

## Droit de la publicité et du marketing : rétrospective de l'année 2021

Geneviève Hallé-Désilets\*

RÉSUMÉ .....	571
INTRODUCTION .....	573
I- SANCTIONS DU BUREAU DE LA CONCURRENCE POUR INDICATIONS FAUSSES OU TROMPEUSES .....	573
A- Dispositions législatives pertinentes .....	574
B- Le cas de FlightHub .....	575
C- Conclusion .....	576
II- SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. PARTI CONSERVATEUR DU CANADA .....	577
A- Faits .....	577
B- Analyse .....	578
C- Partie importante .....	579
1. Utilisation équitable .....	581
a) Fin permise .....	581

---

© CIPS, 2022.

\* Geneviève Hallé-Désilets est avocate chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats, d'agents de brevets et d'agents de marques de commerce. [Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

b) Caractère équitable . . . . .	582
D- Conclusion . . . . .	583
III- PROJET DE LOI N° 96 VISANT À RÉFORMER LA <i>CHARTE DE LA LANGUE FRANÇAISE</i> . . . . .	585
A- Résumé des exigences actuelles . . . . .	585
B- Modifications proposées . . . . .	587
C- Conclusion . . . . .	591
IV- ALLÈGEMENTS À LA <i>LOI SUR LES LOTERIES, LES     CONCOURS PUBLICITAIRES ET LES APPAREILS     D'AMUSEMENT</i> . . . . .	592
A- Changements apportés . . . . .	592
B- Rappel et sommaire des exigences des Règles. . . . .	593
C- Autres exigences s'appliquant aux concours internationaux. . . . .	593
V- CODE ET GUIDE DES PRATIQUES RESPONSABLES EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ SUR LES ALIMENTS ET LES BOISSONS DESTINÉE AUX ENFANTS. . . . .	595
A- Restrictions . . . . .	596
B- Exceptions à la Restriction pour certaines formes de publicité. . . . .	597
C- Régime de préapprobation et application . . . . .	598
D- Conclusion . . . . .	599
VI- <i>CONSTELLATION BRANDS US OPERATIONS INC. c.     SOCIÉTÉ DE VIN INTERNATIONALE LTÉE</i> . . . . .	599
A- Décision de la Cour supérieure du Québec . . . . .	600
1. Faits . . . . .	600
2. Analyse. . . . .	601
a) Recouvrement de profits . . . . .	601

---

b)	Dommages-intérêts punitifs . . . . .	602
c)	Remboursement de frais d'avocat . . . . .	603
3.	Conclusion . . . . .	603
B-	Décision de la Cour d'appel du Québec . . . . .	604
1.	Faits . . . . .	604
2.	Analyse . . . . .	605
a)	Atteinte aux marques de commerce et fardeau de preuve . . . . .	605
i)	Atteintes aux marques de commerce. . . . .	606
ii)	Restitution de profits . . . . .	607
b)	Dommages-intérêts punitifs . . . . .	608
c)	Frais d'avocat . . . . .	609
3.	Conclusion . . . . .	609
C-	Conclusion . . . . .	610
	CONCLUSION . . . . .	611



## RÉSUMÉ

Le domaine du droit de la publicité et du marketing a subi des évolutions importantes en 2021. En effet, les modifications à la *Charte de la langue française* (en vigueur depuis mai 2022) renforcent l'usage du français dans les affiches publiques et publicités commerciales, et les allègements à la Loi sur les concours publicitaires favorisent l'inclusion des Québécois dans les concours publicitaires internationaux. Les tribunaux se sont penchés sur l'utilisation équitable d'une œuvre dans un contexte publicitaire et sur l'utilisation de marques de commerce et d'œuvres de tiers dans des publicités comparatives. Le Bureau de la concurrence a encore démontré que les indications fausses ou trompeuses dans le commerce en ligne sont dans sa ligne de mire, et la *Loi sur la concurrence* a d'ailleurs subi des modifications en juin 2022, ayant notamment pour effet d'augmenter les amendes et sanctions pour ceux qui enfreignent cette loi. Finalement, un code d'autoréglementation des pratiques responsables en matière de publicité sur les aliments et les boissons destinée aux enfants a été adopté, et il restera à voir dans les prochaines années si le gouvernement fédéral légifèrera en ce sens.



## INTRODUCTION

En matière de développements relatifs au droit de la publicité et du marketing, l'année 2021 a été variée. D'abord, le Bureau de la concurrence a sanctionné une entreprise pour indications fausses ou trompeuses. Au niveau judiciaire, la Cour fédérale du Canada s'est prononcée sur l'utilisation équitable d'œuvres dans le cadre de publicités politiques et la Cour d'appel du Québec s'est penchée sur l'utilisation de marques de commerce et d'œuvres de tiers dans des publicités comparatives. Au niveau législatif, un projet de loi proposant des modifications à la *Charte de la langue française* a été déposé et un projet de loi modifiant la *Loi sur les loteries, les concours publicitaires* et les appareils d'amusement a été sanctionné. Finalement, un code d'autoréglementation des pratiques responsables en matière de publicité sur les aliments et les boissons destinée aux enfants (accompagné d'un guide d'interprétation) a été adopté.

### I- SANCTIONS DU BUREAU DE LA CONCURRENCE POUR INDICATIONS FAUSSES OU TROMPEUSES

Le 24 février 2021, le Bureau de la concurrence (ci-après « Bureau ») a annoncé<sup>1</sup> avoir conclu une entente avec l'agence de voyages en ligne FlightHub Group Inc. (ci-après « FlightHub »), exploitant des sites FlightHub.com et JustFly.com, ordonnant à cette dernière le paiement d'une amende de 5 000 000 \$ et, à deux dirigeants de l'entreprise, le paiement d'une amende de 400 000 \$ chacun. Le Bureau a conclu que FlightHub avait facturé aux consommateurs des frais cachés, rédigé des évaluations positives de consommateurs pour promouvoir ses services et donné de nombreuses indications fausses ou trompeuses au sujet de ses prix et autres services de réservation de billets d'avion.

---

1. Voir BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, « L'enquête sur FlightHub prend fin avec des sanctions totalisant 5,8 millions de dollars pour l'entreprise et des directeurs », Communiqué de presse, Gatineau, 24 février 2021, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2021/02/enquete-sur-flighthub-prend-fin-avec-des-sanctions-totalisant-58millions-de-dollars-pour-lentreprise-et-des-directeurs.html>>.

## A- Dispositions législatives pertinentes

La *Loi sur la concurrence*<sup>2</sup> (ci-après « LC ») prévoit un régime criminel portant sur la concurrence déloyale, qui inclut l'interdiction de donner des indications fausses ou trompeuses, ainsi qu'un régime civil portant sur les pratiques commerciales trompeuses.

De façon générale, le régime civil portant sur les pratiques commerciales trompeuses s'appliquera. Pour recourir au régime criminel, il doit y avoir des preuves claires et convaincantes que l'accusé a donné au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses (par exemple, si l'accusé persiste dans la conduite reprochée, malgré des plaintes de consommateurs). Dans un tel cas, le Bureau doit être convaincu qu'il serait dans l'intérêt du public d'intenter une poursuite criminelle, notamment compte tenu de la gravité de l'infraction<sup>3</sup>.

La disposition générale du régime civil interdit de donner des indications fausses ou trompeuses sur un point important<sup>4</sup>. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'une personne a été trompée ou induite en erreur<sup>5</sup>. Pour déterminer si le comportement est susceptible d'examen, on tiendra compte de l'impression générale donnée par les indications ainsi que du sens littéral de celles-ci<sup>6</sup>. L'indication portera sur un point important, si elle peut inciter un consommateur à acheter le produit ou service en question<sup>7</sup>. Le fait de permettre que des indications soient données ou envoyées est assimilé au fait de donner ou d'envoyer des indications<sup>8</sup>.

Selon le régime civil, certaines pratiques peuvent être soumises au Tribunal de la concurrence, à la Cour fédérale ou à la Cour supérieure d'une province, où chaque élément du comportement doit être prouvé selon la prépondérance des probabilités. La cour compétente

2. L.R.C. (1985), ch. C-34.

3. Voir BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, *Indications et pratiques commerciales trompeuses : Choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence*, Bulletin d'information, 22 septembre 1999, en ligne : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01223.html#choix>>.

4. Art. 74.01(1)a) LC.

5. Art. 74.03(4) LC.

6. Art. 74.03(5) LC.

7. Voir BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, *Indications et pratiques commerciales trompeuses : Choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence*, Bulletin d'information, 22 septembre 1999, en ligne : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01223.html#choix>>.

8. Art. 52(1.2) LC.



peut ordonner à une personne de cesser son activité, de publier un avis correctif, ou de payer une sanction administrative pécuniaire<sup>9</sup>. Lorsque le tribunal ordonne le paiement d'une sanction administrative pécuniaire, dans le cas d'une première ordonnance, les personnes morales sont passibles d'une sanction maximale de 10 000 000 \$, et les personnes physiques sont passibles d'une sanction maximale de 750 000 \$<sup>10</sup>.

Mentionnons également qu'au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>11</sup> (ci-après « LPC ») interdit aux commerçants, fabricants ou publicitaires de faire une représentation fautive ou trompeuse à un consommateur<sup>12</sup>. Encore une fois, pour déterminer si une représentation est fautive ou trompeuse, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et du sens littéral des termes qui sont employés<sup>13</sup>. Selon la Cour suprême du Canada, l'impression générale est celle qui se dégage après un premier contact complet avec la publicité, et ce, tant à l'égard de sa facture visuelle que de la signification des mots employés<sup>14</sup>.

## **B- Le cas de FlightHub**

En novembre 2018, le Bureau a lancé une enquête officielle sur les pratiques commerciales de FlightHub. Dans le cadre de cette enquête, le Bureau a examiné des milliers de plaintes de consommateurs, a saisi des documents au siège social de l'entreprise à Montréal, et a conclu un consentement intérimaire avec FlightHub selon lequel cette dernière devait cesser de faire des déclarations fausses ou trompeuses.

Suivant son enquête, le Bureau a conclu que FlightHub avait généré des millions de dollars de revenus par le biais de frais cachés, publié de fausses évaluations en ligne, et avait trompé les consommateurs sur les sites FlightHub.com et JustFly.com en ce qui a trait aux coûts et aux modalités associées à certains services. D'abord, FlightHub dissimulait les frais qu'elle facturait aux consommateurs lors de la sélection des sièges, et leur donnait l'impression qu'ils pouvaient réserver leurs sièges en les sélectionnant sur un plan de cabine alors

9. Art. 74.1(1) LC.

10. Art. 74.101(2) LC.

11. RLRQ, c. P-40.1.

12. Art. 219 LPC.

13. Art. 218 LPC.

14. *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 57.

que les sièges choisis n'étaient pas réservés dans de nombreux cas. Ensuite, FlightHub a rédigé des évaluations positives de consommateurs afin de promouvoir ses services. Finalement, FlightHub donnait faussement l'impression que les consommateurs pouvaient annuler ou changer une réservation sans frais, et qu'ils pouvaient annuler un vol en échange de crédits, alors que le crédit pouvait être assujéti à des restrictions et coûts supplémentaires importants.

