

Utrecht – Juillet 2006

La Cyber protection des consommateurs et la concurrence loyale (pratiques de la concurrence déloyale) et commerce électronique / Cyber Consumer Protection and Fair Trading (Unfair Commercial Practices) in E-Commerce

Rapport canadien

Présenté par Vincent Gautrais*

Partie 1 – Protection des cyberconsommateurs et droit des contrats : des pratiques contractuelles contestables	2
Paragraphe 1 – Normes applicables	3
A – Normes juridiques classiques	3
B – Normes informelles	5
Paragraphe 2 – État des pratiques contractuelles	6
A – Insuffisances quant à la mise à la disposition de l'information contractuelle.....	6
B – Insuffisances quant aux modalités de conclusion des contrats de cyberconsommation.....	7
Partie 2 – Protection des cyberconsommateurs et droit de la concurrence : des mesures législatives insuffisantes.	8
Paragraphe 1 – Règles substantielles applicables au commerce électronique.....	9
A – Les faiblesses du régime général de concurrence déloyale.....	9
B – Les faiblesses liées à certains régimes particuliers	10
- Publicité et Internet.....	10
- Marques de commerce et Internet	14
Paragraphe 2 – Règles procédurales applicables au commerce électronique	15
Conclusion	17

Le cyberconsommateur est-il véritablement protégé? Plus précisément, il est légitime de s'interroger sur le fait de savoir si le cyberspace est un élément qui accroît la vulnérabilité de celui-ci?

* Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Site Internet : www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca.

C'est donc autour de ces questionnements que le long titre ci-dessus entend, selon nous, commenter cette réalité toute neuve. Des commentaires qui se doivent donc d'être donnés au regard de notre droit national soit, en l'occurrence, du droit canadien.

L'une des spécificités qui découle de notre situation propre est que les sources sont multiples et proviennent d'instances diverses. En effet, au regard d'un partage de compétence qui découlent de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹, précisément des articles 91² et 92³, tant le droit fédéral que les droits provinciaux, sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce.

En fait, deux grands axes nous apparaissent pouvoir être invoqués : En premier lieu, il existe des *Lois provinciales sur la protection du consommateur*⁴ ainsi que des textes plus généraux comme, par exemple, le *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »)⁵ ou d'autres lois spécifiques au commerce électronique. En second lieu, il y a principalement la *Loi fédérale sur la concurrence*⁶ qui détient certaines dispositions allant dans ce même sens.

Dans la première catégorie, l'on trouve donc des lois liées à l'encadrement de la consommation dans une perspective micro-économique, protégeant principalement le contrat, outil traditionnel de transaction. Dans le second, on envisage principalement le tout dans une perspective macro-économique, d'une part, en contrôlant le marché et les ententes entre marchands afin qu'ils soient compatibles aux intérêts des consommateurs et, d'autre part, en faisant en sorte que la concurrence jugée nécessaires aux intérêts de ces derniers soit satisfaite.

Deux axes donc qui représentent deux façons principales d'encadrer les acteurs de la cyberconsommation. Nous les verrons successivement, l'une à la suite de l'autre. Tout simplement.

Du premier, nous décrirons qu'une série de mesures législatives assez modestes a été adoptée, mesures qui, dans les faits, n'ont pas pour conséquence de rendre les pratiques contractuelles plus protectrices pour les cyberconsommateurs (partie 1); du second, nous établirons que malheureusement rien de véritablement significatif ne peut être signalé (Partie 2).

Partie 1 – Protection des cyberconsommateurs et droit des contrats : des pratiques contractuelles contestables

¹ http://www.ijcan.org/ca/const_fr/const1867.html

² http://www.ijcan.org/ca/const_fr/const1867.html#distribution

³ *id.*

⁴ Sur lesquelles nous reviendrons.

⁵ <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/ccq/20060115/tout.html>

⁶ <http://www.ijcan.org/ca/loi/c-34/tout.html>

La question posée est essentiellement descriptive, à savoir, la cyberconsommation est-elle encadrée dans ses activités? Nous proposons d'identifier, en premier lieu, les normes disponibles (paragraphe 1). Ensuite, en second lieu, il nous apparaît opportun de décrire plus prosaïquement l'état des pratiques contractuelles (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Normes applicables

Assez classiquement, face à une question donnée, cherchant à décrire l'état de la situation, il est possible de simplement se baser sur les sources disponibles. Aussi, outre les normes formelles qui en l'état ont été adoptées (A), il est également possible de citer quelques références informelles, davantage issues de communautés marchandes ou associatives (B).

A – Normes juridiques classiques

Le droit des technologies de l'information est un mélange d'ancien droit et de nouveau. Relativement au premier, nous ne développerons pas ce qui existait déjà et qui s'appliquera naturellement aux nouveaux environnements. Mais c'est bien davantage au « droit nouveau » que nous croyons nécessaire de nous arrêter.

À cet égard, deux générations de lois liées à la cyberconsommation peuvent être facilement identifiées. La première, entre 1999 et 2001, correspond à une première période de lois générales sur l'encadrement du commerce électronique en général. Toutes les provinces eurent la leur :

- L'alberta⁷
- La Colombie-Britannique⁸
- L'île du Prince-Édouard⁹
- Le Manitoba¹⁰
- Le Nouveau-Brunswick¹¹
- La Nouvelle-Écosse¹²
- L'Ontario¹³
- Le Québec¹⁴

⁷ Electronic Transaction Act, <http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.html>.

