale parce qu’il est possible que l’ordonnance ne puisse pas être accordée dans un autre pays ou que Google viole les lois de ce pays en se conformant à celle‑ci est théorique. Si Google dispose d’éléments de preuve démontrant que, pour se conformer à une telle injonction, elle doit contrevenir aux lois d’un autre pays, et notamment porter atteinte à la liberté d’expression, elle peut toujours demander aux tribunaux de la Colombie‑Britannique de modifier l’ordonnance interlocutoire en conséquence. Jusqu’à maintenant, Google n’a pas présenté une telle demande. En l’absence d’un fondement de preuve, et compte tenu du droit de Google de demander une ordonnance de rectification, il n’est pas équitable de refuser d’accorder à E la portée extraterritoriale dont elle a besoin pour rendre la réparation efficace, ou même de lui imposer le fardeau de démontrer où — pays par pays — une telle ordonnance est légalement autorisée.

D et ses représentants ont fait abstraction de toutes les ordonnances judiciaires antérieures prononcées contre eux, ont quitté la Colombie‑Britannique et continuent d’exploiter leur entreprise à partir d’endroits inconnus à l’extérieur du Canada. E a cherché à localiser D, mais avec peu de succès. D ne doit sa survie — au détriment de celle d’E — qu’au moteur de recherche de Google, lequel dirige les clients potentiels vers ses sites Web. Ces circonstances font en sorte que Google a joué un rôle déterminant en permettant au préjudice de se produire. Tout bien considéré, puisqu’une injonction mondiale est la seule façon efficace de réduire le préjudice causé à E jusqu’à l’issue du procès — la seule façon, en fait, de préserver E elle‑même jusqu’à ce que le litige sous‑jacent soit réglé — et puisque le préjudice subi par Google en contrepoids est minime, voire inexistant, l’injonction interlocutoire devrait être confirmée.

*Les* juges Côté et Rowe (dissidents) : Même si le tribunal avait compétence pour prononcer l’injonction contre Google, il aurait dû s’abstenir de le faire. De nombreux facteurs à prendre en considération pour décider s’il y a lieu d’accorder ou non une injonction militent fortement en faveur de la retenue judiciaire en l’espèce.

Premièrement, l’ordonnance visant Google équivaut en fait au règlement final de l’action puisqu’il n’existe plus d’avantage possible à tirer d’un procès. Dans sa demande initiale sous‑jacente, E a demandé des injonctions modifiant la façon dont D exerce ses activités au moyen de sites Web. E a obtenu une injonction supérieure à celle qu’elle avait sollicitée dans sa demande initiale, injonction prévoyant notamment que D cesse complètement ses activités au moyen de tout site Web. E n’a guère avantage à retourner devant le tribunal pour obtenir une injonction moins sévère, comme en témoigne son choix de ne pas demander de jugement par défaut pendant la période d’environ cinq ans qui s’est écoulée depuis qu’elle a obtenu l’autorisation de ce faire. L’ordonnance visant Google fournit à E une réparation en equity supérieure à celle sollicitée contre D et lui accorde une réparation additionnelle de nature finale. Bien que de forme interlocutoire, l’ordonnance visant Google a un effet final. Le critère relatif aux injonctions interlocutoires ne s’applique pas à une ordonnance qui est en fait finale. Dans ces circonstances, il fallait donc procéder à un examen approfondi sur le fond, lequel n’a pas été effectué par la juridiction inférieure, contrairement à la jurisprudence. L’ordonnance visant Google ne satisfait pas au critère applicable à l’octroi d’une injonction permanente. Même si les allégations d’E reposaient sur une preuve à première vue valable, il n’a pas été établi que D a conçu et vendu des versions contrefaites de son produit ou que cela a causé une contrefaçon de marque de commerce et une appropriation illégale de secrets commerciaux.

Deuxièmement, Google est un tiers à l’instance opposant E et D. E a soutenu qu’en dirigeant les clients vers les sites Web de D, le moteur de recherche de Google facilitait la perpétration continue par D de la violation reprochée. Cependant, il y a eu manquement à l’ordonnance antérieure intimant à D de cesser d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web dès que D a créé un site Web pour exercer ses activités, peu importe à quel point ce site était visible lors de recherches sur Google. Google n’a pas aidé à la perpétration de l’acte prohibé ni encouragé celle‑ci.

Troisièmement, l’ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire qui nécessite des modifications et une supervision continues parce que D met en service de nouveaux sites Web pour remplacer ceux qui sont délistés. Les tribunaux devraient éviter d’accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd de mise à jour sous supervision judiciaire.

En outre, il n’a pas été démontré que l’ordonnance visant Google constituait un moyen efficace pour empêcher D d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web. De plus, l’ordonnance visant Google n’aide pas E à faire modifier les sites Web de D, comme E l’a demandé dans sa demande initiale d’injonction. Le plus que l’on puisse dire, c’est que l’ordonnance visant Google pourrait réduire le préjudice causé à E. Mais il n’a pas été démontré que cette ordonnance constitue un moyen efficace de ce faire. On peut trouver les sites Web de D à l’aide d’autres moteurs de recherche, de liens d’autres sites, de signets, de courriels, de médias sociaux, de documents imprimés, du bouche à oreille ou d’autres moyens indirects. Peu importe s’ils apparaissent ou non dans les résultats d’une recherche sur Google, les sites Web de D sont néanmoins accessibles aux clients potentiels sur Internet.

Enfin, d’autres recours s’offrent à E. Cette dernière a demandé une injonction *Mareva* de portée mondiale pour geler les biens de D en France, mais la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a recommandé avec insistance à E d’exercer un recours devant les tribunaux français. Il n’y a pas de raison qu’E ne puisse pas faire ce que la Cour d’appel lui a recommandé avec insistance de faire. E pourrait également demander une injonction contre les fournisseurs de services Internet. De plus, E pourrait intenter une procédure pour outrage en France ou dans tout autre pays ayant un lien avec les sites Web illégaux. En conséquence, l’ordonnance visant Google n’aurait pas dû être accordée.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048; **arrêts examinés :** *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd’s Rep. 509; **arrêts mentionnés :** *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *York University c. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700; *Warner‑Lambert Co. c. Actavis Group PTC EHF*, [2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867; *Mooney c. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318; *Babanaft International Co. S.A. c. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13; *Republic of Haiti c. Duvalier*, [1990] 1 Q.B. 202; *Derby & Co. c. Weldon*, [1990] 1 Ch. 48; *Derby & Co. c. Weldon (Nos. 3 and 4)*, [1990] 1 Ch. 65.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Fourie c. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087; *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949; *Mercedes Benz A.G. c. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284; *John Deere Ltd. c. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641; *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Schooff c. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680; *McIsaac c. Healthy Body Services Inc.*, 2009 BCSC 1716; *Plouffe c. Roy*, 2007 CanLII 37693; *Spiller c. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140; *1711811 Ontario Ltd. c. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048; *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *Acrow (Automation) Ltd. c. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676; *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. c. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405; *Redland Bricks Ltd. c. Morris*, [1970] A.C. 652; *Co‑operative Insurance Society Ltd. c. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1; *Attorney General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109.

**Lois et règlements cités**

*Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105‑304, 112 Stat. 2680 (1998).

*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, art. 36.

*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 39(1).

**Doctrine et autres documents cités**

Bean, David, Andrew Burns and Isabel Parry. *Injunctions*, 11th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012.

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Black, Vaughan, and Edward Babin. « Mareva Injunctions in Canada : Territorial Aspects » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 430.

Fraser, Peter G., John W. Horn and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2007 (loose‑leaf updated December 2016, release 24).

Pitel, Stephen G. A., and Andrew Valentine. « The Evolution of the Extra‑territorial *Mareva* Injunction in Canada : Three Issues » (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339.

Riordan, Jaani. *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose‑leaf ed. Toronto, Canada Law Book, 1992 (updated November 2016, release 25).

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (les juges Frankel, Groberman et Harris), 2015 BCCA 265, 75 B.C.L.R. (5th) 315, 373 B.C.A.C. 240, 641 W.A.C. 240, 39 B.L.R. (5th) 175, 71 C.P.C. (7th) 215, 135 C.P.R. (4th) 173, 386 D.L.R. (4th) 224, [2015] 11 W.W.R. 45, [2015] B.C.J. No. 1193 (QL), 2015 CarswellBC 1590 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Fenlon, 2014 BCSC 1063, 63 B.C.L.R. (5th) 145, 28 B.L.R. (5th) 265, 374 D.L.R. (4th) 537, [2014] 10 W.W.R. 652, [2014] B.C.J. No. 1190 (QL), 2014 CarswellBC 1694 (WL Can.), accordant une injonction interlocutoire contre Google. Pourvoi rejeté, les juges Côté et Rowe sont dissidents.