Dans le cadre du règlement, le Bureau a tenu compte du fait que FlightHub était en situation d'insolvabilité et qu'elle était protégée contre ses créanciers par la Cour supérieure du Québec. La sanction aurait donc pu être plus importante, n'eût été la situation financière de FlightHub. Le consentement prévoyait également que FlightHub et ses deux dirigeants concernés devaient s'abstenir de donner des indications fausses ou trompeuses pendant dix ans.

### **C- Conclusion**

Cette affaire témoigne de l'engagement du Bureau à faire respecter les dispositions de la LC portant sur les indications fausses ou trompeuses, particulièrement dans le commerce en ligne, et rappelle qu'il peut, dans certains cas, tenir les administrateurs et les dirigeants d'une entreprise personnellement responsables. En effet, comme l'a annoncé Matthew Boswell, commissaire de la concurrence, dans le communiqué de presse qui annonçait l'entente, « [l]a lutte contre les pratiques commerciales trompeuses dans le marché en ligne est l'une des priorités absolues du Bureau, et nous continuerons de faire tout en notre pouvoir pour mettre fin à ces pratiques »<sup>15</sup>.

Par ailleurs, au début de l'année 2022, le Bureau a rendu public son mémoire sur l'examen de la LC à l'ère numérique<sup>16</sup>. Il y reconnaît notamment que bon nombre de dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses doivent être mises à jour. Par exemple, le

15. BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, « L'enquête sur FlightHub prend fin avec des sanctions totalisant 5,8 millions de dollars pour l'entreprise et des directeurs », Communiqué de presse, Gatineau, 24 février 2021, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2021/02/lenquete-sur-flighthub-prend-fin-avec-des-sanctions-totalisant-58millions-de-dollars-pour-lentreprise-et-des-directeurs.html>>.

16. BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, « Le Bureau de la concurrence du Canada participe à une consultation visant à moderniser la politique canadienne de la concurrence », Communiqué de presse, Gatineau, 8 février 2022, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2022/02/le-bureau-de-la-concurrence-du-canada-participe-a-une-consultation-visant-a-moderniser-la-politique-canadienne-de-la-concurrence.html>>.

Bureau considère que la LC devrait interdire explicitement l'affichage de « prix partiels » (c'est-à-dire la présentation d'un prix à un consommateur, tout en dissimulant les frais obligatoires jusqu'à plus tard dans le processus d'achat). De plus, le Bureau recommande que les sanctions pécuniaires prévues par la LC pour lutter contre les comportements trompeurs soient augmentées et que la LC offre un plus large éventail de recours pour contrer les pratiques trompeuses. Les effets pratiques de ce mémoire seront à suivre dans les prochaines années.

## **II- SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. PARTI CONSERVATEUR DU CANADA<sup>17</sup>**

Cette décision de la Cour fédérale du Canada (ci-après la « Cour »), datant du 13 mai 2021, portait sur l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur appartenant à la Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada (ci-après « CBC ») dans des publicités politiques du Parti conservateur du Canada (ci-après « PCC »).

### **A- Faits**

La CBC avait d'abord demandé une injonction interlocutoire empêchant le PCC de reproduire et diffuser des extraits d'émissions d'information ou de documentaires de la CBC, pour finalement demander seulement une déclaration quant à ses droits et à leur violation par le PCC<sup>18</sup>.

Lors des élections fédérales de 2019, les défendeurs (soit le PCC ainsi que le Fonds conservateur du Canada) ont diffusé une publicité intitulée « Look at What We've Done » et quatre gazouillis reproduisant chacun des extraits d'émissions télévisées originales de la CBC, soit *The National* et *Power and Politics*<sup>19</sup>.

La publicité s'inscrivait dans la campagne politique des défendeurs critiquant le gouvernement libéral et le premier ministre Justin Trudeau. Elle faisait partie d'une série de publicités remettant en question la gestion par le premier ministre du déficit fédéral, de l'affaire SNC-Lavalin, et de conflits d'intérêts. La publicité était d'une durée de 1 minute et 46 secondes et reproduisait cinq extraits

17. 2021 CF 425.

18. *Id.*, par. 3.

19. *Id.*, par. 8 et 9.

d'émissions de la CBC, d'une durée variant de cinq à huit secondes. La publicité a été vue à plus de 2 000 000 de reprises à partir de sa première publication le 4 octobre 2019, et a été largement diffusée notamment par l'envoi de courriels de masse, sur la page Facebook et sur la chaîne YouTube du PCC. Elle a été retirée moins d'une semaine plus tard, soit le 10 octobre 2019<sup>20</sup>.

Les gazouillis en cause ont été diffusés sur les comptes Twitter du PCC le 7 et 8 octobre 2019. Chaque gazouillis comprenait un vidéoclip extrait de la diffusion complète de deux heures, à la télévision, du débat des chefs lors des élections fédérales de 2019, d'une durée variant de 14 à 42 secondes. Ces gazouillis ont été republiés et aimés plusieurs centaines de fois, avant d'être supprimés le 10 octobre 2019 suivant des lettres de mise en demeure de la CBC<sup>21</sup>.

## **B- Analyse**

Les questions en litige étaient les suivantes : (i) en présentant la publicité et les gazouillis, les défendeurs ont-ils reproduit une partie importante des œuvres de la CBC ? ; (ii) les actes des défendeurs constituent-ils une utilisation équitable des œuvres de la CBC ? ; (iii) quel est le redressement approprié<sup>22</sup> ?

À titre préliminaire, la Cour a statué que la cause n'avait pas qu'un intérêt théorique, même si les éléments portant atteinte au droit d'auteur ont été retirés avant le jour du scrutin. En effet, elle conclut qu'il s'agissait d'une affaire qui pourrait vraisemblablement se reproduire, et qu'il convenait de résoudre la question en litige pour éviter qu'elle se pose à nouveau et ainsi aider les parties quant à leurs projets concernant toute campagne électorale future<sup>23</sup>.

La Cour a également statué qu'à l'exception de deux vidéoclips, la CBC était titulaire du droit d'auteur sur les œuvres. La Cour a également noté que la CBC avait revendiqué la propriété des œuvres en faisant figurer son nom, son logo et sa marque de façon claire et répétée sur les vidéoclips<sup>24</sup>.

---

20. *Id.*, par. 10-13.

21. *Id.*, par. 14-20.

22. *Id.*, par. 22.

23. *Id.*, par. 24-31.

24. *Id.*, par. 32.

### C- Partie importante

D'abord, la Cour rappelle que dans l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson*<sup>25</sup> (ci-après « l'arrêt *Cinar* »), la Cour suprême du Canada a établi que la démarche pour établir si la « partie importante » d'une œuvre a été reproduite est qualitative et globale, et qu'il importe de trouver un équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs<sup>26</sup>.

Les défendeurs font valoir que dans ce contexte, les parties des œuvres reproduites ne sont pas substantielles. Ils affirment que chaque vidéoclip de la CBC dans la publicité et dans les gazouillis représente en moyenne moins de 0,5 % de l'œuvre sous-jacente dont il est extrait, et que ces vidéoclips reproduisent des contributions rédactionnelles ou administratives qui ne permettent pas de conclure à l'originalité<sup>27</sup>.

Or, dans l'arrêt *Cinar*, la Cour suprême a exposé cinq facteurs à prendre en compte pour déterminer si une partie importante d'une œuvre originale a été reproduite : (i) la qualité et la quantité des parties plagiées, y compris l'importance des parties plagiées par rapport à l'œuvre et le degré d'originalité des parties plagiées ; (ii) la gravité de l'atteinte que l'utilisation reprochée a portée aux activités du demandeur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d'auteur s'en trouve diminuée ; (iii) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d'auteur ; (iv) les fins pour lesquelles le document est plagié, notamment la question de savoir si le défendeur s'est intentionnellement emparé de l'œuvre du demandeur pour épargner du temps et des efforts ; et (v) la question de savoir si le défendeur utilise le document plagié d'une façon identique ou similaire à celle du demandeur. Les facteurs relatifs à la quantité et à la qualité des parties plagiées sont d'une importance fondamentale, et les autres facteurs nuancent ces facteurs et les mettent en contexte<sup>28</sup>.

Premièrement, d'un point de vue quantitatif, la Cour juge que les vidéoclips de la CBC et du débat constituent des parties infimes de la totalité des œuvres de la CBC et du débat des chefs. Or, la Cour rappelle que dans l'analyse qualitative, indépendamment de la quantité copiée, une caractéristique copiée peut reproduire une partie importante de l'œuvre si elle constitue une partie substantielle

25. 2013 CSC 73.

26. *Société Radio-Canada c. Parti conservateur du Canada*, 2021 CF 425, par. 37.

27. *Id.*, par. 38-41.

28. *Id.*, par. 44-46.

du talent et du jugement exprimés dans l'œuvre sous-jacente. Ainsi, la Cour juge que les défendeurs ont plagié le talent et jugement ayant servi à la création des œuvres de la CBC, et que la conception artistique, les services de production et les décisions journalistiques constituent ce talent et jugement de la CBC et de ses employés. De plus, ce plagiat a supposé la sélection et la manipulation, par les défendeurs, des œuvres de la CBC ; il ne s'agissait donc pas d'une violation accidentelle<sup>29</sup>.

Deuxièmement, la Cour a jugé que la CBC n'avait pas établi qu'elle avait subi des effets négatifs en raison de l'utilisation de ses œuvres par les défendeurs ni qu'il fallait présumer de tels effets négatifs. Ainsi, la Cour a jugé que la marque de la CBC semblait suffisamment solide pour démentir toute insinuation de partisanerie<sup>30</sup>.

Troisièmement, la Cour a jugé que les œuvres de la CBC et le débat des chefs étaient à juste titre protégés par le droit d'auteur<sup>31</sup>.

Quatrièmement, la Cour a jugé que le véritable but de l'appropriation des œuvres, dans le contexte d'une campagne politique, était d'épargner du temps et de l'argent, ainsi que de créer une campagne politique percutante et d'influencer les électeurs<sup>32</sup>.

Cinquièmement, pour ce qui était de savoir si l'utilisation des documents était identique ou semblable à celle qu'en avait faite la demanderesse, la Cour a conclu qu'il était impossible de soutenir qu'une utilisation semblable avait eu lieu. Elle jugea que ce facteur était de moindre importance dans l'analyse de la reproduction d'une partie importante d'une œuvre<sup>33</sup>.

Ainsi, la Cour conclut que les défendeurs ont reproduit une partie importante des œuvres de la CBC protégées par le droit d'auteur, et qu'il convient donc de savoir si une telle reproduction est équitable<sup>34</sup>.

---

29. *Id.*, par. 47-53.

30. *Id.*, par. 54 et 55.

31. *Id.*, par. 56.

32. *Id.*, par. 57-64.

33. *Id.*, par. 65.

34. *Id.*, par. 66.

### 1. Utilisation équitable

Mentionnons d'abord que l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>35</sup> (ci-après « LDA ») prévoit que l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation de droit d'auteur. De plus, l'article 29.1 de cette loi prévoit que l'utilisation équitable d'une œuvre à des fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas la violation d'un droit d'auteur, à la condition que soient mentionnés la source et, si ce renseignement figure dans la source, le nom de l'auteur.