⁸ Electronic Transaction Act, http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm.

⁹ Electronic Commerce Act, <http://www.ijcan.org/pe/laws/sta/e-4.1/20060115/whole.html>

¹⁰ Loi sur le commerce et l'information électroniques, <http://www.ijcan.org/mb/legis/loi/e-55/20060115/tout.html>.

¹¹ Loi sur les opérations électroniques, <http://www.canlii.org/nb/legis/loi/e-5.5/20050801/tout.html>

¹² Electronic Commerce Act, <http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2000c.26/20060115/whole.html>.

¹³ Loi de 2000 sur le commerce électronique, <http://www.canlii.org/on/legis/loi/2000c.17/20050801/tout.html>.

¹⁴ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, <http://www.ijcan.org/qc/legis/loi/c-1.1/20060115/tout.html>.

- Le Saskatchewan¹⁵
- Terre-Neuve¹⁶
- Yukon¹⁷.

Seuls les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ne semblent pas disposer de pareille loi.

De ces textes, l'on peut d'ores et déjà constater qu'ils se sont presque tous inspirés de la Loi-type sur le commerce électronique de la CNUDCI de 1996¹⁸, certains étant même assez proche du simple « copier-coller »¹⁹. Un seul détone, du moins dans sa forme : la loi du Québec.

Néanmoins, et c'est la raison pour laquelle il ne nous apparaît pas opportun de développer trop substantiellement cette première génération, il est possible d'affirmer que des textes ne font qu'enlever les barrières et ne protègent que tièdement quel qu'intérêt catégoriel que ce soit, et donc *a fortiori*, ceux des cyberconsommateurs. À l'instar de ce que prétend une auteure américaine, Clare Dalton²⁰, le droit dispose d'une double fonction : il peut être « outil »; il peut aussi être « censeur ». Or, cette première génération de lois ne fait qu'enlever les irritants au développement du commerce électronique; la plupart de ces lois étant donc quasiment muettes quant à la protection du consommateur dans un contexte numérique. Le Québec fait peut être encore une fois office d'un élève « distinct », dans la mesure où il existe dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²¹ une disposition réglementant les formulaires en ligne, largement utilisés dans la vente en ligne. Ainsi, selon l'article 35 de ladite loi, l'utilisateur du formulaire a l'obligation 1) de « permettre au partenaire de corriger les erreurs qui se seraient glissées »²² et 2) d'« offrir des instructions claires sur la façon de procéder. »²³ Ceci oblige donc dans les faits, ce qui est une pratique désormais courante, à permettre au consommateur de voir le formulaire qu'il vient de remplir afin de contrôler que c'est bien ce qu'il souhaite acheter. Dans le cas contraire, il pourra alors aisément modifier son achat.

Et c'est tout. En effet, rien de significatif ne peut être signalé lors de cette première étape.

¹⁵ Electronic Information and Document Act, <http://www.ijcan.org/sk/laws/sta/e-7.22/20060115/whole.html>.

¹⁶ Electronic Commerce Act, <http://www.ijcan.org/nl/laws/sta/e-5.2/20051121/whole.html>.

¹⁷ Electronic Commerce Act, <http://www.canlii.org/yk/legis/loi/66/20041124/tout.html>.

¹⁸ http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf.

¹⁹ Pensons notamment à la Loi du Saskatchewan, *précitée*, note 15.

²⁰ Clare DALTON, " An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine ", (1985) 94 *Yale Law Journal* 99.

²¹ *Précitée*.

²² Vincent GAUTRAIS, *Afin d'y voir plus clair ! Guide relatif à la gestion des documents technologiques*, Fondation du Barreau du Québec, 2005, p. 23.

²³ *Id.*

Mais depuis 2002, une seconde génération est en cours, davantage ciblée cette fois sur les intérêts du cyberconsommateur. Aussi, ont été adoptées les lois suivantes :

- An Act to Provide for the Fair Disclosure of the Cost of Credit and for the Protection of Buyers of Consumer Goods²⁴ (Nouvelle-Écosse)
- Amendement à la Loi sur la protection du consommateur²⁵ (Ontario – 2002)
- An Act to Amend the Consumer Protection Act²⁶ (Saskatchewan – 2002)

L'on peut d'ores et déjà souligner que les changements législatifs qui ont été adoptés sont relativement mineurs, surtout si l'on compare à l'approche européenne. Aussi, l'apport se limite principalement au processus contractuel proprement dit, et notamment aux points suivants :

- Le contenu contractuel doit être disponible au consommateur avant que ce dernier ne s'engage;
- Le processus d'acceptation doit pouvoir laisser le choix au consommateur entre un icône « J'accepte » et un autre « Je refuse »;
- La conservation (et parfois l'impression papier) du contrat doit être facilitée;
- Le consommateur peut résilier son contrat, dans des délais variables, si ces conditions n'ont pas été remplies.

Ces lois sont relativement uniformes et s'attachent généralement autour des points qui ont été développés dans un texte de nature informelle que nous verrons maintenant : le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*.

Pour finir sur les normes formelles, mentionnons que plusieurs provinces entendent modifier prochainement leurs lois respectives et que ces pratiques, certes, minimalistes, devraient se généraliser²⁷.

