Document généré le 12 oct. 2024 01:13

Revue générale de droit

# La publicité comparative au Québec : est-ce une faute de comparer ?

Mistrale Goudreau

Volume 17, numéro 3, 1986

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1059252ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1059252ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Goudreau, M. (1986). La publicité comparative au Québec : est-ce une faute de comparer ? *Revue générale de droit*, *17*(3), 455–490. https://doi.org/10.7202/1059252ar

Résumé de l'article

Cet article a pour objet de déterminer si la publicité comparative véridique est ou non une activité légale dans le contexte du droit québécois. Après avoir passé en revue les textes de loi applicables, l'auteur analyse si l'acte de comparer ses produits à ceux d'un tiers constitue une faute entraînant une responsabilité délictuelle en vertu de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*. S'inspirant de l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, l'auteur conclut que cette pratique pourrait être considérée de nature délictuelle en droit québécois.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1986

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

# La publicité comparative au Québec : Est-ce une faute de comparer ?

MISTRALE GOUDREAU*
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

**RÉSUMÉ**

*Cet article a pour objet de déterminer si la publicité comparative véridique est ou non une activité légale dans le contexte du droit québécois. Après avoir passé en revue les textes de loi applicables, l'auteur analyse si l'acte de comparer ses produits à ceux d'un tiers constitue une faute entraînant une responsabilité délictuelle en vertu de l'article 1053 du* Code civil du Bas-Canada. *S'inspirant de l'article 22 de la* Loi sur les marques de commerce, *l'auteur conclut que cette pratique pourrait être considérée de nature délictuelle en droit québécois.*

**ABSTRACT**

*This article deals with the legality of truthful comparative advertising in Québec. After reviewing the legal rules relevant to this issue, the author examines whether this practice constitutes a fault under article 1053 of the* Civil Code of Lower Canada. *By analogy with article 22 of the* Trade Mark Act, *the author concludes that comparative advertising might be a fault under the Québec Civil Law.*

**SOMMAIRE**

Introduction ..... 456

I. Les textes législatifs ..... 458

II. La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle ..... 462

A. La solution française ..... 463
B. L'attitude des tribunaux québécois ..... 467

* LL.L. (Mtl), LL.M. (Lond.) L'auteur remercie M. Jean Beauchamps, assistant de recherche, pour son relevé des sources bibliographiques relatives à la publicité comparative dans le domaine des communications.

(1986) 17 *R.G.D.* 455-490

III. La notion de faute et la publicité comparative ..... 469

A. La pratique de la publicité comparative ..... 470
1) L'origine de cette pratique ..... 471
a) L'évolution américaine ..... 471
b) L'évolution canadienne ..... 476
2) L'auto-réglementation dans l'industrie de la publicité ..... 479
B. Le concept de faute ..... 481
1) La violation d'un devoir moral ..... 481
2) La violation d'un devoir légal ..... 482
3) L'exercice abusif de la liberté de commerce ..... 483
4) La violation d'un devoir social ..... 483

Conclusion ..... 489

## INTRODUCTION

1. La publicité comparative est une technique de plus en plus utilisée par les commerçants au Canada et aux États-Unis[1]. Son emploi de plus en plus fréquent est dû, selon certains, à la décision de la Commission fédérale américaine de commerce (CFAC) d'encourager ce type de messages publicitaires[2].

Le présent écrit a pour objet de déterminer, si en vertu du droit québécois, la publicité comparative constitue ou non une activité délictuelle. Mais avant d'aborder l'aspect légal de la question, il convient de déterminer ce que l'on entend par publicité comparative. À la limite, toute publicité est comparative[3]. Néanmoins, dans le monde de la publicité, cette expression peut revêtir plusieurs significations.

2. D'abord il faut distinguer la publicité qui utilise des superlatifs pour vanter des produits. C'est le cas de l'annonce suivante au sujet des cigarettes Viscount : « Viscount. Y a pas plus doux. »[4]. Ces superlatifs qui ne sont que des « slogans » ou hyperboles, sont inclus dans l'expression « publicité tapageuse »[5].

1. Pour une étude de l'importance de ce phénomène, voir J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *Comparison Advertising,* New York, Hastings House, 1978, pp. 8 à 13.

2. Voir le *Bulletin sur la publicité comparative,* publié par Consommation et Corporations, en 1976, et cité par Rafe S. ENGLE, "Advertising and the Law", dans P.T. ZARRY et R.D. WILSON (Éd.), *Advertising in Canada,* Toronto, Éditions McGraw-Hill Ryerson, 1981, p. 390.

3. Voir J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *op. cit.,* note 1, p. 5.

4. Voir G.H.G. MCDOUGALL, *Enquête sur la publicité comparative au Canada,* Ottawa, Conseil de recherche en consommation Canada, 1977, p. 55 citant l'annonce de la société Benson & Hedge.

5. J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *op. cit.,* note 1, p. 5.

Par contre, certaines annonces, tout en reconnaissant l'existence des produits ou entreprises concurrents, invitent simplement le public à la comparaison. C'est le cas de l'annonce pour produits épilatoires qui déclare : « Comparez les épilatoires pour jambes et vous choisirez School »[6]. On appelle cette technique « publicité par comparaison indirecte ».

D'autres annonces, sans désigner nommément un concurrent, sont rédigées de telle façon qu'une entreprise en particulier est visée. On cite souvent l'exemple de la campagne publicitaire de la compagnie Avis qui, s'annonçant numéro deux dans l'industrie de la location de voitures, invitait le public à choisir Avis plutôt que le « N° 1 ». Bien que le concurrent n'ait pas été nommé dans l'annonce, il était clair pour tous que Hertz était le compétiteur visé[7]. Cette publicité se rapproche de la véritable publicité comparative et est souvent traitée sur le même pied que cette dernière.

3. Enfin, la véritable publicité comparative se reconnaît, selon certains, par la présence de ces trois éléments : premièrement, l'annonce met en présence des produits portant les marques d'au moins deux entreprises; deuxièmement, une comparaison est faite entre les attributs, propriétés ou caractéristiques de chacun de ces produits marqués; troisièmement, l'annonce déclare ou laisse entendre que la comparaison est fondée sur des faits qui furent préalablement vérifiés[8].

Par contre, pour d'autres, la publicité comparative est un concept beaucoup plus large : elle inclurait même la publicité par comparaison indirecte invitant le public à essayer de nouveaux produits[9]. Également, la publicité, pour être comparative, n'aurait pas à inclure de déclaration concernant des caractéristiques particulières des produits marqués. Ainsi une simple allusion à d'autres produits serait suffisante. En pratique, dans bien des cas, il n'y a pas de comparaison entre des caractéristiques précises des produits[10]. La campagne de publicité comparative organisée en 1975, à Dallas, par la compagnie Pepsi-Cola Co. est un excellent exemple de campagne qui visait une simple comparaison du goût du produit[11].