La Cour rappelle que la question de l'utilisation équitable commande une analyse en deux étapes : (1) l'utilisation doit avoir lieu à une fin permise par la LDA, et (2) l'utilisation doit être équitable. Elle rappelle également que la Cour suprême, dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>36</sup> (ci-après « l'arrêt CCH »), a conclu qu'il faut donner aux dispositions une interprétation large et libérale en ce qui concerne les fins énumérées pour assurer un juste équilibre entre les droits des titulaires et ceux des utilisateurs<sup>37</sup>.

#### a) Fin permise

Les défendeurs tentaient de s'appuyer sur les fins permises que sont la critique, le compte rendu, la satire et l'éducation<sup>38</sup>.

Or, de l'avis de la Cour, la seule fin véritablement en cause en l'espèce était celle de la critique, puisque le but des défendeurs était de critiquer les idées et les actes du premier ministre et du Parti libéral. La Cour résume que la critique est susceptible de porter non seulement sur le texte ou la composition d'une œuvre, mais aussi sur les idées exprimées dans l'œuvre et sur les répercussions morales et sociales de l'œuvre (contrairement à ce qui était avancé par la CBC). Au surplus, la Cour a jugé que les défendeurs avaient respecté l'exigence de la mention de la source lors de leur utilisation des œuvres de la CBC, soit en utilisant le logo de la CBC, ou au moyen d'éléments facilement reconnaissables (par exemple, des animateurs bien connus) qui permettaient de désigner la CBC<sup>39</sup>.

35. L.R.C. (1985), ch. C-42.

36. [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13.

37. *Société Radio-Canada c. Parti conservateur du Canada*, 2021 CF 425, par. 68-70.

38. *Id.*, par. 73.

39. *Id.*, par. 73-83.

Au niveau de l'éducation, la Cour explique que bien que la campagne des défenseurs soit conçue pour informer le public et le faire adhérer à un certain point de vue, elle n'est pas conçue à des fins de formation, de discipline ou de transmission de connaissances autrement que pendant la période transitoire que représente une campagne électorale<sup>40</sup>.

La Cour ayant conclu que l'utilisation des œuvres de la CBC avait eu lieu à des fins de critique, elle devait déterminer si cette utilisation était équitable<sup>41</sup>.

*b) Caractère équitable*

La Cour rappelle qu'afin de déterminer si une utilisation est équitable, il convient d'examiner les six facteurs suivants : (i) le but de l'utilisation ; (ii) la nature de l'utilisation ; (iii) l'ampleur de l'utilisation ; (iv) l'existence de solutions de rechange ; (v) la nature de l'œuvre et (vi) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre<sup>42</sup>.

Premièrement, la Cour devait se pencher sur le but réel ou l'intention sous-tendant l'utilisation des œuvres à des fins de critique. Elle détermine que le but était de recueillir des votes et d'encourager la participation au processus démocratique, ce qui visait un objectif politique légitime. Dans ce contexte, même un objectif de levée de fonds fait partie d'un processus électoral. Ce critère militait en faveur d'une conclusion d'équité<sup>43</sup>.

Deuxièmement, la Cour devait analyser le nombre de copies effectuées et leur diffusion ; une seule copie a tendance à être plus équitable que de multiples copies. La publicité ayant été visionnée deux millions de fois, et les gazouillis ayant été publiés et aimés des centaines de fois, la Cour juge que ce critère milite envers une conclusion d'équité<sup>44</sup>.

Troisièmement, la Cour devait évaluer la proportion de l'extrait utilisé par rapport à l'ensemble de l'œuvre. La Cour juge que même si l'utilisation de productions de la CBC n'était ni excessive ni négligeable, et même si les vidéoclips constituaient des séquences impor-

---

40. *Id.*, par. 84.

41. *Id.*, par. 87.

42. *Id.*, par. 88.

43. *Id.*, par. 89-91.

44. *Id.*, par. 92-95.



tantes, la publicité n'était pas uniquement constituée de vidéoclips ou de production de la CBC, mais contenait aussi des éléments de bulletins de nouvelles diffusés par d'autres médias. Ce critère militait donc en faveur d'une conclusion d'équité<sup>45</sup>.

Quatrièmement, la Cour devait déterminer si des solutions de rechange à l'utilisation des œuvres de la CBC existaient, et si elles étaient aussi raisonnablement efficaces que les interventions ou actions directes des personnalités publiques concernées. Elle mentionne qu'il serait par exemple difficile d'envisager une solution valable pour remplacer la scène de danse indienne de M. Trudeau ou sa réaction face à certaines questions embarrassantes. Ce critère a tout de même été qualifié de neutre dans l'analyse de l'équité<sup>46</sup>.

Cinquièmement, la Cour devait tenir compte de la nature de l'œuvre et de la mesure dans laquelle elle a déjà été diffusée. En l'espèce, le contenu de la CBC est clairement conçu pour être rendu public, et peut être vu de partout, sur de nombreuses plateformes. La mission de la CBC est d'ailleurs de diffuser largement le contenu du débat des chefs. Ce critère militait donc en faveur d'une conclusion d'équité<sup>47</sup>.

Sixièmement, la CBC craignait que son contenu soit utilisé d'une façon nuisant à son intégrité journalistique, ainsi qu'à sa réputation et neutralité. Or, la Cour a jugé qu'il n'existait aucune preuve objective d'une atteinte à la réputation de la CBC, et qu'après tant d'années de couverture de l'actualité politique, rien ne prouvait que la diffusion d'un segment d'un radiodiffuseur dans un cadre partisan eût terni la réputation du radiodiffuseur. Ce critère militait donc en faveur d'une utilisation équitable<sup>48</sup>.

#### **D- Conclusion**

En somme, la Cour a décidé que bien que les œuvres de la CBC étaient protégées par un droit d'auteur, leur utilisation par les défenseurs était effectuée à des fins de critique et était équitable. La Cour a donc refusé d'accorder à la CBC la déclaration de droit demandée<sup>49</sup>.

---

45. *Id.*, par. 96-98.

46. *Id.*, par. 99-102.

47. *Id.*, par. 103-105.

48. *Id.*, par. 106-109.

49. *Id.*, par. 110.

L'exception à la violation d'un droit d'auteur fondée sur l'utilisation équitable d'une œuvre protégée dans le domaine de la publicité pourrait être difficile à justifier, en raison notamment du caractère commercial d'une publicité<sup>50</sup>. La présente affaire est toutefois à distinguer des publicités traditionnelles dont le but est de vendre un produit ou un service, puisque les publicités en question visaient à récolter des appuis dans le cadre d'élections fédérales et à encourager la participation au processus démocratique (l'objectif de levée de fonds fait partie du processus électoral). L'aspect commercial n'était donc pas réellement présent en l'espèce, ce qui pourrait avoir contribué selon nous à la conclusion de la Cour en faveur d'une utilisation équitable des œuvres de la CBC. Par ailleurs, il est à noter que le *Code canadien des normes de la publicité*<sup>51</sup> de l'organisme des Normes de la publicité (ci-après « NCP ») exclut de son champ d'application la publicité politique et électorale.

Finalement, rappelons que le droit d'auteur comprend le droit de s'opposer à ce qu'une œuvre soit « utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution », d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de son auteur<sup>52</sup>. Ce « droit d'aval » vise toute présentation ou utilisation d'une œuvre protégée à des fins ou dans une ambiance indigne. Il vise à réprimer une atteinte à l'esprit ou à l'idée d'une œuvre selon son contexte<sup>53</sup>. L'auteur d'une œuvre utilisée dans une publicité sans son autorisation pourrait donc également se fonder sur son droit d'aval afin de s'opposer à telle utilisation, selon le ton de la publicité, indépendamment de toute défense fondée sur une utilisation équitable de l'œuvre.

---

50. Voir par exemple la décision *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, par. 218-222. L'aspect commercial de l'utilisation n'est pas déterminant en soi, mais doit être pris en compte. Lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée par un droit d'auteur est destinée à générer des revenus en concurrence avec le titulaire du droit d'auteur, l'utilisation peut être moins équitable. D'un autre côté, si l'utilisation a comme but de soutenir l'intérêt public, cela peut être plus équitable. Cela dit, si les revenus de l'utilisateur l'emportent sur l'intérêt public, l'utilisation peut être moins équitable.

51. Pour la version complète de ce code, voir en ligne : <<https://adstandards.ca/fr/code-canadien/code-en-ligne/>>.

52. Art. 28.2(1) LDA.

53. Laurent CARRIÈRE, « Droit moral et droit d'aval : illustrations. Premiers commentaires sur le paragraphe 28.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* », *ROBIC*, 1989, en ligne : <<https://www.robic.ca/wp-content/uploads/2017/05/038-LC.pdf>>.

### III- PROJET DE LOI N° 96 VISANT À RÉFORMER LA CHARTRE DE LA LANGUE FRANÇAISE

Le 13 mai 2021, le gouvernement du Québec a déposé un projet de loi intitulé *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*<sup>54</sup> (ci-après le « projet de loi n° 96 »), proposant une importante réforme de la *Charte de la langue française*<sup>55</sup> (ci-après la « Charte »), parmi d'autres lois. S'il est adopté, le projet de loi n° 96 modifierait la façon dont la Charte régit l'utilisation du français comme langue du commerce et des affaires dans la province, en ce qui concerne notamment la publicité commerciale.

#### A- Résumé des exigences actuelles

Le chapitre VII de la Charte (c'est-à-dire les articles 51 et suivants) concerne la langue du commerce et des affaires. Le *Règlement sur la langue de commerce et des affaires*<sup>56</sup> (ci-après le « Règlement ») contient toutefois des dérogations ou précisions à certaines dispositions de ce chapitre.

L'article 51 de la Charte prévoit que toute inscription sur un produit, sur son contenant ou sur son emballage, sur un document ou objet accompagnant ce produit, doit être rédigée en français. Le texte français peut être assorti d'une ou plusieurs traductions, mais aucune inscription rédigée dans une autre langue ne doit l'emporter sur celle qui est rédigée en français. Le Règlement permet toutefois dans certains cas l'utilisation d'une autre langue que le français, notamment si le produit est destiné à un marché extérieur au Québec<sup>57</sup>, et permet l'utilisation d'une marque de commerce reconnue au sens de la *Loi sur les marques de commerce*<sup>58</sup> (ci-après « LMC ») dans une autre langue que le français, sauf si une version française en a été déposée<sup>59</sup>. L'expression « marque de commerce reconnue » a été interprétée par les tribunaux comme incluant non seulement les marques de commerce enregistrées, mais également celles faisant

54. *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, projet de loi 96, Prise en considération, 2<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis (Qc).

55. RLRQ, c. C-11.

56. RLRQ, c. C-11, r. 9.

57. *Id.*, art. 3.

58. L.R.C. (1985), ch. T-13.

59. Art. 7(4<sup>e</sup>) du Règlement. Pour toutes les dérogations à l'article 51 de la Charte, voir les articles 1 à 9 du Règlement.

l'objet d'une demande d'enregistrement ainsi que les marques de commerce de common law<sup>60</sup>.

L'article 52 de la Charte prévoit que les publications commerciales, soit les catalogues, les brochures, les dépliants, les annuaires commerciaux et toute autre publication de même nature, doivent être rédigées en français. Le Règlement permet toutefois dans certains cas l'usage d'une autre langue et du français sur un pied d'égalité, ou encore l'usage d'une autre langue que le français uniquement, notamment dans le cas d'une marque de commerce reconnue<sup>61</sup>.

