

T-846-05
2006 FC 1395

T-846-05
2006 CF 1395

Patrick Desjean (Plaintiff)

Patrick Desjean (demandeur)

v.

c.

Intermix Media, Inc. (Defendant)

Intermix Media, Inc. (défenderesse)

INDEXED AS: DESJEAN v. INTERMIX MEDIA, INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : DESJEAN c. INTERMIX MEDIA, INC. (C.F.)

Federal Court, de Montigny J.—Montréal, June 13;
Ottawa, November 17, 2006.

Cour fédérale, juge de Montigny—Montréal, 13 juin;
Ottawa, 17 novembre 2006.

Federal Court Jurisdiction — Motion to strike statement of claim for proposed class action on basis Court lacking jurisdiction — Defendant American corporation accused of violating Competition Act by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers — Court not having jurisdiction over matter as insufficient connection between Canada and defendant or subject-matter — Motion allowed.

Compétence de la Cour fédérale — Requête en radiation d’une déclaration introduisant une demande de recours collectif au motif que la Cour n’avait pas compétence — La défenderesse, une société américaine, était accusée d’avoir enfreint la Loi sur la concurrence en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs — La Cour n’avait pas compétence sur l’affaire parce qu’il n’y avait pas de lien suffisant entre le Canada et la défenderesse ou l’objet du litige — Requête accueillie.

Competition — Plaintiff alleging defendant violated misleading representations provisions in Competition Act by bundling “spyware,” “adware” with free software offered on Web sites without notice to consumers — Plaintiff allegedly suffering damages as result of defendant’s actions — Motion to strike statement of claim on basis Court not having jurisdiction allowed — Defendant American corporation with very little if any connection to Canada — Fact plaintiff in Canada when downloaded foreign content (i.e. free software) insufficient to establish Court’s jurisdiction.

Concurrence — Le demandeur soutenait que la défenderesse avait enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la Loi sur la concurrence en joignant des logiciels espions et des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs — Le demandeur aurait subi un préjudice en raison des gestes de la défenderesse — La requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence a été accueillie — La défenderesse, une société américaine, n’avait qu’un lien étroit, si elle en avait, au Canada — La compétence ne peut se fonder sur le fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger (c.-à-d. le gratuit).

*Conflict of Laws — Motion to strike statement of claim on basis Court lacking jurisdiction over defendant, subject-matter — Defendant American corporation offering free software on various Web sites, none of which hosted in Canada — Plaintiff downloading free software, alleging damages ensuing contrary to Competition Act — Application of eight factors set out in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) re: assumed jurisdiction indicating connection of defendant, subject-matter with Canada not enough to warrant Court’s intervention — Whether Internet presence of non-resident constituting real, substantial connection with forum depending on character of Web site —*

*Conflit de lois — Requête en radiation d’une déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence sur la défenderesse ou l’objet du litige — La défenderesse, une société américaine, offrait des gratuits sur divers sites Internet qui n’étaient pas hébergés au Canada — Le demandeur a téléchargé un gratuit et a soutenu avoir subi un préjudice en violation de la Loi sur la concurrence — L’application des huit facteurs énoncés dans l’arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.) concernant l’appropriation de compétence indiquait que le lien entre le Canada et le défendeur ou l’objet du litige ne justifiait pas l’intervention de la Cour — Le point de savoir si la présence sur Internet d’un*

U.S. case law requiring minimum contacts with forum — These tests not met herein — In any event, California more appropriate forum.

This was a motion to strike the statement of claim on the basis that the Court lacked jurisdiction over the defendant and the subject-matter. The statement of claim for a proposed class action alleged that the defendant, a publicly traded Delaware corporation with its principal offices in Los Angeles, violated the provisions of the *Competition Act* dealing with misleading representations by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on various Web sites without disclosing the bundling to consumers who downloaded the free software.

Held, the motion should be allowed.

The assumption of jurisdiction by a court against a foreign defendant always raises complex issues. These problems are compounded when applied in the context of claims arising out of the use of an evolving technology that does not know of national boundaries. While Canadian courts have dealt with these issues on a few occasions, the development of the law is still in its infancy stage. In *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, the Court of Appeal developed eight factors that courts should look to when dealing with questions of assumed jurisdiction. The application of these factors to the present case clearly indicated that the connection between the forum and the defendant or between the forum and the subject-matter was not substantial enough to warrant the Court’s intervention. The defendant: (1) has no servers in Canada, and the impugned Web site is not hosted on servers located in Canada; (2) does not have, nor has it ever had, any employees in Canada; (3) does not have any offices in Canada, nor has it ever had; (4) has never availed itself of Canadian laws; (5) has no bank accounts in Canada and does not pay any taxes in Canada; and, (6) has no direct advertising, marketing or solicitation aimed at the Canadian market.

It would have been manifestly unfair to subject the defendant to the Court’s jurisdiction. The defendant could not reasonably expect to be sued in Canada under the *Competition Act*. Jurisdiction cannot be founded simply upon the fact that the plaintiff was in Canada when he downloaded the foreign content that allegedly caused him to suffer damages. According to the British Columbia Court of Appeal in *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, whether the Internet presence of a non-resident can constitute

non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum dépend de la nature du site Web — La jurisprudence des États-Unis exige des liens minimaux avec le forum — Ces critères ne sont pas remplis en l’espèce — Quoi qu’il en soit, la Californie était un for plus approprié.

Il s’agissait d’une requête en radiation de la déclaration au motif que la Cour n’avait pas compétence sur le défendeur et sur l’objet du litige. Selon la déclaration introduisant une demande de recours collectif, la défenderesse, une société ouverte du Delaware dont le siège social est sis à Los Angeles, a enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs qui téléchargeaient ces gratuits.

Jugement : la requête doit être accueillie.

L’appropriation de juridiction par un tribunal à l’égard d’un défendeur étranger soulève toujours des questions complexes. Mais la complexité de ces problèmes se trouve encore aggravée dans le contexte de revendications découlant de l’utilisation d’une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières. S’il est vrai que les tribunaux canadiens ont eu à résoudre de telles questions à quelques reprises, le droit en ces matières en est encore à ses débuts. La Cour d’appel, dans l’arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, a dressé une liste de huit facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération dans l’examen des questions d’appropriation de juridiction. En l’espèce, l’application de ces facteurs indiquait clairement que le lien entre le forum et le défendeur ou entre le forum et l’objet du litige n’était pas assez substantiel pour justifier l’intervention de la Cour. La défenderesse : 1) n’a pas de serveurs au Canada et le site Web attaqué n’est pas hébergé par des serveurs sis au Canada; 2) n’a pas ni n’a jamais eu d’employés au Canada; 3) n’a pas ni n’a jamais eu de bureaux au Canada; 4) n’a jamais invoqué en aucune façon les lois canadiennes; 5) n’a pas de comptes bancaires au Canada et elle ne paie pas d’impôts au Canada; et 6) n’exerce aucune activité de publicité ou de marketing directs ou de démarchage sur le marché canadien.

