

Enquêtes transfrontalières : la Cour d'appel de la Colombie-Britannique affirme son vaste pouvoir de lancer un processus judiciaire contre des sociétés étrangères

18 DÉCEMBRE 2018 14 MIN DE LECTURE

Auteur: [Christopher Naudie](#)

Les organismes chargés de l'application de la loi au Canada ont toujours disposé de vastes pouvoirs de perquisition et de saisie permettant d'obtenir des dossiers se trouvant au Canada et qui sont pertinents à une enquête en cours en matière de criminalité économique. En 2004, les organismes chargés de l'application de la loi ont acquis un autre outil d'enquête puissant lorsque des modifications au *Code criminel* ont été adoptées par le Parlement. Ce nouvel outil permet à la Couronne de solliciter une ordonnance du tribunal obligeant un tiers dépositaire de données ou de dossiers à communiquer l'information pertinente à une enquête en cours^[1]. Au cours des dernières années, les organismes chargés de l'application de la loi ont cherché à vérifier s'ils pouvaient invoquer ces pouvoirs relativement nouveaux pour contraindre une personne à produire et à divulguer des courriels, des messages et d'autres renseignements personnels conservés à l'extérieur du Canada, soit dans le nuage informatique ou par des entreprises de services de données établis à l'étranger^[2]. Cette année, ces efforts ont porté fruit, de façon remarquée, dans l'arrêt Attorney-General (B.C.) v. Brecknell (*Brecknell; en anglais seulement*), une décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui pourrait avoir d'importantes conséquences pour les sociétés étrangères ayant une présence virtuelle (« *virtual presence* ») au Canada.

L'importance de l'affaire Brecknell

Avant *Brecknell*, les décisions rendues en matière de criminalité économique manquaient d'uniformité quant à la possibilité d'obtenir ou non une ordonnance de communication contre des sociétés étrangères détentrices de données de Canadiens conservées sur des serveurs situés à l'extérieur du Canada. Certains tribunaux ont refusé d'accorder ces ordonnances, considérant que les pouvoirs contraignants de la Cour accordés par le *Code criminel* se limitent au territoire canadien. Dans d'autres cas, les tribunaux ont accordé ces ordonnances au motif qu'une entreprise étrangère qui conclut un contrat avec des utilisateurs au Canada et qui héberge les renseignements personnels de Canadiens doit être assujettie à la compétence des tribunaux canadiens.

Dans l'arrêt *Brecknell*, décision publiée en janvier 2018, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu la première décision d'une cour d'appel au Canada à analyser la portée territoriale et internationale du pouvoir d'obliger la communication de documents en vertu du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Brecknell*, la Cour a conclu à l'unanimité qu'un tribunal de la Colombie-Britannique avait compétence pour rendre une ordonnance de communication contre une société étrangère ayant une « présence virtuelle » en Colombie-Britannique (c.-à-d. une société contractant avec des utilisateurs du Canada par Internet,

même si elle n'a pas de présence physique ou de filiale au Canada). En elle-même, cette décision est une affirmation générale de son autorité judiciaire à l'égard des sociétés établies à l'étranger qui détiennent ou possèdent des données ou des renseignements relatifs à des Canadiens.

L'affaire *Brecknell* soulève une foule de questions de droit constitutionnel, de droit international et en matière de confidentialité qui devront probablement attendre que d'autres décisions soient rendues pour les clarifier. Mais, dans l'immédiat, l'arrêt *Brecknell* prévient les sociétés étrangères qui détiennent des données appartenant à des Canadiens qu'elles s'exposent dorénavant à des procédures judiciaires devant les tribunaux canadiens.

Le fondement de l'exercice de la compétence en vertu des lois canadiennes En vertu des lois canadiennes, un tribunal a généralement une compétence personnelle à l'égard d'un défendeur étranger s'il existe un « lien réel et substantiel » entre le défendeur, le Canada et la conduite ou l'activité en question. En conséquence, les tribunaux du Canada ont déjà décrété qu'ils peuvent exercer leur compétence à l'égard d'un défendeur étranger si celui-ci vend des biens ou des services à des Canadiens, ou qu'il conclut des contrats avec des utilisateurs canadiens. De plus, les tribunaux ont déclaré qu'ils peuvent accorder une injonction civile ou une autre mesure réparatrice contre des défendeurs étrangers, voire des tiers dans le cadre d'une procédure prise au Canada. Par exemple, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Google Inc. c. Equustek Solutions, Inc.* La Cour y a maintenu une injonction mondiale exigeant que Google retire et déliste certains liens de son moteur de recherche^[3].

