

Droit de la publicité : cinq décisions d'importance de 2017

Sophie Deschênes-Hébert*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	487
INTRODUCTION	489
1. <i>VIDÉOTRON c. UNION DES CONSOMMATEURS</i>	489
1.1 Violation aux articles 12 et 40 de la LPC	491
1.2 Recours prévus à l'article 272 de la LPC	492
1.3 Dommages-intérêts punitifs et omission de fait important.	494
2. <i>OPTION CONSOMMATEURS c. MEUBLES LÉON LTÉE</i>	495
2.1 Recours en vertu de l'article 272 de la LPC.	496
2.1.1 Représentation fausse ou trompeuse relativement à l'allégation du type « Ne payez rien » et frais annuels de 21 \$	497
2.1.2 Contraventions aux obligations statutaires de la LPC	500
2.1.2.1 Publicité sur un bien et sur le crédit offert	500

© Sophie Deschênes-Hébert, 2018.

* Avocate chez Legault Joly Thiffault Avocats S.E.N.C.R.L.

[Note de la rédaction : cet article a fait l'objet d'une évaluation à double anonymat.]

2.1.2.2	Publicité sur les modalités de crédit variable	500
2.2	Dommages-intérêts compensatoires	500
2.3	Dommages punitifs	501
3.	RAPPORT DE CONCLUSIONS D'ENQUÊTE DU COMMISSARIAT DE LA PROTECTION À LA VIE PRIVÉE EN VERTU DE LA LPRPDE N° 2017-002 CONCERNANT WAJAM INTERNET TECHNOLOGIES INC., DÉVELOPPEUR DE PUBLICIEL CANADIEN	502
3.1	Responsabilité	503
3.2	Détermination des fins de la collecte des renseignements et transparence	503
3.3	Consentement	504
3.4	Limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation	505
3.5	Mesures de sécurité	506
4.	<i>UNITED AIRLINES, INC. c. COOPERSTOCK</i>	<i>506</i>
4.1	Contrefaçon des marques	507
4.2	Commercialisation trompeuse	509
4.3	Dépréciation de l'achalandage	510
4.4	Violation du droit d'auteur	510
5.	<i>156158 CANADA INC. c. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC</i>	<i>513</i>
	CONCLUSION	515

RÉSUMÉ

Le présent article présente le résumé de cinq décisions d'importance en droit de la publicité, rendues en 2017. Comme le démontre la variété de sujets et causes d'action de ces décisions et des organes décisionnels desquel elles émanent, le droit de publicité est caractérisé par son interrelation entre plusieurs domaines et concepts de droit, dont, comme répertoriés ici, le droit de la consommation, la protection des renseignements personnels, la propriété intellectuelle et la *Charte de la langue française*.

ABSTRACT

This article presents a summary of five major advertising decisions in 2017. As is evident from the variety of subjects and causes of action of these decisions and the decision-making bodies from which they emanate, the advertising right is characterized by its interrelation between several domains and concepts of law, including, as listed here, the law of consumption, the protection of personal information, intellectual property and the Charter of the French language.

MOTS-CLÉS

Jurisprudence, jurisprudence (rétrospective), Canada, *Charte de la langue française*, langue française, publicité, propriété intellectuelle, consommateur/consommation (droit), renseignements personnels, recours, recours collectif, dommages, dommages punitifs, dommages compensatoires, dommages-intérêts, faute (notion), représentation trompeuse, représentations fausses, trompeuse (commercialisation, représentation), présomptions, droit d'auteur, parodie, *passing off*.

INTRODUCTION

Le présent article présente le résumé de cinq décisions d'importance en droit de la publicité, rendues en 2017. Comme le démontre la variété de sujets et causes d'action de ces décisions et des organes décisionnels desquel elles émanent, le droit de publicité est caractérisé par son interrelation entre plusieurs domaines et concepts de droit, dont, comme répertoriés ici, le droit de la consommation (*Vidéotron c. Union des consommateurs*¹, *Option Consommateurs c. Meubles Léon ltée*)², la protection des renseignements personnels (*Rapport de conclusions d'enquête du Commissariat de la protection à la vie privée en vertu de la LPRPDE n° 2017-002 concernant Wajam Internet Technologies Inc., développeur de publiciel canadien*)³, la propriété intellectuelle (*United Airlines, Inc. c. Cooperstock*)⁴ et la *Charte de la langue française (156158 Canada Inc. c. Attorney General of Quebec)*⁵.

1. VIDÉOTRON c. UNION DES CONSOMMATEURS⁶

Ce jugement de la Cour d'appel fait suite à une décision de la Cour supérieure rendue en 2015, laquelle accueillait en partie une action collective autorisée en 2011 contre Vidéotron découlant de sa décision de modifier unilatéralement les conditions de son forfait Internet Haute Vitesse Extrême (ci-après forfait « IHVE »). À l'issue de cet appel, la Cour d'appel conclut que la Cour supérieure n'a pas commis d'erreur en arrivant à la conclusion que Vidéotron avait enfreint les articles 12 et 40 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁷

1. 2017 QCCA 738 (ci-après « *Vidéotron* »).

2. 2017 QCCS 3526 (ci-après « *Option Consommateurs* »).

3. *Wajam Internet Technologies Inc., développeur de publiciel canadien, enfreint de nombreuses dispositions de la LPRPDE*, 17 août 2017 (Commissariat à la protection de la vie privée du Canada), en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2017/lprpde-2017-002/>> (ci-après « *Rapport de conclusions* »).

4. 2017 CF 616 (ci-après « *Cooperstock* »).

5. 2017 QCCA 2055 (ci-après « *156158 Canada Inc.* »).

6. *Supra*, note 1.

7. RLRQ, c. P-40.1.

(ci-après « LPC ») en procédant en cours de contrat à cette modification unilatérale. Cependant, la Cour est d'avis qu'il y a lieu d'intervenir pour prévoir l'attribution d'une indemnité additionnelle sur le remboursement des taxes payées par les membres qui ont conservé le service IHVE après la modification unilatérale, ont dépassé la limite de 100 Go par mois et ont payé des frais supplémentaires. Vidéotron est condamné à payer 3,2 millions de dollars en dommages punitifs en plus des remboursements aux membres du recours.

C'est en mai 2011 que l'Union des consommateurs (ci-après « Union ») avait été autorisée à exercer une action collective pour :

sous-groupe 1 : [t]oute personne physique résidant au Québec qui, en date du 1^{er} octobre 2007, était abonnée au service « **Internet haute vitesse Extrême** » de Vidéotron en vertu d'un contrat d'une durée de douze mois ou plus conclu avant le 14 août 2007 [; et]

sous-groupe 2 : [t]oute personne physique résidant au Québec qui, pour la première fois, s'est abonnée, en vertu d'un contrat d'une durée de 12 mois ou plus, au service « **Internet haute vitesse Extrême** » entre le 14 août et le 30 septembre 2007 et qui n'a pas été avisée au moment de son abonnement que l'utilisation de la bande passante serait limitée à 100Go/mois (aval et amont) et que l'abonné devrait dès lors payer un montant de 1,50 \$/Go excédentaire.⁸

Les représentations et violations qu'Union reprochait à Vidéotron et qui ont fait l'objet du recours sont les suivantes :

- en modifiant unilatéralement les conditions de son forfait IHVE de manière à faire passer la capacité de téléchargement illimitée à une limite de 100 Go par mois, et en imposant des frais de 1,50 \$ par Go pour la consommation excédentaire, Vidéotron a enfreint des dispositions d'ordre public de la LPC, soit les articles 12 et 40 de la LPC ; et
- la clause du contrat du forfait IHVE relative au droit de Vidéotron d'unilatéralement, « sur préavis d'au moins 30 jours au client transmis par courrier électronique à son adresse de messagerie Vidéotron ou transmis par la poste au client, modifier les Services ou toute autre disposition de la présente convention y compris les frais et tarifs stipulés [...] » au contrat et prévoyant le droit du membre de résilier son contrat en cas de désaccord est contraire

8. *Union des consommateurs c. Vidéotron, s.e.n.c.*, 2015 QCCS 3821, par. 2.