Il aurait été manifestement inéquitable de soumettre la défenderesse à la compétence de la Cour. La défenderesse ne pouvait en toute vraisemblance s’attendre à être poursuivie au Canada en vertu de la *Loi sur la concurrence*. La compétence ne peut se fonder sur le seul fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger qui lui aurait fait subir un préjudice. Selon la décision que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rendue dans l’affaire *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46, le

a real and substantial connection with the forum (the test set out by the S.C.C.) will depend upon the character of the Web site. This includes whether the site is passive, is used to interact with residents of Canada, or is used to conduct business with Canadian residents. American courts have dealt with the issue of Internet jurisdiction more extensively, and have held that a defendant, if not present in the state, must have certain minimum contacts with it such that maintaining the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice. The defendant did not have such minimum contacts, especially in light of the fact that this test must necessarily be more stringent when a foreign country (as opposed to another province) is involved. The Web sites do not allow users to communicate and exchange information with the sponsors of the site, or to order products online. Even if they did, the defendant's level of interactivity with Canada was insufficient. Finally, California was a more appropriate forum in any event. The evidence as well as the key witnesses were all situated in the U.S., and California was named as the governing forum in the licence agreement.

point de savoir si la présence sur Internet d'un non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum (le critère formulé par la C.S.C.) dépend de la nature du site Web en question. Il faut se demander si ce site est passif, s'il est utilisé pour dialoguer avec des résidents canadiens ou s'il est utilisé pour faire affaire avec de tels résidents. Les tribunaux américains ont examiné la question de la compétence à l'égard d'Internet en profondeur et ont statué que le défendeur, s'il n'est pas présent dans l'État, doit avoir des liens minimaux avec ce dernier, de sorte que le soutien de la poursuite ne contrevienne pas aux principes traditionnels du franc-jeu et de la justice fondamentale. La défenderesse n'avait pas ces liens minimaux, particulièrement à la lumière du fait que ce critère doit nécessairement être plus rigoureux lorsqu'un autre pays est en jeu (par opposition à une autre province). Les sites Web ne permettaient pas aux utilisateurs de communiquer et d'échanger des renseignements avec leurs concepteurs ni de commander des produits en ligne. Même si cela avait été le cas, le niveau d'interactivité de la défenderesse avec le Canada n'était pas suffisant. Enfin, la Californie était un for plus approprié. Les éléments de preuve et les principaux témoins se trouvaient tous aux États-Unis, et l'accord de licence stipulait que son application serait régie par les lois de la Californie.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 36(1)(a), (3), 52(1) (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 12), (1.1) (as am. *idem*), (2)(e) (as am. *idem*).

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 221, 299.12(3) (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.18 (as enacted *idem*), 299.41(1) (as enacted *idem*).

Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., 1985, c. F-29, s. 8(1)(a) (as am. by S.C. 1996, c. 28, s. 7).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Muscutt v. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 19), 36(1)(a), (3), 52(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 12), (1.1) (mod., *idem*), (2)e) (mod., *idem*).

Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, L.R.C. (1985), ch. F-29, art. 8(1)(a) (mod. par L.C. 1996, ch. 28, art. 7).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 221, 299.12(3) (édicteé par DORS/2002-417, art. 17), 299.18 (édicteé, *idem*), 299.41(1) (édicteé, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Muscutt v. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.).

CONSIDERED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, [2004] 2 S.C.R. 427; (2004), 240 D.L.R. (4th) 193; 32 C.P.R. (4th) 1; 322 N.R. 306; 2004 SCC 45; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; (1993), 109 D.L.R. (4th) 16; [1994] 1 W.W.R. 129; 85 B.C.L.R. (2d) 1; 37 B.C.A.C. 161; 21 C.P.C. (3d) 269; 161 N.R. 81; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1; 1999 BCCA 169; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp.2d 907 (D. Or. 1999).

REFERRED TO:

Leufkens v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84; (2002), 213 D.L.R. (4th) 614; 13 C.C.L.T. (3d) 217; 26 C.P.C. (5th) 247; 160 O.A.C. 43 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; (2002), 213 D.L.R. (4th) 627; 13 C.C.L.T. (3d) 203; 26 C.P.C. (5th) 259; 160 O.A.C. 31 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; (2002), 213 D.L.R. (4th) 643; 13 C.C.L.T. (3d) 230; 26 C.P.C. (5th) 239; 160 O.A.C. 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; (2002), 213 D.L.R. (4th) 651; 40 C.C.L.I. (3d) 163; 160 O.A.C. 60 (C.A.); *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat'l, Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

MOTION to strike the statement of claim alleging that the American defendant violated provisions of the *Competition Act* dealing with misleading representations by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on its Web sites without notice to consumers. Motion allowed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427; 2004 CSC 45; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1; 1999 BCCA 169; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp.2d 907 (D. Or. 1999).

DÉCISIONS CITÉES :

Leufkens v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84; (2002), 213 D.L.R. (4th) 614; 13 C.C.L.T. (3d) 217; 26 C.P.C. (5th) 247; 160 O.A.C. 43 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; (2002), 213 D.L.R. (4th) 627; 13 C.C.L.T. (3d) 203; 26 C.P.C. (5th) 259; 160 O.A.C. 31 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; (2002), 213 D.L.R. (4th) 643; 13 C.C.L.T. (3d) 230; 26 C.P.C. (5th) 239; 160 O.A.C. 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; (2002), 213 D.L.R. (4th) 651; 40 C.C.L.I. (3d) 163; 160 O.A.C. 60 (C.A.); *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat'l, Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

REQUÊTE en radiation de la déclaration selon laquelle la défenderesse américaine a enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu'elle offrait sur divers sites Internet sans informer de ce fait les consommateurs. Requête accueillie.

APPEARANCES:

Chantal Desjardins and Stéphane Nadeau for plaintiff.

Louis Brousseau and Sarah Woods for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Ferland, Marois, Lanctôt, Montréal, for plaintiff.

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, for defendant.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.: On May 13, 2005, Patrick Desjean filed a statement of claim for a proposed class action, alleging that Intermix Media, Inc. (Intermix) violated the misleading representations provisions of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (subsections 52(1) [as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 12], 52(1.1) [as am. *idem*] and paragraph 52(2)(e) [as am. *idem*]).

[2] Mr. Desjean alleges that Intermix violated the above-mentioned provisions of the *Competition Act* by bundling “spyware” or “adware” with the free software that it offered on various Internet Web sites—in particular, “MyCoolScreen.com” (the Web site)—without disclosing the bundling of such spyware or adware to consumers who downloaded the free software.

[3] On August 1, 2005, Intermix filed a notice of motion and moved this Court for an order dismissing Mr. Desjean’s statement of claim pursuant to rule 221 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] on the basis that: (a) this Court lacks jurisdiction over Intermix and the matter; (b) Mr. Desjean’s claim is frivolous or vexatious; and (c) Mr. Desjean’s claim constitutes an abuse of the process of the Court. Intermix made alternative arguments that this Court is not the appropriate forum for Mr. Desjean’s claim, and that Mr. Desjean’s claim comprises submissions which are not based on either the

ONT COMPARU :

Chantal Desjardins et Stéphane Nadeau pour le demandeur.

Louis Brousseau et Sarah Woods pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ferland, Marois, Lanctôt, Montréal, pour le demandeur.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Le 13 mai 2005, M. Patrick Desjean a déposé une déclaration introduisant une demande de recours collectif contre Intermix Media, Inc. (Intermix), où il soutenait que cette dernière avait enfreint les dispositions relatives aux indications trompeuses de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)], soit ses paragraphes 52(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 15] et 52(1.1) [mod., *idem*] et son alinéa 52(2)e [mod., *idem*].

[2] M. Desjean soutient qu’Intermix a enfreint les dispositions ci-dessus de la *Loi sur la concurrence* en joignant des logiciels espions ou des logiciels publicitaires aux gratuits qu’elle offrait sur divers sites Internet—notamment « MyCoolScreen.com » (le site Web)—sans informer de ce fait les consommateurs qui téléchargeaient ces gratuits.

[3] Le 1^{er} août 2005, Intermix a déposé devant notre Cour un avis de requête en ordonnance de radiation de la déclaration de M. Desjean sous le régime de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], aux motifs : a) que notre Cour n’a pas compétence sur Intermix et sur l’affaire; b) que la déclaration de M. Desjean est frivole ou vexatoire; et c) que cette déclaration constitue un abus de procédure. Intermix faisait valoir subsidiairement que notre Cour n’est pas le forum approprié à l’instruction de l’action de M. Desjean et que la déclaration de ce dernier comprend des conclusions qui

Competition Act or the laws of Canada.

[4] For the reasons to be more fully developed below, I have come to the conclusion that Intermix must succeed because Mr. Desjean's statement of claim fails to establish this Court's jurisdiction. As a result, I need not deal with the other grounds Intermix brought forward to dismiss this action.

[5] I hasten to add that I am much indebted to Intermix counsel for their very able written submissions, from which I have extensively borrowed in writing these reasons.