William C. McDowell, Marguerite F. Ethier et *Scott M. J. Rollwagen*, pour l’appelante.

Robbie Fleming et *Michael Sobkin*, pour les intimés.

Jeffrey G. Johnston, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Sandra Nishikawa, John Corelli et Brent Kettles, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Mathew Good, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Cynthia Khoo, pour l’intervenant OpenMedia Engagement Network.

Argumentation écrite seulement par Iris Fischer et Helen Richards, pour les intervenants Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association et Society of Professional Journalists.

Argumentation écrite seulement par Paul Schabas et Kaley Pulfer, pour les intervenants Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre et Center for Technology and Society.

Argumentation écrite seulement par David T. S. Fraser et Jane O’Neill, pour l’intervenante Wikimedia Foundation.

Justin Safayeni et Carlo Di Carlo, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

David Wotherspoon et Daniel Byma, pour l’intervenante Electronic Frontier Foundation.

Barry B. Sookman, Dan Glover et Miranda Lam, pour les intervenants la Fédération internationale de l’industrie phonographique, Music Canada, Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers, la Confédération internationale des sociétés d’auteurs et compositeurs, la Confédération internationale des éditeurs de musique et Worldwide Independent Network.

Gavin MacKenzie et Brooke MacKenzie, pour l’intervenante la Fédération internationale des associations de producteurs de films.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

1. La juge Abella — La question en l’espèce est de savoir si Google peut se voir ordonner, en attendant la tenue d’un procès, de délister l’ensemble des sites Web d’une entreprise qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d’une autre entreprise. La réponse repose sur la jurisprudence classique sur les injonctions interlocutoires : existe-t-il une question sérieuse à juger, le fait de ne pas accorder d’injonction causerait‑il un préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients favorise‑t‑elle l’octroi ou le rejet de l’injonction? En définitive, il s’agit de déterminer s’il serait juste et équitable d’accorder l’injonction eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire.

Contexte

1. Equustek Solutions Inc. est une petite entreprise de technologie de la Colombie‑Britannique. Elle fabrique des dispositifs de réseautage qui permettent la communication entre des appareils industriels complexes produits par différents fabricants.
2. L’action sous‑jacente entre Equustek et le groupe défendeur Datalink (Morgan Jack, Datalink Technology Gateways Inc. et Datalink Technologies Gateways LLC ― « Datalink ») a été intentée par Equustek le 12 avril 2011. Equustek a soutenu que Datalink, pendant qu’il agissait comme distributeur de ses produits, avait commencé à réétiqueter un de ceux‑ci et à le faire passer pour le sien. Datalink a également acquis des renseignements confidentiels et des secrets commerciaux appartenant à Equustek, et les a utilisés pour concevoir et fabriquer un produit concurrent, le GW1000. Pour toute commande d’un produit d’Equustek, le produit GW1000 était envoyé. Lorsqu’Equustek a découvert cela en 2011, elle a mis fin à l’entente de distribution qu’elle avait avec Datalink et a exigé que celui‑ci supprime toutes les mentions des produits et des marques de commerce d’Equustek sur ses sites Web.
3. Le groupe Datalink a déposé des défenses dans lesquelles il conteste les allégations d’Equustek.
4. Le 23 septembre 2011, le juge Leask a accordé une injonction ordonnant à Datalink de remettre à Equustek les codes sources, les schémas et tout autre document appartenant à Equustek qu’il pourrait avoir en sa possession. La cour a également interdit à Datalink de faire référence à Equustek ou à ses produits sur ses sites Web. Elle lui a ordonné d’afficher sur ses sites Web un avis informant les clients que Datalink ne distribuait plus les produits d’Equustek et dirigeant les clients intéressés par ces produits vers le site Web de cette entreprise. De plus, Datalink s’est vu ordonner de remettre à Equustek la liste des clients qui avaient commandé un produit d’Equustek auprès de Datalink.
5. Le 21 mars 2012, la juge Fenlon a conclu que Datalink ne s’était pas dûment conformé à cette ordonnance et lui a ordonné de produire une nouvelle liste de clients et d’apporter certaines modifications aux avis affichés sur ses sites Web.
6. Datalink a abandonné les procédures et a quitté la province sans produire les documents et sans se conformer aux ordonnances. Certaines défenses de Datalink ont par la suite été radiées.
7. Le 26 juillet 2012, le juge Punnett a accordé une injonction *Mareva* gelant l’actif global de Datalink, y compris son inventaire complet de produits. Il a conclu que Datalink avait incorporé [traduction] « une myriade de coquilles vides dans différents pays », avait continué de vendre le produit en cause et avait réduit les prix pour attirer plus de clients, et que ce groupe offrait des services additionnels qui, selon Equustek, entraînaient la divulgation d’autres secrets commerciaux de son entreprise. Il a conclu qu’Equustek subirait un préjudice irréparable si l’injonction n’était pas accordée, et que, selon la prépondérance des inconvénients et en raison d’un risque réel de dilapidation de l’actif, il était juste et équitable qu’une injonction soit prononcée contre Datalink.
8. Le 3 août 2012, la juge Fenlon a décerné une autre injonction interlocutoire contre Datalink, lui interdisant d’utiliser des catégories plus larges d’éléments de propriété intellectuelle, ce qui comprenait [traduction] « l’utilisation de catégories entières de documents et de renseignements qui sont au cœur d’activités du type de celles auxquelles se livrent les deux parties ». Elle a souligné que les gains d’Equustek « ont chuté considérablement depuis que [. . .] Datalink [a] commencé à exercer les activités contestées », et a conclu que « le fait de permettre à [Datalink] d’exercer [ses] activités [causerait] aussi un préjudice irréparable à [Equustek] ».
9. Le 26 septembre 2012, Equustek a présenté une demande pour faire déclarer coupables d’outrage au tribunal les sociétés Datalink et leur directeur, Morgan Jack. Personne n’a comparu pour Datalink. Le juge Groves a délivré un mandat d’arrestation contre Morgan Jack, mais celui‑ci demeure non exécuté.
10. Malgré les ordonnances judiciaires interdisant la vente de biens figurant dans l’inventaire et l’utilisation des éléments de propriété intellectuelle d’Equustek, Datalink a continué d’exercer ses activités à partir d’un endroit inconnu et a vendu le produit en cause sur ses sites Web à des clients partout dans le monde.
11. Puisqu’elle ne savait pas où Datalink ou ses fournisseurs se trouvaient, et qu’elle était incapable de faire retirer les sites Web par les entreprises les hébergeant, Equustek s’est adressée à Google en septembre 2012 et lui a demandé de délister les sites Web de Datalink. Google a refusé. Equustek a ensuite intenté une action visant à obtenir une ordonnance intimant à Google de le faire.
12. Lorsqu’elle s’est vu signifier les documents relatifs à la demande, Google a demandé à Equustek d’obtenir une ordonnance judiciaire interdisant à Datalink d’exercer des activités sur Internet. Google a dit à Equustek qu’elle se conformerait à une telle ordonnance en supprimant des pages Web précises. Selon sa politique interne, Google ne déliste volontairement que des pages Web déterminées, et non des sites complets. Equustek a accepté d’essayer cette approche.
13. Le 13 décembre 2012, Equustek a comparu devant le tribunal avec Google. Le juge Tindale a décerné une injonction intimant à Datalink de [traduction] « cesser d’exercer des activités sur tout site Web ». Entre décembre 2012 et janvier 2013, Google a avisé Equustek qu’elle avait délisté 345 pages Web précises liées à Datalink. Elle n’a toutefois pas délisté *tous* les sites Web de Datalink.
14. Equustek s’est vite aperçue que le délistage de pages Web plutôt que de sites Web au complet n’était pas efficace, puisque Datalink avait simplement déplacé le contenu répréhensible vers de nouvelles pages de ses sites Web, contournant ainsi les ordonnances judiciaires.
15. Google avait limité le délistage aux recherches effectuées sur google.ca. Le moteur de recherche de Google fonctionne grâce à des sites Web spécialisés partout dans le monde. Les services de recherche sur Internet sont gratuits, mais Google gagne de l’argent en vendant de l’espace publicitaire sur les pages Web qui affichent les résultats de recherche. Les utilisateurs d’Internet ayant une adresse de protocole Internet canadien sont dirigés vers « google.ca » lorsqu’ils effectuent une recherche en ligne. Cependant, ceux‑ci peuvent également avoir accès à différents sites Web de Google destinés à d’autres pays en utilisant le localisateur uniforme de ressources ou URL spécifique de ces sites. Cela signifie qu’une personne à Vancouver, par exemple, peut avoir accès au moteur de recherche de Google comme si elle était dans un autre pays simplement en tapant l’URL de Google de ce pays. Les clients canadiens potentiels pourraient donc trouver les sites Web de Datalink même s’ils étaient bloqués sur google.ca. Comme la majeure partie des ventes du GW1000 de Datalink étaient faites à des acheteurs à l’extérieur du Canada, le délistage effectué par Google n’a pas eu l’effet protecteur nécessaire.
16. Equustek a donc demandé une injonction interlocutoire visant à interdire à Google d’afficher toute partie des sites Web de Datalink dans ses résultats de recherche partout dans le monde. La juge Fenlon a accordé l’ordonnance (374 D.L.R. (4th) 537 (C.S. C.‑B.)). Le disposif se lit ainsi :

[traduction] Dans les 14 jours suivant la date de la présente ordonnance, Google Inc. cessera le listage et le référencement des sites Web [de Datalink], y compris l’ensemble des sous‑pages et des sous‑répertoires des sites Web énumérés, dans les résultats de ses moteurs de recherche sur Internet, et ce, *jusqu’à l’issue du procès relativement à la présente action ou jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour*. [Italiques ajoutés.]