B – Normes informelles

Il importe également de montrer que si quelques provinces sont allées de l'avant pour encadrer législativement la réalité du cyberspace aux consommateurs, il existe également un texte d'importance qui, même s'il ne dispose pas du caractère formel de la loi, mérite d'être cité : le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*²⁸. Ce document consensuel correspond à une série de rencontres réunissant tant les représentants des 14 gouvernements (fédéral, provinciaux et territoriaux), des représentants de l'industrie, que des représentants des milieux associatifs.

²⁴ <http://www.ijcan.org/ns/laws/sta/r1989c.92/20060115/whole.html>.

²⁵ <http://www.ijcan.ca/on/legis/loi/2002c.30ann.a/20060213/tout.html>

²⁶ <http://www.ijcan.org/sk/laws/sta/c-30.1/20060115/whole.html>

²⁷ À titre d'information, le Gouvernement du Québec est sur le point d'adopter un amendement de sa *Loi sur la protection du consommateur*, notamment pour tenir compte de la réalité d'Internet.

²⁸ Disponible à l'adresse suivante (14 janvier 2004) : [http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_fr.pdf/\\$FILE/EcommPrinciples2003_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_fr.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_fr.pdf)

Relativement aux principes qui y sont inclus, ce code prévoit 8 axes majeurs dignes d'intérêt. Le premier, peut être le plus développé, décrit assez précisément l'obligation d'information que le cybermarchand doit suivre, et ce, tant sur la description du produit, du prix que du vendeur. Le processus de vente y est donc partiellement encadré, au bénéfice du consommateur. Deuxième principe qui va de soit dans un pays officiellement bilingue, il importe que l'intégralité du processus de vente se fasse dans la langue choisie par le consommateur. Ceci inclus donc le service après-vente. Nos recherches nous ont permis de constater que relativement à ce point, la réalité est tout à fait autre, le bilinguisme n'étant généralement assuré qu'au début du processus, mais souvent pas en ce qui a trait à la mise à la connaissance du contenu légal ou justement relativement au service après-vente. Le troisième principe porte sur la conclusion et l'exécution des contrats en ligne, précisant, si besoin était, le nécessaire consentement à une pareille transaction. Tout aussi peu impressionnant, on y découvre une clause précisant que l'on ne peut imposer au consommateur un contrat auquel il n'aurait pas préalablement consenti. Cet article en particulier nous semble assez peu probant quant à son utilité réelle étant donné l'existence du droit des contrats en général. Le quatrième principe, là encore, ne s'imposait pas dans la mesure où il traite de la protection des renseignements personnels, qui sont par ailleurs protégés par d'autres lois²⁹. D'une utilité sans doute didactique, il a aussi pour effet de préciser comment la gestion d'une politique de vie privée doit être faite par un marchand. Par exemple, il est mentionné que ladite politique doit être accessible tout au long du processus de vente par le cyberconsommateur. Le cinquième principe traite d'un thème qui est difficile à traiter par un texte juridique : en effet, il est hasardeux d'évoquer de sécurité des transactions sans faire référence à une technologie en particulier. Or, un pareil texte se doit d'être neutre technologiquement et va, comme c'est le cas ici, se limiter à des exigences générales référant au « raisonnable » ou au caractère « efficace ». L'article 5 précise seulement ses exigences en demandant que la sécurité utilisée soit conforme aux pratiques de l'industrie. Le sixième principe, que nous éludons, dispose de quelques mots sur le traitement des différends tandis que les deux derniers encadrent deux situations particulières, que sont le pourriel et la protection des enfants.

Paragraphe 2 – État des pratiques contractuelles

Quelques mots enfin nous semblent devoir être mentionnés afin de faire état de pratiques qui, selon nous, démontrent que l'état législatif est encore bien insuffisant afin d'assurer une protection adéquate aux cyberconsommateurs. Ces mesures de protection nous apparaissent contestables tant sur la mise à la disposition de l'information contractuelle (A), que sur les modalités de conclusion (B)³⁰.

A – Insuffisances quant à la mise à la disposition de l'information contractuelle

²⁹ Comme au plan fédéral par exemple avec la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques,

³⁰ Ce paragraphe est le résultat d'une étude faite sur le sujet s'intitulant : Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2005) *Revue du Notariat* 617 – 650.

Plusieurs pathologies nous semblent devoir caractériser les contrats de consommation en ligne. Nous évoquerons ici seulement les aspects formels et nullement les problèmes plus substantiels, tels que les clauses abusives ou autrement illégales qui peuvent être régies par le droit classique. Davantage, il importe de signaler que les contrats en ligne diffèrent de leur équivalent papier à plusieurs égards.

En premier lieu, selon plusieurs spécialistes de communication électronique, l'écran est moins lisible que le papier, assurant une moindre compréhension, une capacité de faire des erreurs plus grande et une mémorisation moindre³¹. Ce constat n'est pas sans incidence sur les contrats en ligne, le lecteur, adhérent, étant selon nous, moins apte à prendre connaissance du contenu contractuel que le consommateur traditionnel.

En deuxième lieu, il est fascinant de constater la longueur des contrats de cyberconsommation. Les marchands n'ayant aucune contrainte quant à la longueur, les clauses s'égrènent et augmentent d'ailleurs souvent d'une année à l'autre.

En troisième lieu, il faut constater l'utilisation, souvent abusive, de liens hypertextes qui tendent à disperser le lecteur-adhérent, généralement habitué à une certaine linéarité.