BACKGROUND

[6] In his statement of claim for a proposed class action, Mr. Desjean alleges that Intermix offers ostensibly free software programs, such as screensavers and games, that anyone can download. Without disclosure to consumers, however, Intermix surreptitiously tacks onto these programs one or more additional programs that deliver ads and other invasive content. Thus, when Mr. Desjean installed a "free" Intermix screensaver or game on his computer, he also unwittingly installed one or more spyware programs. In this manner, known as "bundling," Intermix has spread its advertising programs onto Mr. Desjean's hard drive.

[7] Spyware programs that Intermix has spread in this manner include "Search Miracle", a program that shows pop-up advertisements; "IncrediFind," a program that redirects Web searches to Intermix Web sites; "Updater," a program that allows Intermix to add or update programs and functionalities to a user's computer; and various "Toolbar" programs, which overlay a "toolbar" onto users' Web browsers linking to Intermix services and clients. Because these programs are permanently installed on the user's hard drive and run during subsequent browsing sessions, they continue to advertise Intermix clients and report information about the user long after the user has left the Web sites of Intermix or its agents.

ne relèvent ni sur la *Loi de la concurrence* ni sur aucune autre loi du Canada.

[4] Aux motifs exposés plus loin, je suis arrivé à la conclusion qu'Intermix doit l'emporter parce que la déclaration de M. Desjean n'établit pas la compétence de notre Cour sur l'affaire. Par conséquent, je n'ai pas à examiner les autres moyens qu'Intermix a invoqués pour obtenir le rejet de la présente action.

[5] Je m'empresse d'ajouter que je dois beaucoup aux savantes conclusions écrites des avocats d'Intermix, auxquelles j'ai emprunté considérablement pour rédiger le présent exposé des motifs.

LE CONTEXTE

[6] Dans sa déclaration introduisant une demande de recours collectif, M. Desjean soutient qu'Intermix offre en apparence des programmes publics tels que des économiseurs d'écran et des jeux que n'importe qui peut télécharger gratuitement. Cependant, sans en informer les consommateurs, Intermix joint à ces gratuits un ou plusieurs autres programmes qui présentent de la publicité ou d'autres contenus importuns. Ainsi, lorsqu'il installait sur son ordinateur un économiseur d'écran ou un jeu censément « gratuit », M. Desjean y installait aussi sans le savoir un ou plusieurs programmes espions. Par cette méthode, couramment désignée « *bundling* » ou « offre groupée », Intermix a propagé ses programmes publicitaires sur l'unité de disque dur de M. Desjean.

[7] Les programmes espions qu'Intermix a propagés de cette manière sont les suivants : un programme baptisé « Search Miracle », qui présente des publicités en incrustation; « IncrediFind », un programme qui réachemine les consultations vers les sites Web d'Intermix; le programme « Updater », qui permet à Intermix d'ajouter des programmes ou des fonctionnalités à l'ordinateur d'un utilisateur ou de les mettre à jour; et divers programmes de barres d'outils, qui recouvrent d'une « barre d'outils » les navigateurs Web d'utilisateurs qui se connectent aux sites d'Intermix ou de ses clients. Comme ces programmes sont installés de manière permanente sur l'unité de disque dur de l'utilisateur et sont exécutés aux séances de navigation

[8] Mr. Desjean further alleges that Intermix does not adequately inform consumers that its software has been installed on their computers. The only hint of disclosure that additional software was bundled with the screensaver is the vague statement in very tiny font on a single Web page, telling users that “by downloading this screensaver, [they] agree to our Terms of Service.” This “Terms of Service” page, in turn, apparently addresses primarily legal issues and does not adequately warn users of what they will be receiving.

[9] Exacerbating the harm from its installation of hidden spyware programs, Intermix is alleged to employ deceptive methods to prevent users from detecting and removing its software. For example, Mr. Desjean contends that Intermix designs its spyware programs so that when users uninstall the program with which the spyware was bundled (for example, a screensaver), Intermix spyware products remain behind, installed and fully operational. Intermix also prevents its spyware programs from being listed in the commonly accessed “Add/Remove Programs” utility in the Microsoft Windows operating system, making removal yet more difficult. Additionally, it fails to provide its own “uninstall” utility within many of its spyware programs’ files or folders.

[10] Mr. Desjean alleges that Intermix, by engaging in the acts and practices described above, has engaged in deceptive, fraudulent and illegal practices, and false advertising in the distribution of spyware and adware, thereby enabling third parties to expose Mr. Desjean to all sorts of schemes and causing computer users to waste time and money to rid computers of the software that caused their computers to come to a halt or crash altogether. By so doing, Intermix has allegedly contravened subsections 52(1), 52(1.1) and paragraph

ultérieures, ils continuent à faire de la publicité pour les clients d’Intermix et à communiquer des renseignements sur l’utilisateur longtemps après que celui-ci a quitté les sites Web de cette entreprise ou de ses mandataires.

[8] M. Desjean soutient en outre qu’Intermix n’informe pas les consommateurs comme il le faudrait que ses programmes ont été installés sur leurs ordinateurs. La seule trace de communication du fait que d’autres programmes ont été joints à l’économiseur d’écran est la clause formulée en termes vagues, figurant en caractères minuscules sur une seule page Web, comme quoi l’utilisateur, [TRADUCTION] « en téléchargeant l’économiseur d’écran, souscrit [aux] conditions de service [d’Intermix] ». Cette page concernant les « conditions de service », apparemment, porte avant tout sur des questions juridiques et n’informe pas l’utilisateur avec la précision voulue de la nature de ce qu’il recevra.

[9] M. Desjean affirme qu’Intermix, aggravant ainsi le préjudice causé par son installation de programmes espions cachés, met en œuvre des méthodes fallacieuses pour empêcher les utilisateurs de détecter et de désinstaller ces programmes. Par exemple, Intermix conçoit selon lui ses programmes espions de telle manière que, lorsque l’utilisateur désinstalle le programme (par exemple un économiseur d’écran) auquel le programme espion était joint, celui-ci reste installé et pleinement opérationnel. De plus, Intermix empêcherait l’inscription de ses programmes espions dans l’utilitaire d’usage répandu « Ajouter/enlever programmes » du système d’exploitation Microsoft Windows, ce qui en rend la suppression encore plus difficile. En outre, Intermix omet d’intégrer son propre utilitaire de désinstallation dans de nombreux fichiers ou dossiers de ses programmes espions.

[10] M. Desjean soutient qu’Intermix, en se livrant aux actes énumérés ci-dessus, s’est en fait rendue coupable de pratiques trompeuses, frauduleuses et illégales, ainsi que de publicité mensongère dans la distribution de programmes espions et de programmes publicitaires, l’exposant ainsi lui-même à toutes sortes de procédés malhonnêtes de la part de tiers et obligeant les utilisateurs à perdre temps et argent à débarrasser leurs ordinateurs de programmes qui interrompent le fonctionnement ou les font tomber en panne pour de

52(2)(e) of the *Competition Act*. Mr. Desjean claims he is entitled to seek recovery of damages pursuant to paragraph 36(1)(a) and subsection 36(3) of the same Act. He also contends that he has disclosed a reasonable cause of action to apply to certify this action as a class action in accordance with subsection 299.12(3) [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules*.

[11] Mr. Desjean has asked the Court to issue a judgment against Intermix as follows, ordering that it:

Direct Defendant to provide Plaintiff with all records of all Defendant's advertising, ad-serving, redirecting and toolbar programs installed onto consumers' computers, including all records concerning or reflecting any disclosure provided to consumers prior to or during installation;

Direct Defendant to provide Plaintiff with an accounting of all revenues generated from the distribution of its advertising, ad-serving, redirecting and toolbar programs and that a money judgment be entered against Defendant in the sum of unjust enrichment;

Direct that a money judgment in civil penalties pursuant to sections 36. (1) (a) and 36 (3) of the Competition Act be entered against Defendant in favour of the Plaintiff based upon the sum of Five Hundred Dollars (\$500);

Direct that a money judgment be entered against Defendant in favour of Plaintiff as to the costs pursuant to Rule 400 (1) of the Federal Court[s] Rules;

Grant Plaintiff such other and further relief as this Court finds just and proper.