à la LPC. La LPC est une loi d'ordre public et ne permet donc pas de dérogation par convention particulière (art. 261 LPC) ou de renonciation par le consommateur à un droit que celle-ci lui confère (art. 262 LPC).

1.1 Violation aux articles 12 et 40 de la LPC

Vidéotron a fait valoir que la modification de l'environnement technologique notamment caractérisé par une utilisation excessive de la bande passante par certains usagers nuisait à la qualité du service pour la majorité et que la modification des conditions du forfait s'avérait dans ce contexte la solution la plus appropriée. Reconnaisant la logique de ce raisonnement, la Cour est néanmoins d'avis que ces circonstances ne peuvent justifier une modification unilatérale par Vidéotron à la limite de capacité de téléchargement et à l'imposition de frais pour la consommation excédentaire. Par conséquent, la Cour d'appel confirme que la conduite de Vidéotron constitue un manquement aux articles 12 et 40 de la LPC lesquels établissent ce qui suit :

12. Aucuns frais ne peuvent être réclamés d'un consommateur, à moins que le contrat n'en mentionne de façon précise le montant.

[...]

40. Un bien ou un service fourni doit être conforme à la description qui en est faite dans le contrat. [Les italiques sont nôtres]

La Cour d'appel ajoute que la conduite de Vidéotron est contraire à l'article 11.2 de la LPC qui interdit toute stipulation prévoyant le droit pour le commerçant de modifier unilatéralement un élément essentiel du contrat, à moins qu'il s'agisse d'un contrat à durée indéterminée, et de notamment mentionner les éléments pouvant faire l'objet de modification.

La Cour souligne que, bien qu'il est vrai que l'article 11.2 n'était pas encore en vigueur au moment du litige, son essence était néanmoins déjà codifiée à l'article 1373 du *Code civil du Québec*⁹ (ci-après « CCQ ») :

1373. L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

9. RLRQ, c. C-1991.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.

La Cour d'appel établit ce parallèle entre les deux dispositions en énonçant que même sous l'article 1373 CCQ, une modification unilatérale ne serait donc permise que dans la mesure où l'objet de cette modification serait déterminable au moment de la conclusion du contrat, sinon cela porte atteinte au principe du consensualisme et à la validité du consentement à contracter. Ainsi, même dans un cas où, comme le prétend Vidéotron, le contrat serait à durée indéterminée, le droit de modification unilatérale conféré au commerçant ne peut avoir pour effet de « stériliser » les obligations qui incombent au commerçant en vertu des articles 12 et 40 de la LPC :

[50] Le droit d'obtenir les biens et services décrits au contrat, en contrepartie des frais qui y sont énoncés, naît dès la conclusion de l'entente. Ce droit n'est pas à géométrie variable. La proposition selon laquelle la clause 3.9 permettrait la réduction des obligations du commerçant heurte de plein fouet l'article 262 LPC. Le consommateur renoncerait aux droits qu'il a acquis à la conclusion du contrat initial, sans avoir la moindre idée des modifications qui l'attendent. Comme mentionné plus tôt, l'absurdité à laquelle conduit l'argument en démontre le caractère infondé.

[51] En somme, la clause 3.9 du contrat liant les parties ne peut servir d'échappatoire à la responsabilité de Vidéotron découlant de ses contraventions aux articles 12 et 40 LPC.¹⁰

1.2 Recours prévus à l'article 272 de la LPC

La Cour d'appel rappelant les enseignements de la Cour suprême dans le célèbre arrêt *Time*¹¹ confirme qu'une importante distinction s'impose entre les recours en réparations contractuelles prévus au premier alinéa de l'article 272 de la LPC et le recours en dommages-intérêts compensatoires prévu au second alinéa :

[55] Quant aux mesures de réparation contractuelles, la Cour suprême confirme la jurisprudence de notre Cour ayant établi que « tout manquement à une obligation imposée par la loi

10. *Vidéotron, supra*, note 1, par. 50-51.

11. *Richard c. Time*, 212 CSC 8 (ci-après « *Time* »).

entraîne l'application d'une présomption absolue de préjudice pour le consommateur ». À cet égard, elle mentionne que :

La nature des obligations dont la violation peut être sanctionnée par le biais de l'art. 272 L.p.c. est essentiellement de deux ordres. [...] Ces obligations se retrouvent principalement au titre I de la loi. La preuve de la violation de l'une de ces règles de fond permet donc, sans exigence additionnelle, au consommateur d'obtenir l'une des mesures de réparation contractuelles prévues à l'art. 272 L.p.c. Comme la juge Rousseau-Houle l'a affirmé dans l'arrêt Beauchamp, « [l]e législateur présume de façon absolue que le consommateur subit un préjudice par suite d'un manquement par le commerçant ou le fabricant à l'une ou l'autre de ces obligations et donne au consommateur la gamme des recours prévue à l'article 272 » (p. 744). [...] Contrairement à l'art. 271 L.p.c., l'art. 272 ne permet pas au commerçant de soulever l'absence de préjudice en défense pour ce qui est des contraventions aux dispositions du titre I [...]. [Je souligne]

[56] Ainsi, la présomption absolue de préjudice dispense le consommateur de faire une preuve du dommage subi dans les cas où il demande l'une des mesures de réparations contractuelles prévues aux paragraphes a) à f) de l'article 272 LPC.

[57] La Cour suprême distingue ces recours des réclamations en dommages-intérêts compensatoires :

[125] En cas de contravention par un commerçant ou un fabricant à une obligation visée par l'art. 272 L.p.c., le consommateur peut demander au tribunal de lui accorder des dommages-intérêts compensatoires. [...] Le texte de l'art. 272 L.p.c. contient les mots « sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas ». Cette expression, qui ne souffre d'aucune ambiguïté, signifie que le recours en dommages-intérêts, qu'il soit de nature contractuelle ou extracontractuelle, est autonome par rapport aux mesures de réparation contractuelles spécifiques prévues aux al. a) à f) de l'art. 272. [...]

[126] L'autonomie du recours en dommages-intérêts prévu à l'art. 272 L.p.c. ne signifie cependant pas que l'exercice de ce recours n'est assujéti à aucun encadrement juridique. [...] Ensuite, lorsque le consommateur choisit de réclamer

des dommages-intérêts au commerçant ou au fabricant qu'il poursuit, l'exercice de son recours demeure soumis aux règles générales du droit civil québécois. En particulier, pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires, il faut que le dommage subi soit susceptible d'évaluation ou quantifiable.¹²

La Cour d'appel confirme donc qu'il n'y a pas de présomption de préjudice pour les dommages-intérêts compensatoires allant au-delà des remèdes spécifiquement prévus au premier alinéa de l'article 272 de la LPC, qui sont d'ordre contractuel. Pour faire droit à une demande en dommages-intérêts compensatoires d'un consommateur dans le cadre d'une action collective, il doit y avoir démonstration des éléments en fonction des règles de droit commun, c'est-à-dire que ce dernier doit établir la preuve de son préjudice et du lien de causalité entre ce préjudice et la contravention du commerçant à la LPC.