1. La juge Fenlon a souligné que Google contrôle entre 70 et 75 p. 100 des recherches mondiales dans Internet, et que la capacité de Datalink de vendre son produit contrefait dépend, en grande partie, du fait que les clients sont capables de trouver ses sites Web grâce au moteur de recherche de Google. Ce n’est qu’en empêchant les clients potentiels d’avoir accès aux sites Web de Datalink qu’Equustek pourrait être protégée. Autrement, Datalink pourrait continuer de vendre son produit en ligne et Equustek ne pourrait pas être indemnisée pour le préjudice subi à la fin de la poursuite.
2. La juge Fenlon a conclu que ce préjudice irréparable était facilité par le moteur de recherche de Google, qu’Equustek n’avait d’autre choix que d’exiger que Google déliste les sites Web de Datalink, que Google ne subirait pas d’inconvénient et que, pour que l’ordonnance soit efficace, il fallait empêcher que les sites de Datalink soient affichés dans tous les résultats de recherche de Google, et non seulement dans ceux de google.ca. Comme elle l’affirme :

[traduction] D’après le dossier dont je suis saisie, j’estime que, pour être efficace, même à l’intérieur du Canada, Google doit bloquer les résultats de recherche sur tous ses sites Web. De plus, les ventes [de Datalink] ont lieu principalement dans d’autres pays, de sorte que le processus judiciaire ne peut être protégé que si l’injonction empêche les personnes qui effectuent des recherches à partir de quelques pays que ce soit de trouver les sites Web [de Datalink][[1]](#footnote-1).

1. La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a rejeté l’appel interjeté par Google (386 D.L.R. (4th) 224). Le juge Groberman a souscrit à la conclusion de la juge Fenlon selon laquelle elle avait compétence personnelle à l’égard de Google et qu’elle pouvait donc rendre une ordonnance ayant des effets extraterritoriaux. Il a également reconnu que les tribunaux investis d’une compétence inhérente pouvaient accorder une réparation en equity contre des tiers. Puisqu’une injonction interlocutoire contre Google était la seule façon possible d’empêcher Datalink de faire fi des diverses ordonnances judiciaires, et, puisqu’aucune considération identifiable — en matière de courtoisie ou de liberté d’expression — susceptible de faire contrepoids n’empêchait l’octroi d’une telle ordonnance, il a confirmé l’injonction interlocutoire.
2. Pour les motifs suivants, je suis d’accord avec la juge Fenlon et le juge Groberman pour dire qu’on a satisfait au critère applicable à l’octroi d’une injonction interlocutoire contre Google en l’espèce.

Analyse

1. La décision d’accorder une injonction interlocutoire est une décision discrétionnaire qui commande un degré élevé de déférence (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 155-156). En l’espèce, je ne vois aucune raison de modifier cette décision.
2. Les injonctions sont des réparations en equity. [traduction] « Les pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity pour accorder des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités » (Ian Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9e éd. 2014), p. 333). Robert Sharpe souligne que [traduction] « [l]’injonction est une réparation souple et draconienne. Les injonctions ne s’appliquent pas uniquement à un domaine de droit substantiel et elles peuvent être facilement exécutées au moyen du pouvoir judiciaire en matière d’outrage » (*Injunctions and Specific Performance* (éd. à feuilles mobiles), par. 2.10).
3. Une injonction interlocutoire est normalement exécutoire jusqu’au procès ou jusqu’à tout autre règlement de l’action. De telles injonctions visent à « préserver » l’objet du litige, de sorte qu’une réparation efficace sera possible lorsque l’affaire sera finalement jugée au fond (Jeffrey Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2e éd. 2013), p. 24‑25). Leur caractère « interlocutoire » ne dépend pas de leur durée dans l’attente du procès.
4. L’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, établit le critère à trois volets suivant pour déterminer si un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’octroyer une injonction interlocutoire : existe‑t‑il une question sérieuse à juger, la personne sollicitant l’injonction subirait‑elle un préjudice irréparable si cette mesure n’était pas accordée et la prépondérance des inconvénients favorise‑t‑elle l’octroi ou le refus de l’injonction interlocutoire? Il s’agit essentiellement de savoir si l’octroi d’une injonction est juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire. La réponse à cette question dépendra nécessairement du contexte.
5. Google ne conteste pas le fait qu’il existe une demande sérieuse. L’entreprise ne conteste pas non plus qu’Equustek subit un préjudice irréparable du fait que Datalink continue de vendre le GW1000 sur Internet. Elle reconnaît aussi, comme l’a conclu la juge Fenlon, qu’elle facilite par inadvertance le préjudice au moyen de son moteur de recherche, lequel dirige les acheteurs directement aux sites Web de Datalink.
6. Google soutient, toutefois, que l’injonction décernée contre elle n’est pas nécessaire pour empêcher ce préjudice irréparable et qu’elle ne constitue pas un moyen efficace d’y parvenir. De plus, elle fait valoir qu’en tant que tiers, elle devrait échapper à l’injonction. En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, elle conteste l’opportunité et la nécessité de la portée extraterritoriale d’une telle ordonnance, et soulève des questions relatives à la liberté d’expression qui, selon elle, auraient dû faire pencher la balance contre l’octroi de l’ordonnance. Ces arguments se rapportent à la question de savoir si la Cour suprême de la Colombie‑Britannique avait compétence pour accorder l’injonction et, dans l’affirmative, s’il était juste et équitable qu’elle le fasse en l’espèce.
7. Essentiellement, le premier argument de Google veut que les tiers ne puissent faire l’objet d’une injonction interlocutoire. Soit dit en tout respect, cette affirmation est contraire à la jurisprudence. Non seulement une injonction peut être décernée contre un tiers par rapport à l’action sous‑jacente, mais les contours du critère applicable demeurent les mêmes. Comme la Cour l’a affirmé dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*,[1996] 2 R.C.S. 1048, en citant l’art. 36 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, les tribunaux peuvent accorder des injonctions [traduction] « dans tous les cas où il [leur] paraît juste ou opportun de le faire, [. . .] selon les modalités qu’[ils] juge[nt] équitables » (par. 15). Cet arrêt mettait en cause une entreprise d’exploitation forestière qui cherchait à empêcher des manifestants de barrer des chemins. L’entreprise a obtenu une injonction interlocutoire interdisant non seulement à des personnes nommément désignées, mais aussi à [traduction] « John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues » et à « toutes les personnes ayant connaissance de [l’]ordonnance » de faire tout acte nuisant à ses activités dans les lieux spécifiés (par. 5). Confirmant l’injonction, la juge McLachlin a fait observer ce qui suit :

Il est [. . .] possible d’affirmer avec confiance *que la jurisprudence tant anglaise que canadienne appuie le point de vue que les injonctions sont opposables aux tiers*: si des tiers violent une injonction, ils s’exposent à une condamnation et à une peine pour outrage au tribunal. Les tribunaux ont compétence pour accorder des injonctions provisoires que tous, sous peine de condamnation pour outrage, doivent respecter. [Italiques ajoutés; par. 31.]

Voir également Berryman, p. 57-60; Sharpe, par. 6.260 à 6.265.