[12] Needless to say, Intermix vigorously disputes the facts as put forward by Mr. Desjean. By way of an affidavit signed by Todd Smith, Vice-President of Business and Development for Intermix Network LLC (a wholly owned subsidiary of Intermix), it is alleged that Intermix never knowingly distributed or installed many of the applications to which Mr. Desjean refers from any of its Web sites. He also affirms that Intermix

bon. Ce faisant, Intermix aurait enfreint les paragraphes 52(1) et 52(1.1) et l'alinéa 52(2)e) de la *Loi sur la concurrence*. M. Desjean revendique le droit de réclamer et recouvrer des dommages-intérêts sous le régime de l'alinéa 36(1)a) et du paragraphe 36(3) de la même Loi. Il soutient en outre avoir établi l'existence d'une cause d'action raisonnable lui permettant de présenter une requête en vue de faire autoriser son action comme recours collectif sous le régime du paragraphe 299.12(3) [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales*.

[11] M. Desjean demande à la Cour de prononcer contre Intermix un jugement :

Ordonnant à la défenderesse de communiquer au demandeur tous ses dossiers concernant tous ses programmes de publicité, de gestion de publicité en ligne, de réacheminement et de barres d'outils installés sur les ordinateurs des consommateurs, y compris ceux concernant tous renseignements communiqués aux consommateurs avant ou pendant l'installation;

Ordonnant à la défenderesse de communiquer au défendeur des états de toutes les recettes produites par la distribution de ses programmes de publicité, de gestion de publicité en ligne, de réacheminement et de barres d'outils, et ordonnant l'inscription contre la défenderesse d'un jugement d'exécution du paiement de la somme correspondant à cet enrichissement injustifié;

Ordonnant l'inscription contre la défenderesse et en faveur du demandeur d'un jugement d'exécution du paiement de dommages-intérêts de 500 \$ sous le régime de l'alinéa 36(1)a) et du paragraphe 36(3) de la *Loi sur la concurrence*;

Ordonnant l'inscription contre la défenderesse et en faveur du demandeur d'un jugement d'exécution du paiement des dépens sous le régime du paragraphe 400(1) des *Règles des Cours fédérales*;

Accordant au demandeur toutes autres mesures de réparation que la Cour estimerait légitimes et appropriées.

[12] Il va sans dire qu'Intermix conteste vigoureusement les faits tels que les expose M. Desjean. Par la voie d'un affidavit souscrit par M. Todd Smith, vice-président à la prospection commerciale d'Intermix Network LLC (filiale en propriété exclusive d'Intermix), la défenderesse affirme n'avoir jamais sciemment distribué ou installé à partir de ses sites Web un bon nombre des applications dont parle M. Desjean. M.

offered consumers full disclosure with one or multiple separate download windows explaining what the user would be installing with the free screensaver. Finally, Mr. Smith deposed that Intermix in no way impeded or prevented its programs from being listed in the commonly accessed “Add/Remove Programs,” and provided its own “uninstall” utility, which works properly and removes all files and installed functionalities.

[13] In another affidavit sworn by Brett Brewer, President of Intermix, another set of facts was also presented relating more particularly to the issue of jurisdiction. It appears Intermix is a publicly traded Delaware corporation with its principal offices in Los Angeles, California. Intermix does not have any offices in Canada although it has, in the past, subsidized office space for contractors working on two Web sites purchased by Intermix.

[14] According to Intermix’ Director of Human Resources, Intermix does not have nor has it ever had any employees in Canada. On the other hand, Intermix currently has a contractual relationship with two independent contractors in Canada that provide newsletter edition services unrelated to the matters at issue in the present litigation.

[15] Intermix has no bank accounts in Canada, nor does it pay taxes to either the federal government or any provincial government. Intermix is not registered as doing business in any Canadian jurisdiction.

[16] Intermix has no direct advertising, marketing or solicitation directed at the Canadian market. No person affiliated with Intermix, either directly or indirectly, as an employee or director, has ever attended trade shows or any other Internet-industry promotional events in Canada. Intermix’ Web sites in general and, in particular, the Web site Mr. Desjean refers to, does not target Canada or Canadian consumers in any specific way. It contains no specific references to Canada, no specialized content for a Canadian audience, no French language content.

Smith affirme aussi qu’Intermix fournissait une information complète à l’utilisateur, une ou plusieurs fenêtres de téléchargement lui expliquant ce qu’il installerait avec l’économiseur d’écran gratuit. Enfin, M. Smith soutient qu’Intermix n’a empêché en aucune façon l’inscription de ses programmes dans l’utilitaire « Ajouter/enlever programmes » et fournissait son propre utilitaire de désinstallation, qui fonctionne bien et supprime tous les fichiers et les fonctionnalités installées.

[13] Un autre affidavit, souscrit par M. Brett Brewer, président d’Intermix, présente un autre ensemble de faits se rapportant en particulier à la question de la compétence. Il appert qu’Intermix est une société ouverte du Delaware dont le siège social est sis à Los Angeles (Californie). Intermix n’a pas de bureaux au Canada, encore qu’elle ait dans le passé financé la location de locaux à bureaux pour des entrepreneurs travaillant sur deux sites Web achetés par elle.

[14] Selon le directeur des ressources humaines d’Intermix, celle-ci n’a pas ni n’a jamais eu d’employés au Canada. Cependant, Intermix est actuellement liée par contrat à deux entrepreneurs indépendants sis au Canada, qui lui fournissent des services d’édition de bulletins sans rapport avec les questions en litige en l’espèce.

[15] Intermix n’a pas de comptes bancaires au Canada et elle n’y paie ni impôts fédéraux ni impôts provinciaux. De plus, Intermix n’est inscrite auprès d’aucune administration canadienne comme exerçant une activité commerciale dans son ressort.

[16] Intermix n’exerce aucune activité de publicité ou de marketing direct ou de démarchage sur le marché canadien. Personne ayant des liens directs ou indirects avec Intermix, en tant qu’employé ou administrateur, n’a jamais participé à des foires commerciales ou autres activités de promotion du secteur Internet au Canada. Ni les sites Web d’Intermix en général ni le site dont parle M. Desjean ne ciblent le Canada ou les consommateurs canadiens d’une façon particulière. On n’y trouve ni références particulières au Canada, ni contenu spécial destiné au public canadien, ni contenu en langue française.

[17] According to the affidavit of Mr. Smith, Intermix has no servers in Canada. MyCoolScreen.com is not hosted on servers located in Canada, but on a server in California.

[18] Approximately 66 percent of all downloads from either Intermix Web sites or third parties distributing Intermix applications are by American users, the remaining 34 percent being divided throughout the world (with Canada accounting for 2.5 to 5.3 percent of the downloads, depending on the application).

[19] The licence agreement users enter into before downloading Intermix applications contains a jurisdiction and choice-of-law clause providing that the laws of the State of California will govern the agreement, without giving effect to any conflict-of-law principles.

[20] These facts, at least as they relate to Intermix' activities and its corporate structure, must be taken as accepted for Mr. Desjean has not challenged them—nor has he thought fit to cross-examine Mr. Smith or Mr. Brewer on these aspects of their affidavits.

ISSUES

[21] The issues to be decided upon this motion are threefold:

- Does this Court have jurisdiction over the defendant and the matter?
- Is the statement of claim frivolous or vexatious?
- Does the statement of claim constitute an abuse of the process of the Court?

ANALYSIS

[22] The assumption of jurisdiction by a court against an out-of-country defendant always raises complex issues. The Supreme Court of Canada has revisited these issues in the last 15 years to take into account the new realities of our modern world. These problems, however

[17] Selon l'affidavit de M. Smith, Intermix n'a pas de serveurs au Canada. Le site « MyCoolScreen.com » n'est pas hébergé par des serveurs sis au Canada, mais par un serveur situé en Californie.

