

La publicité et les nouveaux médias : Les marchés évoluent et la loi s'adapte

JUILLET 2007



Le marché du commerce de détail est en constante évolution. Notre société assiste à un éclatement des médias de communication et les commerçants désirent, avec raison, en profiter. L'industrie de la publicité doit s'adapter à cet éclatement tout en tenant compte des besoins des détaillants et des manufacturiers et des exigences de la loi. L'utilisation de l'Internet pour la publicité en est un excellent exemple, tout comme la prolifération des infopubs, de la vente par catalogue, des sites Web transactionnels et autres propositions de contrat à distance. Les commerçants et les manufacturiers utilisent ces médias pour rejoindre les consommateurs. Cependant, la loi n'a pas changé si ce n'est qu'elle devient plus sévère à l'égard des intervenants du marché, y compris ceux du domaine de la publicité. La présente fiche vise à faire le point sur les règles applicables en matière de publicité en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*, de la *Loi sur la concurrence* ou du droit commun en matière de responsabilité civile.



Luc Thibaudeau
514 877-3044
lthibaudeau@lavery.qc.ca



Patrick Buchholz
514 877-2931
pbuchholz@lavery.qc.ca

en collaboration avec



Fédération des chambres
de commerce du Québec | fccq

A- La Loi sur la protection du consommateur

La *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après, la « LPC ») stipule que tout message destiné à promouvoir un bien, un service ou un organisme au Québec est un message publicitaire. Le publicitaire est une personne qui fait ou fait préparer, la publication ou la diffusion d'un message publicitaire. L'expression « faire de la publicité » signifie préparer, utiliser, distribuer ou faire distribuer, publier ou faire publier et diffuser ou faire diffuser un message publicitaire. Ces définitions doivent recevoir une interprétation large et libérale. Ainsi, non seulement les commerçants et les manufacturiers, mais également les intervenants du domaine de la publicité sont visés par les dispositions de la LPC édictant les obligations qui leur incombent eu égard aux représentations faites aux consommateurs.

Les articles 215 et suivants de la LPC énoncent les pratiques qui sont interdites. La plupart de ces dispositions débutent par : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut... ». Le publicitaire est dans la ligne de mire du législateur au même titre que le commerçant ou le fabricant. Le chapitre de la LPC sur les pratiques interdites vise principalement à encadrer et réglementer le contenu des représentations faites aux consommateurs. Une représentation comprend une affirmation, un comportement ou une omission. Sont également pertinents les articles 244 et suivants ainsi que les dispositions du *Règlement d'application de la LPC* concernant la publicité sur les contrats de crédit, lesquels énoncent les mentions essentielles qui doivent figurer dans une telle publicité.

Il importe aussi de noter que la commission d'une pratique interdite n'est pas subordonnée à la conclusion d'un contrat.

Le régime de la LPC est un régime dualiste. Une violation expose son auteur à deux types de poursuites qui ne sont pas mutuellement exclusives : civile ou pénale. Le régime pénal vise notamment toute contravention de la LPC ou la commission d'une pratique interdite. Dans le cas d'une personne physique, les amendes peuvent varier de 300 \$ à 6 000 \$ et dans le cas d'une personne morale, de 1 000 \$ à 40 000 \$ pour une première contravention; ces amendes peuvent doubler en cas de récidive. Les administrateurs peuvent également être accusés s'il est allégué qu'ils avaient connaissance de l'infraction à la LPC reprochée à la personne morale. En matière pénale, deux types de moyens de défense s'offrent à l'accusé : une défense de diligence raisonnable visant à démontrer qu'il a pris toutes les précautions pour s'assurer du respect de la loi et une défense selon laquelle il avait des motifs raisonnables de se fier à une information provenant, selon le cas, du fabricant ou du commerçant.

Dans le cas d'une poursuite civile, rappelons que certaines dispositions du projet de loi 48 sont déjà en vigueur, lesquelles ont pour effet d'interdire les clauses d'arbitrage dans un contrat de consommation. L'objectif avoué du législateur est ici de privilégier l'institution de recours collectifs en matière de protection du consommateur. Un recours collectif ou individuel pourra prendre appui sur les articles 271 ou 272 de la LPC; ceux-ci ne visent cependant que le commerçant ou le fabricant. Les articles 271 et 272 confèrent des pouvoirs étendus au tribunal, qui peut aller jusqu'à prononcer la résolution ou la nullité du contrat intervenu avec le consommateur, voire même octroyer des dommages-intérêts punitifs dans le cas d'un recours fondé sur l'article 272. Certaines décisions ont statué qu'il n'était pas essentiel de faire la preuve de l'intention malveillante du commerçant pour que de tels dommages puissent être octroyés.

Bien que le publicitaire soit à l'abri d'un recours institué aux termes des articles 271 ou 272 de la LPC, une contravention à la LPC peut constituer une faute et entraîner sa responsabilité en vertu du *Code civil du Québec*. Pensons notamment aux pratiques de publicité comparative par lesquelles plusieurs représentations sont faites aux consommateurs. La publicité comparative n'est pas interdite par la loi mais elle est encadrée et ne doit pas contenir de représentations fausses ou trompeuses. Une campagne de publicité comparative naît souvent sur la table du publicitaire et ce dernier a dès lors intérêt à s'assurer du respect de la loi s'il ne veut pas voir sa responsabilité engagée.