1. En d’autres mots, lorsqu’un tiers contrevient à une ordonnance judiciaire, il existe un fondement rationnel au fait de traiter celui‑ci comme s’il était lié par l’ordonnance. Une obligation incombe au tiers, [traduction] « non pas parce que l’injonction lui est opposable en tant que partie à l’action, mais parce que son acte est une entrave à la justice » (*MacMillan Bloedel*, par. 27, citant *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), p. 555).
2. La juge Fenlon a, en l’espèce, expliqué de manière concise le pragmatisme et la nécessité d’une telle approche en donnant l’exemple suivant :

[traduction] . . . une entreprise tiers qui entrepose et expédie des biens pour une entreprise de fabrication défenderesse pourrait se voir imposer une injonction provisoire visant à geler les biens de la défenderesse et à lui interdire de les expédier. Une telle injonction pourrait avoir une incidence sur les commandes passées par des clients partout dans le monde. Peut‑on raisonnablement soutenir que la cour ne peut pas accorder l’injonction parce que celle‑ci aurait des effets partout dans le monde? L’effet d’une injonction sur des tiers par rapport à la poursuite ou à l’ordonnance elle‑même est une considération dont la cour peut valablement tenir compte lorsqu’elle décide si elle exerce sa compétence pour accorder une injonction. Elle n’a pas toutefois aucune incidence sur le pouvoir de la cour de rendre une telle ordonnance[[2]](#footnote-2).

1. Les ordonnances de type *Norwich* sont semblables et peuvent également être utilisées pour obliger des tiers à communiquer des renseignements ou des documents qu’ils ont en leur possession et qu’un demandeur exige (*Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*,[1974] A.C. 133 (H.L.), p. 175). Ces ordonnances sont de plus en plus utilisées dans le contexte numérique par des demandeurs qui prétendent être victimes de diffamation ou de fraude anonyme et qui cherchent à obtenir des ordonnances contre des fournisseurs de services Internet afin d’obliger ceux‑ci à divulguer l’identité de l’auteur de l’infraction (*York University c. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755 (C.S.J. Ont.)). Une divulgation de type *Norwich* peut être ordonnée contre des tiers qui n’ont eux‑mêmes commis aucun acte répréhensible, mais qui sont mêlés aux actes fautifs d’autres personnes à un point tel qu’ils facilitent le préjudice. Ce principe a été décrit dans *Norwich* comme une obligation d’aider la personne lésée (p. 175; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2017] 1 All E.R. 700 (C.A.), par. 53). *Norwich* fournit une justification rationnelle au fait d’accorder des injonctions à l’égard de tiers qui facilitent l’acte répréhensible (voir *Cartier*, par. 51‑55; et *Warner‑Lambert Co. c. Actavis Group PTC EHF*, 144 B.M.L.R. 194 (Ch.)).
2. Cette approche a été appliquée dans *Cartier*, où la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles a conclu qu’une injonction pouvait être décernée contre cinq tiers fournisseurs de services Internet qui n’avaient pris part à aucun acte fautif et qui n’étaient pas accusés de tels actes. Ceux‑ci se sont vu ordonner de bloquer l’accès de leurs clients à certains sites Web pour éviter de faciliter la contrefaçon des marques de commerce du groupe demandeur. (Voir également Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (2016), p. 412 et 498‑499.)
3. La même logique sous‑tend les injonctions *Mareva*, lesquelles peuvent également être décernées contre des tiers. Ces injonctions sont utilisées pour geler l’actif afin d’empêcher sa dilapidation avant la conclusion du procès ou de l’action (*Mareva Compania Naviera S.A.* *c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd’s Rep. 509 (C.A.); *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*,[1985] 1 R.C.S. 2). Une injonction *Mareva* qui exige que le défendeur ne dilapide pas son actif exige parfois le concours d’un tiers, ce qui peut ensuite donner lieu à une injonction contre le tiers si cela est juste et équitable (Stephen Pitel et Andrew Valentine, « The Evolution of the Extra‑territorial *Mareva* Injunction in Canada : Three Issues » (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339, p. 370; Vaughan Black et Edward Babin, « Mareva Injunctions in Canada : Territorial Aspects » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 430, p. 452-453; Berryman, p. 128-131). Des injonctions *Mareva* ont donc été déclarées opposables à des banques et à d’autres institutions financières même lorsque celles‑ci n’étaient pas parties à l’action sous‑jacente.
4. Pour préserver les droits d’Equustek jusqu’à l’issue du litige, le juge Tindale a, dans une ordonnance rendue le 13 décembre 2012, exigé que Datalink cesse d’exercer des activités sur Internet. Google avait demandé à Equustek de solliciter cette ordonnance, a participé à l’obtention de celle‑ci et a offert de s’y conformer volontairement. Nul ne conteste que Datalink ne pouvait exercer des activités d’une façon viable sur le plan commercial que si ses sites Web figuraient dans les résultats de recherche de Google. Comme l’a expressément conclu la juge Fenlon, en ne délistant pas ces sites, Google facilitait la violation par Datalink de l’ordonnance du juge Tindale, car elle lui permettait de continuer à exercer ses activités sur Internet. Au moment où elle s’est vu imposer une injonction par la juge Fenlon, Google savait qu’en ne délistant pas les sites Web de Datalink, elle facilitait la violation continue par Datalink de l’ordonnance du juge Tindale, ordonnance dont l’objet était d’empêcher qu’Equustek subisse un préjudice irréparable.
5. Tout comme une ordonnance *Norwich* ou une injonction *Mareva* prononcée contre un tiers, l’injonction interlocutoire en l’espèce découle du fait que le concours de Google est nécessaire pour ne pas faciliter la violation d’ordonnances judiciaires par Datalink et causer un préjudice irréparable à Equustek. Sans cette injonction, il était clair que Google continuerait de faciliter ce préjudice continu.
6. L’argument suivant de Google veut que l’octroi d’une injonction interlocutoire ayant des effets extraterritoriaux est inapproprié. Cependant, cette affirmation contredit également la jurisprudence actuelle.
7. Les tribunaux de la Colombie‑Britannique dans la présente affaire ont conclu que, comme Google exploitait une entreprise dans la province au moyen d’activités de publicité et de recherche, cela était suffisant pour établir l’existence d’une compétence personnelle et territoriale. Google ne conteste pas ces conclusions; elle conteste plutôt la portée mondiale de l’ordonnance en résultant. Google suggère que, si une injonction est accordée, elle devrait se limiter au Canada (ou à google.ca) seulement.
8. Lorsqu’un tribunal a une compétence personnelle et qu’il est nécessaire d’assurer l’efficacité de l’injonction, il peut accorder une injonction dictant la conduite de la personne visée n’importe où dans le monde. (Voir *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 867, par. 6; Berryman, p. 20; Pitel et Valentine, p. 389; Sharpe, par. 1.1190; Spry, p. 37.) Des injonctions *Mareva* ayant des effets à l’échelle mondiale ont été octroyées lorsque cela a été jugé nécessaire pour assurer leur efficacité. (Voir *Mooney c. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 (C.S.); Berryman, p. 20 et 136; *Babanaft International Co. S.A. c. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13 (C.A.); *Republic of Haiti c. Duvalier*,[1990] 1 Q.B. 202 (C.A.); *Derby & Co. c. Weldon*,[1990] 1 Ch. 48 (C.A.); *Derby & Co. c. Weldon (Nos. 3 and 4)*,[1990] 1 Ch. 65 (C.A.); Sharpe, par. 1.1190 à 1.1220.)
9. Le juge Groberman a souligné l’appui que reçoit cette approche à l’échelle internationale :

[traduction] Je constate que les tribunaux de bien d’autres pays ont jugé nécessaire, dans le contexte d’ordonnances contre des abus commis sur Internet, de prononcer des ordonnances ayant des effets à l’échelle internationale. Plusieurs affaires de ce type sont citées dans les arguments de la [Fédération internationale des associations de producteurs de films et de la Fédération internationale de l’industrie phonographique], y compris *APC c. Auchan Telecom*, 11/60013, jugement (28 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *McKeogh c. Doe* (Irish High Court, affaire no 20121254P); *Mosley c. Google*, 11/07970, jugement (6 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Max Mosley c. Google* (voir « Case Law, Hamburg District Court: *Max Mosley c. Google Inc.* en ligne : Inform’s Blog https://inforrm.wordpress.com/2014/02/05/case-law-hamburg-district-court-max-mosley-v-google-inc-google-go-down-again-this-time-in-hamburg-dominic-crossley/) et *ECJ Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C‑131/12 [2014], CURIA[[3]](#footnote-3).

1. La juge Fenlon a expliqué comme suit pourquoi il était nécessaire qu’Equustek demande que l’ordonnance ait des effets à l’échelle mondiale :

[traduction] La majeure partie des ventes du GW1000 sont faites à l’extérieur du Canada. En conséquence, indépendamment du problème pratique que représentent les innombrables nouvelles versions des sites Web, la solution que propose Google n’équivaut pas à l’ordonnance que l’on sollicite maintenant et qui obligerait Google à retirer les sites Web de [Datalink] de tous les résultats de recherche générés par l’un des sites Web de Google à travers le monde. Je conclus donc que [Equustek ne] dispose pas d’une réparation extrajudiciaire[[4]](#footnote-4).

. . .