L'article 55 de la Charte prévoit que les contrats d'adhésion, les contrats où figurent des clauses types imprimées, ainsi que les documents qui s'y rattachent doivent être rédigés en français. Ils peuvent être rédigés dans une autre langue si telle est la volonté expresse des parties.

L'article 58 de la Charte prévoit que l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire en français, mais peuvent être faits également dans une autre langue si le français y figure de façon nettement prédominante<sup>62</sup>. Le Règlement prévoit toutefois certaines exceptions ou précisions à ce principe<sup>63</sup>. Par exemple, la publicité commerciale présentée sur un support de grand format et visible d'un chemin public doit se faire uniquement en français<sup>64</sup>. De plus, une marque de commerce reconnue peut apparaître dans une autre langue dans un affichage public<sup>65</sup> ou une publicité commerciale, sauf si une version française en a été déposée<sup>66</sup>.

---

60. *Québec (Attorney General) c. 156158 Canada Inc. (Boulangerie Maxie's)*, 2015 QCCQ 354, par. 106. Appel rejeté : *156158 Canada inc. c. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCA 2055 ; *Québec (Procureur général) c. St-Germain Transport (1994) inc.*, 2006 QCCQ 7631. Malgré tout, l'Office québécois de la langue française (ci-après « OQLF ») considère que seules les marques enregistrées devraient être considérées comme des marques de commerce « reconnues » au sens de la Charte.

61. Art. 13(14<sup>o</sup>) Règlement. Pour toutes les dérogations à l'article 52 de la Charte, voir les articles 10 à 14 du Règlement.

62. Le Règlement précisant la portée de l'expression « de façon nettement prédominante » pour l'application de la Charte de la langue française, RLRQ, c. C-11, r. 11 contient plus d'informations sur la signification de l'expression « de façon nettement prédominante ».

63. Pour toutes les dérogations à la Charte concernant l'affichage public et la publicité commerciale, voir les articles 15 à 26 du Règlement.

64. Art. 15 du Règlement.

65. Une « présence suffisante » du français est néanmoins requise sur l'affichage public visible de l'extérieur d'un commerce.

66. Art. 25 du Règlement.

Finalement, bien qu'en principe le nom d'une entreprise doive être en langue française<sup>67</sup>, l'article 68 de la Charte permet d'utiliser un nom dans une autre langue que le français dans la publicité commerciale, dans la mesure où cette autre langue peut, en application de l'article 58 et des dispositions du Règlement relatives à cet article, être utilisée dans cette publicité. De plus, un nom peut apparaître uniquement dans l'autre langue dans les textes ou documents rédigés uniquement dans une autre langue que le français.

## B- Modifications proposées

Le projet de loi n° 96 entraînerait des modifications aux dispositions de la Charte traitant de la publicité commerciale, notamment. Il ne modifierait pas directement les dispositions du Règlement en tant que telles pour le moment, bien qu'une telle proposition de modification soit à prévoir.

Le tableau qui suit compare le texte actuel de la Charte avec ces modifications proposées touchant la publicité commerciale :

Texte de la Charte	Texte du projet de loi n° 96
<p><b>51.</b> Toute inscription sur un produit, sur son contenant ou sur son emballage, sur un document ou objet accompagnant ce produit, y compris le mode d'emploi et les certificats de garantie, doit être rédigée en français. Cette règle s'applique également aux menus et aux cartes des vins.</p> <p>Le texte français peut être assorti d'une ou plusieurs traductions, mais aucune inscription rédigée dans une autre langue ne doit l'emporter sur celle qui est rédigée en français.</p>	<p><b>51.</b> Toute inscription sur un produit, sur son contenant ou sur son emballage, sur un document ou objet accompagnant ce produit, y compris le mode d'emploi et les certificats de garantie, doit être rédigée en français. Cette règle s'applique également aux menus et aux cartes des vins.</p> <p>Le texte français peut être assorti d'une ou plusieurs traductions, mais aucune inscription rédigée dans une autre langue ne doit l'emporter sur celle qui est rédigée en français, <u>ou être accessible dans des conditions plus favorables</u><sup>68</sup>.</p>

67. *Charte de la langue française*, RLRQ c. C-11, art. 63.

68. *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, projet de loi 96, Prise en considération, 2<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 42.

<p><b>52.</b> Les catalogues, les brochures, les dépliant, les annuaires commerciaux et toute autre publication de même nature doivent être rédigés en français.</p>	<p><b>52.</b> <u>Quel qu'en soit le support, les catalogues, les brochures, les dépliant, les annuaires commerciaux, les bons de commande et tout autre document de même nature qui sont disponibles au public</u> doivent être rédigés en français.</p> <p><u>Nul ne peut rendre un tel document disponible au public dans une autre langue que le français lorsque sa version française n'est pas accessible dans des conditions au moins aussi favorables</u><sup>69</sup>.</p>
<p><b>55.</b> Les contrats d'adhésion, les contrats où figurent des clauses-types imprimées, ainsi que les documents qui s'y rattachent sont rédigés en français. Ils peuvent être rédigés dans une autre langue si telle est la volonté expresse des parties.</p>	<p><b>55.</b> Les contrats d'adhésion, les contrats où figurent des clauses-types, ainsi que les documents qui s'y rattachent sont rédigés en français. <u>Les parties à un tel contrat peuvent être liées seulement par sa version dans une autre langue que le français si, après avoir pris connaissance de sa version française, telle est leur volonté expresse. Les documents se rattachant au contrat peuvent alors être rédigés exclusivement dans cette autre langue.</u></p> <p><u>Nulle partie ne peut, sans que l'autre n'ait pris connaissance de la version française du contrat visé au premier alinéa et en ait expressément exprimé la volonté :</u></p> <p><u>1° la faire adhérer à un contrat d'adhésion rédigé dans une autre langue que le français ;</u></p>

69. *Id.*, art. 43.

	<p><u>2° conclure avec elle un contrat où figure une clause-type qui est rédigée dans une autre langue que le français ;</u></p> <p><u>3° lui transmettre un document se rattachant à l'un ou l'autre de ces contrats lorsque ce document est rédigé dans une autre langue que le français.</u></p> <p><u>Nulle partie à un contrat visé au premier alinéa ne peut exiger de l'autre quelque somme que ce soit pour la rédaction de la version française de ce contrat ou des documents qui s'y rattachent.</u></p> <p><u>Le présent article ne s'applique pas à un contrat de travail ou aux documents qui s'y rattachent<sup>70</sup>.</u></p>
N/A	<p><b>58.1.</b> Malgré l'article 58, dans l'affichage public et la publicité commerciale, une marque de commerce peut être rédigée, même en partie, uniquement dans une autre langue que le français, lorsque, à la fois, elle est une marque de commerce déposée au sens de la <i>Loi sur les marques de commerce</i> (Lois révisées du Canada, chapitre T-13) et qu'aucune version correspondante en français ne se trouve au registre tenu selon cette loi. Toutefois, dans l'affichage public visible depuis l'extérieur d'un local, le français doit figurer de façon nettement prédominante, lorsqu'une telle marque y figure dans une telle autre langue<sup>71</sup>.</p>

70. *Id.*, art. 44.

71. *Id.*, art. 47.

Il importe également de mentionner que le projet de loi n° 96 augmenterait les pouvoirs de l'OQLF, en lui permettant notamment de demander au tribunal d'ordonner le retrait ou la destruction d'affiches, annonces, panneaux-réclame et enseignes lumineuses contrevenant à la Charte<sup>72</sup>.

En somme, les modifications proposées par le projet de loi n° 96 visent à renforcer les dispositions de la Charte. En matière de publicité, l'une des modifications les plus importantes est l'ajout de l'article 58.1 à la Charte, qui exigerait qu'une marque de commerce non enregistrée au Canada auprès de l'Office de la propriété intellectuelle (ci-après « OPIC ») et figurant dans les publicités commerciales et l'affichage public dans une autre langue que le français, soit traduite en français. Par ailleurs, la présence « suffisante » du français ne sera plus suffisante sur les affiches publiques extérieures, car le projet de loi n° 96 impose que les marques de commerce enregistrées dans une langue autre que le français devront être accompagnées d'une présence « nettement prédominante » d'inscriptions en français. Comme mentionné, actuellement, les titulaires de marques de commerce non enregistrées peuvent bénéficier de l'exception au principe des inscriptions françaises devant figurer de façon nettement prédominante dans les publicités commerciales et l'affichage public.

De plus, les modifications proposées à l'article 55 de la Charte pourraient avoir des incidences sur le milieu de la publicité, notamment en matière de concours. En effet, les règlements de concours publicitaires sont habituellement considérés comme des contrats d'adhésion. Ainsi, afin de pouvoir rédiger des règlements dans une autre langue que le français, il ne serait plus suffisant de prévoir que les parties y consentent expressément. Pour que les parties puissent y consentir expressément et être liées par cette version autre que française, il faudra qu'une version française des règlements existe et que les parties déclarent en avoir pris connaissance.

Finalement, conformément aux modifications proposées à l'article 51 de la Charte, toute inscription sur un produit, son contenant, son emballage, ou sur un document ou objet accompagnant le produit, rédigée dans une autre langue que le français, ne pourra non seulement pas l'emporter sur le français, mais ne pourra pas non plus être accessible dans des conditions plus favorables. La portée de l'article 52 de la Charte concernant les publications commerciales serait également élargie au niveau des documents visés et inclurait

---

72. *Id.*, art. 113 (art. 184 de la Charte).



les publications en ligne, et les modifications proposées rajouteraient l'interdiction de rendre de tels documents disponibles au public dans une autre langue que le français, si la version française n'est pas accessible dans des conditions au moins aussi favorables.

### **C- Conclusion**

La plupart des dispositions du projet de loi n° 96 entreraient en vigueur le jour de sa sanction, sauf en ce qui concerne le nouvel article 58.1 de la Charte, qui n'entrerait en vigueur que trois ans suivant cette date de sanction<sup>73</sup>. Cette période devrait laisser suffisamment de temps aux titulaires de marques de commerce dans une autre langue que le français et non enregistrées pour obtenir un enregistrement auprès de l'OPIC visant de telles marques de commerce, et ainsi bénéficier de l'exception de la Charte dans la mesure où aucune version française de ces marques n'existe au registre. Comme le délai moyen pour l'enregistrement d'une marque de commerce est actuellement de plus de trois ans, les titulaires de marques de commerce dans une autre langue que le français et non enregistrées devraient envisager de déposer rapidement une demande d'enregistrement auprès de l'OPIC, ce qui leur éviterait de devoir revoir (et possiblement modifier) tout leur matériel publicitaire pour s'assurer qu'il est conforme aux nouvelles exigences de la Charte.

Les règlements sur les concours publicitaires ouverts aux résidents québécois devraient également être traduits en français, aux termes du nouvel article 55 de la Charte.

L'incidence réelle du projet de loi n° 96 ne pourra bien sûr être évalué que lorsqu'il sera adopté dans sa forme finale<sup>74</sup>. Dans l'intervalle, la Charte et le Règlement dans leur forme actuelle continuent de s'appliquer. Toujours est-il qu'il vaut mieux se préparer en ce qui concerne notamment le dépôt de demandes d'enregistrement de marques de commerce auprès de l'OPIC compte tenu des délais actuels d'enregistrement.