En quatrième lieu, mentionnons certaines pratiques contractuelles qui nuisent à une bonne communication du contenu contractuel : le contrat est souvent difficile à trouver; les clauses contractuelles sont multiples et disséminées à plusieurs endroits sur le site Internet du marchand; les titres utilisés sont souvent équivoques préférant les termes de « politique », « avis », « conditions », « avertissement », « notice », etc. Pourtant, ces documents évoquent généralement en leur sein même la qualification contractuelle.

Autant de constats donc qui nous permettent de croire que des dangers supplémentaires s'ajoutent à ceux déjà existant sur les épaules du consommateur traditionnel.

B – Insuffisances quant aux modalités de conclusion des contrats de cyberconsommation

Rapidement, il importe également de dire quelques mots sur les modalités de conclusion des contrats en ligne qui se font généralement par le biais de deux procédés distincts. Le premier consiste à cliquer sur un icône dédié à cet effet où il est habituellement inscrit « J'accepte ». L'autre méthode est celle consistant à supposer que le lecteur qui se rend sur un site marchand contracte de ce fait même à un certain nombre de clauses qui sont accessibles par le biais d'un hyperlien, généralement en bas de la page d'accueil. Par analogie aux clauses étiquettes largement utilisées dans le domaine du logiciel (et que l'on dénomme couramment les clauses « shrinkwrap »), ces deux méthodes correspondent à ce que l'on appelle le « clickwrap » et le « browsewrap ».

Concernant le « clickwrap », l'on ne peut condamner cette façon de procéder dans l'absolu, un consentement pouvant se manifester de mille et une manière. Néanmoins, plusieurs cybermarchands canadiens, américains aussi, tendent à faire en sorte que ce processus consensuel soit le plus transparent possible; le plus inodore possible. Ceci

³¹ Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », <http://www.sun.com/980713/webwriting>.

est d'autant plus problématique que ce comportement, le clic, est un acte banal qui est souvent utilisé par les consommateurs sans qu'il y ait aucune conséquence juridique. Il importe donc de s'assurer qu'un certain effort soit mis en place afin de renforcer le caractère volontaire du contrat. La jurisprudence est à cet égard assez ambivalente, assez muette aussi. Une décision ontarienne a depuis plusieurs années admis la validité du clic³² sans évoquer les spécificités de l'écran face au papier. Une plus récente décision québécoise a mis de l'avant le nécessaire renforcement volontaire d'un clic³³. Point de vue d'ailleurs évoqué implicitement dans une toute récente décision de la Cour d'appel du Québec³⁴.

Beaucoup plus problématique en revanche est l'hypothèse du browsewrap, lien disponible en base du page et dont le consommateur est supposé connaître l'existence et le contenu. Une seule décision est disponible au Canada, qui semble valider ce processus : *Kanitz c. Rogers*³⁵. Pourtant, ce procédé avait été clairement mis de côté aux États-Unis³⁶, considérant que la volonté n'est pas suffisamment explicite.

Partie 2 – Protection des cyberconsommateurs et droit de la concurrence : des mesures législatives insuffisantes.

La seconde partie de ce rapport vise une approche moins individuelle, moins attachée à la relation « point-à-point », « consommateur – vendeur », et davantage sur les pratiques précontractuelles jugées attentatoires à l'intérêt des consommateurs. Car effectivement, c'est bien là l'intérêt d'une *Loi sur la concurrence*³⁷, celle du Canada évoquant, à l'article 1.1 que :

« La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. »³⁸

³² *Rudder c. Microsoft Corporation*, [1999] 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont.Sup.Ct.), disponible à <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/rudder.doc>.

³³ *Aspender1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 2005 IJCan 6494 (QC C.Q.), <http://www.ijcan.org/qc/jug/qccq/2005/2005qccq52994.html>

³⁴ *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (IJCAn), <http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2005/2005qcca570.html>

³⁵ *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, (2002), 58 O.R. (3d) 299.

³⁶ *Pollstar c. Gigmania*, (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 3326643.

³⁷ <http://www.ijcan.org/ca/loi/c-34/tout.html>.

³⁸ Id.

Néanmoins, il est important d'ores et déjà de signaler que ce domaine du droit est beaucoup moins élaboré que dans d'autres pays, comme en Europe par exemple. Aussi, les quelques recours qui sont disponibles dans cette loi traitent, d'une part, de situations assez délimitées et, d'autre part, ne sont souvent pas accompagnées de sanctions très aiguisées. Comme si cela n'était pas assez, aucune intervention législative significative n'est venue préciser la situation particulière qu'est le commerce électronique.

Cette incapacité se vérifie tant en ce qui a trait aux règles substantielles (paragraphe 1) que pour la qualité des recours formelles et procéduraux disponibles (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Règles substantielles applicables au commerce électronique

Il nous est possible de vérifier ce constat *a priori* peu protecteur sur la base de dispositions générales propres à la *Loi sur la concurrence* (A) mais également en ce qui a trait à certains régimes particuliers (B) que nous voudrions présenter séparément.