1.3 Dommages-intérêts punitifs et omission de fait important

La Cour d'appel confirme la décision du juge de première instance quant à la nécessité de condamner Vidéotron au paiement de dommages-intérêts punitifs en ce que la preuve présentée permettait de conclure à l'insouciance de Vidéotron quant à l'omission de mentionner sa décision concernant la modification des conditions du contrat dès que cette dernière fut prise et de mentionner dans son avis de modification le fait que les clients ayant un contrat à durée déterminée avaient la possibilité de résilier leur contrat sans frais. La Cour d'appel confirme que cette conduite constitue l'omission d'un fait important au sens de l'article 228 de la LPC, faisant preuve d'un comportement insouciant ou sérieusement négligent envers tous ses clients.

Cette décision souligne la protection dont bénéficie le consommateur en matière de modification unilatérale d'un contrat et est particulièrement intéressante quant à l'application du concept de droit commun de faute, préjudice, lien causal sous le recours en dommages-intérêts compensatoires établi par l'article 272 de la LPC. Le raisonnement suivant par la Cour dans cette affaire fut cependant écarté par la décision *Option Consommateurs*¹³, laquelle fait actuellement l'objet d'une demande de permission d'en appeler.

12. *Id.*, par. 55-57.

13. *Supra*, note 2.

2. OPTION CONSOMMATEURS c. MEUBLES LÉON LTÉE¹⁴

Cette décision de la Cour supérieure porte sur les programmes de financement à l'achat fort populaires, notamment dans le secteur de la vente d'électroménagers, du type « achetez maintenant, payez plus tard ».

La Cour supérieure a condamné Meubles Léon Ltée (ci-après « Léon ») à verser 162 918 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires, 703 800 \$ à titre de dommages moraux et 1 million de dollars à titre de dommages punitifs.

C'est en juin 2012 qu'Option Consommateurs (ci-après « Option ») avait été autorisée à exercer une action collective pour :

toute personne qui a acheté au Québec un bien ou un service de l'intimée Léon, qui s'est prévalu de son programme de financement de type « achetez maintenant ; payez plus tard » et qui s'est vu facturer des « frais d'adhésion annuels », ou tout autre frais équivalent.

Les représentations et violations qu'Option reprochait à Léon entre 2007 et 2011 et qui ont fait l'objet du recours sont les suivantes :

- représentations fausses ou trompeuses donnant l'impression aux consommateurs qu'ils n'ont rien à payer au moment de l'achat ou au surplus des versements périodiques égaux, alors que les taxes doivent dans certains cas être acquittées au moment de l'achat et que des frais d'adhésion annuels sont imposés ;
- ces représentations sont effectuées à de multiples reprises par Léon dans ses campagnes publicitaires notamment par l'utilisation de slogans tels que « Vous ne payez absolument rien ! Pas même les taxes ! Pour 15 mois ! », « Plus ! Ne payez pas pour 16 mois ! » et « pas d'acompte ! 0 % d'intérêt ! pas de paiement mensuel ! sur tous nos articles en supermagasins ! », « Prenez 36 mois pour payer ! Pas d'acompte ! Pas d'intérêts ! et 36 versements égaux ! » ; et
- contraventions à des dispositions statutaires de la LPC, soit que Léon (i) outrepasserait la limitation prévue à l'article 244 de la LPC selon laquelle, dans un message concernant un bien ou un service, il n'est pas possible d'informer un consommateur sur le crédit offert, sauf pour en mentionner la disponibilité, (ii) contre-

14. *Id.*

viendrait dans ses documents de plusieurs pages à l'obligation de référer à la page précise comportant les mentions obligatoires et (iii) omettrait d'inclure les mentions obligatoires requises en matière de publicité sur les modalités du crédit.

2.1 Recours en vertu de l'article 272 de la LPC

L'article 272 de la LPC prévoit les sanctions possibles en cas de violation par un commerçant ou un fabricant d'une règle de fond imposée par la LPC :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas :

- a) l'exécution de l'obligation ;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant ;
- c) la réduction de son obligation ;
- d) la résiliation du contrat ;
- e) la résolution du contrat ; ou
- f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.

Référant à l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Time*¹⁵, le tribunal réitère que « dans la somme des recours prévus sous l'article 272 de la LPC, le choix de la mesure réparatrice appartient au consommateur, mais le tribunal conserve la discrétion de lui en accorder une autre plus appropriée aux circonstances »¹⁶.

Pour l'interprétation et l'application de cet article, le tribunal cite l'arrêt *Time*¹⁷ qui confirme que l'article 272 de la LPC crée une

15. *Supra*, note 11.

16. *Id.*, par. 117.

17. *Id.*

présomption irréfragable de préjudice pour le consommateur en cas de tout manquement par un commerçant ou un fabricant à une obligation que lui impose la LPC, tout manquement à la LPC ayant un effet dolosif sur la décision de contracter des consommateurs. Pour ce faire le consommateur doit établir :

- 1) la violation par le commerçant ou le fabricant d'une des obligations imposées par la LPC, en l'espèce par le titre II de la LPC concernant les pratiques interdites ;
- 2) la connaissance pour le consommateur de la représentation qui est une pratique interdite ;
- 3) la formation, modification ou exécution d'un contrat à la suite de cette prise de connaissance ; et
- 4) une proximité suffisante entre le contenu de la représentation et le bien ou service visé par le contrat, susceptible donc d'influencer le comportement du consommateur dans sa décision par rapport au contrat.

2.1.1 Représentations fausse ou trompeuse relativement à l'allégation du type « Ne payez rien » et frais annuels de 21 \$

L'offre de programme de financement se trouvant à la base du modèle d'affaires de Léon est proposée par Léon par l'entremise de Citi Financial Canada Inc. (ci-après « CITI ») comme fournisseur de crédit depuis l'année 2000. Lorsqu'un consommateur conclut un achat chez Léon, le vendeur remplit alors une demande de crédit et remet au consommateur une copie de la convention de crédit le liant avec CITI. Considérant le marché changeant et la compétition en matière de fournisseur de crédit, CITI communique par écrit avec Léon en septembre 2008 pour l'informer que, considérant la conjoncture, CITI devra procéder à certains changements qui devraient être effectifs au cours des trimestres Q1 et Q2 de 2009, notamment le fait que des frais annuels seront imposés. Sans mentionner le montant de ces frais, l'écrit mentionne que les détails relatifs à ces frais demeurent à déterminer et que CITI communiquera avec Léon lorsque l'information deviendra disponible. Léon confirme que CITI l'a avisée verbalement en décembre 2008 que ces frais annuels seraient de 21 \$. CITI confirme par la suite à Léon que ces frais seront applicables à tous les comptes existants avant le 1^{er} mai 2009 et ayant un solde de 450 \$ ou plus.

Malgré ce changement connu de Léon, Léon continue de diffuser de façon systématique et hebdomadaire des publicités promouvant ses programmes de financement dans différents médias, incluant par la poste, la presse écrite, la radio, la télévision et sur Internet. Ces messages font la promotion de l'offre de financement par laquelle les consommateurs n'ont absolument rien à payer pendant une période déterminée ou par laquelle ils peuvent choisir de répartir le montant de leurs achats en plusieurs versements égaux sans intérêt. À aucun moment Léon ne modifie ses publicités de manière à mentionner que des frais annuels s'appliquent. Si bien que l'impression générale qui s'en dégage pour le consommateur est que le financement est sans frais ni intérêts. La Cour note d'ailleurs que la plupart des membres du groupe ont témoigné que cette représentation a motivé grandement leur décision de se rendre en magasin, puis de contracter.

Concernant le paiement des taxes, la preuve démontre que Léon exige que le consommateur acquitte complètement les taxes au moment de l'achat lorsque le montant de l'achat s'élève à plus de 750 \$. Cette condition est mentionnée dans la publicité écrite de Léon uniquement dans une note de bas de page alors que le message principal mentionne « Ne payez rien avant 2010. Pas d'acompte ! Pas d'intérêts ! Pas de paiement mensuel ! ». Le tribunal précise que cette condition est également mentionnée dans la publicité télévisée, quoiqu'illisible, mais qu'elle est complètement absente de la publicité radio.

Il est intéressant de noter que Léon allègue que ses représentations ne sont pas fausses ou trompeuses relativement aux taxes à acquitter notamment au motif que lorsqu'aucune taxe ne doit être acquittée au moment de l'achat, la publicité inclut une mention expresse à cet effet, telle que : « Ne payez rien ! Pas même les taxes ! ». Or, le tribunal rejette évidemment cette prétention au motif que l'existence de cette mention spécifique n'a pas pour effet de réduire la portée générale et absolue de l'allégation « Ne payez rien » ou toute autre expression de nature similaire, lorsqu'utilisée seule.

Il en résulte que les représentations de Léon, en cette matière, sont fausses ou trompeuses, tant eu égard à l'impression générale qui s'en dégage que du sens littéral des mots utilisés, et ce, du point de vue du consommateur crédule et inexpérimenté, suivant le critère établi dans l'arrêt *Time*, et constitue à ce titre une pratique interdite visée au Titre II de la LPC.

Plus spécifiquement, Option a fait valoir que les représentations de Léon du type « Ne payez rien » contreviennent aux disposi-

tions générales de LPC applicables aux représentations fausses ou trompeuses :

215. Constitue une pratique interdite aux fins du présent titre une pratique visée par les articles 219 à 251 ou, lorsqu'il s'agit de la vente, de la location ou de la construction d'un immeuble, une pratique visée aux articles 219 à 222, 224 à 230, 232, 235, 236 et 238 à 243.

216. Aux fins du présent titre, une représentation comprend une affirmation, un comportement ou une omission.

[...]

218. Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et, s'il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés.

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

[...]

228. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important.

Confirmant la position d'Option sur ce point, le tribunal est d'avis que :

[68] En somme, le sens littéral du mot « rien », ne peut certainement pas inclure des frais de 21 \$, ou même des taxes à la consommation. À l'évidence, la représentation centrale de la publicité s'avère trompeuse.

[69] Il en va de même des publicités qui font la promotion du plan de financement par versements égaux parce que, non seulement passent-elles sous silence l'imposition des frais annuels de 21 \$, mais elles induisent également le consommateur en erreur puisque ces frais, tels que facturés par CITI, viendront nécessairement rendre inégaux les paiements mensuels.¹⁸

18. *Id.*, par. 68-69.

2.1.2 Contraventions aux obligations statutaires de la LPC

De l'avis du tribunal, les messages publicitaires visés sont des messages mixtes concernant des biens et des modalités de crédit, ils sont à la fois des messages publicitaires concernant des biens au sens de l'article 244 de la LPC et concernant des modalités du crédit au sens de l'article 247 de la LPC.

2.1.2.1 Publicité sur un bien et sur le crédit offert

Le tribunal conclut que la promotion faite par Léon de ses programmes de financement contrevient à l'interdiction imposée par cette disposition en outrepassant la seule mention permise quant à la disponibilité du crédit offert. Ce faisant, le tribunal conclut que Léon contrevient également à l'article 80 du *Règlement d'application de la LPC* (ci-après le « Règlement »), prescrivant la manière d'effectuer cette mention. Cette conclusion du tribunal est particulièrement intéressante considérant que très peu de jurisprudence et de doctrine existent quant à la manière d'appliquer et d'interpréter cette disposition, notamment dans un contexte d'offre de financement à l'achat.

2.1.2.2 Publicité sur les modalités de crédit variable

Le tribunal conclut que les publicités de Léon contreviennent aux articles 247 de la LPC et 85 du Règlement en omettant de mentionner l'imputation de frais d'adhésion annuels et la durée de chaque période pour laquelle un état de compte est fourni et d'inclure un tableau d'exemples de frais de crédit. De plus, Léon est considéré avoir contrevenu à l'article 83 du Règlement puisque, dans sa publicité sur ses programmes de financement faite dans ses circulaires contenant plusieurs pages, elle a fait défaut de référer clairement à la page où figurent les mentions obligatoires relativement aux modalités du crédit.

2.2 Dommages-intérêts compensatoires

Dans son application et son interprétation de l'article 272 de la LPC en cette matière, le tribunal se dissocie explicitement du raisonnement suivi par la Cour d'appel dans *Vidéotron*¹⁹. Plus spécifiquement, le tribunal est d'avis que le cheminement suivi par la Cour d'appel dans cette affaire est contraire aux enseignements de

19. *Supra*, note 1.

la Cour suprême en ce qu'il se fonde sur une présomption de faute plutôt que sur une présomption irréfragable de préjudice. Plus spécifiquement, la Cour d'appel affirme notamment dans cette affaire que l'octroi de dommages-intérêts compensatoires sous l'article 272 de la LPC demeure régi par les règles de droit commun en ce que le consommateur doit prouver son préjudice et le lien de causalité entre la contravention à la LPC et son préjudice. Toutefois en l'espèce, se reportant aux enseignements de la Cour suprême, le tribunal conclut que la présomption irréfragable de préjudice créée sous l'article 272 de la LPC ouvre la voie à l'octroi de dommages-intérêts compensatoires sans que le consommateur ait donc à faire la preuve d'une faute, d'un préjudice ou d'un lien de causalité et qu'il revient au tribunal d'arbitrer la quotité des dommages.

Affirmant que l'octroi de dommages moraux, même minimes, participe à favoriser l'atteinte de l'objectif social de la LPC qui est de rétablir l'équilibre entre les consommateurs et les commerçants, la Cour octroie 100 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires pour chaque consommateur. Le tribunal, se référant à la décision *Aubry c. Éditions Vice-versa inc.*²⁰, décrit le dommage subi par les consommateurs comme suit :

[140] À l'instar de cet arrêt, le tribunal conclut qu'en l'espèce, tous les membres qui témoignent devant le tribunal expriment au minimum de la colère et de la frustration, couplé dans certains cas à la crainte de voir leur dossier de crédit entaché par le refus de payer cette somme. Il s'agit, assurément là d'un dommage susceptible d'évaluation, et de quantification, cet exercice relevant du pouvoir et devoir d'appréciation du tribunal.²¹

2.3 Dommages punitifs

Étant d'avis que Léon a fait preuve d'insouciance, de mauvaise foi et de mépris des règles de droit de la consommation, dont notamment celles en matière de crédit, le tribunal est d'avis qu'il y a lieu de condamner Léon à payer des dommages-intérêts punitifs, aux fins de dissuader et de décourager la répétition d'un comportement semblable. Appliquant les paramètres énoncés à l'article 1621 CCQ, dont notamment la gravité de la faute et la situation patrimoniale de Léon, le tribunal accorde 1 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs,

20. [1998] 1 RCS 591.

21. *Option Consommateurs*, *supra*, note 2, par. 140.

soit : 400 000 \$ en relation avec les frais annuels de 21 \$ chargés aux 7 038 consommateurs liés contractuellement à Léon et 600 000 \$ pour la publicité illégale à laquelle a été soumis un nombre encore plus grand de consommateurs.