. . . pour être efficace, même à l’intérieur du Canada, Google doit bloquer les résultats de recherche sur tous ses sites Web[[5]](#footnote-5).

En conséquence, pour faire en sorte que Google ne facilite pas la violation par Datalink d’ordonnances judiciaires dont l’objet était d’empêcher qu’Equustek subisse un préjudice irréparable, elle a conclu que l’injonction devait avoir des effets à l’échelle mondiale.

1. Je suis d’accord. Le problème en l’espèce se pose en ligne et à l’échelle mondiale. L’Internet n’a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s’assurer que l’injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c’est‑à‑dire mondialement. Comme l’a conclu la juge Fenlon, la majeure partie des ventes de Datalink a lieu à l’extérieur du Canada. Si l’injonction se limitait au Canada seulement ou à google.ca, ce qui aurait dû être le cas selon Google, la réparation ne pourrait pas empêcher comme il se doit le préjudice irréparable. Les acheteurs à l’extérieur du Canada pourraient facilement continuer à acheter des produits sur les sites Web de Datalink et les acheteurs canadiens pourraient facilement trouver les sites Web de Datalink même si ceux‑ci ont été délistés de google.ca. Google faciliterait toujours la violation par Datalink de l’ordonnance judiciaire lui interdisant d’exercer des activités sur Internet. Une injonction interlocutoire n’offrant aucune possibilité réaliste d’empêcher le préjudice irréparable ne constitue pas une réparation en equity.
2. L’injonction interlocutoire en l’espèce est nécessaire pour empêcher le préjudice irréparable qui découle du fait que Datalink exploite une entreprise sur Internet, ce qui lui serait impossible de faire sur le plan commercial sans l’aide de Google. L’ordonnance vise les sites Web de Datalink — dont la liste a été mise à jour lorsque Datalink a voulu contrecarrer l’injonction — et interdit que ceux‑ci soient affichés là où ils sont le plus dommageables, c’est‑à‑dire dans les résultats de recherche de Google à travers le monde.
3. Les effets de l’injonction à l’échelle mondiale ne font pas non plus en sorte que la prépondérance des inconvénients favorise Google. L’ordonnance n’exige pas que Google prenne des mesures partout dans le monde; elle oblige l’entreprise à en prendre uniquement à l’endroit où son moteur de recherche est contrôlé. Google a reconnu que c’est quelque chose qu’elle peut faire — et qu’elle fait — assez facilement. La portée mondiale de l’ordonnance ne cause donc pas à Google un préjudice susceptible de faire partie des « inconvénients ».
4. L’argument de Google selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale parce qu’il est possible que l’ordonnance ne puisse pas être accordée dans un autre pays ou que Google viole les lois de ce pays en se conformant à celle‑ci est, en toute déférence, théorique. Comme l’a souligné la juge Fenlon, [traduction] « Google convient que la plupart des pays reconnaîtront probablement les droits de propriété intellectuelle et considéreront la vente de produits piratés comme une transgression du droit positif »[[6]](#footnote-6).
5. Et, bien qu’il soit toujours important d’accorder une attention respectueuse aux questions liées à la liberté d’expression, en particulier lorsque des valeurs fondamentales d’un autre pays sont en cause, je ne crois que de telles questions font pencher la balance en faveur de Google en l’espèce. Comme l’a conclu le juge Groberman :

[traduction] Dans le cas qui nous occupe, il n’est pas réaliste d’affirmer que l’ordonnance rendue par la juge heurtera les sensibilités d’une autre nation. Personne n’a prétendu que l’ordonnance interdisant aux défendeurs d’annoncer des marchandises qui contreviennent aux droits de propriété intellectuelle des demandeurs porte atteinte aux valeurs fondamentales d’une nation. L’ordonnance prononcée contre Google est une ordonnance accessoire très limitée visant à assurer le respect des droits fondamentaux des demandeurs.

. . . l’ordonnance en l’espèce est une ordonnance interlocutoire pouvant être modifiée par un tribunal. Dans le cas improbable où un pays jugerait que l’ordonnance porte atteinte à ses valeurs fondamentales, une demande de modification de l’ordonnance pourrait être présentée au tribunal afin d’éviter le problème[[7]](#footnote-7).

1. Si Google dispose d’éléments de preuve démontrant que, pour se conformer à une telle injonction, elle doit contrevenir aux lois d’un autre pays, et notamment porter atteinte à la liberté d’expression, elle peut toujours demander aux tribunaux de la Colombie‑Britannique de modifier l’ordonnance interlocutoire en conséquence. Jusqu’à maintenant, Google n’a pas présenté une telle demande.
2. En l’absence d’un fondement de preuve, et compte tenu du droit de Google de demander une ordonnance de rectification, il ne semble guère équitable de refuser d’accorder à Equustek la portée extraterritoriale dont elle a besoin pour rendre la réparation efficace, ou même de lui imposer le fardeau de démontrer où — pays par pays — une telle ordonnance est légalement autorisée. Après tout, la présente affaire porte sur l’Internet et le critère de la prépondérance des inconvénients doit tenir pleinement compte de son inévitable portée extraterritoriale lorsqu’une injonction est demandée contre une entité comme Google.
3. L’ordonnance ne vise pas la suppression de propos qui, à première vue, font intervenir des valeurs liées à la liberté d’expression; elle vise plutôt le délistage de sites Web qui contreviennent à plusieurs ordonnances judiciaires. Jusqu’à maintenant, nous n’avons pas reconnu que la liberté d’expression exige qu’on facilite la vente illégale de biens.
4. De plus, j’ai de la difficulté à voir comment cela compromet ce que Google appelle son caractère neutre sur le plan du contenu. L’injonction n’exige pas que Google surveille le contenu sur Internet et elle ne constitue pas non plus une conclusion selon laquelle Google est responsable de quelque façon que ce soit d’avoir facilité l’accès aux sites Web en cause. En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, la seule obligation qu’impose à Google l’injonction interlocutoire est celle de délister les sites Web de Datalink. Comme l’a constaté la juge Fenlon, l’ordonnance ne prévoit [traduction] « qu’un peu plus que le retrait d’adresses URL données, ce que Google a accepté de faire volontairement »[[8]](#footnote-8). Même si on pouvait dire que l’injonction soulève des questions relatives à la liberté d’expression, celles‑ci sont largement contrebalancées par la nécessité d’empêcher le préjudice irréparable qui découlerait du fait que Google facilite la violation par Datalink des ordonnances judiciaires.
5. Google n’a pas soutenu qu’elle subirait des inconvénients appréciables ou qu’elle engagerait des dépenses importantes en délistant les sites Web de Datalink. Elle reconnaît, objectivement, qu’elle peut faire, et qu’elle fait souvent, exactement ce qui lui est demandé en l’espèce, c’est‑à‑dire modifier des résultats de recherche. Elle le fait pour éviter de générer des liens vers des sites de pornographie juvénile ou renfermant des « propos haineux ». Elle se conforme aux avis qu’elle reçoit en application de la loi américaine intitulée *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105‑304, 112 Stat. 2680 (1998) — avis sollicitant le délistage du contenu de ses résultats de recherche qui porterait atteinte à des droits d’auteur —, et elle retire les sites Web assujettis à des ordonnances judiciaires.
6. En ce qui a trait à l’argument selon lequel l’injonction deviendra permanente, la durée d’une injonction interlocutoire n’a pas, en soi, pour effet de transformer une injonction provisoire en une injonction permanente. Comme il a déjà été mentionné, l’ordonnance exige que l’injonction soit en vigueur [traduction] « jusqu’à l’issue du procès relativement à la présente action ou jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour ». Il n’y a aucune raison de mettre en doute cette ordonnance. Lorsqu’une injonction interlocutoire est en vigueur pendant une période excessivement longue, les parties peuvent toujours demander qu’elle soit modifiée ou annulée. Google n’a présenté aucune demande en ce sens.
7. Datalink et ses représentants ont fait abstraction de toutes les ordonnances judiciaires antérieures prononcées contre eux, ont quitté la Colombie‑Britannique et continuent d’exploiter leur entreprise à partir d’endroits inconnus à l’extérieur du Canada. Equustek a cherché à localiser Datalink, mais avec peu de succès. Datalink ne doit sa survie — au détriment de celle d’Equustek — qu’au moteur de recherche de Google, lequel dirige les clients potentiels vers ses sites Web. Autrement dit, c’est Google qui a permis à Datalink de continuer de causer un préjudice à Equustek au mépris de plusieurs ordonnances judiciaires.
8. Google n’est pas pour autant responsable de ce préjudice. Toutefois, ces circonstances font en sorte que Google a joué un rôle déterminant en l’espèce en permettant au préjudice de se produire. Tout bien considéré, puisque l’injonction interlocutoire est la seule façon efficace de réduire le préjudice causé à Equustek jusqu’à ce que le litige sous‑jacent soit réglé — la seule façon, en fait, de préserver Equustek elle‑même jusqu’à ce que le litige sous‑jacent soit réglé — et puisque le préjudice subi par Google en contrepoids est minime, voire inexistant, l’injonction interlocutoire devrait donc être confirmée.
9. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique.