A – Les faiblesses du régime général de concurrence déloyale

La Loi sur la concurrence est un texte de portée générale

« qui régit les pratiques des entreprises au Canada. La plupart des entreprises, quelles soient grandes ou petites, sont régies par la Loi. Celle-ci veille à ce que toutes les Canadiennes et tous les Canadiens profitent de prix concurrentiels, d'un choix de produits et de services de qualité. À cet effet, une information précise et honnête qui permet aux consommateurs de faire des choix judicieux est essentiel pour assurer que les marchés sont concurrentiels et dynamiques. La Loi contient des dispositions civiles et criminelles qui interdisent les indications et les pratiques commerciales trompeuses ayant pour but de promouvoir la fourniture ou l'utilisation d'un produit ou tout intérêt commercial »³⁹

Pourtant, malgré cette déclaration de principe fort louable, il est symptomatique de constater l'absence de définition générale de ce que peut constituer la concurrence déloyale. Davantage, la *Loi sur la concurrence* prévoit certains types d'infraction en particulier, généralement inscrite dans la partie 6 de ladite loi. Certes, dans la mesure où les sanctions sont notamment criminelles, cette précision s'impose et s'explique. Néanmoins, il est possible de vérifier que les domaines de son application demeurent très circonstanciés. Ainsi, parmi les rares infractions identifiées dans la loi, l'on peut

³⁹ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, 2003, <http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/ct02500f.pdf>

notamment citer le complot⁴⁰, les concours⁴¹, les ventes pyramidales⁴², le télémarketing (qui ne s'applique qu'au téléphone et au télécopieur mais pas à Internet)⁴³, le sport professionnel⁴⁴, les politiques de prix entre entreprises⁴⁵, et la publicité trompeuse que nous verrons plus tard.

Au meilleur de notre connaissance, et à part de rares en cas en ce qui a trait à la publicité trompeuse⁴⁶, bien peu de ces infractions ont donné lieu à s'appliquer à des affaires impliquant Internet.

B – Les faiblesses liées à certains régimes particuliers

Deux questions nous paraissent devoir justifier d'un traitement particulier. La première porte sur la publicité en ligne qui est assurément le principal problème que le droit de la concurrence se doit d'encadrer. La seconde est tout à fait précise et concerne la connexion entre concurrence et marques de commerce, et notamment le fait d'utiliser des dénominations protégées par le droit des marques de commerce comme moyen d'accéder à des produits concurrents.

- Publicité et Internet

La publicité sur Internet est susceptible de se baser en tout premier lieu sur les dispositions de la Loi sur la concurrence traitant du concept « d'indications fausses ou trompeuses ». La finalité principale des dispositions en cause est donc de s'assurer que les particuliers puissent bénéficier d'une information appropriée afin d'être à même de faire des choix éclairés dans leur processus d'achat.

Deux articles d'importance méritent mention. L'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence* dispose :

« Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important ».

L'article 74.01 de cette même loi interdit à quiconque de donner

⁴⁰ Article 45.

⁴¹ Par exemple l'article 74.6.

⁴² Article 55 et suivants.

⁴³ Article 52.1.

⁴⁴ Article 48.

⁴⁵ Article 47.

⁴⁶ *Infra*.

« au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques; a) des indications fausses ou trompeuses sur un point important ».

Il faut aussi ajouter que certaines lois provinciales prévoient des mesures propres à la publicité, et ce, selon des approches non rigoureusement distinctes de celles suivies par la loi fédérale. Sans développer, nous mentionnerons uniquement l'existence de l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁷, où,

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

Sur la base de ces outils législatifs, il est possible de constater que très peu de jurisprudences peuvent être évoquées en l'espèce.

L'affaire qui est sans doute la plus connue, non pas du fait d'un intérêt retentissant mais parce qu'elle a donné lieu à une décision de la Cour fédérale d'appel, est l'affaire *P.V.I. International*⁴⁸. En l'espèce, il s'agissait d'un site Internet qui faisait la promotion d'un carburant possédant des caractéristiques de performance beaucoup plus élevées que d'autres. Dans la mesure où celles-ci sont basées sur des prétentions non prouvées, un recours a été initié et gagné par le Bureau de la concurrence.

Et ceci semble être tout. Outre une autre affaire qui a été rejetée⁴⁹, quelques transactions qui ont été consenties par le Bureau de la concurrence⁵⁰, il est étonnant de voir le peu d'activités à cet endroit.

Aussi, face aux silences de la loi et de la jurisprudence, la seule référence véritablement pertinente est un document du Bureau de la concurrence qui précise comme se matérialise les termes principaux pour déterminer si l'on est en présence d'une publicité

⁴⁷ <http://www.ijcan.ca/qc/legis/loi/p-40.1/20060213/tout.html>

⁴⁸ *P.V.I. International. c. Canada (Commissaire de la Concurrence)*, 2004 CAF 197, <http://www.ijcan.org/ca/jug/caf/2004/2004caf197.html> ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International*, <http://www.canlii.org/ca/jug/cact/2002/2002cact10028.html>.

⁴⁹ *Culhane v. ATP Aero Training Products Inc.*, 2004 FC 535 (CanLII); (2004), 238 D.L.R. (4th) 112; (2004), 31 C.P.R. (4th) 113; (2004), 250 F.T.R. 14 <http://ijcan.org/ca/cas/fct/2004/2004fc535.html> . Le demandeur reproche au défendeur ATP d'avoir établi un prix abusif pour son examen en ligne préparatoire à l'évaluation pour l'obtention d'un brevet de pilote. ATP avait décidé de les donner gratuitement sur le Web pour attirer des clients vers d'autres produits, alors qu'auparavant elle les vendait. La cause a été rejetée parce qu'il n'y avait pas de preuve de préjudice, ni de preuve d'intention d'affaiblir la concurrence.