Cette décision réitère l'importance de l'impression générale de l'article 218 LPC dans l'appréciation d'un message, laquelle doit être évaluée du point de vue du consommateur crédule et inexpérimenté. De plus, la Cour se livre à une analyse de la contravention à l'article 244 de la LPC. Il convient de noter le peu de jurisprudence sur l'application et l'interprétation de la portée de cette disposition ; il convient aussi de noter que la conclusion à laquelle arrive la Cour peut poser un certain problème d'harmonisation et de cohésion avec plusieurs pratiques répandues dans le marché. Finalement, la conclusion de la Cour selon laquelle l'article 272 de la LPC crée une présomption irréfragable de préjudice n'est pas lourde de conséquences pour les commerçants. Les développements dans cette affaire sont sans conteste à suivre.

3. RAPPORT DE CONCLUSIONS D'ENQUÊTE DU COMMISSARIAT DE LA PROTECTION À LA VIE PRIVÉE EN VERTU DE LA LPRPDE N° 2017-002 CONCERNANT WAJAM INTERNET TECHNOLOGIES INC., DÉVELOPPEUR DE PUBLICIEL CANADIEN²²

Le rapport d'enquête du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (ci-après le « Commissariat ») publié en août 2017 fait suite à une plainte initiée par le Commissariat en juin 2016 contre l'entreprise Wajam Internet Technologies Inc., un développeur de publiciel canadien (ci-après « Wajam »). Le logiciel qui faisait plus particulièrement l'objet de la plainte est un logiciel appelé « Wajam » ou « Social2Search » (ci-après le « logiciel »).

Le logiciel est distribué et installé majoritairement via des distributeurs tiers qui incluent ce logiciel à d'autres logiciels pouvant être téléchargés par les utilisateurs. Une fois installé sur l'appareil de l'utilisateur, le logiciel a pour but de suivre l'utilisateur dans ses requêtes de recherche en ligne via les moteurs de recherche tels Google Chrome, Explorer et Mozilla Firefox, sur les sites d'achats en ligne et dans ses communications sur les médias sociaux, d'ajouter dans les résultats de recherche déjà présentés des résultats de recherche découlant de contenu partagé par les « amis » de la communauté de

22. *Rapport de conclusions, supra*, note 3.

médias sociaux de l'utilisateur ainsi que de présenter à l'utilisateur des publicités ciblées en fonction des recherches effectuées.

À l'issue de son enquête, le Commissariat est d'avis que les pratiques de Wajam contreviennent à plusieurs exigences et principes établis par l'annexe 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques*²³ (ci-après l'« annexe 1 de la LPRPDE »), soit les principes qui suivent :

- Premier principe – Responsabilité (principe 4.1 de l'annexe 1 de la LPRPDE);
- Deuxième principe – Détermination des fins de la collecte des renseignements (principe 4.2 de l'annexe 1 de la LPRPDE);
- Troisième principe – Consentement (principe 4.3 de l'annexe 1 de la LPRPDE);
- Cinquième principe – Limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation (principe 4.5 de l'annexe 1 de la LPRPDE);
- Septième principe – Mesures de sécurité (principe 4.7 de l'annexe 1 de la LPRPDE); et
- Huitième principe – Transparence (principe 4.8 de l'annexe 1 de la LPRPDE).

3.1 Responsabilité

Suivant l'enquête menée, le Commissariat a conclu que Wajam n'avait mis en place aucune politique, ni procédure ni programme de formation interne visant à assurer la conformité à la LPRPDE, notamment quant à la protection de la vie privée des utilisateurs et à la conservation et à la destruction de leurs renseignements personnels, et qu'aucun cadre de responsabilité n'avait été implanté. Par conséquent, Wajam n'a pas été en mesure de présenter les éléments de preuve qui lui auraient permis de démontrer qu'elle s'était acquittée des obligations qui lui incombent en vertu de la LPRPDE.

3.2 Détermination des fins de la collecte des renseignements et transparence

Les fins auxquelles une organisation collecte les renseignements personnels doivent être déterminées par celle-ci avant ou

23. L.C. 2000, c. 5.

au plus tard au moment de la collecte. Le Commissariat est d'avis que Wajam n'a pas satisfait à son obligation d'informer l'utilisateur des fins auxquelles ses renseignements personnels peuvent être utilisés une fois que le logiciel a été téléchargé sur son appareil. Le Commissariat mentionne que la clarté du processus d'information est d'autant plus cruciale lorsqu'il s'agit d'un logiciel non sollicité à la base, qui est présenté à l'utilisateur au moyen d'une inclusion avec un autre logiciel, et qui est susceptible d'entraîner la collecte et l'utilisation d'une grande quantité de renseignements personnels, comme en l'espèce.

Wajam a aussi erronément considéré des renseignements comme non personnels, alors qu'ils permettent, lorsque pris seuls ou en combinaison avec d'autres, l'identification d'un individu. Il est intéressant de noter que le Commissariat confirme que les renseignements suivants constituent des renseignements personnels : le fournisseur de services Internet de l'utilisateur, l'adresse IP, le type d'ordinateur, d'appareil ou les données d'identification connexes, le nom et la version du système d'exploitation, la date et l'heure de l'installation du logiciel, le navigateur par défaut, la liste des modules d'extension installés dans le navigateur, les applications installées sur l'appareil, le code d'identification unique attribué à l'utilisateur, les données de géolocalisation (pays et région) et l'historique de navigation de l'utilisateur.

3.3 Consentement

Le Commissariat conclut que dans bien des cas le consentement des utilisateurs à la collecte, l'utilisation et la conservation de leurs renseignements personnels n'a pas été valablement obtenu avant ou au moment de la collecte. Notamment, les informations contenues à la politique de confidentialité sont inexactes ou périmées relativement aux pratiques de Wajam, aux fins à réaliser et à la durée de conservation des renseignements personnels collectés. Par exemple, relativement à l'affichage de publicités, la politique mentionnait aux utilisateurs l'option de retrait dont ils disposent, sans préciser que malgré un retrait, Wajam continue de recueillir des données concernant le comportement de recherche et de navigation des utilisateurs. En outre, le mécanisme utilisé pour solliciter le consentement des utilisateurs dans le cas d'offres groupées de logiciel combinant un logiciel principal et d'autres logiciels non sollicités, dont le logiciel de Wajam, ne donne pas suffisamment d'information au sujet du logiciel. Les écrans de consentement utilisés dans le cadre de ces offres groupées semblent, de l'avis du Commissariat, « avoir été conçus de

manière à créer un « parcours de cliquage » favorisant l'installation du logiciel, sans égard à l'intention de l'utilisateur d'accorder ou non son consentement »²⁴. L'enquête du Commissariat révèle également de nombreuses plaintes dues aux difficultés inhérentes à la désinstallation du logiciel rencontrées par plusieurs utilisateurs et conclut donc que les utilisateurs ne peuvent retirer leur consentement.

En outre, le Commissariat a constaté qu'au cours de la procédure de désinstallation, le compte de l'utilisateur reçoit de nombreuses publicités non sollicitées ou des programmes potentiellement indésirables ou encore que l'utilisateur est redirigé vers de faux logiciels fournis par un réseau de publicité tiers. Cette procédure permet à des tiers de collecter des renseignements personnels sans qu'aucun consentement n'ait été obtenu à cet effet. Wajam a contrevenu par sa conduite à la LPRPDE, notamment en ne détectant pas ces activités ayant cours et en omettant d'y mettre fin.