Version française des motifs rendus par

1. Les juges Côté et Rowe (dissidents) — Le groupe intimé, Equustek Solutions Inc., Robert Angus et Clarma Enterprises Inc. (« Equustek »), sollicite une nouvelle forme de réparation en equity ― une injonction qui, dans les faits, est permanente, contre un tiers innocent, qui requiert la supervision du tribunal et dont l’efficacité n’a pas été démontrée, et ce, malgré l’existence d’autres recours. Notre réponse commande la retenue judiciaire. Même si le tribunal avait compétence pour prononcer l’ordonnance du 13 juin 2014 contre Google Inc. (« ordonnance visant Google ») (2014 BCSC 1063, 374 D.L.R. (4th) 537, la juge Fenlon), nous estimons qu’il aurait dû s’abstenir de le faire. Le pouvoir d’accorder une réparation en equity a toujours été limité par la doctrine et la pratique. À notre avis, l’ordonnance visant Google a évité trop facilement ces restrictions.
2. Comme nous l’expliquerons, l’ordonnance visant Google constitue dans les faits une réparation finale contre un tiers qui n’a pas agi illégalement, ni aidé à la perpétration d’un acte illégal ni encouragé celle‑ci. Le critère relatif aux injonctions interlocutoires établi dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, ne s’applique pas à une ordonnance qui est en fait finale, et il n’a pas été satisfait au critère applicable à l’octroi d’une injonction permanente. L’ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire nécessitant la supervision du tribunal. Il n’a pas été démontré qu’elle était efficace et d’autres recours s’offrent à Equustek.
3. Retenue judiciaire
4. Le pouvoir des tribunaux d’accorder une injonction est issu de celui des Cours de chancellerie d’Angleterre (*Fourie c. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087, par. 30), et il a été confirmé en Colombie‑Britannique par le par. 39(1) de la loi intitulée *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 :

[traduction]

**39** (1) Le tribunal peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, accorder une injonction ou une ordonnance de la nature d’un mandamus, ou nommer un séquestre ou un séquestre‑gérant par ordonnance interlocutoire.

1. Dans *Fourie*, lord Scott a expliqué que, [traduction] « si le tribunal a compétence personnelle à l’égard de la personne contre laquelle l’injonction — interlocutoire ou permanente — est demandée, il a compétence, au sens strict, pour l’accorder » (par. 30). Cependant, le seul fait qu’un tribunal ait compétence pour accorder une injonction ne signifie pas qu’il devrait le faire. Un tribunal « ne le fera, selon sa pratique établie, que d’une certaine façon et dans certaines circonstances » (lord Scott, par. 25, citant *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, p. 563; voir aussi *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949, par. 98‑100). Le professeur Spry est arrivé à des conclusions semblables (I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9e éd. 2014), p. 333) :

[traduction] Les pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity pour décerner des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités. Les injonctions sont prononcées seulement lorsque cela est conforme aux principes d’equity; cette restriction implique non pas une absence de pouvoirs, mais l’adoption de doctrines et de pratiques dont l’application diffère de temps à autre. [Note en bas de page omise.]

1. Lord Nicholls a résumé l’importance d’adapter la retenue judiciaire aux besoins de la justice dans *Mercedes Benz A.G. c. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284 (C.P.), p. 308 : [traduction] « Tout comme la situation dans le monde évolue, il doit en être de même des situations où les tribunaux peuvent exercer à bon droit leur compétence pour accorder des injonctions. L’exercice de la compétence doit reposer sur des principes, mais le critère applicable est celui de l’injustice. »
2. Les changements à la « pratique établie » ne doivent pas aller au‑delà de l’objectif d’éviter une injustice. À notre avis, accorder l’ordonnance visant Google exige des changements à la pratique établie qui ne sont pas justifiés en l’espèce : ni le critère applicable à l’octroi d’une injonction interlocutoire ni celui applicable à l’octroi d’une injonction permanente ne sont respectés; la supervision du tribunal est requise; il n’a pas été démontré que l’ordonnance était efficace; et d’autres recours sont possibles.
3. Facteurs commandant la retenue en l’espèce
   1. Les effets de l’ordonnance visant Google sont finaux
4. Dans *RJR — MacDonald*, la Cour a établi le critère applicable à l’octroi des injonctions interlocutoires ― question sérieuse à juger, préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients ―, mais elle a aussi prévu une exception (p. 338‑339) :

Il existe deux exceptions à la règle générale selon laquelle un juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi sur le fond. La première est le cas où le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l’action. Ce sera le cas, d’une part, si le droit que le requérant cherche à protéger est un droit qui ne peut être exercé qu’immédiatement ou pas du tout, ou, d’autre part, si le résultat de la demande aura pour effet d’imposer à une partie un tel préjudice qu’il n’existe plus d’avantage possible à tirer d’un procès. . .

. . .

Les circonstances justifiant l’application de cette exception sont rares. Lorsqu’elle s’applique, le tribunal doit procéder à un examen plus approfondi du fond de l’affaire. Puis, au moment de l’application des deuxième et troisième étapes de l’analyse, il doit tenir compte des résultats prévus quant au fond. [Nous soulignons.]

1. À notre avis, l’ordonnance visant Google « équivau[t] en fait au règlement final de l’action » puisqu’il « n’existe plus d’avantage possible à tirer d’un procès ». Pour comprendre cette conclusion, il est utile d’examiner la demande sous‑jacente d’Equustek. Dans son avis de poursuite civile modifié déposé contre Datalink, Equustek a demandé des dommages‑intérêts, des jugements déclaratoires et :

[traduction] Une injonction provisoire et permanente interdisant aux défendeurs les actes suivants :

utiliser les marques de commerce des demandeurs et bénéficier sans contrepartie de l’achalandage attaché aux produits d’Equustek sur tout site Web;

faire des déclarations dépréciant les produits d’Equustek ou renvoyant de quelque façon que ce soit à ceux‑ci;

distribuer les manuels en cause et afficher des images des produits des demandeurs sur tout site Web; et

vendre la gamme de produits GW1000 créés par suite du vol des secrets commerciaux des demandeurs;

et leur imposant les obligations suivantes :

divulguer immédiatement tous les sites Web cachés; et

afficher une page sur tous les sites Web corrigeant [leurs] déclarations inexactes concernant la source et la disponibilité continue des produits d’Equustek et qui dirige les clients vers Equustek.

En résumé, Equustek a demandé des injonctions modifiant la façon dont Datalink exerce ses activités de sites Web, ainsi que des dommages‑intérêts et des jugements déclaratoires. Le 20 juin 2012, la réponse de Datalink a été radiée et Equustek a été autorisée à solliciter un jugement par défaut, mais elle ne l’a pas fait. Le 13 décembre 2012, le juge Tindale a ordonné que

[traduction] [l]es défendeurs Morgan Jack, Datalink Technologies Gateways Inc. et Datalink Technologies Gateways LLC (les « défendeurs Datalink ») cessent d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web, y compris ceux mentionnés à l’annexe « A » ainsi que l’ensemble des pages, des sous‑pages et des sous‑répertoires connexes, et ferment immédiatement tous ces sites, jusqu’à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance. [« ordonnance de décembre 2012 »]

L’ordonnance de décembre 2012 accorde à Equustek *plus* que l’injonction qu’elle sollicitait dans sa demande initiale. Plutôt que de simplement exiger la modification des sites Web de Datalink, cette ordonnance prévoit la cessation complète de ses activités au moyen de tout site Web. À notre avis, Equustek n’a guère avantage à retourner devant le tribunal pour obtenir une injonction moins sévère, comme en témoigne le choix d’Equustek de ne pas demander de jugement par défaut pendant la période d’environ cinq ans qui s’est écoulée depuis qu’elle a obtenu l’autorisation de ce faire.