⁵⁰ Voir les rapports d'activités du Bureau de la concurrence qui sont assez silencieux sur ces questions. <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=139&lg=f>

trompeuse et s'intitulant « Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet »⁵¹.

En effet, la publicité trompeuse s'analyse au regard, conformément à l'article 52 (1) de la Loi⁵², d'une part, de chaque « point important » utilisé dans la publicité et, d'autre part, sur « l'impression générale » qui en est issue.

⁵¹ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, 2003, <http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/ct02500f.pdf>

⁵² **52.** (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

(1.1) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, afin d'établir qu'il y a eu infraction au paragraphe (1), de prouver que quelqu'un a été trompé ou induit en erreur.

(1.2) Il est entendu que, dans le présent article et dans les articles 52.1, 74.01 et 74.02, la mention de donner des indications vaut mention de permettre que des indications soient données.

(2) Pour l'application du présent article, sauf le paragraphe (2.1), sont réputées n'être données au public que par la personne de qui elles proviennent les indications qui, selon le cas :

- a) apparaissent sur un article mis en vente ou exposé pour la vente, ou sur son emballage;
- b) apparaissent soit sur quelque chose qui est fixé à un article mis en vente ou exposé pour la vente ou à son emballage ou qui y est inséré ou joint, soit sur quelque chose qui sert de support à l'article pour l'étalage ou la vente;
- c) apparaissent à un étalage d'un magasin ou d'un autre point de vente;
- d) sont données, au cours d'opérations de vente en magasin, par démarchage ou par téléphone, à un utilisateur éventuel;
- e) se trouvent dans ou sur quelque chose qui est vendu, envoyé, livré ou transmis au public ou mis à sa disposition de quelque manière que ce soit.

(2.1) Dans le cas où la personne visée au paragraphe (2) est à l'étranger, les indications visées aux alinéas (2)a), b), c) ou e) sont réputées, pour l'application du paragraphe (1), être données au public par la personne qui importe au Canada l'article, la chose ou l'instrument d'étalage visé à l'alinéa correspondant.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), quiconque, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, fournit à un grossiste, détaillant ou autre distributeur d'un produit de la documentation ou autre chose contenant des indications du genre mentionné au paragraphe (1) est réputé avoir donné ces indications au public.

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral.

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation, une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, une amende maximale de 200 000 \$ et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

Or, l'interprétation de ceux-ci s'applique également sur Internet. Le document en question indique à cet égard :

« La Loi s'applique aux indications fausses ou trompeuses sans égard au média utilisé. Les mêmes règles de base qui régissent les pratiques commerciales et publicitaires traditionnelles s'appliquent aussi aux indications en direct et aux pratiques commerciales par voie électronique. Quant aux dispositions pertinentes de la Loi, elles portent sur le contenu des indications plutôt que sur les moyens utilisés pour les communiquer. »⁵³

Le document précité propose donc des solutions pratico-pratiques pour s'assurer qu'aucune publicité trompeuse ne puisse être décelée. Notamment, la Loi sur la concurrence prévoit que certains avertissements peuvent être un moyen d'éviter ce travers. Appliqué à Internet, ce guide propose des façons de faire pour que ces avertissements donnés sur le site du cybermarchand soient faciles à lire afin qu'il n'y ait pas de publicité trompeuse. À cet égard, et sans guère préciser comment cela se matérialise, le Bureau de la concurrence affirme que

« [c]e qu'il faut retenir, c'est que l'entreprise qui choisit de faire la promotion d'un produit, service ou intérêt commercial dans Internet devrait utiliser des méthodes qui garantissent la communication efficace des renseignements nécessaires pour assurer qu'une indication n'est jugée trompeuse. »⁵⁴

Outre les façons de faire quant à la gestion des avertissements, que ce soit leur emplacement⁵⁵, leur mise en évidence⁵⁶, leur accessibilité⁵⁷ ou leur nécessaire répétition⁵⁸ pour s'assurer qu'ils soient bien compris, l'avis propose un usage contrôlé des liens hypertextes qui sont certes intéressants en terme d'information mais qui

(6) Le présent article s'applique au fait de donner des indications constituant, au sens de la partie VII.1, un comportement susceptible d'examen.

(7) Il ne peut être intenté de poursuite en vertu du présent article contre une personne contre laquelle une ordonnance est demandée aux termes de la partie VII.1, si les faits qui seraient allégués au soutien de la poursuite sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui l'ont été au soutien de la demande

⁵³ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, 2003, <http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/ct02500f.pdf> , page .

⁵⁴ *Id.* , pages 8 et 9.

⁵⁵ *Id.* , page 8.

⁵⁶ *Id.* , page 9.

⁵⁷ *Id.* , page 10.

⁵⁸ *Id.* , page 10.

peuvent aussi distraire le lecteur-consommateur⁵⁹. Sans développer plus que nécessaire, l'avis évoque seulement que de tels liens « peuvent être un moyen efficace pour offrir un avertissement »⁶⁰.

Néanmoins, cette référence presque unique qui permet de faire un lien entre droit de la concurrence et nouvelles technologies de l'information demeure excessivement limitée tant en ce qui a trait à son domaine d'application que quant à son caractère contraignant et dissuasif. D'ailleurs, ce texte est rarement évoqué par l'industrie elle-même qui semble ne s'y référer que peu.