Cependant, la capacité d'un tribunal canadien à exercer son vaste pouvoir de contraindre à la communication de documents aux termes du *Code criminel* et d'autres lois réglementaires un défendeur étranger qui n'a pas de présence physique au Canada soulève d'importantes questions de courtoisie internationale. En accordant le pouvoir de rendre des ordonnances de production de documents en vertu du *Code criminel*, il n'appartient pas, à sa face même, que le Parlement avait l'intention de leur donner une portée extraterritoriale. D'autant plus qu'il existe un traité d'entraide juridique entre le Canada et les États-Unis relatif aux affaires criminelles. Ce traité, et d'autres de nature semblable, offrent des mécanismes dont l'un ou l'autre des deux pays peut se prévaloir pour obtenir de l'aide en matière de preuve et d'exécution de perquisition et de saisie (entre autres choses). Par le passé, les organismes chargés de l'application de la loi s'appuyaient généralement sur ces instruments internationaux pour obtenir des éléments de preuve à l'extérieur du Canada, essentiellement par respect de la souveraineté de l'État étranger^[4].

Les effets de l'arrêt *Brecknell* Dans l'affaire *Brecknell*, lors d'une poursuite pénale en instance, la Couronne a demandé à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique d'ordonner à Craigslist de communiquer des documents. Craigslist a son siège en Californie, où cette société exploite un populaire site de petites annonces en ligne. La Couronne demandait la divulgation d'un message publicitaire publié sur le site et qui visait certains résidents de la Colombie-Britannique. Plus particulièrement, la Couronne voulait obtenir le nom et l'adresse de l'utilisateur, son adresse de courrier électronique et son adresse IP, le numéro de téléphone de celui-ci servant à confirmer l'identité du titulaire du compte et le dossier des messages publicitaires publiés par l'utilisateur. Cependant, Craigslist n'a pas de présence physique au Canada, car cette société n'a ni filiale au Canada, ni installation au Canada, ni serveur de données au Canada. De plus, il n'était pas clair si ces données étaient stockées aux États-Unis ou dans d'autres pays. Pour compliquer encore la situation, Craigslist n'a pas reçu signification de la demande judiciaire et n'y a pas répondu.

La Cour provinciale de la Colombie-Britannique a refusé d'accorder l'ordonnance. La Cour a conclu que Craigslist exerçait des activités en Colombie-Britannique et qu'elle avait un « lien

réel et substantiel » avec la province en raison de la publicité qu'elle diffusait auprès des résidents de la Colombie-Britannique. Cependant, la Cour a conclu qu'elle ne pouvait pas rendre une ordonnance de communication contre une entreprise américaine qui n'avait qu'une « présence virtuelle » en Colombie-Britannique. La Cour a ajouté que l'intention du législateur était de permettre de rendre une ordonnance de communication uniquement contre une société ayant une présence de garde ou de tenue de dossiers en sol canadien. De plus, d'un point de vue pratique, la Cour a souligné que Craigslist n'avait pas de bureau au Canada aux fins de signification ou d'exécution d'une procédure judiciaire, dans l'éventualité où une ordonnance n'était pas respectée. Autrement dit, comment pourrait-on exécuter une ordonnance judiciaire contre une entreprise qui n'a pas de présence au Canada?

En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision et ordonné à Craigslist de communiquer les renseignements pertinents. La Cour a conclu qu'elle avait compétence personnelle à l'égard de Craigslist et que cette dernière était une « personne relevant de sa compétence », étant donné sa « présence virtuelle » en Colombie-Britannique. La Cour a également déclaré qu'elle disposait du pouvoir requis pour rendre cette ordonnance, même si Craigslist n'avait pas de présence physique en Colombie-Britannique et si le lieu physique de conservation des données était situé à l'extérieur du Canada. La Cour a déclaré que l'établissement d'une distinction entre une « présence physique » et une « présence virtuelle » aux fins du *Code criminel* revient à contourner le but de la loi et à faire fi de la réalité actuelle du commerce^[5]. La Cour a ajouté que son interprétation de la disposition ne remettait pas en cause la règle de non-applicabilité des lois canadiennes à l'étranger, mais s'arrimait de façon générale à l'intention du législateur de moderniser le pouvoir des forces policières afin de leur permettre d'enquêter sur des infractions perpétrées de plus en plus sur Internet.

Répercussions Depuis le prononcé de cet arrêt, de nombreux organismes chargés de l'application de la loi ont obtenu des ordonnances de communication contre des entreprises américaines, et ont voulu en obtenir à l'égard d'autres territoires canadiens. De plus, même si l'arrêt *Brecknell* a été prononcé en vertu du *Code criminel*, il est possible que la Couronne puisse saisir des documents situés à l'étranger sur le fondement d'autres lois applicables au Canada, y compris en matière de concurrence, de valeurs mobilières et de fiscalité.

Le raisonnement adopté par la Cour soulève également des questions de confidentialité, particulièrement du fait que de plus en plus de personnes enregistrent des documents et des messages confidentiels dans le nuage informatique. Par le passé, les organismes chargés de l'application de la loi auraient dû obtenir un mandat pour saisir des documents papier conservés au domicile (par exemple) d'une personne, et l'en aviser au moment de la perquisition. Cependant, en vertu des dispositions du *Code criminel* sur les ordonnances de communication, les organismes chargés de l'application de la loi pourraient saisir subrepticement des communications privées détenues par des tiers, sans en aviser la personne concernée.