---

73. *Id.*, art. 201(5°).

74. Au moment d'éditer le présent article, le projet de loi n° 96 a été sanctionné en date du 1<sup>er</sup> juin 2022.

#### IV- ALLÈGEMENTS À LA LOI SUR LES LOTERIES, LES CONCOURS PUBLICITAIRES ET LES APPAREILS D'AMUSEMENT

##### A- Changements apportés

Le 2 juin 2021, la *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 10 mars 2020*<sup>75</sup> (ci-après le « projet de loi n° 82 »), modifiant notamment les articles 58 et 63 de la *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*<sup>76</sup> (ci-après la « Loi ») afin d'assouplir les règles applicables aux concours publicitaires<sup>77</sup> internationaux comprenant des participants du Québec, a été sanctionnée.

Ainsi, les entreprises qui tiennent des concours publicitaires internationaux (peu importe le lieu de leur bureau principal) n'ont plus à déclarer leur concours à l'avance à la Régie des alcools, des courses et des jeux (ci-après la « Régie ») ni à payer les droits afférents à la réglementation qui étaient exigés par la Régie (soit 0,5 % des prix à gagner), dans la mesure où des prix sont offerts à un ensemble de participants comprenant des participants de l'extérieur du Canada (même si cet ensemble comprend également des participants du Québec)<sup>78</sup>.

Rappelons qu'un concours publicitaire ne peut être considéré comme international si, notamment : (i) sa formule de participation ne peut être obtenue qu'au Québec (par exemple, lors d'un événement ayant lieu au Québec), ou (ii) l'essentiel des intérêts commerciaux de l'entreprise organisant le concours est au Québec, même si ce concours fait l'objet d'une promotion hors Québec<sup>79</sup>.

Cet allègement permet donc de favoriser l'inclusion de la population québécoise dans les concours publicitaires internationaux ; auparavant, pratiquement tous les concours publicitaires devaient

75. Projet de loi n° 82, Sanctionné, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc).

76. RLRQ c. L-6.

77. Selon le paragraphe 1b) de la Loi, un « concours publicitaire » est défini comme étant « un concours, un système de loterie, un jeu, un plan ou une opération dont le résultat est l'attribution d'un prix et dont le but est de promouvoir les intérêts commerciaux d'une personne au bénéfice de laquelle il est tenu ».

78. *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 10 mars 2020*, projet de loi n° 82, Sanctionné, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 54 et 55.

79. *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, RLRQ, c. L-6, art. 62.

être inscrits auprès de la Régie, dès qu'ils étaient ouverts à des participants québécois.

Il importe toutefois de noter que bien que seul le chapitre IV de la Loi intitulé « Droits sur les concours publicitaires » soit explicitement visé par les modifications législatives, celles-ci visent également indirectement les *Règles sur les concours publicitaires*<sup>80</sup> (ci-après « Règles »).

### **B- Rappel et sommaire des exigences des Règles**

Les Règles ne s'appliquent généralement pas aux concours publicitaires dont la valeur totale des prix offerts est inférieure à 2 000 \$. Certaines dispositions concernant le contenu des règlements de participation et des réclames s'appliquent néanmoins aux concours publicitaires dont la valeur totale des prix offerts dépasse 100 \$<sup>81</sup>.

De manière générale, les Règles prévoient l'obligation de produire, auprès de la Régie, un avis de tenue d'un concours publicitaire dans le délai prescrit, ainsi que le texte des règlements et de la réclame du concours, avant la date de sa diffusion dans le public<sup>82</sup>. En sus de ces formalités administratives, les Règles encadrent le contenu des règlements de participation<sup>83</sup> et des réclames<sup>84</sup>.

Enfin, selon les Règles, le moyen employé pour l'attribution des prix d'un concours doit permettre d'accorder à chaque participant une chance égale de gagner un prix<sup>85</sup>.

### **C- Autres exigences s'appliquant aux concours internationaux**

Malgré ces allègements législatifs, il est important de garder en tête que d'autres règles continueront de s'appliquer aux concours internationaux lorsque ceux-ci visent des participants situés au

---

80. RLRQ, c. L-6, r. 6.

81. Art. 1 des Règles.

82. Art. 2 et 3 des Règles.

83. Art. 5 des Règles.

84. Art. 6 des Règles.

85. Art. 13 des Règles.

Québec ou ailleurs au Canada, dont certaines dispositions du *Code criminel*<sup>86</sup> (ci-après « CC »), de la LC, de la LPC ou encore, de la Charte.

D'abord, le CC prohibe les concours publicitaires dans lesquels les gagnants sont uniquement déterminés par un jeu de hasard ou un jeu combinant le hasard et l'adresse, si le participant doit payer de l'argent ou verser une autre contrepartie valable<sup>87</sup>. Ainsi, dans un concours dans lequel le gagnant est déterminé par un jeu de hasard, le fait de subordonner la remise des prix à la réponse à une question d'habileté transforme ce jeu de hasard en un jeu combinant le hasard et l'adresse (une question d'habileté mathématique à plusieurs opérations sera habituellement suffisante). De plus, aucune contrepartie ne peut être exigée comme condition à la participation d'un concours ; il est donc nécessaire de prévoir un mode de participation sans achat.

Ensuite, la LC comporte des exigences concernant la divulgation de certaines informations relatives à un concours publicitaire, telles que le nombre et la valeur approximative des prix à gagner<sup>88</sup>. La distribution des prix ne doit pas être indument retardée, et le choix des participants ou la distribution des prix doivent être faits en fonction de l'adresse des participants. La LC interdit également de donner des indications fausses ou trompeuses sur un point important<sup>89</sup>.

Finalement, en ce qui concerne les concours publicitaires s'adressant à des participants québécois, la LPC prohibe également les représentations fausses ou trompeuses et le fait de passer sous silence un fait important<sup>90</sup>. Elle interdit au surplus la publicité destinée aux enfants (c'est-à-dire les personnes de moins de 13 ans)<sup>91</sup>. Rappelons que la Charte exige que tout document préparé dans le cadre du concours, par exemple, les règlements, devront généralement être rédigés en français<sup>92</sup>.

---

86. L.R.C. (1985), ch. C-46.

87. Art. 206(1)f) CC.

88. Les lignes directrices sur les concours publicitaires publiées par le Bureau de la concurrence contiennent plus d'informations sur cette exigence de divulgation : BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, *Concours publicitaires. Article 74.06 de la Loi sur la concurrence*, Lignes directrices, 16 octobre 2009, en ligne : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03126.html>>.

89. Art. 52 et 74.0 LC.

90. Art. 219 et 228 LPC.

91. Art. 248 LPC.

92. Art. 52 et 58 de la Charte.

## V- CODE ET GUIDE DES PRATIQUES RESPONSABLES EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ SUR LES ALIMENTS ET LES BOISSONS DESTINÉE AUX ENFANTS

Le 28 juin 2021, l'Association canadienne des annonceurs, l'Association canadienne des boissons, produits alimentaires, de santé et de consommation du Canada et Restaurants Canada ont publié le *Code des pratiques responsables en matière de publicité sur les aliments et les boissons destinée aux enfants* (ci-après le « Code ») ainsi que son *Guide des pratiques responsables en matière de publicité sur les aliments et les boissons destinée aux enfants* (ci-après le « Guide »)<sup>93</sup>.

Le Code fait suite au *Rapport de la consultation sur la restriction de la publicité des boissons et des aliments mauvais pour la santé des enfants au Canada*<sup>94</sup> de Santé Canada, publié en décembre 2017. Lors de cette consultation, les contributeurs étaient appelés à se prononcer sur la définition des « aliments et boissons malsains », sur la détermination de ce qu'on entend par la publicité « destinée aux enfants », et sur l'identification des techniques de commercialisation et canaux de communication devant faire l'objet de restrictions ou être exemptés. La plupart des contributeurs étaient d'accord pour que les restrictions soient axées sur les nutriments préoccupants (c'est-à-dire, le sodium, les sucres et les lipides saturés), et visent les enfants de moins de 17 ans.

Ainsi, le Code vise à établir les conditions régissant la diffusion responsable de publicités sur les aliments et boissons destinées aux enfants. Il élargit les régimes législatifs, réglementaires et d'autoréglementation existants au Canada ; il ne remplace donc aucune loi, règlement, ligne directrice ou code d'autoréglementation.

Le NCP a la responsabilité d'administrer le Code et le Guide. L'Association canadienne des annonceurs, l'Association canadienne des boissons, Produits alimentaires, de santé et de consommation du Canada et Restaurants Canada ont déclaré être prêts à mettre le Code en œuvre et à exiger son respect par leurs membres d'ici l'été 2023.

---

93. Pour la version complète du Code et du Guide, voir en ligne : <<https://acaweb.ca/fr/?resource=code-guide-pratiques-responsables-publicite-aliments-boissons-destinee-aux-enfants>>.

94. Pour la version complète de ce rapport, voir en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/publications/aliments-et-nutrition/consultation-guide-restriction-publicite-destinee-enfants.html>>.

## A- Restrictions

Le Code énonce que la publicité pour un produit alimentaire ou une boisson ne peut être principalement dirigée à des enfants (soit des personnes âgées de moins de 13 ans), sauf si le produit satisfait aux critères nutritionnels énoncés en annexe (ci-après la « Restriction »)<sup>95</sup>. Ainsi, les aliments et boissons préemballés dont la teneur en gras saturés, en sodium ou en sucres dépasse un certain seuil ne pourront faire l'objet d'une publicité adressée aux enfants (ci-après les « critères nutritionnels »). Par exemple, il est interdit de promouvoir aux enfants un aliment dont la teneur en sucres dépasse 5 g par quantité de référence<sup>96</sup>.

Les publicités exemptes de la Restriction ne pourront toutefois utiliser des mots qui incitent directement un enfant à acheter un produit alimentaire ou à demander à une autre personne de le faire ou de se renseigner à ce sujet<sup>97</sup>.

Si le produit ne satisfait pas aux critères nutritionnels, les critères suivants seront utilisés ensemble (aucun n'est déterminant en soi) pour déterminer si la publicité sur ce produit est principalement dirigée à des enfants<sup>98</sup> :

1. Le produit est-il destiné aux enfants ? Est-il particulièrement attrayant pour eux ?
2. Le message est-il conçu pour attirer principalement l'attention des enfants ? Pour répondre à cette question, NCP tiendra compte des facteurs suivants : le niveau de langage utilisé ; les représentations d'un monde fantastique, magique, mystérieux, virtuel ou de suspense ; l'utilisation de musique, chansons et ritournelles particulièrement attrayantes pour les enfants ; et l'utilisation d'animation ou autres effets spéciaux particulièrement attrayants pour les enfants.
3. Les enfants sont-ils le public principal de la publicité ? Pour répondre à cette question, NCP tiendra compte de l'heure et du lieu où la publicité est diffusée<sup>99</sup>.