De rares jurisprudences peuvent être évoquées. En premier lieu, l'on peut citer deux consentements qui eurent lieu entre le Bureau de la concurrence et des entreprises *Thane*⁶¹ et *Performance Marketing*⁶². En second lieu, l'affaire la plus importante, sans l'être vraiment, est *P.V.I. International*⁶³ qui fut condamné à plus de 100 000 dollars d'amende pour des indications manifestement trompeuses. Le tout fut confirmé en appel⁶⁴.

- Marques de commerce et Internet

Encore plus ponctuelle est la question concernant les marques de commerce et les métatags qui ont été à l'occasion utilisés par des concurrents souhaitant « court-circuiter » les sites de détenteurs de marques de commerce. La technique est simple : il s'agit pour une entreprise d'indiquer dans le code de ses pages Internet la marque de commerce de ses concurrents. Si les termes en cause ne sont pas visibles sur ladite page, ils permettent en revanche une meilleure indexation que le site concurrent dans les moteurs de recherche tels que *Google* ou *Altavista*. Cet état de fait suscita donc de telles pratiques qui sont clairement susceptibles de tromperies auprès des consommateurs.

« Meta tag misuse is a new form of old-fashioned misleading advertising and unfair competition. For the reasons previously discussed, the use of trademark-infringement claims to remedy meta tag misuse may strain traditional trademark principles. As demonstrated by the decision in *BCAA*, the common-law passing-off action and misleading advertising and consumer protection laws may

⁵⁹ *Infra*, Partie 1.

⁶⁰ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, 2003, <http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/ct02500f.pdf>, page 9.

⁶¹ <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1184&lg=f> (13 décembre 2002)

⁶² <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1182&lg=f> (13 décembre 2004).

⁶³ *Commissaire de la concurrence c. P.V.I. International Inc.*, 2002 CACT 24 (IJCAn), <http://www.canlii.org/ca/jug/cact/2002/2002cact10028.html>. (13 mai 2002)

⁶⁴ *P.V.I. International Inc. c. Canada (Commissaire de la Concurrence)*, 2004 CAF 197 (IJCAn), <http://ijcan.org/ca/jug/caf/2004/2004caf197.html>. (19 mai 2004)

provide a more principled and effective basis for remedying meta tag misuse. »⁶⁵

Justement, une affaire retentissante a été traitée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *BCAA et al. v. Office and Professional Employees' Int. Union*⁶⁶. Dans cette décision, un syndicat avait créé à des fins de critique un site Internet à l'adresse et au contenu ressemblant à celui de l'employeur. Si l'infraction sur la base de la confusion des consommateurs fut reconnue, il faut pourtant mentionner que le syndicat fut néanmoins exonéré, et ce, en évoquant la liberté d'expression⁶⁷.

Cette affaire, sans être la seule, demeure très rare.

Paragraphe 2 – Règles procédurales applicables au commerce électronique

Si la loi et ses règlements d'application nous apparaissent donc assez peu adaptés, quant à la substance, à la réalité du cyberspace, il faut sans doute faire mention d'un certain nombre d'initiatives qui visent à encadrer le cas particulier du contexte numérique en ce qui a trait à l'approche procédurale.

En premier lieu, lors de débat orchestré par le Bureau de la concurrence, il est notamment fait mention de la nécessaire actualisation tant du droit que des moyens pour l'appliquer. Ainsi, dans une Réponse du gouvernement au Rapport final du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, « Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien »⁶⁸, le Gouvernement admet

« qu'en raison de la mondialisation et de l'augmentation des activités anticoncurrentielles transfrontalières, on assiste à une prolifération des cartels internationaux et des fusions complexes impliquant plusieurs gouvernements, de même que des escroqueries réalisées par le biais du télémarketing et d'Internet. Dans le contexte économique actuel, il importe plus que jamais de favoriser un marché concurrentiel. C'est pourquoi le gouvernement reconnaît l'importance d'appliquer efficacement la Loi sur la concurrence et veillera à ce que le Bureau de la concurrence dispose des fonds nécessaires. »⁶⁹

⁶⁵ Bradley J. FREEDMAN et Robert J.C. DEANE, « Trade-Marks and the Internet : A Canadian Perspective », (2003) 34 *U.B.C. L. Rev.* 345.

⁶⁶ 2001 BCSC 156 (CanLII), <http://ijican.org/bc/cas/bcsc/2001/2001bcsc156.html>.

⁶⁷ Voir notamment Teresa SCASSA, « Intellectual Property on the Cyber-Picket Line: A Comment on British Columbia Automobile Assn. v. Office and Professional Employees' International Union, Local 378 », (2002) 39 *Alberta L. Rev.* 934.

⁶⁸

[http://www.industrycanada.com/cmb/welcomeic.nsf/vRTF/SpecialReports/\\$file/ReponseGouvernement.pdf](http://www.industrycanada.com/cmb/welcomeic.nsf/vRTF/SpecialReports/$file/ReponseGouvernement.pdf)

⁶⁹ *Id.*

Il est pourtant nécessaire de répéter que sur la base de documents s'intitulant « Devant les tribunaux », publiés par le Bureau de la concurrence, peut d'affaires sont à signaler en ce qui a trait aux fraudes liées à Internet et traitées par ledit organisme.

Les recours envisageables au regard de la *Loi sur la concurrence* peuvent d'abord être engagés soit par le Bureau de la concurrence soit par tout particulier ayant d'un intérêt à agir.