[18] Environ 66 pour cent de l'ensemble des téléchargements opérés à partir de sites Web d'Intermix ou de tiers distribuant des applications d'Intermix sont effectués par des utilisateurs américains, les 34 pour cent restants se répartissant entre divers autres pays. Le Canada représente de 2,5 à 5,3 pour cent de ces téléchargements, selon l'application en question.

[19] L'accord de licence que l'utilisateur conclut avant de télécharger une application d'Intermix contient une clause attributive de compétence et portant choix du droit applicable, qui stipule que l'accord en question relève des lois de la Californie sans donner effet à aucun principe de conflit du droit.

[20] Ces faits, du moins en tant qu'ils se rapportent aux activités et à la structure d'Intermix, doivent être considérés comme acceptés par M. Desjean, puisqu'il ne les a pas contestés, pas plus qu'il n'a jugé bon de contre-interroger M. Smith ou M. Brewer sur ces aspects de leurs affidavits respectifs.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[21] Il y a trois questions à trancher dans la présente requête :

- Notre Cour a-t-elle compétence sur la défenderesse et sur l'affaire?
- La déclaration du demandeur est-elle frivole ou vexatoire?
- La déclaration du demandeur constitue-t-elle un abus de procédure?

ANALYSE

[22] L'appropriation de juridiction par un tribunal à l'égard d'un défendeur étranger soulève toujours des questions complexes. La Cour suprême du Canada a réexaminé ces questions au cours des 15 dernières années à la lumière des nouvelles réalités de notre

complex, are compounded when applied in the context of claims arising out of the use of an evolving technology that does not know of national boundaries. While Canadian courts have dealt with these issues on a few occasions, it is fair to say that the development of the law is still in its infancy stage and that legislatures throughout the world are increasingly trying to catch up and adapt their legal system to new virtual communications technology. As our Supreme Court itself recognized in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 41:

The issue of global forum shopping for actions for Internet torts has scarcely been addressed. The availability of child pornography on the Internet is a matter of serious concern. E-commerce is growing. Internet liability is thus a vast field where the legal harvest is only beginning to ripen.

[23] There are three ways in which a court may assert jurisdiction over an out-of-country defendant. It may assume jurisdiction if the defendant is physically present within the territory of the court. Second, the foreign resident may consent to submit the dispute to the Canadian court's jurisdiction. Third, the court may declare itself competent to hear the case, in appropriate circumstances. This case raises the third possibility.

[24] While the common-law rules governing these jurisdictional issues had been quite stable in the 19th and 20th centuries, the Supreme Court of Canada revisited them in four seminal decisions to ensure they were in keeping with modern social and economic realities.

[25] In *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, Justice Gérard La Forest recognized that it is unfair to compel a plaintiff to begin an action in the province where the defendant resides, whatever the inconvenience and costs this may bring. On

époque. Mais la complexité de ces problèmes, si grande qu'elle se révèle en soi, se trouve encore aggravée dans le contexte de revendications découlant de l'utilisation d'une technologie en évolution constante et qui ne fait pas acception des frontières. S'il est vrai que les tribunaux canadiens ont eu à résoudre de telles questions à quelques reprises, il faut bien reconnaître que le droit en ces matières en est encore à ses débuts, quoique les corps législatifs de partout dans le monde s'efforcent de plus en plus de suivre le rythme et d'adapter leurs lois aux nouvelles technologies de communication virtuelle. C'est ainsi que notre Cour suprême faisait observer ce qui suit au paragraphe 41 de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 :

La question de la recherche d'un tribunal favorable pour entendre une action intentée relativement à un délit lié à l'Internet a à peine été abordée. L'accessibilité de matériel pornographique juvénile sur l'Internet est une question très préoccupante. Le commerce électronique prend de l'ampleur. La responsabilité liée à l'Internet est donc un vaste domaine dans lequel les tribunaux commencent tout juste à se prononcer.

[23] Il y a trois façons dont un tribunal peut affirmer sa compétence sur un défendeur étranger. Premièrement, il peut s'approprier la juridiction si le défendeur est physiquement présent dans son ressort. Deuxièmement, le résident étranger peut consentir à soumettre le litige à la compétence du tribunal canadien. Troisièmement, le tribunal peut se déclarer compétent pour entendre l'affaire si les circonstances le justifient. La présente relève de cette troisième possibilité.

[24] Les règles de common law qui régissent ces questions de compétence avaient été très stables aux XIX^e et XX^e siècles, mais la Cour suprême du Canada les a réexaminées dans quatre arrêts qui font maintenant école, afin de faire en sorte qu'elles restent applicables aux réalités sociales et économiques contemporaines.

[25] Dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, le juge Gérard La Forest a reconnu qu'il est injuste d'obliger le demandeur à introduire une action dans la province où réside le défendeur, sans égard pour les difficultés et les frais que

the other hand, he also acknowledged that fairness to the defendant requires that the judgment be issued by a court acting with properly restrained jurisdiction. This equilibrium, in his view, could be achieved by the necessity of establishing what he called “a real and substantial connection.” As he wrote, at pages 1108-1109:

It seems to me that the approach of permitting suit where there is a real and substantial connection with the action provides a reasonable balance between the rights of the parties. It affords some protection against being pursued in jurisdictions having little or no connection with the transaction or the parties. In a world where even the most familiar things we buy and sell originate or are manufactured elsewhere, and where people are constantly moving from province to province, it is simply anachronistic to uphold a “power theory” or a single situs for torts or contracts for the proper exercise of jurisdiction.

[26] Both in *Morguard*, above, *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, and in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court affirmed that the same test and the same need for restraint apply to both assumed jurisdiction and jurisdiction for recognition and enforcement purposes. Finally, in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, the Supreme Court elaborated the doctrine of *forum non conveniens*, according to which a court can use its discretion to decline jurisdiction where the case would be more appropriately dealt with in another jurisdiction.

[27] The language the Supreme Court used in all these cases to describe a real and substantial connection was deliberately vague, allowing for flexibility in the application of the test and for its adaptability to new situations. While maintaining a flexible approach, the Ontario Court of Appeal, in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, developed eight factors which courts should look to when dealing with questions of assumed jurisdiction, in order to ensure jurisprudential clarity and certainty. These factors, which were applied in four companion cases decided the same day (*Leufkens*

cela peut représenter. Par ailleurs, il a aussi reconnu que l'équité envers le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal agissant avec retenue dans l'exercice de sa compétence. On pouvait selon lui équilibrer ces deux exigences en posant la nécessité d'établir ce qu'il a appelé « un lien réel et substantiel avec l'action ». Il écrivait ainsi aux pages 1108 et 1109 de cet arrêt :

Il me semble qu'en adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties. Dans un monde où les objets les plus courants qu'on achète ou qu'on vend viennent d'ailleurs ou sont fabriqués ailleurs et où des gens déménagent constamment d'une province à l'autre, il est tout bonnement anachronique de s'en tenir à une « théorie de la capacité d'exécution » ou à un seul situs des délits civils ou des contrats pour l'exercice convenable de compétence.

[26] Aussi bien dans *Morguard*, précité, que dans *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022 et dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour suprême a établi que le même critère et la même obligation de retenue s'appliquent aussi bien à l'appropriation de juridiction qu'à la compétence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements. Enfin, dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, la Cour suprême a élaboré la doctrine du *forum non conveniens*, selon laquelle le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire de se déclarer incompétent lorsqu'il serait plus approprié que l'affaire soit jugée dans un autre ressort.

[27] Les formules, que la Cour suprême a utilisées dans tous ces arrêts portant sur le lien réel et substantiel avec l'action, étaient délibérément vagues, de manière à permettre une application souple du critère et son adaptation à de nouvelles situations. Tout en maintenant une approche souple, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, a dressé une liste de huit facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération dans l'examen des questions d'appropriation de juridiction, afin d'assurer la clarté et la certitude du droit. Ces facteurs ont été

v. Alba Tours International Inc. (2002), 60 O.R. (3d) 84 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76 (C.A.); *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68 (C.A.), are:

1. The connection between the forum and the plaintiff's claim;
2. The connection between the forum and the defendant;
3. Unfairness to the defendant in assuming jurisdiction;
4. Unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction;
5. Involvement of other parties to the suit;
6. The court's willingness to recognize and enforce an extra-provincial judgment rendered on the same jurisdictional basis;
7. Whether the case is interprovincial or international in nature; and
8. Comity and the standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere.