3.4 Limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation

Les renseignements personnels ne peuvent être utilisés ou communiqués à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été collectés, sauf avec un consentement ou si la loi l'exige. Les renseignements collectés ne peuvent être conservés par une organisation que pendant la durée nécessaire pour accomplir les fins pour lesquelles ils ont été recueillis. Lors de son enquête, le Commissariat a constaté que la base de données principale de Wajam contenait toutes les données brutes des utilisateurs sous forme non chiffrée, comprenant potentiellement des données sensibles. Malgré ce qui était indiqué à sa politique de confidentialité, Wajam conservait ces renseignements pendant une durée indéterminée, et ce, même après désinstallation du logiciel par les utilisateurs. Reconnaisant la position de Wajam voulant qu'il peut être nécessaire de conserver certains renseignements pour prévenir la fraude, le Commissariat mentionne toutefois dans son rapport ceci :

[s]elon nous, il pourrait être nécessaire de conserver certains renseignements des utilisateurs pour une courte période afin d'éviter ce type de fraude, mais la conservation de tous les renseignements des utilisateurs pendant une période indéterminée à une fin aussi limitée serait déraisonnable et excessive.²⁵

24. *Rapport de conclusions, supra*, note 3, par. 150.

25. *Id.*, par. 181.

3.5 Mesures de sécurité

Les renseignements collectés par le logiciel sont recueillis, transmis et conservés sous forme non chiffrée et certains renseignements, tels que l'historique de navigation, peuvent s'avérer être des renseignements personnels de nature sensible. Wajam aurait donc dû prendre les mesures appropriées afin de protéger adéquatement ces renseignements.

Wajam a fait valoir le fait que, comme il avait vendu ses actifs à un tiers, elle n'exerçait plus aucun contrôle sur les activités de l'entreprise et sur le logiciel et donc qu'elle n'était pas en mesure de donner suite aux recommandations du Commissariat. En réponse à cet argument, le Commissariat a dans son rapport demandé à Wajam de transmettre une copie de ce rapport au tiers acquéreur et a souligné que, considérant les contraventions notées, il continuerait de surveiller les activités de ce logiciel et serait en contact avec ses homologues internationaux afin de partager l'analyse et les recommandations émises. Le Commissariat a également précisé que si le tiers acquéreur a actuellement ou aura dans le futur « un lien réel et substantiel avec le Canada »²⁶, alors les exigences et principes de la LPRPDE devront être respectés.

4. *UNITED AIRLINES, INC. c. COOPERSTOCK*²⁷

Dans cette affaire, la Cour fédérale analyse les critères requis pour établir s'il y a ou non contrefaçon d'une marque de commerce, commercialisation trompeuse et dépréciation de l'achalandage, et détaille le raisonnement juridique qu'il convient d'appliquer pour déterminer si une reproduction non autorisée d'une œuvre protégée peut être acceptable au regard de l'utilisation équitable de la parodie.

La demanderesse (« United Airlines ») n'a évidemment pas besoin de présentation : il s'agit de la célèbre ligne aérienne. Le défendeur (« Cooperstock »), quant à lui, est le propriétaire-exploitant du site Web UNTIED.com, lequel porte sur des critiques et plaintes de consommateurs à l'égard de United Airlines remontant jusqu'à 1998. Le site Web UNTIED.com reprend des éléments graphiques semblables aux marques de United Airlines, tout en incorporant quelques différences visuelles telles que l'ajout d'un froncement de sourcil et d'une grimace sur le dessin de la marque de United Airlines.

26. *Id.*, par. 200.

27. *Cooperstock, supra*, note 4.

United Airlines allègue que Cooperstock a violé ses droits de propriété intellectuelle aux motifs suivants :

- contrefaçon des marques de commerce déposées de United Airlines en vertu de l'alinéa 20(1)a de *Loi sur les marques de commerce*²⁸ (LMC) ;
- contravention aux alinéas 7b) et 7c) de la LMC, puisque Cooperstock a attiré l'attention du public sur ses services offerts sur UNTIED.com d'une manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion avec les services de United Airlines et a fait passer les services offerts sur UNTIED.com pour ceux de United Airlines ;
- utilisation des marques de commerce de United Airlines d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attachée à ces marques de commerce, en violation de l'article 22 de la LMC ; et
- violation du droit d'auteur de United Airlines quant au site Web de United Airlines, au logo de United Airlines et au dessin du globe terrestre, en vertu du paragraphe 3(1) et de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

À l'issue de ce jugement, la Cour est d'avis que Cooperstock a contrefait les marques de commerce et violé le droit d'auteur de United Airlines. La Cour précise de plus que la version actuelle de UNTIED.com ne relève pas de l'utilisation équitable à des fins de parodie.

4.1 Contrefaçon des marques

La Cour liste les éléments d'une contrefaçon comme suit :

[30] Les éléments d'une contrefaçon en vertu de l'alinéa 20(1)a) sont les suivants : l'existence d'une marque de commerce déposée, l'« emploi » d'une marque de commerce créant de la confusion par un contrefacteur présumé, la vente, la distribution ou la publicité de biens ou de services en lien avec cette marque de commerce ou le nom commercial créant de la confusion et l'absence d'admissibilité ou d'autorisation.²⁹

Relativement à la question de savoir si Cooperstock fournit des services par l'intermédiaire de UNTIED.com, il est intéressant

28. L.R.C. 1985, c. T-13.

29. *Cooperstock, supra*, note 4, par. 30.

de souligner que la Cour précise qu'il convient de ne pas exagérer la portée à conférer au terme « services » d'une manière à ce que tout site ayant une vocation à fournir des renseignements au public soit considéré comme de la fourniture de services. Cela dit, en l'espèce, la Cour est d'avis que Cooperstock offre des services aux voyageurs mécontents par l'intermédiaire de UNTIED.com. La nature des services et du commerce des parties sont donc semblables en ce qu'ils ont trait au service à la clientèle en ligne pour des consommateurs en matière de transport aérien.

De l'avis de la Cour, UNTIED.com est clairement conçu dans le but d'évoquer l'apparence générale du site Internet de United Airlines et donc ses marques de commerce. La Cour cite à cet effet un passage de la décision *Source Perrier*³⁰ :

[10] [...] Il ne fait aucun doute qu'aux yeux de l'acheteur ordinaire, la bouteille de « Pierre Eh ! » ressemble à la bouteille de Perrier. La taille et la couleur des bouteilles, les étiquettes jaunes et leur emplacement sur les bouteilles, la ressemblance des caractères typographiques des deux marques de commerce et la similarité des noms « Perrier » et « Pierre Eh ! » au plan de la présentation et de la prononciation *sont non seulement susceptibles de créer de la confusion, mais ont de toute évidence été conçus dans ce but précis, car autrement il n'y aurait pas de canular. Dans des cas d'imitation aussi flagrante, il importe de s'attacher à l'apparence générale du produit et non à ce qui est écrit en petits caractères.*³¹ [Les italiques sont nôtres]

La Cour précise que même si le site UNTIED.com comporte quelques petits détails de différenciation par rapport au site et aux marques de United Airlines, ces détails sont moins importants que l'apparence générale qui se dégage de ces éléments. « Un consommateur pressé ayant un souvenir imparfait »³² n'est pas en mesure de faire une comparaison juxtaposée des marques afin d'en faire ressortir les différenciations, « en particulier s'ils ignoraient qu'il fallait faire preuve de diligence à cet égard (c.-à-d. s'ils ne savaient pas qu'un site Web « parodique » existait) »³³.

La Cour conclut qu'il y a emploi par Cooperstock de marques confusément semblables en lien avec le service à la clientèle avant

30. *Id.*, par. 56; *Source Perrier SA c. Fira-Less Marketing Co.*, [1983] 2 FC 18, par. 10 (ci-après « *Source Perrier* »).

31. *Cooperstock*, *supra*, note 4, par. 56.

32. *Id.*, par. 58.

33. *Id.*

et après le transport aérien, ce qui constitue une contrefaçon des marques de cette dernière au sens de l'alinéa 20(1)a) de la LMC.