Dans le premier cas, il y a d'abord la possibilité que :

« [48] des **recours en matière pénale** peuvent être engagés sur les bases de l'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence*. En effet, un consommateur qui verrait ses droits bafoués pourrait déposer une plainte au Bureau de la concurrence. Le Commissaire à la concurrence évalue le dossier, et s'il est convaincu qu'il est dans l'intérêt du public d'intenter une poursuite criminelle, il peut décider de le transmettre à un procureur de la Couronne, fédéral ou provincial. Les tribunaux compétents pour écouter l'affaire sont la Cour Fédérale (auparavant appelée Cour Fédérale, division de première instance), une Cour criminelle provinciale ou la Cour supérieure provinciale. »⁷⁰

Les peines peuvent aller d'une amende maximale de 200 000 dollars et/ou d'un emprisonnement maximal d'un an, dans le cadre d'une procédure sommaire, à une amende dont le montant est laissé à la discrétion du tribunal et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans, dans l'hypothèse d'une procédure par mise en accusation.

Toujours en ce qui a trait aux recours initiés par le Bureau de la concurrence, il est possible d'intenter des **recours civils** suite à une plainte d'un internaute, orchestrée par la suite par ledit Bureau, et ce, sur la base de l'article 74.01.

En pareil cas,

« [54] Les sanctions qui peuvent frapper le commerçant ou le publicitaire l'origine de la représentation fausse ou trompeuse sont variées. Ainsi le tribunal peut émettre une ordonnance de ne pas se comporter ainsi ou de manière semblable, et/ou ordonnance de diffuser un avis visant à informer les victimes potentielles de décision de justice, et/ou le commerçant peut être condamné à payer une sanction pécuniaire

⁷⁰ Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », (2005) *Lex electronica* page 19.

administrative pouvant aller jusqu'à 50 000\$ pour la première infraction d'une personne physique, le double en cas de récidive, et jusqu'à 100 000\$ pour une personne morale, sanction qui sera de 200 000\$ pour toute ordonnance ultérieure. »⁷¹

Mais un particulier peut toujours tenter lui-même un recours de nature civile, et

« un recours lui est réservé par l'article 36 (1) a de la loi. Il lui faudra prouver l'élément intentionnel de la fausse représentation ou la négligence de son auteur, et que son dommage résulte de la violation des dispositions pénales en matières d'indications fausses ou trompeuses.⁷²

Outre ces recours judiciaires, rappelons que des mesures administratives sont envisageables, et notamment des consentements entre les protagonistes⁷³, tel que vu précédemment. Même si la jurisprudence n'est pas significative, tant en terme de quantité que de qualité, cette approche très nord-américaine (car largement utilisée aux États-Unis), ne nous apparaît pas comme étant moins efficace que l'approche judiciaire traditionnelle.

Enfin, notons également la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas au Bureau de la concurrence de se prévaloir d'un rôle de médiateur. Cette qualité a d'ailleurs été utilisée lors de litige lié à la publicité trompeuse, le tout, semble-t-il, avec un certain succès⁷⁴.

Conclusion

Le présent document se veut une présentation globale de la situation du cyberconsommateur au regard de son environnement légal. Aussi, il nous apparaît que bien peu de mesures ont été prises pour s'assurer d'une bonne adaptation entre protection et réalité nouvelle du cyberspace. En effet, outre l'absence de règles nouvelles, il ne nous est pas apparu que la mesure des différences occasionnées n'ait été véritablement perçue. Point de sensibilité donc aux spécificités des hyperliens, aux différences de lecture que l'écran présente, à l'efficacité redoutable que la publicité est susceptible d'avoir, pour ne citer que ces exemples. Autant d'exemples qui nous laissent croire que pour encadrer la nouvelle réalité qu'est Internet, un encadrement particulier s'impose, et ce, dans la mesure où les règles générales ne sont que peu adaptables à des situations nouvelles. Bien sûr, la plupart des dispositions en cause sont juridiquement neutres, c'est-à-dire qu'elles ne sont généralement pas sensées

⁷¹ Id., page 21.

⁷² Id., page 22.

⁷³ Id., page 32.

⁷⁴ Id., page 33 : « On voit bien dans ces derniers exemples que la résolution des affaires a été rapide, et que c'est un signe de l'efficacité et de l'efficience des dispositions relatives aux autres instruments de règlement des cas. »

s'appliquer à un médium plutôt qu'à un autre⁷⁵. Néanmoins, sinon des incohérences, sans doute des manquements, s'ajoutent à la portée déjà passablement limitée de la Loi. Cette perception est d'ailleurs amplifiée dès lors que l'on vérifie ces prétentions en comparant avec d'autres pays, notamment en Europe, où un vrai droit de la concurrence existe, droit qui de surcroît a donné lieu à une adaptation aux technologies de l'information.

Ces carences du droit de la concurrence nous apparaissent d'ailleurs, sans doute, encore plus problématiques que celles liées au droit de la cyberconsommation. En effet, face à un marché décentralisé, avec des montants de moindre importance, il est selon nous plus efficace d'intervenir *a priori*, par le droit de la concurrence, qu'*a posteriori*, avec le droit des contrats de cyberconsommation.

⁷⁵ Sur le concept de neutralité technologique, voir Vincent GAUTRAIS, « [Introduction au droit des affaires électroniques : ou l'appropriation de la nouveauté par le droit](#) », (2005) Lex eletronica.