[28] In the present case, the application of these factors, none of which is determinative in and of itself, clearly indicates that the connection between the forum and the defendant or between the forum and the subject-matter is not substantial enough to warrant this Court's intervention.

[29] While the plaintiff allegedly suffered damages to a computer located in Canada, that is not enough to confirm this Court's jurisdiction. There is clearly no connection between the forum and the defendant. Intermix has no servers in Canada. The impugned Web site is not hosted on servers located in Canada, but on a server situated in California.

appliqués dans quatre affaires complémentaires décidées le même jour, soit : *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84 (C.A.); *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54 (C.A.); *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76 (C.A.); et *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68 (C.A.). Ce sont :

1. le lien entre le forum et l'action du demandeur;
2. le lien entre le forum et le défendeur;
3. l'injustice qu'il y aurait pour le défendeur à ce que le tribunal s'approprie la juridiction;
4. l'injustice qu'il y aurait pour le demandeur à ce que le tribunal ne s'approprie pas la juridiction;
5. la présence d'autres parties à l'instance;
6. le point de savoir si le tribunal est disposé à reconnaître et à exécuter un jugement extraprovincial rendu sur la même base juridictionnelle;
7. le point de savoir si l'affaire est de nature interprovinciale ou internationale;
8. la courtoisie judiciaire, et les normes de compétence, ainsi que de reconnaissance et d'exécution des jugements, qui ont cours ailleurs.

[28] Dans la présente espèce, l'application de ces facteurs, dont aucun n'est en soi déterminant, indique clairement que le lien entre le forum et le défendeur ou entre le forum et l'objet du litige n'est pas assez substantiel pour justifier l'intervention de notre Cour.

[29] S'il est vrai que le demandeur affirme avoir subi un préjudice à l'égard d'un ordinateur situé au Canada, cela ne suffit pas à confirmer la compétence de notre Cour. Il n'y a manifestement pas de lien entre le forum et la défenderesse. Intermix n'a pas de serveurs au Canada. Le site Web attaqué n'est pas hébergé par des serveurs sis au Canada, mais par un serveur situé en Californie.

[30] Intermix does not have, nor has it ever had, any employees in Canada. Intermix currently has a contractual relationship with two independent contractors in Canada that provide newsletter edition services unrelated to the matters at issue in the present litigation.

[31] Intermix does not have any offices in Canada. It did, in the past, subsidize office space for contractors working on two Web sites Intermix had purchased, but ceased doing so more than three years ago and has never itself maintained or leased office space in Canada.

[32] Further, Intermix has in no way availed itself of Canadian laws as it does not do any business in Canada through the Web site at issue.

[33] Intermix has no bank accounts in Canada. Intermix does not pay taxes to either the federal government or any provincial government and it is not registered for GST or PST/HST purposes. Intermix is not registered as doing business in any Canadian jurisdiction.

[34] Intermix has no direct advertising, marketing or solicitation aimed at the Canadian market. No person affiliated with Intermix, either directly or indirectly, as an employee or director, has ever attended trade shows or any other Internet industry promotional events in Canada. The only three transactions which Intermix entered into with Canadian companies were for short-term purposes and fall far short of establishing a significant connection between Canada and Intermix.

[35] Furthermore, it would be manifestly unfair to subject Intermix to this Court's jurisdiction since it would, in effect, mean a U.S.-based operator of a Web site, with no business assets in Canada and no physical presence in the jurisdiction, could be sued in this country as well as in any other country from which a plaintiff might choose to download its products. Despite the inconvenience for plaintiffs in a similar situation of having to pursue their claims in foreign jurisdictions, this is only one factor to be taken into consideration. As

[30] Intermix n'a pas ni n'a jamais eu d'employés au Canada. Elle est actuellement liée par un contrat avec deux entrepreneurs indépendants sis au Canada qui lui fournissent des services d'édition de bulletins sans rapport avec les questions en litige en l'espèce.

[31] Intermix n'a pas de bureaux au Canada. Il est vrai qu'elle a déjà financé la location de locaux à bureaux pour des entrepreneurs qui travaillaient sur deux sites Web qu'elle avait achetés, mais elle a cessé de le faire il y a plus de trois ans et n'a jamais elle-même occupé ou loué de locaux à bureaux au Canada.

[32] En outre, Intermix n'a jamais invoqué en aucune façon les lois canadiennes, étant donné qu'elle n'exerce aucune activité commerciale sur le territoire canadien par l'intermédiaire du site Web en cause.

[33] Intermix n'a pas de comptes bancaires au Canada. Elle n'y paie ni impôts fédéraux ni impôts provinciaux, et elle n'y est pas enregistrée aux fins de la perception de la TPS ou d'une TVP ou TVH. Elle n'est non plus inscrite auprès d'aucune administration canadienne comme exerçant une activité commerciale dans son ressort.

[34] Intermix n'exerce aucune activité de publicité ou de marketing directs ou de démarchage sur le marché canadien. Personne ayant des liens directs ou indirects avec Intermix, en tant qu'employé ou administrateur, n'a jamais participé à des foires commerciales ou autres activités de promotion du secteur Internet au Canada. Les trois seules transactions d'Intermix avec des entreprises canadiennes ne visaient que le court terme et sont bien loin d'établir un lien tant soit peu substantiel entre elle et le Canada.

[35] En outre, il serait manifestement inéquitable de soumettre Intermix à la compétence de notre Cour, puisque cela voudrait dire, en fait, qu'un exploitant de site Web sis aux États-Unis, ne possédant pas d'actifs commerciaux au Canada et n'ayant pas de présence physique dans notre ressort, pourrait être poursuivi au Canada aussi bien que dans tout autre pays d'où un demandeur déciderait de télécharger ses produits. Il est bien sûr peu pratique pour les demandeurs qui se trouvent dans ce cas d'avoir à poursuivre leurs causes

the law now appears to stand, this is not enough to bring a claim within the jurisdiction of a Canadian court. It would put much too great an onus on foreign Web site operators or any foreign commercial undertakings with no real presence in Canada which happen to deal with Canadian residents.

[36] With respect to the fourth factor, Intermix could not reasonably expect to be sued in Canada for allegedly breaching the criminal provisions of Canadian competition legislation because of alleged false advertising on its Web site—one which is solely supported by a server located in the U.S. Clearly, any alleged false representations, if made, were made by Intermix in the U.S., hosted by a server situated in the U.S. and thus not within this Court’s jurisdiction. Jurisdiction cannot be founded simply upon the fact that the plaintiff was in Canada when he downloaded the foreign content. The plaintiff’s inconvenience in suing Intermix in the U.S. is also insufficient to justify this Court’s jurisdiction.

[37] The sixth factor also favors Intermix. The *Foreign Extraterritorial Measures Act*, R.S.C., 1985, c. F-29, is a clear expression by Canada that foreign antitrust judgments involve its national interests. More specifically, paragraph 8(1)(a) [as am. by S.C. 1996, c. 28, s. 7] of the Act allows the Attorney General of Canada to declare, in appropriate circumstances, that a foreign antitrust judgment should not be “recognized or enforceable in any manner in Canada.” If Canada reserves the right to refuse enforcement of American antitrust judgments, this Court should not be placed in the position of applying Canadian competition law to American corporations doing business in the U.S. and having no assets in Canada, thereby compelling a plaintiff to seek enforcement in the U.S. of a Canadian antitrust judgment.

[38] Finally, the seventh and the eighth factors lead to the same conclusion. As the Ontario Court of Appeal recognized in *Muscutt*, above, at paragraph 95, “[t]he

d’action à l’étranger, mais ce n’est là qu’un facteur parmi d’autres à prendre en considération. Dans l’état du droit tel qu’il paraît être maintenant, cela ne suffit pas à fonder la compétence d’un tribunal canadien. On imposerait ainsi un fardeau trop lourd aux exploitants étrangers de sites Web ou à toutes entreprises commerciales étrangères sans présence réelle au Canada qui font affaire avec des résidents canadiens.