4. Selon la définition que l'on donne à l'expression « publicité comparative », les règles juridiques applicables changent. L'étude du traitement de chacune des techniques énumérées ci-haut dépasse nettement

6. G.H.G. MCDOUGALL, *op. cit.*, note 4, p. 55.

7. J.G. LEE, "Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising", (1981) 71 *T.M.R.* 620, pp. 620-621.

8. J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *op. cit.*, note 1, p. 7 référant à la définition de W.L. WILKIE et P. FARRIS, *Comparaison Advertising : Issues and prospects,* Cambridge, Marketing Science Institute, 1974, p. 3.

9. Voir G.H.E. MCDOUGALL, *op. cit.*, note 4, p. 1.

10. Voir R.D. WILSON, "Comparative Advertising : Some Current Considerations for Managerial Planning and Stragegy", dans J. LEIGH et C.R. MARTIN (Éd), *Current Issues and Research in Advertising,* University of Michigan, 1978, pp. 6-7.

11. Voir J.A. QUELCH, P.W. FARRIS, *Cases in Advertising and Promotion Management,* Plano, Business Publ. Inc., 1983, pp. 266 à 291 et en particulier p. 277.

l'ampleur du présent écrit. Le présent article vise essentiellement à déterminer le caractère légal ou non d'une publicité comparative qui mettrait en présence deux produits marqués et qui ne comporterait aucun élément faux ou trompeur pour le public. En effet, alors qu'en common law, l'activité est permise, en droit civil français, l'acte de comparer ses produits à ceux d'un concurrent constitue un délit. Il s'agit donc de déterminer si, en droit québécois, la publicité comparative qui ne comporte aucun élément faux ou trompeur constitue ou non une activité illégale.

Pour ce faire, trois étapes sont nécessaires : d'abord il faut déterminer si une loi particulière prohibe cette pratique. En second lieu, il faut envisager la question sous l'angle de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle. Enfin il faut procéder à l'analyse de la notion de faute en matières commerciales et appliquer les conclusions de cette analyse au problème de la publicité comparative.

## I. Les textes législatifs

5. Au Québec, les textes de loi n'interdisent que partiellement cette pratique publicitaire. La *Loi sur la protection du consommateur,* au titre des pratiques de commerce, interdit simplement qu'un commerçant déprécie faussement un bien ou un service offert par un autre[12]. Pour déterminer si une représentation est fausse ou trompeuse, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et s'il y a lieu, du sens littéral des termes employés[13]. Cependant, si la publicité comparative fait simplement référence à un produit concurrent sans fausser l'information qui le concerne, la loi ne prévoit aucune sanction[14].

6. De la même façon, l'article 36 de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions,* adopté par le Parlement fédéral, prohibe les indications qui sont fausses et trompeuses ainsi que les indications qui ne se fondent pas

12. Voir l'alinéa 222b) de la *Loi sur la protection du consommateur,* L.R.Q., chap. P-40.1. Concernant les représentations fausses et trompeuses en général, voir les articles 219 à 255 de la loi et P. Trudel, *Droit de l'information et de la communication,* Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 430 à 433; N. L'Heureux, *Droit de la consommation,* Montréal, Éditions Sorej, 1981, n° 242, p. 187; F. Lebeau, « La publicité et la protection des consommateurs », (1981) 41 *R. du B.* 1016, p. 1023; F. Lebeau, *La publicité,* Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1980, n$^{os}$ 271 à 361.

13. Art. 218, *Loi sur la protection du consommateur, supra,* note 12; N. L'Heureux, *op. cit.,* note 12, n° 234, p. 183; *Demers* c. *Latendresse Bijoutiers Québec Inc.,* [1984] C.P. 207.

14. Voir N. L'Heureux, *op. cit.,* note 12, n° 242, p. 187 et n° 222, pp. 174 à 176.

sur une épreuve suffisante et appropriée[15]. Pour constituer une infraction, ces indications doivent porter sur un point important, c'est-à-dire, sur un point qui peut porter un consommateur à agir[16]. De plus, comme dans le cas de la loi québécoise, pour déterminer si l'information est fausse ou trompeuse, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne ainsi que du sens littéral des mots[17]. La publicité comparative peut donc tomber sous le coup de ces infractions, par exemple, lorsqu'une indication est fausse ou trompeuse sur un point essentiel, ou lorsqu'une allégation de supériorité absolue n'est pas étayée par des données comparatives pour

---

15. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions,* S.R.C. 1970, chap. C-23, al. 36a) et b). Voir également l'alinéa 36d) concernant les indications trompeuses quant aux prix de vente. Sur l'évolution de ces infractions pénales depuis les modifications de 1975 (S.C. 1974-75-76, chap. 76), voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 12, n^os^ 213 à 229, pp. 167 à 180; R.I. COHEN, "Bill C-7 : Its Proposed Amendments to the Law of False Advertising", (1974) 13 C.P.R. (2d) 197; J.H. GREY, "Federal "Consumer Protection Law" in the Field of Publicity", (1981) 41 *R. du B.* 1001; S.C. ESBIN, "The Combines Investigation Act" dans *Advertising and the Law — a conference report,* Toronto, Insight Educational Services Limited, 1981, pp. 1 à 81; K.M. O'BYRNE, "Misleading Advertising and the Defence of Due Diligence", (1982) 31 *U.N.B. Law Journal* 216; F. LEBEAU, *op. cit.*, note 12, n^os^ 1 à 267.

16. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 12, n° 216, pp. 170-171; S.C. ESBIN, *loc. cit.*, note 15, pp. 19 à 22. Voir à titre d'exemples : *R.* c. *Kellys on Seymour Ltd,* (1969) 60 C.P.R. 24 (Vanc. Mag. Ct.); *R.* c. *Patton's Place Ltd,* (1969) 57 C.P.R. 12 (Ont. Mag. Ct.); *R.* c. *T. Eaton Co. Ltd,* (1973) 10 C.P.R. (2d) 36 (Ont. Co. Ct.); *R.* c. *Irving Oil Ltd.,* (1980) 47 C.P.R. (2d) 179 (N.B. Prov. Ct.). Cependant il n'est pas nécessaire que, dans les faits, un consommateur en particulier ait été trompé : *R.* c. *Marlo Homes Ltd,* (1981) 51 C.P.R. (2d) 73 (Alta Prov. Ct.); *R.* c. *Corp. Immobilière Côte St-Luc,* [1983] C.S. 12.

17. Par. 36(4) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, supra,* note 15. Par contre, pour déterminer le caractère trompeur de l'information, doit-on tenir compte de son effet sur un consommateur moyen ou sur une personne crédule ou ignorante? Avant l'adoption du par. 36(4), on tenait compte de l'ignorance et de la crédulité des consommateurs. Voir *R.* c. *Imperial Tobacco Products Ltd,* (1971) 64 C.P.R. (2d) 4 (Alta S.C.), confirmé en appel (1972) 22 D.L.R. (3d) 51 (S.C. App. Div.). Depuis l'adoption du par. 36(4), les auteurs ont des avis divergents et la jurisprudence est confuse. Voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 12, n° 215, p. 170; S.C. ESBIN, *loc. cit.*, note 15, pp. 56 à 62; J.H. GREY, *loc. cit.*, note 15, pp. 1010-1011; P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, pp. 427-428; F.A. MINITER, "Misleading Advertising : The Standard of Deceptiveness", (1975-76) 1 *Can. Bus. L.J.* 435; F. LEBEAU, *op. cit.*, note 12, n^os^ 123 à 139. Pour la jurisprudence récente, voir : *R.* c. *Cummingham Drug Stores Ltd.,* (1974) 17 C.C.C. (2d) 279 (B.C.C.A.); *R.* c. *Viceroy Construction Co. Ltd.,* (1976) 11 O.R. (2d) 485 (C.A.); *R.* c. *T. Eaton Co. Ltd.,* (1976) 26 C.P.R. (2d) 118 (Alta Sup. Ct.); *R.* c. *R.M. Low Real Estate Ltd et al.,* (1979) 39 C.P.R. (2d) 266 (Ont. C.A.); *R.* c. *Michaud,* (1979) 40 C.P.R. (2d) 63 (Ont. Dist. Ct.); *R.* c. *Parkside Ford Sales Ltd,* (1980) 45 C.P.R. (2d) 199 (Man. Co. Ct.); *R.* c. *Irving Oil Ltd.,* (1980) 47 C.P.R. (2d) 179 (N.B. Prov. Ct.); *R.* c. *Kenitex Canada Ltd et al.,* (1981) 51 C.P.R. (2d) 103 (Ont. Co. Ct.); *R.* c. *International Vacations Ltd,* (1981) 56 *C.P.R.* (2d) 251 (Ont. C.A.); *R.* c. *Marlo Homes Ltd,* (1981) 51 *C.P.R.* (2d) 73 (Alta Prov. Ct.); *R.* c. *Robin Hood Multifoods Ltd,* (1982) 59 C.P.R. (2d) 57 (Ont. Co. Ct.); *R.* c. *Westfair Foods Ltd,* (1985) 3 C.P.R. (3d) 174 (Man. Prov. Ct.).

toutes les conditions normales des produits, ou lorsque les essais de rendement allégués ne sont pas fondés sur une épreuve suffisante et appropriée, ou enfin, lorsque les comparaisons ne sont pas faites dans des conditions identiques ou en fonction du mode d'emploi de chaque produit[18]. Par contre, ces dispositions de la loi fédérale ne peuvent servir à empêcher une publicité comparative qui ne comporterait pas d'énoncés faux ou trompeurs[19].

7. Par ailleurs, une autre disposition d'une loi fédérale aurait pu être appliquée pour interdire la publicité comparative. Il s'agit de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*[20] qui, à l'alinéa a), interdit toute déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent et qui, à l'alinéa e), interdit l'adoption de tout acte ou méthode d'affaire contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada. Cependant, la jurisprudence, appelée à se prononcer sur l'interprétation de cette disposition, en a considérablement restreint l'application. En effet, dans l'affaire *Clairol*[21] le tribunal décidait que l'alinéa e) de l'article 7 doit être interprété à la lumière des autres alinéas qui précèdent l'alinéa e). Or, chacun de ces alinéas interdit, soit des déclarations fausses ou trompeuses, soit des comportements frauduleux. Cette analyse de l'article 7 force à conclure que l'alinéa e) ne peut interdire qu'une publicité fausse ou trompeuse. Aussi, la publicité comparative fondée sur des données vraies ne peut être prohibée en vertu de cette disposition. De plus, il ne faut pas oublier que l'alinéa e) de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*[22] a été jugé inconstitutionnel par la Cour suprême dans l'affaire *McDonald*[23]. Le même sort est peut-être réservé à l'alinéa a)[24].

---

18. Voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 12, n° 222, pp. 176-177. Pour des exemples où des accusations ont été portées en vertu de l'art. 36 de la loi, voir *R.* c. *Cunningham Drug Stores Ltd*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 279 (B.C.C.A.); *R.* c. *Colgate-Palmolive*, (1978) 20 O.R. (2d) 691 (Co. Ct.); *R.* c. *Bristol-Myers of Canada*, Co. Ct. (Crim. Div.), Toronto, 27 juillet 1979, 313-1 rapporté par S.C. ESBIN, *loc. cit.*, note 15, pp. 36-37; *R.* c. *Products Lanover Inc.*, C.S.P., Montréal, n° 500-27-009-220-791, 12 sept. 1980, J.E. 80-972; *R.* c. *Westfair*, [1985] 3 W.W.R. 423 (Sask. Q.B.); *R.* c. *Westfair*, (1985) 3 C.P.R. (3d) 174 (Man. Prov. Ct.).

19. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 12, n° 222, p. 175.

20. *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C., chap. T-30.

21. *Clairol International Corporation et al.* c. *Thomas Supply Equipment*, [1968] 2 Ex. C.R. 552.

22. *Supra*, note 20.

23. Voir *McDonald Corporation & al.* c. *Vapor Canada Limited & al.*, [1977] 2 R.C.S. 134. Pour une analyse de ce jugement, voir P.W. HOGG, "Comments — *Trade Marks Act*'s Unfair Competition Provisions — Criminal Law and Civil Remedy" (1976) 54 *C.B.R.* 361; D.R. BERESKIN, "The Trade Marks Act and The Constitution" (1982) *P T I C Bulletin*, Series 8, Vol. 11, 687; G.R. BEL, H. PROBERT, "The Constitutionality of Canadian Trade Mark Law", (1985) 4 *C.P.R.* (3d) 305.

24. D.R. BERESKIN, *loc. cit.*, note 23, pp. 677-679; W.L. HAYHURST, "Unauthorized Use of Another's Mark in Canada : Fair Use or Actionable?", (1985) 75 *T.M.R.* 1, p. 7; G.R. BEL et H. PROBERT, *loc. cit.*, note 23, pp. 323-324.

8. Enfin, la publicité comparative peut également être interdite en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*[25], si elle entre en conflit avec les droits exclusifs du propriétaire d'une marque enregistrée. La cause *Clairol* précitée illustre ce cas[26].

En effet, en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*[27], le propriétaire d'une marque enregistrée selon la procédure prescrite possède des droits plus étendus qu'en vertu du droit commun. En vertu de l'article 19 de la loi, il a un droit exclusif à son emploi dans tout le Canada et en vertu de l'article 20, il peut empêcher un tiers d'utiliser une marque ou un nom qui crée de la confusion avec sa marque. En vertu de l'article 22, il peut également empêcher qu'on utilise sa marque enregistrée d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle intéressée.

L'utilisation d'une marque enregistrée dans une publicité comparative peut être considérée comme une violation du droit exclusif du propriétaire à son emploi dans tout le Canada au sens de l'article 19 ou comme un acte susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle rattachée à la marque au sens de l'article 22. La décision *Clairol*[28] a sensiblement restreint le champ d'application de ces articles. Selon la Cour de l'Échiquier, l'article 19 doit être lu en rapport avec les articles 2 et 4 de la loi concernant l'emploi d'une marque : le propriétaire peut seulement interdire qu'un tiers se serve de sa marque à titre de signe distinctif. L'article 19 ne vise donc que le cas où le tiers utilise la marque comme s'il s'agissait de la sienne. Dans le cadre d'une publicité comparative, le tiers ne sert de la marque pour des fins de comparaison et non d'identification : l'emploi n'est donc pas celui visé par l'article 19.

9. Également, l'article 22 mérite d'être mentionné : une publicité comparative est susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle rattachée à la marque, car ce type d'annonce peut réduire en partie l'avantage conféré par la renommée (ou le *goodwill*) d'une marque de commerce[29]. Cette diminution de la valeur de la clientèle ne découle

25. *Supra*, note 20.
26. *Supra*, note 21.
27. *Supra*, note 20.
28. *Supra*, note 21.
29. *Ibid.* Sur cette notion de diminution de la valeur de la clientèle intéressée, voir *Dupont of Canada Ltd* c. *Nomad Trading Co. Lt.*, (1968) 55 C.P.R. 97 (C.S.), *American Optical Corporation et al.* c. *Allergan Inc.*, (1985) 3 C.P.R. (3d) 229 (C.F.); *Source Perrier (Société Anonyme)* c. *Fira-Less Marketing Co. Ltd.*, [1983] 2 C.F. 18, ainsi que l'analyse de W.L. HAYHURST, *loc. cit.*, note 24, pp. 13 à 22. L'art. 22 de la loi se rapproche sensiblement de la théorie anti-délayage développée en droit américain *(anti-dilution doctrine)*. Voir *infra*, note 107.

pas nécessairement d'une supercherie et pourrait exister même sans cela[30]. Donc une publicité qui ne serait ni trompeuse, ni fausse, mais qui détruirait la valeur de la marque en la comparant ou en l'associant à une autre, serait un acte de contrefaçon[31].

Par contre, l'affaire *Clairol* a considérablement diminué la portée de l'article 22. Suivant cette décision, cet article doit être lu en rapport avec l'article 4 de la loi : une marque est employée en liaison avec des marchandises si elle est apposée ou liée aux marchandises au point où avis de liaison est donné aux acheteurs de celles-ci. Le propriétaire ne peut donc empêcher l'usage de sa marque au sens de l'article 22 que si cette marque est apposée sur les produits ou liée à ceux-ci. Ainsi dans l'affaire *Clairol,* le propriétaire de la marque enregistrée a pu faire interdire l'emploi de sa marque dans la publicité comparative apposée sur les produits du défendeur, mais non dans celle faite au moyen de brochures distribuées au public.

Les auteurs critiquent cette interprétation de l'article 22. En effet, l'utilisation du mot « emploi » dans la *Loi sur les marques de commerce*[32] n'est pas toujours cohérente avec la définition établie par l'article 4 de la loi[33]. Par contre, la jurisprudence récente montre peu de propension à infirmer la décision de la Cour de l'Échiquier[34].

L'action en vertu de l'article 22 de la loi est donc en pratique le seul recours possible pour faire arrêter une publicité comparative qui ne serait ni fausse, ni trompeuse, encore que ce moyen soit de portée limitée[35].

## II. La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle

10. Au Québec, indépendamment des dispositions qui traiteraient spécifiquement de la publicité comparative, cette pratique tombe sous le

30. *Supra,* note 21, p. 195.

31. *Clairol International Corp. et al.* c. *Thomas Supply Equipment, supra,* note 21; *Smith Kline & French Canada Ltd.* c. *Apotex Inc.,* (1985) 1 C.P.R. (3d) 256 (C.F.A.) et *Syntex Inc. et al.* c. *Irwin Toy Ltd. et al.* (1985) 3 C.P.R. (3d) 476 (C.F.).

32. *Supra,* note 20.

33. Voir, en autres, l'art. 21 qui traite du droit concurrent à employer la marque et l'al. 20b) de la loi, ainsi que l'analyse de W.L. Hayhurst, "Industrial Property : Part II", (1983) 15 *Ottawa L.R.* 311, pp. 368 à 371.

34. Voir *Smith, Kline & French Canada Ltd* c. *Apotex Inc.,* (1985) 1 C.P.R. (3d) 256 (C.F.A.) et *Syntex Inc. et al.* c. *Apotex Inc.,* (1985) 1 C.P.R. (3d) 145 (C.F.A.) où l'on suit la décision *Clairol,* et *Interlego AG et al.* c. *Irwin Toy Ltd et al.,* (1985) 3 C.P.R. (3d) 476 (C.F.) où le juge Strayer laisse la question en suspens, jugeant que l'emploi d'une marque dans un catalogue est un emploi visé par l'art. 4.

35. Quant à la possibilité que l'art. 22 de la *Loi sur les marques de commerce* (*supra,* note 20) soit modifié ou abrogé, voir *infra,* n° 40.

régime général de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle établi par le *Code civil du Bas-Canada*. En effet, l'article 1053 du Code est susceptible de s'appliquer dans la mesure où on considère la publicité comparative comme un comportement fautif de la part de l'entité qui est à l'origine de cette campagne. Ce comportement est alors traité comme un acte de concurrence déloyale, concurrence qui est régie au Québec par l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*[36].

Cette attitude est conforme à la pratique du droit français qui a érigé une théorie générale de la concurrence déloyale basée en partie sur les articles 1382 et 1383 de son Code civil[37] (homologues de l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*). Cette théorie classe les manœuvres de concurrence déloyale extra-contractuelle en quatre catégories :

a) les manœuvres de confusion, où l'on se sert du signe distinctif d'un concurrent pour faire vendre ses produits;

b) les manœuvres de dénigrement, où l'on jette un discrédit sur un concurrent ou sur les produits qu'il fabrique;

c) les manœuvres de désorganisation interne d'une entreprise rivale où l'on détourne à son profit les secrets commerciaux d'une entreprise ou le personnel de celle-ci;

d) les manœuvres de désorganisation générale du marché, ayant trait à la publicité trompeuse et aux pratiques anti-concurrentielles[38].

Il est donc intéressant à ce stade d'examiner la position française face à la publicité comparative, pour ensuite vérifier si les tribunaux québécois, dans leur application de l'article 1053 C.c.B.C., suivent ce modèle.

### A. LA SOLUTION FRANÇAISE

11. La doctrine classe la publicité comparative dans la catégorie des manœuvres de dénigrement qui constituent des actes de concurrence déloyale[39]. Cette publicité est la forme classique du dénigrement indirect,

---

36. Voir A. NADEAU, *Traité de droit civil du Québec,* T. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1949, n° 204, pp. 188-189; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial,* Tome 1, Montréal, Édition Albert Lévesque, 1936, n° 441, p. 449; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec,* 2e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, n° 173, p. 130.

37. Art. 1382 *C. civ. fr. :* « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer ». Art. 1383 *C. civ. fr. :* « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

38. P. ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », (1948) 1 *Rev. Trim. dr. com.* 541, pp. 564 à 566; A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », (1974) 26 *Rev. int. dr. comp.* 467, nos 27 à 31, pp. 483 à 486.

39. J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence,* Paris, Presses Universitaires de France, 1981, n° 137, p. 97.

où le préjudice découle de la comparaison qu'un commerçant établit entre ses produits et ceux de ses concurrents[40]. La jurisprudence française est quasi unanime à la condamner[41]. La seule restriction imposée par les tribunaux repose sur la condition que la victime soit identifiée ou aisément reconnaissable[42]. La publicité qui ne vise personne en particulier n'est pas interdite[43]. Par contre, celle qui ne vise que quelques commerçants ou même un groupe de commerçants a été condamnée dans certains jugements récents[44]. Ainsi la publicité organisée par un centre d'achat qui vise à discréditer les épiciers de quartier est jugée déloyale[45]. La doctrine y voit même l'apparition d'un concept de « dénigrement collectif »[46] et la ligne de démarcation entre un tel dénigrement et la critique générale permise n'est pas toujours facile à tracer[47].

Pour résumer la pensée de la jurisprudence française, toute comparaison faite entre les produits de concurrents lors d'une campagne publicitaire est en soi condamnable. Pour reprendre les termes de M. Chavanne, il y a « une règle d'or en matière de publicité : ne pas s'occuper du voisin »[48]. C'est pourquoi l'hyperbole, au contraire, est permise, même lorsque le commerçant vante ses produits jusqu'à l'exagération[49].

---

40. *Ibid.*

41. *Paris, 24 janv. 1967, Ann. prop. ind.* 1967, 112; *Trib. Gr. inst. Paris, 31 mai 1968, D.S.* 1969, J.34; *Com. 22 nov. 1971, D.S.* 1972. Somm. 73; *Paris, 27 janv. 1972, D.S. 1973, J.163; Paris (4e ch.), 7 juin 1973, D.S.* 1973, J.619; *Douai, 16 fév. 1973, J.C.P.* 1973. IV.273; *Paris (4e ch.) 1er mars 1973, Ann. prop. ind.* 1973, 322; *Com. 19 juil. 1973, D.* 1973 J.587; *Cass. com. 22 nov. 1971, D.* 1972. Somm. 73; *Paris (4e ch.), 7 juin 1973, D.S.* 1973, J.619; *Paris 27 mars 1977* (3e *ch.*), *Ste-Raverdy* c. *Ufima,* inédit, extraits reproduits dans P. et F. GREFFE, *op. cit.*, note 44, pp. 171 à 174); *Trib. com. Paris, 23 mai 1979, Gaz. Pal.* 1980.2. J.510; *Com. 9 juin 1980, Bull. civ.* 1980 IV, n° 244, p. 198, *Gaz. Pal.* 1980.2 Somm. 528; *Com. 27 janv. 1981, Bull. civ.* 1981 IV, n° 53(3), p. 42; *Com. 15 nov. 1982, Bull. civ.* 1982 IV, n° 350 p. 295. Voir cependant S. CHATILLON, *Publicité, Consommation et Concurrence,* Paris, Entreprise Moderne d'Édition, p. 107, qui note l'existence de certaines décisions plus mitigées.

42. Voir à titre d'exemple *Paris 14 fév. 1958, D.S.* 1958. Somm. 59.

43. Voir à titre d'exemple *Paris (4e ch.), 8 février 1975, Ann. prop. ind.* 1975, 276; J. AZEMA, *op. cit.*, note 39, nos 138 à 140, pp. 98-99; G. FABRE, *Concurrence, distribution, consommation,* Paris, Dalloz, 1983, n° 87, p. 74.

44. P. et F. GREFFE, *La publicité et la Loi,* Paris, Litec, 1983, n° 406, p. 168. Voir à titre d'exemple *Paris (4e ch.), 1er mars 1973, Ann. prop. ind.* 1973, 322.

45. *Bordeau 3 mars 1971, Gaz. Pal.* 1971.2.398; *D.* 1971. Somm. 222.

46. A. PIROVANO, « Publicité comparative et protection des consommateur », *D.S.* 1974. Chron. 279, p. 282.

47. À comparer avec *Paris (4e ch), 8 février 1975, Ann. prop. ind.* 1975, 276 concernant la campagne publicitaire montrant les avantages des cirages conditionnés en tube par rapport aux cirages conditionnés en boîte.

48. M. CHAVANNE, Chronique, (1969) 22 *Rev. trim. dr. com.* 76.

49. *Trib. com. Seine, 27 fév. 1956, Gaz. Pal.* 1956.1.J. 387; A. PIROVANO, *op. cit.*, note 46, p. 281; P. et F. GREFFE, *op. cit.*, note 44, n° 408, p. 168.

De plus, il faut noter que la comparaison est jugée fautive quand bien même les allégations seraient conformes à la vérité[50]. Toute critique d'un concurrent même implicite et même vraie est à proscrire[51]. En fait, on est même allé jusqu'à affirmer que la révélation de faits vrais est plus préjudiciable que la publicité fondée sur des faits imaginaires et donc doit d'autant plus être interdite[52].

12. La publicité comparative étant clairement interdite en droit français, il convient d'examiner les motifs invoqués par les tribunaux français pour justifier leur position. Un jugement récent de la Cour de Paris est particulièrement explicite sur ce point[53]. Selon cette décision, la publicité comparative ne peut être admise que sous deux conditions essentielles : la comparaison doit être suffisamment générale pour ne pas aboutir à un dénigrement dirigé contre une entreprise en particulier et les tests publiés doivent être objectifs. Dans cette affaire, la Société FNAC, distributeur important dans le domaine de la radiodiffusion, avait procédé à des essais comparatifs mettant en concurrence plus de 70 postes autoradios de marques différentes. Un résumé du résultat obtenu lors des tests fut publié dans diverses revues : FNAC y déclarait que sur 70 produits testés, 16 seulement étaient retenus et que la liste des 16 autoradios était disponible aux magasins FNAC indiqués. La Cour de Paris conclut que cette publicité ne rencontrait pas les conditions dégagées par la jurisprudence. En effet, un des fabricants d'autoradios avait été spécialement visé par la publicité. D'autre part, le tribunal souligne qu'on ne peut qualifier d'objectifs des tests réalisés dans les laboratoires de la FNAC, sans contrôle extérieur et sans invitation des fabricants intéressés. Un commerçant à vocation lucrative, soumis aux contraintes économiques extérieures, ne peut prétendre à une position de neutralité nécessaire pour procéder à des tests objectifs.

Cette décision illustre l'une des tendances jurisprudentielles qui refusent la publicité comparative entre commerçants en alléguant que ceux-ci n'ont pas pour but « l'information objective et désintéressée des utilisateurs [...] mais la recherche de la clientèle »[54]. Le droit d'établir des comparaisons entre produits n'appartiendrait qu'aux journalistes ou associations de consommateurs qui seuls, seraient dans une position d'impartialité[55].

---

50. *Trib. Gr. Inst. Paris, 31 mai 1968, D.J.* 1969.J.34; *Com. 19 juil. 1973, Gaz Pal.* 1973.2 Somm. 229; *Trib. com. Montbéliard, 24 sept. 1974, Gaz. Pal.* 1976.2.J.421; *Trib. com. Paris, 23 mai 1979, Gaz. Pal.* 1980.2.J.510; P. et F. GREFFE, *op. cit.*, note 44, n° 403, p. 167; G. FABRE, *op. cit.*, note 43, n° 86, pp. 73-74.

51. M. GREFFE, tel que cité par A. PIROVANO, *loc. cit.*, note 46, p. 280.

52. A. PIROVANO, *loc. cit.*, note 46, p. 284, citant la cause *Lyon, 7 avr. 1927, Ann. prop. ind.* 1929, 29.

53. *Paris (4e ch.), 3 juil. 1984, Ann. propr. ind.* 1984, 280.

54. *Paris, 6 juin 1964, Gaz. Pal.* 1964.2.J.273; voir aussi *Com. 21 fév. 1967, Bull. civ.* 1967. 111, n° 82 p. 73 tel que cité par A. PIROVANO, *loc. cit.*, note 46, p. 283.

55. *Paris (1er ch.) 12 fév. 1962, D.S.*1962. Somm. 55; *Paris (4e ch.) 7 juin 1973,*

Par ailleurs, d'autres motifs peuvent justifier la position de la jurisprudence française : une certaine conception de la faute en matière de concurrence déloyale, fondée sur une notion morale de la déloyauté, pourrait être une explication[56].

13. Enfin, il est possible de faire référence aux usages commerciaux et professionnels pour justifier l'interdiction d'une publicité comparative[57]. C'est d'ailleurs le critère dont se servent la jurisprudence et la doctrine majoritaire pour définir la faute constitutive de concurrence déloyale[58]. L'article 10 bis de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle,* convention à laquelle le Canada a adhéré, adopte également ce concept[59].

Tels sont les différents motifs invoqués par la jurisprudence française pour proscrire la publicité comparative. Cette position des tribunaux français n'a pas été sans attirer la critique des auteurs dont plusieurs préconisent fermement de légaliser la publicité comparative[60].

Il convient maintenant d'examiner si les tribunaux québécois ont suivi ou non le modèle français dans l'application des règles de la concurrence déloyale en matière de publicité.

---

*D.S.* 1973, J.619; *Paris (4e ch.) 20 déc. 1978, Gaz. Pal.* 1979.2.J.346; J.C. FOURGOUX, « La publicité comparative et l'utilisation des essais comparatifs », *D.S.* 1976.1. Doct.408-409; D. GANANCIA et P.F. DIVIER, « La presse et le droit de critique des produits », *D.S.* 1975.2. Doct. 514.

56. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* T. 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, n° 113, pp. 512 à 515; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité Élémentaire de droit commercial,* T. 1, 9e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, n° 468, p. 283; A. PIROVANO, *loc. cit.* note 46, p. 283; P. et F. GREFFE, *op. cit.,* note 44, n° 414, pp. 170-171.

57. *Trib. Gr. inst. Paris, 31 mai 1968, D.S.*1969, J.34; *Com. 22 nov. 1971, D.S.* 1972. Somm. 73; *Comm. 15 nov. 1982, Bull. civ.* 1982 IV, n° 350 p. 295.

58. A. PIROVANO, *loc. cit.,* note 46, p. 283.

59. *Convention Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle,* signée à Paris en 1883, dont les membres forment l'Union de Paris. L'article 10 bis énonce :

1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale;

2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale;

3) Notamment devront être interdits : 1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la qualité des marchandises.

60. A. PIROVANO, *loc. cit.,* note 46, p. 284. Voir également les opinions regroupées dans le dossier « La publicité en question ? » Dossier coordonné par Sylvère PIQUET, « La publicité en question » (1979) 79 *Revue française de marketing* 65; et voir le rapport de la Commission (décembre 1978/juin 1979) constituée à la demande de M. René Momy, ministre de l'Économie, dans C. SCRIVENER, D. ACHACH et Y. MONIER, *Rôle, responsabilité et avenir de la publicité,* Paris, La documentation française, 1979, pp. 69 à 73. *Contra :* B. BROCHAND et J. LENDREVIE, *Le publicator,* Paris, Dalloz, 1983, pp. 473 à 477.

### B. L'ATTITUDE DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

14. Les décisions de nos tribunaux en matière de concurrence déloyale peuvent être classées selon les mêmes catégories que celles établies par la doctrine française[61]. Cependant très peu de jugements québécois ont été rendus dans la catégorie qui nous intéresse, soit celle des manœuvres de dénigrement. La plupart de ces décisions concernait des déclarations fausses faites au sujet d'un commerçant[62]. Ces déclarations furent sanctionnées par les tribunaux dans la mesure où une preuve d'un dommage réel fut apportée[63].

En rendant leur jugement, les tribunaux ont, à l'occasion, énoncé les conditions nécessaires à l'acte de concurrence déloyale : certains ont exigé un élément de mauvaise foi de la part du défendeur[64]. Cette condition a été critiquée par des auteurs comme étant peu en harmonie avec les règles générales de la responsabilité civile[65]. Les tribunaux ont également tenu compte du caractère faux ou trompeur des allégations pour déterminer s'il y avait faute du défendeur[66].

15. Mais qu'en est-il de la publicité comparative? Trois décisions méritent d'être mentionnées. Deux concernent une réclame publicitaire, produite par la Pharmacie Montréal en 1933 qui était rédigée comme suit :

> La Pharmacie Montréal est la seule dans la Métropole qui a ramené le commerce pharmaceutique sur des bases honnêtes, avec profits simplement raisonnables, alors qu'avant sa fondation, les profits étaient scandaleux.

---

61. Voir P. BOURBONNAIS, *L'action en concurrence déloyale en droit canadien et en droit québécois,* thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1979, pp. 40-89.

62. *Carsley et al.* c. *Bradstreet Co.,* (1886) M.L.R. 2 S.C. 33; (1887) M.L.R. 3 Q.B. 83; *Robert G. Dunn et al.* c. *Octave Cossette,* (1889) M.L.R. 5 Q.B. 42; *Dominion Messenger D. Signal Co.* c. *Vaudrin,* (1924) 30 R.L. n.s. 336 (C.S.).

63. Voir la cause *Corbeil* c. *Dufresne,* (1935) 41 R. de J. 381 (C.S.) où l'action fut rejetée, faute de preuve d'un préjudice réel; et les causes : *Sarrazin* c. *Duquette,* (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.) et *Goyer* c. *Duquette,* (1936) 61 B.R. 503, où les critiques générales portées contre les pharmaciens ne furent pas considérées comme des actes de concurrence déloyale, aucun dommage en faveur des demandeurs n'ayant été établi.

64. Voir *Dominion Messenger and Signal Co. Ltd.* c. *Vaudrin,* (1924) 30 R.L. n.s. 336 (C.S.); *Sarrazin* c. *Duquette,* (1935) 41 R. du J. 365 (C.S.); *Corbeil* c. *Dufresne,* (1935) 41 R. du J. 381 (C.S.).

65. A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile,* Montréal, Wilson et Lafleur Limitée, 1971, n° 201, p. 219; P. BOURBONNAIS, *op. cit.,* note 61, pp. 70-71.

66. Voir *Carsley et al.* c. *Bradstreet Co.,* (1886) M.L.R. 2 S.C. 3; (1887) M.L.R. 3 Q.B. 83; *Robert G. Dunn et al.* c. *Octave Cossette,* (1889) M.L.R. 5 Q.B. 42; *Dominion Messenger D. Signal Co.* c. *Vaudun,* (1924) 30 R.L.n.s. 336 (C.S.); *Corbeil* c. *Dufresne,* (1935) 41 R. de J. 381 (C.S.); *Super Meubles Inc.* c. *Gestion Marcel Chouinard Inc.,* C.S., Québec, n° 200-05-002672-843, 15 nov. 1984, J.E. 84-1045.

> Elle a épargné des millions et des millions à ses concitoyens, c'est pourquoi tout vrai patriote devrait l'encourager.
>
> Si la Pharmacie Montréal disparaissait, vous verriez les autres pharmaciens monter leurs prix et vous tondre la laine sur le dos comme ils le faisaient auparavant.

À deux reprises, les tribunaux, notant que cette publicité ne visait personne en particulier et ne constituait qu'une critique générale du commerce pharmaceutique, ont rejeté les recours[67]. Ces décisions sont conformes à la position de la jurisprudence française qui ne sanctionne pas la publicité comparative lorsque celle-ci ne vise personne en particulier[68].

16. Cependant, elles ne nous renseignent guère sur la question de la publicité comparative préjudiciable. Une décision plus récente est plus éloquente sur le problème. Dans la cause *Ferland* c. *Larose*[69], une association d'ambulanciers avait publié un dépliant contenant une attaque contre une entreprise qui avait refusé de se joindre à leur regroupement. Le dépliant indiquait :

> Regrettable : Ambulance T.M.U. 778-0103. 568-0103, représente 15 pour cent des appels dans l'Outaouais a refusé de se joindre au regroupement afin de donner un meilleur service et ce au détriment de la population[70].

La Cour supérieure conclut à la concurrence déloyale en déclarant :

> En identifiant leur concurrent par son nom et ses numéros de téléphone et en ajoutant les mots « et ce au détriment de la population », je crois qu'ils ont outrepassé les limites de la concurrence licite et les bornes de la liberté d'expression. Leur acte devient alors délictuel, au sens de l'article 1053 C.C.[71].

Le tribunal souligne également qu'il est inutile de trancher la question de savoir si le regroupement favorise le public. Chacun a le droit de faire valoir ses opinions mais dans des limites légales. Les parties ont voulu ici nuire intentionnellement au demandeur et ont outrepassé ces limites.

Cette décision semble donc se rapprocher de la solution française : toute référence aux produits ou services d'un concurrent qui implique un dénigrement de ceux-ci est à proscrire. Le tribunal semble cependant s'être fortement inspiré de l'intention malveillante des parties pour conclure à la concurrence déloyale. Cette approche est différente de celle du droit

---

67. *Sarrazin et al.* c. *Duquette,* (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.); *Goyer* c. *Duquette* (1936) 61 B.R. 503.
68. *Supra,* note 43.
69. [1982] C.S. 616.
70. *Id.*, p. 617.
71. *Id.*, pp. 618-619.

français qui sanctionne la concurrence déloyale, peu importe l'intention des parties[72].

Quelle conclusion doit-on tirer de ces jugements? Ces quelques décisions ne constituent certes pas un courant jurisprudentiel nous permettant d'affirmer que la publicité comparative est un acte de concurrence déloyale. En l'absence d'un courant de jurisprudence établi, il ne reste plus qu'à s'en remettre aux règles générales de la responsabilité civile délictuelle et d'analyser cette pratique à la lumière de la notion de faute.

## III. LA NOTION DE FAUTE ET LA PUBLICITÉ COMPARATIVE

17. Tel qu'exposé précédemment, les juristes français ont conclu au caractère déloyal de la publicité comparative en invoquant, entre autres, au soutien de leur prétention, les usages professionnels et commerciaux ayant cours en France[73]. Par contre au Québec, il semble que cette pratique ait un certain droit de cité[74]. En fait, aux États-Unis, la pratique est acceptée, et même encouragée par la Commission fédérale américaine de commerce (CFAC). Il est donc certain que dans tout le continent nord-américain, y compris au Québec, cette pratique est de plus en plus répandue. Considérant ces différentes tendances, comment faut-il traiter la question dans le contexte du droit québécois? Il serait tentant de faire une analogie avec l'attitude développée en Louisiane. En effet, la Louisiane tout comme le Québec, a adopté un Code civil en s'inspirant du Code français. Comme le disait un auteur traitant de la question de la publicité comparative dans cet état, il ne semble y avoir aucune raison pourquoi les dispositions du Code civil louisianais n'offriraient pas des recours semblables à ceux reconnus en France sous la théorie générale de la concurrence déloyale. Cependant, comme le souligne cet auteur, une telle théorie devrait être analysée dans le contexte des pratiques commerciales jugées éthiques en Louisiane. Par conséquent, la publicité comparative, étant devenue une pratique généralement acceptée dans les états américains, ne devrait pas être considérée comme illicite en Louisiane[75].

La même solution doit-elle être adoptée au Québec? Nous pensons qu'une telle conclusion serait quelque peu hâtive dans le contexte du droit québécois. Il convient en fait d'analyser si véritablement une pratique nord-américaine répandue doit déterminer en tous les cas la légalité d'un acte en vertu de l'article 1053 C.c.B.-C. Ce qui nous amène

72. Voir sur ce point notre analyse de ce jugement dans « Concurrence déloyale en droit privé — commentaires d'arrêts », (1984) 15 *R.G.D.* 133, pp. 147 à 149.

73. Voir *supra*, note 57.

74. Voir *infra*, notes 134-135.

75. V. MONACHINO, "Product Disparagement and False Advertising in the Common and Civil Law", (1978-79) 53 *Tulane Law Review* 190, p. 211.

d'abord à examiner quelle est la pratique suivie au Québec en matière de publicité comparative et ensuite à étudier le concept de faute à la lumière de cette pratique.