Comme Craigslist n'a pas répondu aux procédures dans l'affaire *Brecknell*, elle n'a pu se pourvoir en appel à la Cour suprême du Canada. Pourtant, de bons arguments auraient pu être soulevés à l'encontre de la décision de la Cour d'appel. À première vue, la décision de la Cour donnerait des effets extraterritoriaux aux ordonnances de communication émanant du Canada. Outre les questions que cet arrêt soulève sur la capacité du législateur d'adopter des lois dont les effets auraient une portée extraterritoriale, l'intention du législateur de limiter la portée des ordonnances de communication au territoire canadien figurerait dans le *Code criminel*, entre autres dans la disposition sur les conditions susceptibles d'accompagner les ordonnances de production, laquelle prescrit que « L'ordonnance a effet partout au Canada^[6]. »

De plus, on ignore comment il serait possible d'exécuter de telles ordonnances en territoire

étranger, alors qu'elles seraient vraisemblablement considérées comme une atteinte aux règles de courtoisie internationale. Un tribunal de Terre-Neuve-et-Labrador est de cet avis, c'est pourquoi il a refusé de rendre une ordonnance de communication contre une société de médias sociaux située en Californie. Comme l'a déclaré le tribunal, cette disposition n'est pas exécutoire hors du territoire. Ainsi, l'arrêt *Brecknell* fait en sorte qu'un tribunal canadien a le pouvoir de rendre une ordonnance, mais pas celui de l'exécuter. L'ordonnance perd tout son sens^[7].

Compte tenu du TEJ, instrument multilatéral de collaboration déjà bien établi, de sérieux motifs pourraient être invoqués pour interdire aux représentants du gouvernement du Canada de signifier des procédures judiciaires à des sociétés étrangères situées aux États-Unis, sans passer par le mécanisme du traité.

Il importe également de garder à l'esprit les circonstances particulières de l'affaire *Brecknell* ainsi que les aspects que la Cour d'appel n'a pas abordés. Les données auxquelles on voulait avoir accès au moyen de l'ordonnance de communication étaient limitées aux dossiers commerciaux de Craigslist qui étaient associés à un message particulier. Fait à souligner, on ne cherchait pas à obtenir accès à des communications privées telles que des courriels. Par conséquent, la Cour n'a pas examiné la question de savoir si le fait de se conformer à l'ordonnance de communication était susceptible de contreviendre aux lois fédérales américaines, dont la *Stored Communications Act*. À cet égard, la Cour a précisé que si une personne a d'autres obligations juridiques qui l'empêchent de se conformer à l'ordonnance, il est alors possible de traiter cette question avant de s'y conformer^[8].

On ignore encore si le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Brecknell* résistera à l'épreuve du temps et s'il sera étendu aux communications privées. Entre-temps, procureurs et responsables de l'application de la loi au Canada se prévaudront probablement de leur puissant nouvel outil pour obtenir accès à des données et à des renseignements personnels appartenant à des Canadiens, mais conservés à l'extérieur du Canada.

[1] Le 29 mars 2004, le Parlement a adopté le projet de loi C-13, qui modifie certaines infractions et accorde de nouveaux pouvoirs d'enquête visant à lutter contre la fraude sur les marchés financiers et d'autres crimes. Voir le projet de loi C-13, Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve), 3^e sess., 37^e législ. art. 487.014 du *Code criminel* modifié par l'art. 7 du projet de loi C-13 (LC 2004, ch. 3). Cet article est entré en vigueur par proclamation le 15 septembre 2004.

[2] Le libellé actuel de la disposition du *Code criminel* qui prévoit le recours à une ordonnance se lit comme suit : « 487.014(1) Sous réserve des articles 487.015 à 487.018 [qui traitent de divers types d'information], le juge de paix ou le juge peut, sur demande *ex parte* présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute personne de communiquer un document qui est la copie d'un document qui est en sa possession ou à sa disposition au moment où elle reçoit l'ordonnance ou d'établir et de communiquer un document comportant des données qui sont en sa possession ou à sa disposition à ce moment. »

[3] *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34 (CanLII).

[4] *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le Canada et les États-Unis*, le 18 mars 1985, Can. RTC 1990 n° 19 (entré en vigueur le 24 janvier 1990) (le « TEJ » ou traité d'entraide juridique).

[5] *Brecknell, ibid.*, parag. 39-40

[6] *Code criminel*, article 487.019(2).

[7] *In the Matter of an application to obtain a Production Order pursuant to section 487.014 of the Criminal Code of Canada*, 2018 CanLII 2369, parag. 27-28 (NL CP).

[8] *Brecknell, ibid.*, parag. 27.