Il importe également de se demander si les hôtes et exploitants de sites Web doivent être considérés comme des publicitaires au sens de la LPC étant donné qu'ils permettent que soient diffusés des messages publicitaires. Ceci est d'autant plus pertinent que ces nouvelles dispositions de la LPC stipulées dans le projet de loi 48 qui entreront en vigueur le 15 décembre 2007 visent notamment les contrats conclus sur le Web. Bien qu'il ne soit pas prévu qu'une violation de ces nouvelles dispositions entraîne la responsabilité de l'hôte du site Web, nombre de mentions obligatoires à communiquer au consommateur seront imposées et l'omission de le faire correctement pourrait constituer une pratique interdite au sens des articles 215 et suivants de la LPC. Au surplus, l'article 283 prévoit la responsabilité pénale de toute personne qui « accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider une personne à commettre une infraction à la présente loi ou qui conseille, encourage ou incite une personne à commettre une infraction... ». Dans de tels cas, cette personne commettrait elle-même l'infraction alléguée, à moins d'être en mesure de bénéficier de l'un des moyens de défense mentionnés plus haut dans le cas d'une poursuite pénale.

B- La Loi sur la concurrence

La *Loi sur la concurrence* est une loi fédérale qui trouve application au Québec comme ailleurs au Canada. Mieux connue pour ses mesures visant à améliorer la concurrence entre compétiteurs au Canada (au bénéfice du consommateur en dernier ressort), elle

comporte plusieurs dispositions que doivent garder à l'esprit les dirigeants d'entreprise ayant recours aux médias publicitaires et ce, que ce soit par des méthodes traditionnelles ou des méthodes plus modernes.

La plus importante de ces dispositions est l'article 52, qui crée une infraction criminelle du fait pour une personne de donner au public sciemment, ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important afin de promouvoir, directement ou indirectement, la fourniture ou l'utilisation d'un produit. L'accusé, s'il est déclaré coupable, risque une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq (5) ans.

Le caractère faux ou trompeur, ainsi que le caractère important d'une indication, sont appréciés en fonction de l'impression générale dégagée des termes utilisés et de leur sens littéral. Ce critère est commun à la LPC et à la *Loi sur la concurrence*. Il ne s'agit pas de prouver que l'indication est erronée, mais plutôt de prouver que son effet général et prévisible est d'être faux ou trompeur. Il ne sera pas nécessaire d'établir qu'un consommateur a été trompé ou induit en erreur.

L'article 53 de la *Loi sur la concurrence* interdit d'envoyer, par tout mode de communication, un document dont l'impression générale qui s'en dégage porte faussement le destinataire à croire qu'il a gagné, ou qu'il gagnera, s'il accomplit un geste déterminé, un prix ou un avantage. Sur déclaration de culpabilité, un accusé pourrait encourir une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq (5) ans.

Sont également visés par la *Loi sur la concurrence* les pratiques commerciales trompeuses suivantes :

- I. les indications trompeuses concernant une déclaration ou une garantie qui ne peuvent s'appuyer sur un test suffisant ou qui est inexistante;
- II. les indications trompeuses sur les prix habituels de vente d'un produit;
- III. les ventes à prix d'appel (technique dite de « Bait and Switch »);
- IV. les ventes au-dessus du prix annoncé; et
- V. certains concours publicitaires.

La loi prévoit deux régimes d'application mutuellement exclusifs en matière d'indications et de pratiques commerciales trompeuses. L'infraction criminelle générale, exigeant la preuve de l'intention, s'applique dans les cas les plus graves. Les amendes imposées étant à la discrétion du tribunal, elles peuvent s'avérer substantielles. Une entreprise a déjà été condamnée à une amende de 600 000 \$ pour avoir effectué une publicité relative à un solde sur des bicyclettes alors que les prix annoncés n'étaient pas plus bas que les prix habituels. Dans un autre cas, une entreprise a été condamnée à une peine de 1 000 000 \$ pour avoir faussement prétendu offrir en solde des bagues à diamant.

Dans plusieurs cas, le Bureau de la concurrence a aussi réussi à faire imposer à titre de sanctions en matière de faux soldes, les frais administratifs liés à son enquête.

Finalement, une violation de la *Loi sur la concurrence* pourra constituer, au même titre qu'une violation de la LPC, une faute civile pouvant entraîner la responsabilité de son auteur pour tout préjudice subi par autrui et découlant de la commission de cette faute, rendant disponibles les recours civils prévus au *Code civil du Québec*.

Les dirigeants d'entreprise ou les intervenants du domaine de la publicité doivent donc garder à l'esprit l'application incontournable de la LPC et de la *Loi sur la concurrence*, qui visent la protection du consommateur et l'intérêt du public en général. La commission d'une infraction à ces lois pourrait entraîner la responsabilité pénale et civile d'une entreprise et dans ce dernier cas elle pourrait être poursuivie par l'institution d'un recours collectif. Ceci pourrait avoir un effet financier néfaste et immédiat sur l'entreprise. Au moindre doute, il serait approprié de faire vérifier en détail les grandes lignes d'une campagne publicitaire ainsi que ses éléments accessoires par des conseillers juridiques. Il importe donc de faire preuve de vigilance avant de s'adresser au public, car comme le dit le proverbe, mieux vaut prévenir que guérir!

Luc Thibadeau

Patrick Buchholz



Lavery, de Billy S.E.N.C.R.L. est membre du World Services Group, un réseau international d'entreprises de services, dont des cabinets d'avocats oeuvrant dans plus de 135 pays.

MONTRÉAL 514 871-1522 • QUÉBEC 418 688-5000 • LAVAL 450 978-8100 • OTTAWA 613 594-4936

www.laverydebilly.com



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS