2 DÉCEMBRE 2016

Ouvrez l'œil (sur ce courriel) : nouveau droit privé d'action pour indications trompeuses

Auteurs : Anita Banicevic et David Feldman

L'année 2016 s'achève et presque tous s'affairent à préparer les célébrations de fin d'année. Les entreprises qui font de la publicité au Canada auraient quant à elles tout intérêt à profiter de la période des fêtes pour commencer à planifier l'été qui vient. En effet, à compter de juillet 2017, les parties privées pourront intenter des poursuites pour violation de l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »), qui interdit les indications trompeuses dans diverses parties des messages électroniques. Comme il en est question ci-après, le nouveau droit privé d'action et les recours collectifs qui s'ensuivront inévitablement auront une incidence considérable sur diverses activités de marketing numérique au Canada.

Sommaire

L'article 74.011 de la Loi interdit l'insertion d'indications fausses ou trompeuses dans un « message électronique » (courriels, textos, messages sur les médias sociaux, sites Web et applications, par exemple), y compris dans l'objet, dans les renseignements sur l'expéditeur et dans tout URL ou toute métadonnée que contient le message. La disposition s'applique à une personne qui envoie, fait envoyer ou permet que soit envoyé un tel message. Cela signifie qu'un annonceur peut être responsable d'un message envoyé pour son compte par une agence, un spécialiste du marketing qui lui est affilié ou même un blogueur.

À compter de juillet 2017, toute personne « touchée » par les indications trompeuses que contient un message électronique pourra, seule ou dans le cadre d'une recours collectif, demander à un tribunal de rendre une ordonnance contre les responsables. Les administrateurs et les dirigeants peuvent être tenus personnellement responsables, et les sociétés peuvent être tenues responsables du comportement de leurs employés. Si un tribunal conclut qu'il y a eu comportement contraire à l'article 74.011, il peut ordonner que le demandeur soit indemnisé de la perte ou des dommages réellement subis ou des frais réellement engagés, et que lui soient versés des dommages-intérêts de 200 dollars à l'égard de *chaque comportement*, jusqu'à concurrence de 1 000 000 de dollars *par jour* pour l'ensemble des comportements. Bien que le sens à donner à l'expression « chaque comportement » ne soit pas clair, des demandeurs pourraient affirmer que chaque courriel envoyé constitue un comportement, de sorte qu'un seul courriel envoyé à 5 000 destinataires pourrait entraîner l'atteinte du plafond quotidien prévu par la Loi.

Implications

Les sociétés qui font de la publicité au Canada devraient commencer à examiner leur programme de marketing numérique bien avant juillet 2017, et faire notamment ce qui suit :

- Revoir leurs pratiques de marketing numérique, dont l'envoi de courriels et d'autres formes de messages électroniques (sur les sites Web, dans des textos), afin d'y repérer tout problème de conformité, y compris les pratiques des agences, des spécialistes du marketing et d'autres tiers qui travaillent avec l'annonceur.
- Éviter les objets ou les localisateurs « accrocheurs » qui, pris isolément, pourraient être trompeurs.
- Retirer les revendications audacieuses de l'objet pour les intégrer plutôt dans le corps du message; des renseignements détaillés peuvent ainsi être donnés et toute indication éventuellement soumise à un examen sera évaluée en fonction de son importance relative.

- Lorsqu'un message électronique est envoyé à des consommateurs canadiens, s'assurer que les codes, les prix et les soldes promotionnels annoncés sont effectivement offerts aux clients canadiens.
- Dans l'éventualité où il faudrait invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, s'assurer que tout programme de conformité existant est complet et crédible et couvre les activités de marketing numérique.

Pour plus de détails, voir ci-après.

****

Aperçu de l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence*

Lorsque la Loi canadienne anti-pourriel (ou la « LCAP ») est entrée en vigueur en juillet 2014, la législation de mise en œuvre apportait également plusieurs modifications importantes aux dispositions de la *Loi concernant les pratiques de marketing trompeuses*.

Ces modifications comprenaient, tout particulièrement, l'adoption de l'article 74.011 de la Loi, qui interdit les indications trompeuses dans diverses parties d'un message électronique, ainsi que la création d'une infraction pénale correspondante à l'article 52.01 de la Loi (qui s'applique lorsque les indications trompeuses sont envoyées sciemment ou sans se soucier des conséquences). La notion de « message électronique » ne se limite pas aux seuls courriels, mais s'entend plus largement d'un « message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message alphabétique, sonore, vocal ou image ». Dans des indications préliminaires concernant la LCAP, le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») insiste sur l'application élargie des nouvelles dispositions, affirmant que « tous les moyens de télécommunications sont couverts par la nouvelle loi, ce qui comprend les services de messagerie SMS (messages textes), les médias sociaux, les sites Web, les adresses URL (uniform resource locators) et autres localisateurs, les applications, les blogues, ainsi que le Système vocal sur Internet (voix sur IP) ».

L'article 74.011 contient notamment trois paragraphes qui visent différents aspects des messages électroniques :

- Le paragraphe 74.011(1) interdit à quiconque d'envoyer ou de faire envoyer des indications fausses ou trompeuses dans l'« objet » ou dans les « renseignements sur l'expéditeur » d'un message électronique.
- Le paragraphe 74.011(2) interdit à quiconque d'envoyer ou de faire envoyer dans un message électronique des indications fausses ou trompeuses sur un point important.
- Le paragraphe 74.011(3) interdit à quiconque de donner des indications fausses ou trompeuses dans le « localisateur » d'un message électronique. Par localisateur, on entend l'URL et les métadonnées du message. Un URL peut être trompeur si le message est conçu pour sembler provenir d'une autre source (comme d'une banque, en utilisant un URL très semblable à celui de la banque).