95. Clause II du Code.

96. Annexe A du Code.

97. Clause V du Code ; Clause X de la Partie A du Guide.

98. Clause III du Code ; Partie B du Guide.

99. La Partie B du Guide comprend plusieurs exemples et illustrations de ce critère ; voir p. 15-19.

En plus de la Restriction, le Code ajoute les restrictions suivantes :

- Quel que soit le profil nutritionnel du produit concerné, aucune publicité pour un produit alimentaire ou une boisson n'est permise dans les écoles primaires ou secondaires. Toutefois, si une permission est accordée par l'école ou un enseignant, et dans la mesure où le contenu est autrement conforme avec les directives provinciales ou de l'établissement d'enseignement applicables, cette restriction ne s'applique pas à la publicité pour des initiatives ou des causes éducatives, caritatives ou à but non lucratif, y compris les collectes de fonds, pour autant que cette publicité ne mette pas davantage l'accent sur le produit alimentaire ou la boisson présentés que sur l'initiative ou la cause<sup>100</sup>.
- Aucun annonceur ne paiera ou ne cherchera activement à placer ses produits alimentaires ou ses boissons dans un contenu de divertissement/rédactionnel sur un support destiné principalement aux enfants dans le but de promouvoir la vente de ces produits. En outre, les annonceurs ne paieront et ne chercheront pas activement à intégrer leurs produits alimentaires ou leurs boissons dans tout média destiné principalement aux enfants, y compris dans les jeux interactifs ou tout autre contenu numérique, à moins que ces produits ne répondent aux critères nutritionnels<sup>101</sup>.

## **B- Exceptions à la Restriction pour certaines formes de publicité**

Sauf disposition contraire, le Code s'applique à toute publicité sur un produit alimentaire ou une boisson, dirigée aux résidents du Canada, dans tout média. Le Code ne s'applique toutefois pas aux contenants, emballages, étiquettes, récipients et formes de produits, puisqu'ils ne sont pas considérés comme de la « publicité » aux fins du Code<sup>102</sup>.

Les formes de publicité suivantes sont également exemptes de la Restriction<sup>103</sup> :

---

100. Clause IV, par. 1 du Code.

101. Clause IV, par. 2 du Code.

102. Clause IV du Code ; Clause VII de la Partie A du Guide.

103. Clause IV du Code ; Clause VII de la Partie A du Guide.

- les écriteaux, dépliants en magasin, affiches, menus, affiches de menus et autres communications et matériels « sur place » concernant un aliment ou une boisson sont expressément exemptés de la Restriction, dans la mesure où ceux-ci n'affichent pas des mots qui incitent directement un enfant à acheter un produit alimentaire ou à demander à une autre personne de le faire ou de se renseigner à ce sujet ;
- la publicité de marque ou de parrainage qui ne présente pas un aliment ou une boisson ;
- la publicité sur un aliment ou une boisson qui n'est pas visée par la Restriction et qui fait la promotion d'une initiative ou d'une cause éducative ou de bienfaisance, sauf si la publicité met davantage d'accent sur l'aliment ou la boisson visée que sur cette initiative ou cause.

Même si les contenants, emballages, étiquettes, récipients et formes de produits ne sont pas considérés comme de la publicité aux fins du Code, et que la publicité de marque ou de parrainage qui ne présente pas un aliment ou une boisson est exempte de la Restriction, aucun annonceur ne pourra utiliser des mots qui incitent directement un enfant à acheter un produit alimentaire ou à demander à une autre personne de le faire ou de se renseigner à ce sujet<sup>104</sup>.

### **C- Régime de préapprobation et application**

Toute publicité sur un produit alimentaire ou une boisson assujettie au Code pourra être soumise au service de préapprobation de NCP (une publicité préapprouvée pourra porter le sceau démontrant que la publicité a été révisée par NCP). NCP déterminera si la publicité est principalement adressée aux enfants selon le Code, et, dans un tel cas, si elle est conforme au Code. Si la publicité est considérée comme principalement adressée aux enfants, NCP peut se fier sur une attestation de l'annonceur selon laquelle le produit alimentaire ou la boisson satisfait aux critères nutritionnels<sup>105</sup>.

Si cette publicité n'est pas soumise au service de préapprobation de NCP, les membres du public ou autres annonceurs pourront soumettre des plaintes à NCP en cas de non-conformité alléguée au Code. Si NCP conclut que la publicité n'est pas conforme au Code,

104. Clause VI, par. 3 du Code.

105. Clause VII du Code.



l'annonceur sera tenu d'immédiatement retirer ou modifier sa publicité. Une publicité non conforme pourra être relevée par NCP dans son rapport relatif au respect du Code. Si l'annonceur ne retire ni ne modifie sa publicité, NCP pourra demander l'assistance du média hôte de la publicité afin de retirer la publicité en question ou renvoyer l'affaire à Santé Canada<sup>106</sup>.

#### D- Conclusion

Au Canada, le *Code canadien des normes de la publicité* de NCP<sup>107</sup> et, dans le cas de la publicité télévisée, le *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*<sup>108</sup> de NCP, interdisent la publicité aux enfants, de même que la *Loi sur la protection du consommateur* au Québec<sup>109</sup>.

Or, le gouvernement fédéral tente de mieux encadrer la publicité sur les aliments et boissons ciblant les enfants par la *Loi modifiant la Loi sur les aliments et drogues (interdiction de faire de la publicité d'aliments et de boissons s'adressant aux enfants)*, dont le titre abrégé est *Loi sur la protection de la santé des enfants* (ci-après le « projet de loi S-228 »)<sup>110</sup>, à l'étude au Parlement depuis 2016. Ce projet de loi a été déposé dans le but de restreindre la publicité d'aliments et de boissons riches en sel, en gras saturés et en sucres auprès des enfants de moins de 17 ans. Les amendements de la Chambre des communes sont à l'étude depuis mai 2019.

Ainsi, le Code, qui suit essentiellement les recommandations les plus récentes de Santé Canada, s'inscrit dans la foulée des initiatives visant à restreindre la publicité d'aliments et boissons « malsains » aux enfants, en attendant l'adoption du projet de loi S-228.

#### VI- **CONSTELLATION BRANDS US OPERATIONS INC. c. SOCIÉTÉ DE VIN INTERNATIONALE LTÉE**

Cette affaire, qui a été tranchée par la Cour d'appel du Québec le 5 novembre 2021, concernait l'utilisation de dépliants promotionnels par la défenderesse, Société de vin internationale Ltée (ci-après

106. Clause VIII du Code.

107. *Code canadien des normes de la publicité*, art. 12.

108. Pour la version complète de ce code, voir en ligne : <<https://adstandards.ca/fr/preapprobation/code-aux-enfants/>>.

109. Art. 248 LPC.

110. Projet de loi n° S-228, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Can.).

« SVI »), comparant certains de ses vins avec ceux de la demanderesse, Constellation Brands US Operations Inc. (ci-après « Constellation »).

## **A- Décision de la Cour supérieure du Québec<sup>111</sup>**

### **1. Faits**

SVI est un producteur de vins québécois vendus au détail. Constellation est un producteur mondial de bières, de vins et de spiritueux, basé aux États-Unis.

Les dépliants promotionnels de SVI ont été principalement utilisés lors de dégustations ayant eu lieu dans divers magasins, de l'automne 2015 jusqu'à l'été 2016. Ces dépliants, en plus de fournir de l'information sur trois des vins de SVI faisant partie d'une nouvelle gamme de produits appelée « Apollo Découvertes » (ci-après « vins Apollo »), contenaient des images de bouteilles fabriquées par Constellation, utilisées conjointement avec des déclarations affirmant que certains des nouveaux vins Apollo étaient comparables aux vins vendus par Constellation dans les magasins exploités par la Société des alcools du Québec<sup>112</sup>.

Les dépliants, imprimés à 2 500 exemplaires pour moins de 600 \$, n'étaient qu'un aspect d'une stratégie de marketing à multiples facettes déployée par SVI pour promouvoir ses vins Apollo. L'un des éléments clés de cette stratégie, qui a coûté des dizaines de milliers de dollars, était l'endossement d'un chef cuisinier célèbre de l'époque, M. Giovanni Apollo. Les vins Apollo ont également fait l'objet d'une publicité à la télévision et sur Internet, diffusée pendant plusieurs mois<sup>113</sup>.

Constellation prétendait que l'utilisation des dépliants par SVI avait porté atteinte à ses droits d'auteur et à ses droits dans ses marques de commerce. Constellation cherchait donc principalement à récupérer les profits réalisés par SVI, qui s'élevaient selon elle à 833 680 \$, mais demandait également des dommages-intérêts punitifs d'un montant de 50 000 \$ ainsi que le remboursement de ses frais d'avocat<sup>114</sup>.

111. *Constellation Brands US Operations c. Société de vin internationale ltée*, 2019 QCCS 3610.

112. *Id.*, par. 1 et 2.

113. *Id.*, par. 3.

114. *Id.*, par. 4.

Au début des procédures, à l'automne 2016, Constellation demandait également à la Cour de rendre diverses ordonnances d'injonction visant essentiellement à interdire à SVI toute utilisation des marques de commerce de Constellation et des œuvres protégées par le droit d'auteur. Cet aspect de l'affaire a été résolu à l'automne 2017, lorsque SVI a accepté un jugement partiel intégrant les ordonnances demandées par Constellation<sup>115</sup>.

## 2. *Analyse*

### a) *Recouvrement de profits*

Constellation demandait le recouvrement des profits réalisés par SVI pendant les dix mois durant lesquels les dépliants ont été distribués, en alléguant les paragraphes 35(1) LDA, et 53.2(1) LMC. Elle réclamait tous les profits découlant de la vente des trois vins Apollo, alors que les dépliants comparaient seulement deux des trois vins Apollo à ceux de Constellation<sup>116</sup>.

Constellation alléguait qu'après avoir prouvé la violation de la LDA ou de la LMC, son fardeau de preuve était limité à prouver les revenus de SVI durant la période pertinente, et qu'il incombait ensuite à SVI de prouver ses coûts et dépenses qui seraient déduits des revenus afin de déterminer les profits<sup>117</sup>.

La Cour a toutefois précisé que le demandeur n'a le droit de recouvrer que les profits réalisés à la suite d'une violation de ses droits de propriété intellectuelle, ce qui ressort clairement du texte des paragraphes 35(1) LDA et 53.2(1) LMC. Elle a également précisé que dans une action visant à recouvrer des profits, le demandeur a le fardeau de prouver l'augmentation des revenus du défendeur résultant de l'atteinte à ses droits de propriété intellectuelle, et que le fardeau se déplace au défendeur, en ce qui concerne les coûts et dépenses, que sur preuve des revenus résultant de la violation. En l'espèce, la Cour a conclu que Constellation n'avait pas prouvé que l'utilisation des dépliants par SVI avait entraîné une augmentation de ses revenus ; elle a donc rejeté la réclamation en recouvrement de profits<sup>118</sup>.

115. *Id.*, par. 5.

116. *Id.*, par. 7 et 8.

117. *Id.*, par. 10.

118. *Id.*, par. 13-19.

Bien que cette question ne fût en pratique plus d'intérêt compte tenu de son rejet de la réclamation en recouvrement de profits, la Cour a mentionné que SVI n'avait pas réussi à prouver l'étendue de ses coûts et dépenses, faute de preuve suffisamment convaincante<sup>119</sup>.

b) *Dommages-intérêts punitifs*

Constellation réclamait également des dommages-intérêts punitifs, en alléguant : (1) que SVI avait violé ses droits de propriété intellectuelle d'une manière telle qu'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs était justifiée, et (2) que SVI avait manqué de divulguer ses preuves documentaires en temps utile avant le procès.