[36] En ce qui concerne le quatrième facteur, Intermix ne pouvait en toute vraisemblance s’attendre à être poursuivie au Canada pour des infractions supposées aux dispositions pénales de la législation canadienne relative à la concurrence du fait d’avoir diffusé une publicité censément mensongère sur son site Web, lequel est uniquement pris en charge par un serveur situé aux États-Unis. De toute évidence, si Intermix a donné au public des indications fausses, elle l’a fait aux États-Unis, à partir d’un serveur sis aux États-Unis, et donc hors du ressort de notre Cour. La compétence ne peut se fonder sur le seul fait que le demandeur se trouvait au Canada lorsqu’il a téléchargé le contenu étranger. La difficulté qu’il y aurait pour le demandeur à poursuivre Intermix aux États-Unis ne suffit pas non plus à justifier que notre Cour se déclare compétente.

[37] Le sixième facteur milite aussi en faveur d’Intermix. La *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. (1985), ch. F-29, exprime clairement la position du Canada selon laquelle les jugements antitrust étrangers mettent en jeu l’intérêt national. Plus précisément, l’alinéa 8(1)(a) [mod. par L.C. 1996, ch. 28, art. 7] de cette Loi autorise le procureur général du Canada à déclarer, si les faits le justifient, qu’un jugement antitrust rendu par un tribunal étranger « ne sera pas reconnu ni exécuté au Canada ». Si le Canada se réserve le droit de refuser d’exécuter les jugements antitrust américains, notre Cour ne devrait pas être amenée à appliquer le droit canadien de la concurrence à des entreprises américaines exerçant leur activité aux États-Unis et ne possédant pas d’actifs au Canada, obligeant ainsi les demandeurs à solliciter aux États-Unis l’exécution de jugements antitrust canadiens.

[38] Enfin, les septième et huitième facteurs mènent à la même conclusion. Comme la Cour d’appel de l’Ontario le faisait observer au paragraphe 95 de l’arrêt

decisions in *Morguard*, *Tolofson* and *Hunt* suggest that the assumption of jurisdiction is more easily justified in interprovincial cases than in international cases.” Moreover, there are only limited circumstances where damages sustained within a jurisdiction because of a wrong committed elsewhere would be accepted as a basis for assumed jurisdiction (*Lemmex*, above, at paragraph 48).

[39] One of the first and only Canadian cases on Internet jurisdiction is that of *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46. In that case, the British Columbia Court of Appeal stated that whether an Internet presence of a non-resident can constitute a real and substantial connection with the forum will depend upon the character of the Web site. This includes whether the site is passive, is used to interact with residents of Canada, or is used to conduct business with Canadian residents. Beyond that case, Canada’s jurisprudence is essentially devoid of any substantial guidance on the question of Internet jurisdiction.

[40] American courts have dealt with this issue, however, and they have developed an approach that is quite instructive for the purpose of this case. It is now well established that the due process clause requires that a defendant, if not present in the state, have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice. The “minimum contacts” required can be satisfied either through contacts sufficient to support specific jurisdiction, or contacts that adequately support general jurisdiction. General jurisdiction will attach where the defendant’s contacts with the forum state are not related to the plaintiff’s cause of action, but are continuous and systematic. Specific jurisdiction arises when the defendant has purposefully directed activities toward the forum state from which the litigation arises or to which it relates: *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F.Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta Nat’l, Inc.*, 223 F.

Muscutt, précité [TRADUCTION] « [I]es arrêts *Morguard*, *Tolofson* et *Hunt* donnent à penser que l’appropriation de juridiction se justifie plus facilement dans les litiges interprovinciaux que dans les litiges internationaux ». De plus, c’est seulement dans un nombre limité de cas qu’un préjudice subi dans un ressort donné du fait d’un acte commis ailleurs pourrait justifier l’appropriation de juridiction (voir *Lemmex*, précitée, au paragraphe 48).

[39] L’une des premières—et rares—affaires canadiennes soulevant la question de la compétence à l’égard d’Internet est celle qui a donné lieu à l’arrêt *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46. Dans cet arrêt, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a posé en principe que le point de savoir si la présence par Internet d’un non-résident peut constituer un lien réel et substantiel avec le forum dépend de la nature du site Web en question. Il faut se demander si ce site est passif, s’il est utilisé pour dialoguer avec des résidents canadiens ou s’il est utilisé pour faire affaire avec de tels résidents. Cet arrêt mis à part, la jurisprudence canadienne n’a essentiellement rien à offrir pour orienter l’examen de la question de la compétence appliquée à Internet.

[40] Cependant, les tribunaux américains ont examiné cette question et ils ont élaboré une approche tout à fait instructive aux fins de la présente affaire. Il est maintenant de droit constant que la clause de procédure régulière exige que le défendeur, s’il n’est pas présent dans l’État, ait des liens minimaux avec ce dernier, de sorte que le maintien de la poursuite ne contrevienne pas aux principes traditionnels du franc-jeu et de la justice fondamentale. La condition des « liens minimaux » peut être remplie par des liens suffisants pour étayer soit la compétence spécifique, soit la compétence générale. Il y a compétence générale lorsque les rapports du défendeur avec l’État du for, bien que ne concernant pas la cause d’action du demandeur, sont continus et systématiques. Il y a compétence spécifique dans le cas où le défendeur a délibérément orienté vers l’État du forum les activités dont découlent le litige ou des activités s’y rapportant. Voir *People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 10444; *Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music, LP*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Bancroft & Masters, Inc.*

3d 1082 (9th Cir. 2000); *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

[41] Considering the absence of Intermix' real, concrete and ongoing presence on Canadian soil, it seems to me the only possible way to conclude that Intermix has minimum contact with Canada is through the specific jurisdiction theory. In *Millenium Enterprises, Inc.*, above, the U.S. District Court for the District of Oregon summed up the various possibilities in this respect in the following way, at pages 915-916:

At one end of the scale are circumstances where a defendant "conducts business" over the Internet with residents of the forum, allowing for the assertion of personal jurisdiction in most cases. *Zippo*, 952 F. Supp. at 1124. In such situations, the assertion of jurisdiction is almost always proper. At the opposite end are situations where a defendant simply posts information on a Web site which is accessible to users in the forum state as well as others. "A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction." *Id.* In the middle are situations where a defendant operates an interactive Web site, allowing a user to exchange information with the host computer. In such a case, a court must review the "level of interactivity and commercial nature of the exchange of information" to determine whether jurisdiction should be exercised. *Id.*

[42] The record in the present case does not allow me to come to the conclusion that the Web sites Intermix operates are interactive in nature. These Web sites do not allow users to communicate and exchange information with the sponsors of the site, or to order products online. But even if they could be characterized in such a way, I do not think Intermix could be found to have the level of interactivity with Canada that could justify a finding of minimum contact. The software that can be downloaded from Intermix' Web sites is free, there has been no targeting of Canada or of Canadian consumers in any specific way, there is no specific content for a Canadian audience, and Intermix has never purposely availed itself of Canada's laws. Bearing in mind that the test to find a defendant has minimum contact must necessarily be more stringent when a foreign country is involved (as opposed to another state

v. Augusta Nat'l, Inc., 223 F. 3d 1082 (9th Cir. 2000); et *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

[41] Étant donné l'absence de présence réelle, concrète et continue d'Intermix sur le territoire canadien, il me semble que c'est seulement dans le cadre de la théorie de la compétence spécifique qu'on pourrait conclure, le cas échéant, qu'elle a des liens minimaux avec le Canada. Dans la décision *Millenium Enterprises, Inc.*, précitée, la Cour de district de l'Oregon a récapitulé comme suit, aux pages 915 et 916, les diverses possibilités qui s'offrent à cet égard :