1. En ce qui a trait à l’ordonnance visant Google, elle accorde une réparation additionnelle à Equustek, réparation allant au‑delà de l’ordonnance de décembre 2012 et de ce qu’elle réclamait dans sa demande initiale. À notre avis, le fait d’accorder cette ordonnance érode davantage toute motivation que pourrait encore avoir Equustek à donner suite à l’action sous‑jacente. Les effets de l’ordonnance visant Google sont de nature finale. Avec égards, le litige pendant que prend pour acquis notre collègue la juge Abella est une fiction. Bien que de forme interlocutoire, l’ordonnance visant Google a un effet final. En conséquence, elle accorde à Equustek une réparation supérieure à celle qu’elle demandait.
2. Sur le plan procédural, Equustek a demandé une ordonnance interlocutoire dans le cadre du litige l’opposant à Datalink. Même si l’action d’Equustek contre Datalink pourrait théoriquement durer indéfiniment (P. G. Fraser, J. W. Horn et S. A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (2e éd. (feuilles mobiles)), § 14.1) — et que la nature interlocutoire de l’injonction pourrait donc théoriquement durer indéfiniment —, il ne s’ensuit pas que l’ordonnance visant Google devrait être considérée comme une ordonnance interlocutoire. Les tribunaux d’equity privilégient l’examen du fond plutôt que de la forme, parce que [traduction] « un attachement inébranlable à la forme a souvent entraîné une injustice » (*John Deere Ltd. c. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.), p. 645). Dans *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, p. 701, lord Romilly a expliqué cela de la façon suivante :

[traduction] . . . Les tribunaux d’equity font dans tous les cas une distinction entre une question de fond et une question de forme, et, s’ils concluent que le fait d’insister sur une question de forme ira à l’encontre du fond, ils jugeront inéquitable de permettre à une personne d’insister sur une telle question et d’aller ainsi à l’encontre du fond.

Nous sommes d’avis que la substance de l’ordonnance visant Google équivaut à une réparation finale. Cette ordonnance fournit donc à Equustek une réparation en equity supérieure à celle sollicitée contre Datalink et équivaut au règlement final de l’action par l’entremise de Google. Il s’agit, dans les faits, d’une injonction permanente.

1. Selon l’arrêt *RJR — MacDonald* (p. 338‑339), il faut, à la première étape de l’analyse, procéder à un examen approfondi sur le fond (*Schooff c. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680, par. 26‑27). Cependant, cela n’a pas été fait. Lorsque la juge Fenlon s’est penchée sur la demande d’injonction interlocutoire présentée par Equustek dans le but d’obliger Google à cesser le listage ou le référencement des sites Web de Datalink, elle n’a pas effectué un tel examen. Elle a toutefois souligné qu’Equustek avait présenté une cause défendable et que Datalink était présumée avoir admis les allégations lorsque ses moyens de défense avaient été radiés (par. 151). La règle selon laquelle le défendeur est réputé avoir admis les allégations contenues dans la déclaration lorsque sa défense est radiée n’est pas immuable. Bien que les faits relatifs à la responsabilité de Datalink soient réputés avoir été admis, le tribunal peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il évalue les allégations d’Equustek (*McIsaac c. Healthy Body Services Inc.*, 2009 BCSC 1716, par. 42 et 44 (CanLII); *Plouffe c. Roy*, 2007 CanLII 37693 (C.S.J. Ont.), par. 53; *Spiller c. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140 (C.S. Alb. (Div. app.)),p. 143). Equustek a évité une telle évaluation. Un examen approfondi sur le fond n’a donc pas eu lieu.
2. De plus, l’ordonnance visant Google ne satisfait pas au critère applicable à l’octroi d’une injonction permanente. Pour obtenir une telle injonction, une partie doit établir que : (1) des droits lui sont reconnus, (2) des dommages‑intérêts ne constituent pas une réparation adéquate et (3) rien n’empêche le tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder une injonction (*1711811 Ontario Ltd. c. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643, par. 74-80; Spry, p. 395 et 407‑408). Equustek a démontré le caractère inadéquat des dommages‑intérêts (le montant de ceux‑ci est déterminable, mais a peu de chances d’être recouvré, et l’acte répréhensible se poursuit). Cependant, à notre avis, on ne sait pas avec certitude si le premier élément du test est respecté. Les allégations d’Equustek reposaient sur une preuve à première vue valable, mais il n’a pas été établi que Datalink a conçu et vendu des versions contrefaites de son produit ou que cela a causé une contrefaçon de marque de commerce et une appropriation illégale de secrets commerciaux.
3. Quoi qu’il en soit, les facteurs à prendre en considération dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non une injonction militent fortement en faveur de la retenue judiciaire. Comme nous l’indiquerons plus loin, l’ordonnance visant Google oblige un tiers à faire quelque chose; pourtant, Google n’a pas aidé ni encouragé Datalink à commettre l’acte répréhensible en cause, ne détient aucun élément d’actif d’Equustek et ne dispose d’aucun renseignement pertinent à l’égard de la procédure sous‑jacente. L’ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire nécessitant la supervision du tribunal. Son efficacité n’a pas été démontrée et d’autres recours s’offrent à Equustek.
   1. Google est un tiers
4. Une ordonnance judiciaire n’est pas, « strictement parlant », opposable aux tiers, mais « quiconque enfreint l’ordonnance ou en gêne l’application peut se voir reprocher une entrave à la justice et donc se rendre coupable d’outrage au tribunal » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048,par. 23 et 27). Dans l’arrêt *MacMillan Bloedel*, l’injonction qui interdisait à des personnes nommément désignées de bloquer un chemin d’exploitation a également entraîné l’introduction de procédures pour outrage contre des tiers du fait que ceux‑ci avaient posé l’acte que l’injonction interdisait.
5. Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où un tiers ayant connaissance d’une ordonnance judiciaire y a délibérément désobéi, faisant ainsi fi de l’autorité du tribunal. Google n’a pas posé l’acte prohibé par l’ordonnance de décembre 2012. Cette dernière interdit à Datalink [traduction] « d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web ». Datalink pose un tel acte chaque fois qu’elle met en service des sites Web pour exercer ses activités ― et non lorsque d’autres parties, comme Google, font connaître l’existence de ces sites.
6. Il n’y a aucun doute que des tiers risquent aussi de faire l’objet de procédures pour outrage s’ils aident à la perpétration de l’acte prohibé ou encouragent celle‑ci (*Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); D. Bean, A. Burns et I. Parry, *Injunctions* (11e éd. 2012), par. 9-08). Lord Denning a affirmé ce qui suit dans *Acrow (Automation) Ltd. c. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676 (C.A.), p. 1682 :

[traduction] Il est établi depuis longtemps que le tribunal a le pouvoir de condamner pour outrage une personne qui n’est pas partie à l’action et qui, sachant qu’une injonction existe, aide et encourage le défendeur à y contrevenir. La raison est qu’en aidant et en encourageant le défendeur, cette personne entrave le cours de la justice.

1. À notre avis, Google n’a pas aidé à la perpétration de l’acte prohibé ni encouragé celle‑ci. Equustek a soutenu qu’en dirigeant les clients vers les sites Web de Datalink, le moteur de recherche de Google facilitait la perpétration continue par Datalink de la violation reprochée (motifs de la juge Fenlon, par. 10). Cependant, l’ordonnance de décembre 2012 visait la cessation des activités par l’entremise de tout site Web. Il y a eu manquement à cette ordonnance dès que Datalink a créé un site Web pour exercer ses activités, peu importe à quel point ce site était visible lors de recherches sur Google. Si l’argument d’Equustek était retenu, la portée de l’expression « aide et encourage » deviendrait, à notre avis, excessive. Elle pourrait permettre d’inclure les entreprises qui fournissent à Datalink les matériaux nécessaires à la production des produits dérivés, celles qui livrent les produits ou, comme Google l’a fait valoir dans son mémoire, l’entreprise locale d’électricité qui fournit de l’électricité à l’adresse physique de Datalink. Fait crucial, Datalink a contrevenu à l’ordonnance de décembre 2012 simplement en mettant en service des sites Web pour exercer ses activités, peu importe si les recherches sur Google révélaient ceux‑ci.
2. Nous convenons avec notre collègue la juge Abella que les injonctions *Mareva* et les ordonnances de type *Norwich* sont opposables aux tiers. Cependant, avec égards, nous croyons que l’ordonnance visant Google n’est pas de nature semblable à ces réparations. Les injonctions *Mareva* visent à geler des actifs jusqu’à la fin du procès, et non pas à assurer le respect des droits substantiels du demandeur (*Mercedes Benz*, p. 302). En revanche, l’ordonnance visant Google assure le respect des droits de propriété intellectuelle revendiqués par Equustek en cherchant à réduire au minimum l’atteinte à ces droits. Elle ne gèle pas certains actifs de Datalink (et, en réalité, elle pourrait les amoindrir).
3. Les ordonnances de type *Norwich* visent à obliger des tiers à fournir des renseignements. Dans *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.), p. 175, lord Reid a fait ressortir

[traduction] un principe très raisonnable voulant que si, sans que ce soit sa faute, une personne est mêlée aux actes délictueux d’autres personnes de manière à faciliter l’acte répréhensible qui leur est reproché, elle n’engage peut‑être pas sa responsabilité personnelle, mais elle est tenue d’aider la personne lésée en lui donnant des renseignements complets et en lui révélant l’identité des malfaiteurs.