D'abord, la Cour a conclu que même si l'emploi par SVI des marques de commerce et œuvres protégées de Constellation violait la LMC et la LDA, Constellation n'avait pas établi, sur la balance des probabilités, qu'il s'agissait d'un cas exceptionnel justifiant des dommages punitifs. Elle rappela que l'octroi de tels dommages nécessite la preuve d'une conduite fautive intentionnelle, outrageuse et malicieuse, entre autres. Bien que SVI savait probablement qu'elle utilisait les marques de commerce et œuvres protégées de Constellation dans ses dépliants, il n'y avait aucune preuve qu'elle savait ou devait savoir que cette utilisation était fautive<sup>120</sup>.

Fait intéressant, la Cour a précisé que l'emploi de marques de commerce ou d'œuvres protégées d'un concurrent dans une publicité comparative était un cas à part, notamment parce que les règles applicables dans un tel contexte ne sont pas claires ni entièrement établies<sup>121</sup>. Par exemple, elle a rappelé qu'une certaine jurisprudence soutient que l'utilisation de la marque de commerce d'un concurrent dans une publicité comparative ne viole pas en soi la LMC. De plus, dans certains cas, l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur pourrait être effectuée à des fins de critique ou de compte rendu (des concepts qui doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse), aux fins de la défense d'utilisation équitable énoncée aux articles 29 à 29.2 LDA<sup>122</sup>.

Finalement, la Cour a conclu que bien que SVI ait omis de divulguer sa preuve documentaire en temps voulu, rien ne lui per-

119. *Id.*, par. 20-27.

120. *Id.*, par. 29-38.

121. *Id.*, par. 36.

122. *Id.*

mettait de qualifier la conduite de SVI d'abus de procédure selon les articles 51 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec<sup>123</sup> (ci-après « CPC ») justifiant l'octroi de dommages punitifs<sup>124</sup>.

*c) Remboursement de frais d'avocat*

Constellation réclamait en dernier lieu le remboursement de ses frais d'avocat, qui s'élevaient à plus de 183 000 \$, en vertu des articles 34(3) LDA et 342 CPC.

D'abord, bien que SVI ait admis sa violation du droit d'auteur de Constellation, cette dernière avait échoué dans sa demande principale de recouvrement des profits et dans sa demande de dommages-intérêts punitifs. Ainsi, la Cour n'a pas voulu lui attribuer le remboursement de ses honoraires d'avocats<sup>125</sup>.

Ensuite, sur la base de sa réclamation de dommages-intérêts punitifs pour manquement de divulgation de preuve documentaire en temps voulu, Constellation a invoqué l'article 342 CPC, qui énonce que le tribunal peut sanctionner les manquements importants d'une partie constatés dans le déroulement de l'instance en lui ordonnant de payer une compensation pour le paiement des frais d'avocat. La Cour a conclu que bien que SVI ait omis de divulguer sa preuve documentaire en temps voulu avant le procès, il n'était pas clair que cette conduite et ce retard avaient occasionné des frais supplémentaires substantiels pour Constellation ; la Cour a néanmoins ordonné le paiement d'une somme de 3 500 \$<sup>126</sup>.

### **3. Conclusion**

La Cour a donc rejeté l'action de la demanderesse Constellation, mais a ordonné le paiement de la somme de 3 500 \$ pour manquement lors du déroulement de l'instance.

123. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

124. *Constellation Brands US Operations c. Société de vin internationale Itée*, 2019 QCCS 3610, par. 39-43.

125. *Id.*, par. 45.

126. *Id.*, par. 46-50.

## B- Décision de la Cour d'appel du Québec<sup>127</sup>

### 1. Faits

Constellation a interjeté appel de la décision de la Cour supérieure, en contestant chacune des conclusions du juge de première instance. Constellation prétendait, entre autres, que le juge de première instance avait commis une erreur de droit dans l'application du fardeau de la preuve et dans sa conclusion à l'égard de sa demande de recouvrement des profits<sup>128</sup>.

La Cour d'appel a d'abord rappelé que dans sa requête judiciaire en 2016, Constellation alléguait que les dépliants de SVI portaient atteinte à ses droits d'auteur et à ses droits dans ses marques de commerce (art. 19 et 20 LMC), constituaient une concurrence déloyale au sens de l'article 1457 du *Code civil du Québec*<sup>129</sup> (ci-après « CCQ ») et avaient déprécié la valeur de l'achalandage attaché à sa marque enregistrée MEIOMI (art. 22 LMC), qui figurait sur les bouteilles de vin faisant l'objet de comparaisons avec certains des vins de SVI dans ses dépliants<sup>130</sup>.

La Cour a également rappelé que SVI n'avait pas remis en question la validité de la marque MEIOMI ni le droit d'auteur de Constellation dans l'aspect visuel de l'emballage des produits de marque MEIOMI, ainsi que dans les étiquettes et logos figurant sur ces produits. SVI avait également concédé que ses dépliants promotionnels violaient les droits d'auteur de Constellation. Par conséquent, les questions soumises au juge de première instance se limitaient à déterminer s'il y avait violation de la LMC et si les réparations demandées par Constellation étaient appropriées<sup>131</sup>.

La Cour remarqua que le juge de première instance n'avait pas discuté de la violation de la LMC. Il avait plutôt commencé son analyse par la demande de Constellation visant la restitution des profits de SVI en vertu de la LDA et de la LMC, en partant de l'hypothèse qu'il y avait eu violation des deux lois<sup>132</sup>.

127. *Constellation Brands US Operations Inc. c. Société de vin internationale ltée*, 2021 QCCA 1664.

128. *Id.*, par. 5.

129. RLRQ c. CCQ-1991.

130. *Constellation Brands US Operations Inc. c. Société de vin internationale ltée*, 2021 QCCA 1664, par. 13.

131. *Id.*, par. 14.

132. *Id.*, par. 15.

Ainsi, les questions soulevées par Constellation en appel se résumaient en quatre points. Le juge de première instance avait-il commis une erreur réversible : (i) en refusant de se prononcer sur les atteintes alléguées aux droits de Constellation dans ses marques de commerce ? (ii) dans son application du fardeau de preuve à la demande de Constellation visant la restitution des profits pour les violations de droits de propriété intellectuelle en vertu des articles 35 LDA et 53.2 LMC ? (iii) en refusant d'accorder des dommages-intérêts punitifs à Constellation ? (iv) en refusant d'accorder les frais d'avocat à Constellation<sup>133</sup> ?

## 2. *Analyse*

### a) *Atteinte aux marques de commerce et fardeau de preuve*

Constellation soutenait que le juge de première instance avait commis une erreur réversible en refusant de se prononcer sur les atteintes alléguées à ses droits dans ses marques de commerce qu'elle alléguait et dans son application du fardeau de la preuve à sa demande de restitution des profits en vertu de la LDA et de la LMC. À son avis, elle devait seulement prouver l'atteinte et les revenus bruts réalisés par SVI découlant de la vente des vins Apollo, et non le lien de causalité entre ces deux éléments. En effet, elle soutenait que ce lien de causalité devait être présumé, puisqu'on devait supposer que les dépliants de SVI avaient mené aux ventes des vins Apollo suivant leur lancement, et ne pouvaient être séparés de l'effort commercial global associé au lancement<sup>134</sup>.

La Cour était d'avis que bien que le juge de première instance aurait dû aborder les atteintes alléguées dans ses marques de commerce, cela ne constituait pas une erreur réversible puisque la conclusion aurait été la même. La Cour était également d'accord que la demande de restitution de profits n'était pas justifiée en l'espèce. Elle a tout de même abordé les arguments de Constellation au regard des violations alléguées à la LMC, et la décision du juge de première instance de refuser sa demande de restitution de profits<sup>135</sup>.

---

133. *Id.*, par. 19.

134. *Id.*, par. 21.

135. *Id.*, par. 23.

## i) Atteintes aux marques de commerce

D'abord, Constellation se fondait surtout sur le recours en dépréciation de l'achalandage en vertu de l'article 22 LMC. En l'espèce, la marque MEIOMI de Constellation apparaissait seulement dans le matériel publicitaire de SVI, et non sur ses produits ou emballages<sup>136</sup>.

Or, selon la Cour, un tel emploi d'une marque dans le but de comparer des produits avec les produits du demandeur ne constitue pas en soi une atteinte au droit exclusif conféré par la LMC. En effet, une marque de commerce peut être employée dans une publicité comparative, sans que cela ne soit considéré comme une atteinte aux droits du propriétaire de la marque. En l'espèce, la preuve n'établissait pas que les dépliants de SVI avaient été utilisés d'une manière susceptible d'avoir un effet négatif sur l'achalandage rattaché à la marque MEIOMI. Au surplus, les dépliants comparaient plusieurs marques de vins, et non seulement la marque MEIOMI. Finalement, la preuve au niveau de la réputation de la marque MEIOMI était insuffisante pour démontrer qu'il y avait vraisemblablement eu une dépréciation du prétendu achalandage. En effet, les ventes de vins MEIOMI ont continué à augmenter même suivant la distribution des dépliants de SVI en 2015. Finalement, la Cour a mentionné que le fait qu'il y avait une différence entre les prix des vins Apollo et des vins de marque MEIOMI était insuffisant pour démontrer une dépréciation probable de l'achalandage associé à la marque de Constellation. Même si SVI avait effectivement l'intention, par sa publicité comparative, de profiter de la réputation des produits de Constellation, ceci n'établit pas qu'une dépréciation risque de se produire ou s'est effectivement produite en conséquence. Une telle dépréciation doit être prouvée et ne peut être présumée<sup>137</sup>.

De plus, aucune preuve ne venait étayer l'allégation de Constellation selon laquelle il y aurait eu violation de l'article 7a) LMC, en vertu duquel nul ne peut faire une déclaration fautive ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les produits ou les services d'un concurrent<sup>138</sup>.

Les demandes de Constellation en vertu des articles 7a) et 22 LMC ont donc été rejetées. Cela dit, puisque SVI a concédé qu'elle

---

136. *Id.*, par. 24-26.

137. *Id.*, par. 26 et 27.

138. *Id.*, par. 28.



avait violé la LDA, la Cour a examiné les motifs de refus du juge de première instance d'ordonner une restitution des profits de SVI<sup>139</sup>.

ii) Restitution de profits

D'abord, la Cour a rappelé que la restitution de profits empêche l'enrichissement sans cause et a comme double objectif la restitution et la dissuasion. Contrairement à l'octroi de dommages-intérêts, qui est axé sur les pertes subies par le demandeur, seuls les bénéfices du fautif dérivés de l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle sont pertinents pour une ordonnance de restitution de profits. L'octroi de dommages-intérêts vise à replacer le demandeur dans la situation où il se trouvait n'eût été l'atteinte alors qu'une ordonnance en restitution de profits fait de même pour l'auteur de l'infraction. La Cour rappela également que le calcul des profits résultant véritablement de l'atteinte était complexe<sup>140</sup>.