4.2 Commercialisation trompeuse

La Cour accueille le raisonnement voulant que Cooperstock a agi en violation des alinéas 7b) et 7c) de la LMC, appliquant les trois éléments nécessaires à l'établissement d'une cause d'action en « *passing off* », soit : « l'existence d'un achalandage, la déception du public due à la représentation trompeuse et les dommages actuels ou possibles pour le demandeur »³⁴.

La Cour précise qu'une des formes courantes de représentation trompeuse pouvant causer la déception du public consiste « à avoir recours à l'imitation d'un symbole, d'une marque de commerce ou d'une présentation associée à un demandeur »³⁵ et que « la parodie et la satire ne sont pas des moyens de défense contre une contrefaçon de marque de commerce » ou une action en commercialisation trompeuse³⁶. De plus, la Cour réitère que pour déterminer s'il y a ou non déception du public, United Airlines n'est pas tenue de faire la démonstration « que la plupart des clients sont désorientés »³⁷.

[82] [...] Dans l'arrêt *Canada Post Corp. c. Paxton Developments Inc.*, 2000 CanLII 16762 (CF), 198 FTR 72, 9 CPR (4th) 429, 2000 CarswellNat 3003 (WL Can), au paragraphe 12 (1^{re} inst.), dans le contexte d'une opposition de marque de commerce, le juge Pelletier a indiqué qu'« [i]l suffit que la confusion frappe ou risque de frapper un nombre substantiel de consommateurs – un nombre plus que suffisant pour satisfaire à toute règle de *minimis*, mais moins que la majorité ».³⁸

Concernant le troisième critère, la Cour s'est montrée satisfaite de la preuve présentée par United Airlines relativement au lien entre la probabilité de confusion et la probabilité des dommages et sa présentation de la dépréciation de l'achalandage comme un préjudice qu'elle a subi, affirmant que « l'obstacle que UNTIED.com a créé entre la demanderesse et ses clients était néfaste »³⁹.

34. *Id.*, par. 72.

35. *Id.*, par. 80.

36. *Id.*, par. 83.

37. *Id.*, par. 82.

38. *Id.*

39. *Id.*, par. 87.

4.3 Dépréciation de l'achalandage

À la suite de l'examen des quatre critères requis à la détermination de la dépréciation de l'achalandage, la Cour conclut que Cooperstock a agi de manière à contrevenir à l'article 22 de la LMC puisqu'il « a tenté sciemment d'attirer les clients en ligne de la demanderesse sur son propre site en ligne pour gagner une notoriété »⁴⁰. Ces critères sont les suivants : l'emploi d'une marque de commerce enregistrée de United Airlines en liaison avec des marchandises ou services, la présence d'un achalandage qui est attaché à cette marque de commerce, le fait que cette marque de commerce ait été employée d'une manière susceptible d'avoir une incidence sur cet achalandage, c'est-à-dire de faire surgir un lien du point de vue du consommateur plutôt pressé, et le fait que cette incidence sera probablement la diminution de la valeur de l'achalandage, donc un préjudice⁴¹. Appliquant ces critères aux faits de l'espèce, le juge Phelan mentionne :

[101] [à] mon avis, la demanderesse a établi qu'il existait une probabilité de dépréciation de l'achalandage. Le défendeur reproduit et dénigre les marques de commerce enregistrées de la demanderesse sur UNTIED.com, comme le démontre le « froncement de sourcil » sur le dessin du globe terrestre (et les « yeux fâchés » sur le dessin du globe terrestre sur le site Web bêta). En outre, la grossièreté de UNTIED.com est susceptible de déprécier la valeur de l'achalandage des marques de United.⁴²

4.4 Violation du droit d'auteur

La conclusion de la Cour est que Cooperstock a effectivement violé le droit d'auteur de United Airlines puisqu'il a reproduit une partie importante des œuvres de cette dernière, notamment son logo, le dessin du globe terrestre et son site Internet, cette reproduction étant évaluée d'un point de vue qualitatif et non simplement quantitatif. De ce fait, la Cour en vient à analyser les faits d'espèce afin de déterminer si cette reproduction peut être visée par l'exception de l'utilisation équitable, suivant la démarche en deux étapes décrites par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH*, soit : la preuve par le défendeur que l'emploi du contenu protégé a été réalisé à une fin énumérée, en l'espèce la parodie, puis la démonstration par le défendeur que l'utilisation est équitable.

40. *Id.*, par. 102.

41. *Id.*, par. 90.

42. *Id.*, par. 101.

La parodie est une fin d'utilisation équitable énumérée à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴³ (ci-après « LDA »), quoique rien dans la législation ne précise ou ne définit ce qu'il convient d'entendre par ce terme :

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

Ainsi, la Cour interprète le terme « parodie » selon le sens ordinaire et grammatical de manière à ce que cela soit cohérent avec l'intention du législateur et l'objet de la LDA. À cette fin, la Cour cite notamment la traduction de la définition contenue dans le *Concise Canadian Oxford Dictionary* :

[...] 1 a Imitation humoristique exagérée d'un auteur, d'une œuvre littéraire, d'un style, etc., notamment à des fins de raillerie. b Œuvre de ce type. 2 Réalisation tellement mauvaise qu'elle semble être une moquerie intentionnelle de ce qu'elle devrait être ; une farce. 3 Imitation comique ou satirique d'une personne, d'un événement, etc.⁴⁴

Puis une traduction de la description de ce terme réalisée par le juge Rothman dans l'arrêt *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. c. Favreau*⁴⁵ :

[TRADUCTION] *La parodie implique normalement l'imitation humoristique de l'œuvre d'un autre écrivain, souvent exagérée, à des fins de critique ou de commentaires. L'appropriation de l'œuvre d'un autre écrivain pour exploiter son succès populaire à des fins commerciales est assez différente. Ce n'est rien d'autre que de l'opportunisme commercial. Il peut parfois être difficile de tracer la limite, mais les tribunaux ont l'obligation d'établir les distinctions appropriées dans chaque affaire, compte tenu de la protection du droit d'auteur et de la liberté d'expression.*⁴⁶ [Les italiques sont nôtres]

Concluant sur la première étape de l'analyse, la Cour en arrive à la conclusion que la nature et le contenu du site UNTIED.com se qualifient à titre de parodie, puisqu'il évoque l'œuvre existante de

43. L.R.C. 1985, c. C-42.

44. *Cooperstock*, supra, note 4, par. 112.

45. [1999] R.J.Q. 1939.

46. *Cooperstock*, supra, note 4, par. 114.

United Airlines et exprime des moqueries et des critiques à l'égard de celle-ci.