Lord Reid a conclu que [traduction] « si les [autorités douanières] n’avaient pas accompli certains actes, une partie des violations n’aurait jamais pu être commise » (p. 174). Malgré cette conclusion, la cour n’a pas exigé que les autorités douanières prennent des mesures précises pour empêcher les importateurs de contrefaire le brevet de Norwich Pharmacal; la cour a plutôt rendu une ordonnance limitée obligeant les autorités douanières à révéler les noms des importateurs. Dans *Cartier*, la cour a établi une analogie avec l’affaire *Norwich* pour justifier une injonction intimant à des fournisseurs de services Internet (« FSI ») de bloquer l’accès à des sites Web contrefaisant des marques de commerce parce que [traduction] « c’est par l’entremise des services des FSI » que les clients voient et achètent les produits contrefaits (par. 155). Cette injonction ne s’appliquait pas aux parties qui ne faisaient qu’aider à localiser les sites Web.

1. En l’espèce, nous sommes d’avis que Google ne joue aucun rôle dans la violation par Datalink de l’ordonnance de décembre 2012. La question de savoir s’il y a violation de l’ordonnance de décembre 2012 ne dépend pas du degré de succès des activités prohibées exercées par l’entremise de sites Web. Il y a manquement à cette ordonnance du simple fait que Datalink exerce des activités par l’entremise d’un site Web, peu importe la visibilité de ce site ou le nombre de clients qui le visitent. En conséquence, Google ne joue pas un rôle analogue à celui des autorités douanières dans *Norwich* ni à celui des FSI dans *Cartier*. Et, contrairement à l’ordonnance prononcée dans *Norwich*, l’ordonnance visant Google requiert la prise de mesures concrètes à l’égard de l’activité illégale plutôt que de simplement exiger que des renseignements soient fournis au tribunal.
   1. L’ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire
2. Bien que la distinction entre les injonctions mandatoires et les injonctions prohibitives ait été mise en doute (voir *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. c. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405 (C.P.), par. 20), les tribunaux ont, à juste titre selon nous, procédé avec prudence lorsqu’une injonction exigeait que le défendeur engage des dépenses additionnelles pour prendre des mesures concrètes (*Redland Bricks Ltd. c. Morris*, [1970] A.C. 652 (H.L.), p. 665‑666; J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2e éd. 2013), p. 199‑200). Pour décider s’il convient ou non d’accorder une injonction mandatoire, il est également pertinent de se demander si celle‑ci nécessiterait une supervision judiciaire continue, en particulier lorsque les modalités de l’ordonnance ne peuvent être définies avec précision et lorsque le respect de l’ordonnance pourrait donner lieu à des litiges onéreux (*Co‑operative Insurance Society Ltd. c. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1 (H.L.)).
3. L’ordonnance visant Google nécessite des modifications et une supervision continues parce que Datalink met en service de nouveaux sites Web pour remplacer ceux qui sont délistés. En fait, cette ordonnance a été modifiée au moins sept fois pour permettre d’englober les nouveaux sites de Datalink (ordonnances datées du 27 novembre 2014, du 22 avril 2015, du 4 juin 2015, du 3 juillet 2015, du 15 septembre 2015, du 12 janvier 2016 et du 30 mars 2016). À notre avis, les tribunaux devraient éviter d’accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd de mise à jour sous supervision judiciaire.
   1. L’efficacité de l’ordonnance visant Google n’a pas été démontrée
4. Un tribunal peut refuser d’accorder une injonction au motif qu’elle serait inutile ou inefficace pour atteindre l’objectif recherché (Spry, p. 419‑420; Berryman, p. 113). Par exemple, dans *Attorney General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), les mémoires d’un agent du MI‑5, intitulés *Spycatcher*, étaient déjà facilement accessibles, ce qui rendait inefficace l’octroi d’une injonction permanente de non‑publication contre les journaux défendeurs.
5. À notre avis, l’ordonnance visant Google est inefficace pour assurer le respect de l’ordonnance de décembre 2012. Il importe de rappeler que l’ordonnance de décembre 2012 exige que Datalink « cess[e] d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web »; elle ne prévoit rien à l’égard de la visibilité ou du succès de ces activités. Il y a manquement à cette ordonnance dès que Datalink met en service des sites Web pour exercer ses activités, peu importe si ceux‑ci apparaissent dans les résultats d’une recherche sur Google. De plus, l’ordonnance visant Google n’aide pas Equustek à faire modifier les sites Web de Datalink, comme Equustek l’a demandé dans sa demande initiale d’injonction.
6. Le plus que l’on puisse dire, c’est que l’ordonnance visant Google pourrait réduire le préjudice causé à Equustek, préjudice que [traduction] « Google facilite par inadvertance », selon la juge Fenlon (par. 152). Mais il n’a pas été démontré que cette ordonnance constitue un moyen efficace de ce faire. Comme le souligne Google, on peut trouver les sites Web de Datalink à l’aide d’autres moteurs de recherche, de liens d’autres sites, de signets, de courriels, de médias sociaux, de documents imprimés, du bouche à oreille ou d’autres moyens indirects. Peu importe s’ils apparaissent ou non dans les résultats d’une recherche sur Google, les sites Web de Datalink sont néanmoins accessibles aux clients potentiels sur Internet. À notre avis, l’absence d’efficacité commande la retenue relativement à l’octroi de l’ordonnance visant Google.
7. De plus, la recherche d’une efficacité illusoire a conféré à l’ordonnance des effets à l’échelle mondiale, effets qui devraient constituer un facteur à prendre en considération dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Le professeur Spry explique que les limites territoriales de la compétence en equity sont [traduction] « dans une certaine mesure établies en fonction de questions d’efficacité et de courtoisie » (p. 37). Bien qu’ils ne rendent pas l’ordonnance visant Google plus efficace, les effets à l’échelle mondiale de cette ordonnance pourraient soulever des préoccupations relatives à la courtoisie.
   1. D’autres solutions sont possibles
8. Les alternatives à la disposition d’Equustek démontrent l’inefficacité de l’ordonnance. Une réparation en equity n’est requise que s’il n’existe aucun autre recours juridique approprié (Spry, p. 402‑403). À notre avis, Equustek dispose d’un tel autre recours. Datalink possède des biens en France. Equustek a demandé une injonction *Mareva* de portée mondiale pour geler ces biens, mais la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a recommandé avec insistance à Equustek d’exercer un recours devant les tribunaux français : [traduction] « À l’heure actuelle, il semble que les défendeurs proposés résident en France. [. . .] Selon les renseignements soumis à la Cour, les tribunaux français se déclareront compétents et entendront la demande visant le gel des biens dans ce pays » (2016 BCCA 190, 88 B.C.L.R. (5th) 168, par. 24). Nous ne voyons pas pourquoi Equustek ne peut pas faire ce que la Cour d’appel lui a recommandé avec insistance de faire. Equustek pourrait également — comme ce fut le cas dans *Cartier* — demander une injonction contre les FSI afin de faire respecter l’ordonnance de décembre 2012. De plus, Equustek pourrait intenter une procédure pour outrage en France ou dans tout autre pays ayant un lien avec les sites Web illégaux.
9. Conclusion
10. Pour ces motifs, nous estimons que l’ordonnance visant Google n’aurait pas dû être accordée. Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler l’ordonnance prononcée le 13 janvier 2014 par la Cour suprême de la Colombie‑Britannique.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges* Côté *et* Rowe *sont dissidents.*

Procureurs de l’appelante : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs des intimés : Robert Fleming Lawyers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureure de l’intervenant OpenMedia Engagement Network : Cynthia Khoo, Vancouver.

Procureurs des intervenants Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association et Society of Professional Journalists : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenants Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre et Center for Technology and Society : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Wikimedia Foundation : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs de l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Electronic Frontier Foundation : MacPherson Leslie & Tyerman, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intervenants la Fédération internationale de l’industrie phonographique, Music Canada, Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers, la Confédération internationale des sociétés d’auteurs et compositeurs, la Confédération internationale des éditeurs de musique et Worldwide Independent Network : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l’intervenante la Fédération internationale des associations de producteurs de films : MacKenzie Barristers, Toronto.

1. Paragraphe 148. [↑](#footnote-ref-1)
2. Paragraphe 147. [↑](#footnote-ref-2)
3. Paragraphe 95. [↑](#footnote-ref-3)
4. Paragraphe 76. [↑](#footnote-ref-4)
5. Paragraphe 148. [↑](#footnote-ref-5)
6. Paragraphe 144. [↑](#footnote-ref-6)
7. Paragraphes 93-94. [↑](#footnote-ref-7)
8. Paragraphe 137. [↑](#footnote-ref-8)