[TRADUCTION] On trouve à l'une des extrémités du spectre le cas où le défendeur « fait affaire » sur Internet avec des résidents de l'État du for, situation qui permet d'affirmer la compétence personnelle la plupart du temps : *Zippo*, 952 F. Supp., à la page 1124. Dans un tel cas, l'affirmation de compétence est presque toujours légitime. À l'autre extrémité du spectre, nous avons le cas où le défendeur affiche simplement des renseignements sur un site Web accessible à des résidents de l'État du forum comme à d'autres. « L'exploitation d'un site Web passif qui ne fait guère plus que de mettre des renseignements à la disposition de ceux qu'ils pourraient intéresser ne suffit pas à justifier l'exercice d'une compétence personnelle. » (*Ibid.*) Au milieu du spectre, on trouve le cas où le défendeur exploite un site Web interactif, qui permet à l'utilisateur d'échanger des renseignements avec l'ordinateur hôte. Dans ce cas, le tribunal doit examiner « le niveau d'interactivité et la nature commerciale de l'échange de renseignements » pour établir s'il devrait se déclarer compétent. (*Ibid.*)

[42] Le dossier en l'instance ne me permet pas de conclure que les sites Web qu'exploite Intermix soient de nature interactive. Ces sites ne permettent pas aux utilisateurs de communiquer et d'échanger des renseignements avec leurs concepteurs ni de commander des produits en ligne. Mais même s'ils pouvaient être ainsi définis, je ne pense pas qu'Intermix pourrait être considérée comme ayant avec le Canada un niveau d'interactivité suffisant pour justifier la constatation de liens minimaux. Les logiciels qu'on peut télécharger à partir des sites d'Intermix sont gratuits, ni le Canada ni les consommateurs canadiens n'y sont ciblés de manière tant soit peu particulière, Intermix n'offre pas de contenu spécialement destiné au public canadien, et elle n'a jamais délibérément invoqué les lois canadiennes. Étant donné que le critère de l'existence d'un lien minimal entre le défendeur et le ressort en question doit

in the same country), I am unable to conclude that Intermix has minimum contact with Canada or with the subject-matter of the present claim.

[43] Even if I were to conclude that this Court can assume jurisdiction, it would not be reasonable to do so as there is another more appropriate forum capable of assuming jurisdiction. As Justice John Sopinka explained in *Amchem*, above, at page 912, “[f]requently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives.” In those cases, courts have developed several factors to determine the most appropriate forum for the action. In *Muscutt*, above, at paragraph 41, Justice Robert Sharpe gave a non-exhaustive list of the factors to be taken into consideration:

- the location of the majority of the parties
- the location of key witnesses and evidence
- contractual provisions that specify applicable law or accord jurisdiction
- the avoidance of a multiplicity of proceedings
- the applicable law and its weight in comparison to the factual questions to be decided
- geographical factors suggesting the natural forum
- whether declining jurisdiction would deprive the plaintiff of a legitimate juridical advantage available in the domestic court

[44] In the present case, at least two factors strongly suggest that California (or, possibly, another U.S. state) would be a better forum to hear a claim related to Intermix’ allegedly anticompetitive behaviour. The evidence that Mr. Desjean is seeking from Intermix is presumably all located in the U.S., as well as the key witnesses who could testify in relation to that evidence. There is also a clause in the licence agreement which provides that the laws of the State of California will govern the agreement, without giving effect to any

nécessairement être plus rigoureux lorsqu’un autre pays est en jeu (par opposition à un autre État fédéré du même pays), je me vois dans l’impossibilité de conclure qu’Intermix a un lien minimal avec le Canada ou avec l’objet de la présente action.

[43] Même si je concluais que notre Cour peut se déclarer compétente, il ne serait pas justifié qu’elle le fasse, puisqu’il y a un autre for, plus approprié, qui le peut aussi. Ainsi que le juge John Sopinka l’expliquait à la page 912 de l’arrêt *Anchem*, précité : « [s] souvent, il n’y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l’action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice ». Les tribunaux ont défini plusieurs facteurs à prendre en considération pour établir quel est le forum qui convient le mieux à l’action dans de tels cas. C’est ainsi que le juge Robert Sharpe propose au paragraphe 41 de l’arrêt *Muscutt*, précité, une liste non exhaustive de facteurs de cette nature :

[TRADUCTION]

- le lieu d’établissement de la majorité des parties;
- le domicile des principaux témoins et le lieu où se trouvent les éléments de preuve;
- les stipulations contractuelles qui précisent le droit applicable ou attribuent la compétence;
- l’utilité d’éviter la multiplicité d’instances;
- le droit applicable et son poids par rapport aux questions de fait à trancher;
- les facteurs géographiques définissant le forum naturel;
- le point de savoir si le fait de décliner la compétence priverait le demandeur d’un avantage juridique légitime que lui offrirait le tribunal intérieur.

[44] En l’espèce, au moins deux facteurs militent sérieusement en faveur de la thèse qu’un tribunal californien (ou peut-être un tribunal d’un autre État américain) serait mieux placé pour instruire une action liée au comportement anticoncurrentiel supposé d’Intermix. Les éléments de preuve que M. Desjean veut se faire communiquer par Intermix se trouvent vraisemblablement tous aux États-Unis, tout comme les principaux témoins qui pourraient déposer au sujet de ces éléments de preuve. En outre, l’accord de licence stipule que

conflict of law principles.

[45] In light of the foregoing, I do not think that this Court could, or even should, assume jurisdiction over Mr. Desjean's claim. As a result, there is no necessity to pronounce on Intermix' subsidiary arguments—that is, whether the statement of claim is frivolous or vexatious and constitutes an abuse of the process of the Court. Nor is it relevant to determine if this Court would be acting within the confines of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] if it were to rule on this claim. This question can only be addressed properly if it is first decided that a Canadian court is a proper forum for a claim of this nature.

[46] As a result, the statement of claim must be struck for this Court's lack of jurisdiction over the defendant and the matter. Consequently, the motion for the certification of this action as a class action must be dismissed, as it does not meet the requirements set out in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules*, as amended. In accordance with subsection 299.41(1) [as enacted *idem*], no order is made as to costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS THAT: The statement of claim must be struck for this Court's lack of jurisdiction over the defendant and the matter. Consequently, the motion for the certification of this action as a class action must be dismissed, as it does not meet the requirements set out in rule 299.18 of the *Federal Courts Rules*, as amended. In accordance with subsection 299.41(1) of the Rules, no order is made as to costs.

l'application de celui-ci sera régie par les lois de la Californie, sans donner effet à aucun principe de conflit de lois.

[45] Étant donné tout ce qui précède, je ne pense pas que notre Cour pourrait, ou même devrait, se déclarer compétente pour instruire l'action de M. Desjean. Par conséquent, je n'ai pas à me prononcer sur les moyens subsidiaires d'Intermix, c'est-à-dire sur les points de savoir si la déclaration est frivole ou vexatoire et si elle constitue un abus de procédure. Il n'y a pas lieu non plus de décider si notre Cour outrepasserait les limites fixées par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] ans le cas où je statuerais sur la présente action. On ne peut examiner régulièrement cette question que si l'on a d'abord décidé qu'un tribunal canadien est le forum approprié pour instruire une action de cette nature.

[46] La déclaration doit donc être radiée au motif de l'incompétence de notre Cour sur la défenderesse et sur l'affaire. En conséquence, la requête en autorisation de la présente action comme recours collectif doit être rejetée, étant donné qu'elle ne remplit pas les conditions prévues à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales*, dans sa version modifiée. Conformément au paragraphe 299.41(1) [édité, *idem*] de ces Règles, aucuns dépens ne sont adjugés.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que : La requête soit radiée au motif de l'incompétence de notre Cour sur la défenderesse et sur l'affaire. En conséquence, la requête en autorisation de la présente action comme recours collectif doit être rejetée, étant donné qu'elle ne remplit pas les conditions prévues à l'article 299.18 des *Règles des Cours fédérales*, dans sa version modifiée. Conformément au paragraphe 299.41(1) de ces Règles, aucuns dépens ne sont adjugés.