Pendant, appliquant l'analyse selon les six critères énoncés dans l'arrêt *CCH*⁴⁷ (soit : « 1) le but de l'utilisation ; 2) la nature de l'utilisation ; 3) l'ampleur de l'utilisation ; 4) les solutions de rechange à l'utilisation ; 5) la nature de l'œuvre et 6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre »)⁴⁸, la Cour est d'avis que l'utilisation des œuvres de United Airlines faite sur le site UNTIED.com ne constitue pas une utilisation équitable. Notamment, la Cour est d'avis qu'il est difficile de conclure que le véritable motif de UNTIED.com est une parodie alors qu'elle est confusément semblable à l'œuvre originale. Le motif réel de UNTIED.com est bien plus de punir ou de diffamer United Airlines, que de faire de la parodie en incluant certains éléments d'humour et de raillerie. Pour la Cour, l'ampleur de l'utilisation est importante, notamment en raison de l'importance de la reproduction du site Internet de United Airlines, mais également due au fait que tant dans le cas de UNTIED.com que pour la demanderesse, l'interaction du consommateur avec les plateformes numériques est essentielle, ce critère jouant fortement en faveur d'un manquement à l'équité. La Cour souligne également que du plagiat substantiel de l'œuvre résulte une confusion des consommateurs qui, en interagissant avec UNTIED.com, peuvent croire à tort qu'ils communiquent avec United Airlines. La Cour conclut donc qu'il y a violation du droit d'auteur, mentionnant que la parodie n'est pas uniquement un moyen de défense à violation du droit d'auteur, mais également un aspect de la liberté d'expression, qui est soumise à certaines restrictions, comme pour toute réalisation de cette liberté, et que Cooperstock a en l'espèce outrepassé ces limites :

[141] [...] Les fins douteuses de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation et l'effet de l'utilisation jouent en faveur de la conclusion selon laquelle cette utilisation n'est pas équitable.⁴⁹

Bref, cette décision réitère des principes bien établis en matière de protection des droits du titulaire de marques de commerce, mais est également particulièrement intéressante étant donné l'analyse qui est développée par la Cour fédérale quant aux circonstances permettant d'invoquer l'utilisation équitable d'une œuvre protégée à des fins de parodie.

47. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 (ci-après « *CCH* »).

48. *Id.*, par. 128.

49. *Id.*, par. 141.

5. **156158 CANADA INC. c. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC**⁵⁰

Ce jugement de la Cour d'appel du Québec fait suite à une décision de la Cour supérieure de 2016 qui rejetait un appel d'une décision de la Cour du Québec, à l'issue de laquelle les appelants, 11 entreprises anglophones exerçant leurs activités dans la région de Montréal, ont été coupables d'avoir violé une ou plusieurs dispositions de la *Charte de la langue française*⁵¹ (ci-après « CLF ») et de son *Règlement précisant la portée de l'expression « de façon nettement prédominante » pour l'application de la Charte de la langue française*⁵² (ci-après le « Règlement sur la nette prédominance »).

Les faits généralement reprochés aux appelants sont les suivants :

- publicité commerciale écrite uniquement en anglais ou bilingue, mais ne respectant pas la règle de la nette prédominance, en violation de l'article 58 de la CLF;
- emballages de produits en anglais uniquement, en violation de l'article 51 de la CLF; et
- sites Internet publiés en anglais uniquement, en violation de l'article 52 de la CLF.

La question essentielle qui est soulevée en appel est la suivante : est-ce que les circonstances actuelles justifient une révision et une rupture par rapport aux précédents établis par les arrêts *Ford v. Quebec (Attorney General)*⁵³, *Devine v. Quebec (Attorney General)*⁵⁴ et *Entreprises W.F.H. Ltée c. Québec (Procureure générale)*⁵⁵. Selon ces précédents, bien qu'il est vrai que la CLF, dont notamment ses exigences en matière d'affichage et de publicité commerciale, peut constituer une limitation à la liberté d'expression et au droit à l'égalité, cette limitation est justifiée au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « CCDL ») et de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après « CQC »). Plus précisément, la CLF a été constituée de manière à respecter le « visage linguistique » du Québec et n'empêche pas l'usage d'une langue autre que le français, mais requiert plutôt que, le cas échéant, le contenu dans cette autre

50. *Supra*, note 5.

51. RLRQ, c. C-11.

52. RLRQ, c. C-11, r. 12.

53. [1988] 2 S.C.R. 712.

54. [1988] 2 S.C.R. 790.

55. [2001] R.J.Q. 2557.

langue soit assorti de sa traduction française devant y être au moins égale ou devant être nettement prédominante, dans le cas d'affichage public et de publicité commerciale.

Les appelants ont tenté de faire la démonstration qu'un « changement fondamental est survenu dans les paramètres du débat » (notre traduction)⁵⁶, puisque, contrairement aux circonstances contemporaines aux décisions *Ford* et *Devine*, la langue française ne serait plus vulnérable aujourd'hui, ce qui justifierait une rupture par rapport aux conclusions de la Cour suprême. Or, la Cour rejette ce raisonnement en indiquant que, bien qu'il est vrai que le « visage linguistique » actuel du Québec reflète généralement la prédominance du français au Québec, cela ne fait que démontrer que les objectifs de la CLF sont atteints. La Cour réitère de plus les enseignements dans *Ford* en soulignant que le but de la CLF n'est pas de protéger ou de promouvoir l'image multilingue du Québec (ou de Montréal), mais bien plutôt d'assurer la qualité et l'influence du français⁵⁷.

Les appelants tentent également de faire valoir sans succès que les exigences de la CLF constituent une entrave à leur droit à la liberté (art. 7 de la CCDL et 1 de la CQC) et à la jouissance paisible de leur propriété privée (art. 6 de la CQC). Sur ces points, la Cour affirme notamment ce qui suit :

[123] The right to liberty is limited to protecting the basic human freedom to make inherently private choices free from state interference.

[...]

[124] Such reasoning has led the Supreme Court in reviewing the regulation of retail opening hours to decide that the right to liberty does not extend to “an unconstrained right to transact business whenever one wishes”. [138] There exists a myriad of constraints on the manner in which business is conducted which are imposed by the legislature in its discretion in pursuit of what it considers the common good. For example, consumer protection laws regulate the conduct of business in various ways. One could extend the reasoning of the Supreme Court pertaining to store opening hours to conclude that the right to liberty does not extend to an unconstrained right to transact business in any manner one wishes. As such, the requirement

56. *Carter c. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44.

57. *156158 Canada Inc.*, *supra*, note 5, par. 113.

that merchants publicize their business in French in addition to English is not a constraint on their liberty protected by the Canadian Charter.

[...]

[128] [...] The impugned provisions do not affect the Appellants' right to peaceful enjoyment of private property. The Appellants may still advertise their desired content in the language of their choice, so long as this is accompanied by a concurrent or "markedly predominant" French version.

[129] In any event, the right guaranteed by s. 6 of the Quebec Charter only applies to the extent provided by the law. [note 139 : *Abitibi (Municipalité régionale de comté d') v. Ibitiba Ltée*, (1993) 1993 CanLII 3768 (QC C.A.), R.J.Q. 1061 (C.A.), p. 13-14; *Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, 1989 CanLII 82 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 839, p. 851-852; *Commission de protection du territoire agricole du Québec v. Rhéaume*, [1984] C.A. 542, p. 547.] The limitations on the language of commerce and business contained in the C.F.L. consist in prohibitions of a public nature which in the opinion of the legislature better the common good. As such, they fall within the ambit of the exception set out at s. 6 of the Quebec Charter.⁵⁸

La Cour d'appel rejette donc les arguments des appelants selon lesquels la CLF serait inconstitutionnelle au motif d'une violation à la liberté d'expression, du droit à l'égalité ou du droit à la liberté des appelants, et conclut qu'ils ont violé les articles 51, 52 et 58 de la CLF et son Règlement sur la nette prédominance.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, il est inévitable de constater que le domaine de la publicité, incluant le contenu des produits et services annoncés ou publiés en ligne, est hautement réglementé par différents corps législatifs. Les annonceurs doivent donc faire preuve de prudence dans l'élaboration de leurs campagnes et contenus et avoir une bonne connaissance des règles régissant leur sphère pour se prémunir contre des plaintes de consommateurs et de l'Office de la protection du consommateur, mais également notamment d'autres commerçants ou concurrents, du Commissariat de la protection à la

58. *Id.*, par. 123-129.

vie privée et de l'Office québécois de la langue française. Pour ce qui est des consommateurs, force est de constater que les lois, notamment la *Loi sur la protection du consommateur* et les lois en matière de protection des renseignements personnels, visent à protéger leurs droits en tant que partie plus vulnérable.