La Cour a précisé qu'afin d'obtenir la restitution des profits, Constellation devait seulement prouver que les profits de SVI étaient directement attribuables à son atteinte aux droits de Constellation. Elle n'avait pas à prouver l'augmentation des revenus, contrairement à ce qui avait été affirmé par le juge de première instance. En l'espèce, la Cour était d'avis que le juge de première instance avait à juste titre pris en considération le fait que les dépliants doivent être distingués des vins Apollo en soi. Or, l'aspect visuel de ces vins n'a pas violé les droits de propriété intellectuelle de Constellation. Même si les dépliants avaient violé les droits de propriété intellectuelle de Constellation, il n'y avait pas nécessairement de lien de causalité entre les profits découlant de la vente des vins Apollo et cette atteinte. Le juge de première instance avait conclu que Constellation n'avait pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que les profits de SVI avaient un lien de causalité avec l'acte de contrefaçon (c'est-à-dire qu'ils découlaient de la distribution ou du contenu des dépliants). La Cour a jugé que Constellation n'avait pas réussi à établir que le juge de première instance avait commis des erreurs manifestes ou prépondérantes en arrivant à cette conclusion<sup>141</sup>.

De plus, la Cour a jugé que bien que le juge de première instance eût référé à une « augmentation des revenus de SVI », cela n'avait pas eu d'incidence sur la conclusion à laquelle il est parvenu.

139. *Id.*, par. 29 et 30.

140. *Id.*, par. 34-42.

141. *Id.*, par. 43-54.

En effet, le juge de première instance a noté que les dépliants en question n'étaient qu'un aspect d'une stratégie marketing à multiples facettes déployée par SVI pour promouvoir ses nouveaux vins, et qu'ils étaient limités dans le temps et dans leur portée géographique. En effet, la stratégie de marketing de SVI comportait de nombreux éléments plus importants, notamment l'appui d'un chef cuisinier célèbre ainsi que des publicités télévisées et sur Internet qui ont été diffusées pendant plusieurs mois. De plus, seulement deux des trois vins Apollo étaient comparés aux vins de marque MEIOMI dans les dépliants. Les dépliants étaient principalement distribués à des clients du magasin Costco, où le seul vin Apollo vendu ne figurait pas dans les dépliants. Puisque les dépliants ont joué un rôle négligeable dans l'effort de commercialisation de SVI, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant entre ces dépliants et les revenus de SVI provenant de la vente des vins Apollo. Il était donc loisible au juge de première instance de rejeter la demande de Constellation visant à obtenir une restitution des profits<sup>142</sup>.

b) *Dommages-intérêts punitifs*

Constellation argumentait également que le juge de première instance avait commis une erreur réversible en appliquant un fardeau de preuve trop strict à sa demande de dommages-intérêts punitifs. Selon elle, dans les cas de violation de droits d'auteur et de marques de commerce, les dommages-intérêts punitifs peuvent servir à indemniser la victime lorsqu'une indemnité compensatoire ordinaire ne le ferait pas adéquatement. Elle soutenait que la faute de SVI, prétendument délibérée et intentionnelle, justifiait des dommages-intérêts punitifs parce qu'elle a profité de sa contrefaçon et qu'il est impossible d'évaluer précisément ses profits<sup>143</sup>.

Or, la Cour a rappelé qu'en principe, une cour d'appel ne peut intervenir dans l'évaluation des dommages-intérêts punitifs par une juridiction inférieure que s'il y a une erreur de droit ou une erreur de fait palpable et prépondérante. En l'espèce, la Cour n'a pas trouvé une telle erreur. Elle était d'avis que le juge de première instance a correctement énoncé les principes applicables aux dommages-intérêts punitifs dans les cas de violation du droit d'auteur, voulant que pour que l'octroi de dommages-intérêts punitifs soit justifié dans ces circonstances, l'atteinte aux droits et libertés protégés doit être intentionnelle. En l'espèce, ce juge a, selon elle et à juste titre, conclu

142. *Id.*, par. 55-59.

143. *Id.*, par. 61.

que Constellation n'avait pas établi de circonstances exceptionnelles qui justifieraient l'octroi de dommages-intérêts punitifs, car la conduite de SVI n'avait pas atteint le niveau de culpabilité requis<sup>144</sup>.

*c) Frais d'avocat*

Finale­ment, Constellation soutenait que le juge de première instance avait commis une erreur réversible en refusant d'accorder des frais d'avocat en sa faveur parce qu'elle a été déboutée de sa demande de restitution des profits et de dommages-intérêts punitifs, ce qui constitue un exercice inapproprié de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la LDA<sup>145</sup>.

La Cour a convenu que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les demandes de Constellation relatives aux frais d'avocat devaient être rejetées simplement parce qu'elle avait échoué dans sa demande de restitution des profits et de dommages-intérêts punitifs. Toutefois, elle jugea que cette erreur n'avait pas eu d'incidence sur la conclusion à laquelle le juge est parvenu<sup>146</sup>.

En effet, la Cour a jugé que les faits soumis par Constellation ne justifiaient pas l'attribution des frais demandés par Constellation. Le dossier de preuve ne permettait pas d'affirmer que SVI avait agi de mauvaise foi ou s'était conduite d'une manière qui justifierait l'octroi de frais d'avocat. Bien que Constellation ait dû tenter une action pour protéger ses droits de propriété intellectuelle, SVI a concédé la violation de la LDA et a accepté de respecter l'injonction demandée. Le juge de première instance a noté que la seule violation substantielle concernant le comportement de SVI était son défaut de divulguer ses preuves documentaires en temps utile avant le procès. Ainsi, la Cour a également rejeté cet aspect de la demande de Constellation<sup>147</sup>.

### **3. Conclusion**

La Cour a donc rejeté le recours de Constellation dans son intégralité, avec frais de justice<sup>148</sup>.

---

144. *Id.*, par. 63-67.

145. *Id.*, par. 69.

146. *Id.*, par. 70.

147. *Id.*, par. 74.

148. *Id.*, par. 76.

### C- Conclusion

Cette affaire démontre que l'emploi de la marque de commerce d'un tiers dans une publicité comparative peut être risqué. Toutefois, la Cour d'appel a rappelé qu'afin d'avoir gain de cause dans le cadre d'un recours en diminution de l'achalandage sous l'article 22 LMC, le demandeur doit faire la preuve que l'achalandage rattaché à la marque a effectivement été diminué du fait de l'emploi de sa marque. Elle a également rappelé que pour alléguer l'article 7a) LMC, le demandeur doit prouver que le défendeur a effectivement fait une représentation fausse ou trompeuse tendant à discréditer son entreprise, ses produits ou ses services. Le seul fait d'employer la marque de commerce d'un tiers dans une publicité n'est donc pas suffisant en soi pour soutenir qu'une violation a eu lieu.

Il est intéressant de noter que la Cour supérieure semble avoir ouvert une porte à la possibilité d'invoquer l'exception à la violation d'un droit d'auteur fondée sur l'utilisation équitable d'une œuvre d'un tiers, à des fins de critique ou de compte rendu, dans une publicité comparative. Or, la question n'a pas été analysée en détail, et la Cour d'appel n'a fait aucune allusion à cette possibilité dans sa décision.

En matière de publicité comparative, il est également important de rappeler qu'au niveau fédéral, la LC interdit de faire des représentations fausses ou trompeuses<sup>149</sup> notamment dans une publicité, et le *Code canadien des normes de la publicité* interdit de dénigrer injustement un concurrent ou d'exagérer les différences concurrentielles entre des produits<sup>150</sup>. Au Québec, la LPC énonce qu'aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit, déprécier un bien ou un service offert par un autre<sup>151</sup>.

Il faut donc fait preuve d'une grande prudence lors de l'utilisation d'une stratégie de publicité comparative, afin de s'assurer non seulement qu'elle ne viole pas les droits de propriété intellectuelle d'un tiers, mais également qu'elle ne donne pas de représentations

149. Régime criminel : art. 52 LC ; régime civil : art. 74.01 LC.

150. Art. 6 du Code. NCP a également publié les *Lignes directrices portant sur la publicité comparative*, permettant d'interpréter les dispositions du CNP en la matière : NCP, *Les lignes directrices portant sur la publicité comparative*, avril 2012, en ligne : <<https://adstandards.ca/wp-content/uploads/2018/10/guidelines-CompAdvertising-fr.pdf>>.

151. Art. 222 LPC.

fausses ou trompeuses ni ne déprécie les produits ou services d'un tiers.

## CONCLUSION

Au début de l'année 2021, le Bureau de la concurrence a encore démontré que les indications fausses ou trompeuses, particulièrement dans le commerce en ligne, sont dans sa ligne de mire. La mise à jour prévue de la *Loi sur la concurrence* en la matière tombe à point, comme la pandémie a fortement accéléré l'ancrage du commerce en ligne dans les habitudes de consommation.

La Cour fédérale du Canada a statué que l'exception à la violation d'un droit d'auteur fondée sur l'utilisation équitable d'une œuvre à des fins de critique dans une publicité électorale pouvait être invoquée, compte tenu notamment de l'objectif d'une telle publicité d'encourager la participation au processus démocratique, et du fait que les œuvres en question étaient conçues pour être rendues publiques et largement diffusées. Il s'agit d'une décision d'intérêt compte tenu du peu de décisions se prononçant sur l'utilisation équitable d'une œuvre dans un contexte publicitaire.

La Cour d'appel du Québec a également rappelé que le seul fait d'employer la marque de commerce d'un tiers dans une publicité comparative n'est pas suffisant en soi pour soutenir qu'une violation a eu lieu. Dans un recours en dépréciation de l'achalandage, il faut démontrer qu'une dépréciation a eu lieu ou risque d'avoir lieu, et dans un recours en commercialisation trompeuse, il faut démontrer qu'il y a effectivement eu une représentation fautive ou trompeuse. Il demeure qu'une stratégie de publicité comparative est risquée, également à d'autres égards.

Au Québec, l'importante réforme de la *Charte de la langue française* proposée aurait certaines incidences en matière de publicité commerciale. Par exemple, si ces modifications sont adoptées, les contrats d'adhésion (y compris les règlements sur les concours publicitaires) devront être traduits en français, et les titulaires de marques de commerce dans une autre langue que le français qui ne sont pas enregistrées au Canada ne pourront plus se prévaloir de certaines exceptions prévues par la Charte leur permettant dans certains cas de ne pas avoir à traduire leur marque de commerce. Compte tenu des délais actuels d'enregistrement de marques de commerce au Canada, il serait loisible à ces propriétaires de déposer

une demande d'enregistrement dès que possible, afin de se conformer aux modifications proposées. Les effets des allègements à la *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement* seront également à surveiller, notamment sur l'inclusion de la population québécoise dans les concours publicitaires internationaux.

En vain, le projet de loi du gouvernement fédéral encadrant la publicité sur les aliments et boissons ciblant les enfants n'a toujours pas été adopté. Bien que d'autres lois, règlements et codes viennent réglementer la publicité adressée aux enfants de manière générale, le *Code des pratiques responsables en matière de publicité sur les aliments et les boissons destinée aux enfants* s'inscrit dans la foulée des initiatives visant à limiter précisément la publicité sur les aliments et boissons « malsains » aux enfants, en attendant l'adoption du projet de loi.