Contrairement à l'interdiction d'indications trompeuses prévue au paragraphe 74.01(1), les paragraphes 74.011(1) et (3) n'exigent pas que les indications visées soient fausses ou trompeuses « sur un point important ». L'absence d'exigence d'une importance relative pourrait, dans les faits, permettre à des demandeurs, entre autres, d'alléguer que l'objet accrocheur d'un courriel ou d'un article de blogue est en soi trompeur. Pensons à l'objet d'un courriel qui annoncerait un solde précis (« X % de rabais sur votre achat », par exemple) et à des exclusions du solde qui figureraient dans le corps du message; en théorie, cette situation pourrait entraîner une réclamation.

De plus, l'article 74.011 s'éloigne des dispositions civiles relatives aux indications fausses ou trompeuses sur les points importants qui suivent : (i) il n'est pas obligatoire que les indications soient « données au public » et (ii) le message électronique est considéré comme envoyé dès que sa transmission a été amorcée et « ne sont pertinents ni le fait que l'adresse électronique à laquelle le message électronique est envoyé existe ou non ni le fait que ce message soit reçu ou non par son destinataire ». Autrement dit, cette disposition s'applique que les indications soient ou non données au public, et des indications sont considérées comme données dès que vous appuyez sur le bouton « Envoyer ».

Enfin, le fait d'envoyer ou de donner des indications aux termes de l'article 74.011 s'entend également du fait de « permettre » que des indications soient envoyées ou données. Ainsi, une société qui a permis à un tiers de donner des indications fausses ou trompeuses

pourrait en être tenue responsable comme si elle avait donné les indications elle-même. Cette responsabilité pour les indications données par un tiers pourrait survenir dans le contexte des indications données par des blogueurs tiers ou par des spécialistes du marketing affiliés qui travaillent avec l'annonceur.

Portée du droit privé d'action

Après le 1er juillet 2017, aux termes du paragraphe 47(1) de la LCAP, une partie privée qui prétend être « touchée » par un comportement susceptible d'examen visé par l'article 74.011 pourra demander au tribunal de rendre une ordonnance à l'endroit de toute personne responsable. Aux termes de l'article 52 de la LCAP, les dirigeants, les administrateurs ou les mandataires d'une personne morale peuvent être tenus responsables d'un comportement susceptible d'examen s'ils « l'ont ordonné ou autorisé, ou y ont consenti ou participé », que la personne morale soit ou non poursuivie en justice. De plus, aux termes de l'article 53, une société est responsable du comportement de ses employés dans le cadre de leur emploi, que les employés soient ou non poursuivis en justice.

Si le tribunal qui est saisi de la demande établit que le comportement de l'intimé est contraire à l'article 74.011, il pourrait rendre une ordonnance l'obligeant à verser ce qui suit au demandeur :

- une indemnité d'un montant égal à la perte ou au dommage réellement subi ou aux frais réellement engagés;
- la somme de 200 dollars à l'égard de chaque comportement, jusqu'à concurrence de 1 000 000 de dollars par jour pour l'ensemble des comportements.

Bien que la signification voulue de l'expression « chaque comportement » ne soit pas claire, compte tenu du plafond quotidien, des demandeurs pourraient affirmer que « chaque comportement » s'entend de chaque message électronique dont la transmission a été amorcée, de sorte qu'un seul message adressé à une liste de 5 000 destinataires pourrait entraîner l'atteinte du plafond quotidien légal de 1 000 000 de dollars. Le fait que le versement de dommages-intérêts soit prévu par la Loi engendrera probablement des recours collectifs; si les recours étaient limités aux pertes ou aux dommages réellement subis, les probabilités de réclamations seraient moins élevées.

Étant donné les pénalités importantes qui pourraient être imposées, on se rappellera qu'aux termes de l'article 54 de la LCAP, nul ne sera tenu responsable d'un comportement contraire à l'article 74.011 s'il prouve qu'il a pris toutes les précautions voulues pour le prévenir. À cet égard, le Bureau et les tribunaux ont reconnu que l'existence d'un programme de conformité efficace et crédible est l'un des facteurs importants qui sont pris en compte pour déterminer si une société a fait preuve de diligence raisonnable.

Enfin, aux termes du paragraphe 47(4) de la LCAP, une copie de toute demande faite en vertu de ces dispositions doit être signifiée au commissaire de la concurrence, qui pourra intervenir dans la poursuite. Étant donné que, dans une année type, les plaintes en vertu des dispositions sur la publicité trompeuse représentent la majeure partie des plaintes présentées au Bureau, on peut présumer que le Bureau ne disposera pas des ressources suffisantes pour intervenir dans chacune d'elles. Bien qu'il soit possible que le processus et les coûts qu'implique la présentation d'une demande (et les frais qu'aurait à payer un demandeur débouté) contrecarront les demandes fallacieuses, les annonceurs (surtout ceux qui s'adonnent à la publicité intensive) pourraient avoir à se défendre plus souvent contre de telles allégations (y compris de la part de leurs concurrents).

Conclusion

Le nouveau droit privé d'action qui entrera en vigueur en juillet ne touchera pas les comportements déjà interdits par l'article 74.011, mais ouvrira une autre avenue pour les allégations de violations, et créera un nouveau risque à gérer. La portée de la disposition laisse entrevoir que des annonceurs légitimes seront pris dans le tourbillon d'actions privées qui s'annonce. Aussi, les sociétés qui font de la publicité au Canada devraient envisager d'ajouter à leur liste de cadeaux des fêtes un programme de conformité robuste et bien pensé, car de tels programmes ne tarderont pas à devenir essentiels.

Personnes-ressources : John Bodrug, Mark Katz, Anita Banicevic et Charles Tingley

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.

© 2024 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.