### A. LA PRATIQUE DE LA PUBLICITÉ COMPARATIVE

18. Que la publicité comparative soit une pratique utilisée au Canada ne laisse plus de doute; par contre le phénomène n'est pas généralisé[76]. Par ailleurs, cette tendance est beaucoup plus accentuée aux États-Unis où la publicité comparative occupe jusqu'à 20 %[77] ou même 25 % des annonces diffusées au public[78]. Mais d'où vient l'apparition de cette pratique publicitaire au Québec?

Pour répondre à cette question, deux éléments doivent être mis en lumière. D'abord, en matière de publicité, les frontières comptent peu. Une partie des messages diffusés au Québec ont été conçus à l'extérieur de la province. En fait le problème est présent dans tout le Canada qui est également submergé par les messages de son voisin américain. En 1973, on estimait que plus de 85 % des familles possédant un téléviseur pouvaient capter des émissions de télévision américaines et que plus de 13 millions de numéros de publications américaines pénétraient sur le marché canadien chaque mois[79]. Or le public canadien ne dispose d'aucun moyen pour distinguer entre l'annonce américaine et l'annonce canadienne et l'influence des médias américains en est d'autant augmentée.

Aussi pour traiter de la pratique ayant cours au Québec en matière de publicité comparative, il faut d'abord comprendre la source et l'évolution de cette technique publicitaire sur le marché américain et canadien. En second lieu la publicité fait, tout comme de nombreux autres secteurs commerciaux et industriels, l'objet d'une certaine auto-réglementation. L'étude de la pratique de la publicité comparative au Québec serait incomplète si l'on passait sous silence les normes de conduite contenues dans ces codes.

---

76. En 1976, les chercheurs ont démontré qu'environ 19 % des annonces parues dans les journaux, les magazines et dans les programmes télédiffusés au Canada étaient de nature comparative. G.H.G. McDougall, *op. cit.*, note 4, p. 22. Sur ce pourcentage 2 % seulement constituaient des publicités comparatives directes (*i.e.* contenant une comparaison avec un compétiteur nommé) et 17 % représentaient soit des hyperboles, soit des comparaisons indirectes.

77. J.J. Boddewyn et K. Marton, *op. cit.*, note 1, p. 8.

78. A.A. Gallo, "False and Comparative Adversiting Under Section 43(a) of the *Lanham Trademark Act*", (1986) *Com. and the Law* 3.

79. G.H.G. McDougall, *loc. cit.*, note 4, p. 11 citant P.T. Zarry, "Advertising and Marketing Communications in Canada" dans D.N. Thompson et D.S.R. Leighton, *Canadian Marketing : Problems and Prospects,* Wiley Publishers of Canada, 1973, pp. 229-251.

## 1) L'origine de cette pratique

### *a) L'évolution américaine*

19. Comme nous l'avons vu précédemment, la publicité comparative a connu son essor, lorsqu'en 1972 la Commission fédérale américaine de commerce (CFAC) a incité les principales chaînes de télévision à accepter des messages publicitaires contenant une publicité comparative[80].

Avant cette période, la pratique générale était de comparer les produits avec ceux de marque « X »[81]. Plusieurs raisons motivaient les agences publicitaires à agir ainsi : primo, mentionner un compétiteur dans une annonce publicitaire était considéré comme une pratique peu rentable, puisque cela revenait à faire de la publicité gratuitement pour un concurrent[82]; secundo, une publicité comparative risquait d'attirer la sympathie du public envers le produit visé[83]; tertio, la publicité comparative était considérée comme contraire à l'éthique professionnelle[84]; enfin, les commerçants craignaient d'être poursuivis en justice à cause de telles annonces[85].

Ces raisons, entre autres, expliquent les réticences des trois grandes chaînes de télévision américaine à diffuser de tels messages. Aussi fallut-il une incitation très claire de la CFAC pour changer cet état de choses. La National Broadcasting Company (NBC) fut la première chaîne à céder sous la pression, en établissant toutefois des directives précises quant à l'utilisation de cette publicité[86]. Par la suite, les deux autres chaînes

---

80. La CFAC a été créée en 1914 pour traiter principalement des problèmes de droit anti-trust américains. Voir le *Wheeler-lea Act,* 15 U.S.C. al. 45 (1982). À l'origine, elle avait également le pouvoir de prévenir les pratiques monopolistiques et la concurrence déloyale (alors désignée par l'expression *unfair methods of competition).* Par la suite, son rôle a évolué de façon à ce qu'elle ait pleine compétence en matière de publicité trompeuse. Aussi en 1938, le congrès a donné à cet organisme un pouvoir exprès quant aux actes ou pratiques injustes ou trompeurs *(unfair or deceptive act of practices)* (Voir 15 U.S.C. al. 57a (1982)). Pour remplir cet objectif, la commission peut, soit poursuivre les personnes qui adoptent des comportements trompeurs ou injustes, notamment en matière de publicité, soit, lorsqu'une attitude a été adoptée à l'échelle même d'une industrie, choisir d'énoncer des règles devant régir toutes les situations semblables. Voir P.P. BAILEY, "How Advertising is Regulated in the United States", (1985) 54 *Antitrust Law Journal* 51, pp. 532-533. Pour une étude des activités de cette commission américaine, voir D. COHEN, *Advertising,* New York, John Wiley & Sons Inc., 1982, pp. 183 à 191.

81. S. STERK, "The Law of Comparative Advertising : How Much Worse is 'Better' than 'Great'?", (1976) 76 *Columbia L. Rev.* 80, p. 81.

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*

84. P. HATRY et J. KATZ, "Comparative Advertising Law and a Recent Case Thereon", (1981) 3 *Com. and the Law* 35, p. 38.

85. S. STERK, *loc. cit.,* note 81, p. 80.

86. S.B. COLON, "Comparative Advertising : Whatever Happened to "Brand X"", (1975) 57 *Ch. Bar. Record* 118; HATRY, *loc. cit.,* note 84, p. 38; A.A. GALLO, *loc. cit.,* note 78, p. 6.

de télévision américaine, la American Broadcasting Co. (ABC) et le Columbia Broadcasting System (CBS) furent également incitées par la commission américaine à adopter des politiques permettant la publicité comparative[87].

20. Donc depuis le début des années 1970, la publicité comparative est admise aux États-Unis. Est-ce à dire que cette pratique est à l'abri de toute contestation judiciaire? Bien au contraire, la publicité comparative est susceptible de tomber sous le coup de certaines dispositions des lois relatives aux marques de commerce ou de constituer des actes délictuels en vertu de la common law américaine : ainsi une publicité comparative peut être sanctionnée soit à titre d'acte diffamatoire *(tort of defamation)*, d'acte de dénigrement de produit *(tort of product disparagement)*, d'acte de concurrence déloyale *(tort of unfair competition)*, soit à titre d'acte violant le *Lanhan Trademark Act*[88] ou les lois anti-délayage concernant les marques de commerce. Voyons maintenant chacun de ces volets.

— La diffamation *(tort of defamation)* et le dénigrement de produit *(tort of product disparagement)*.

21. Toute publicité comparative risque évidemment de jeter du discrédit sur l'un des produits faisant l'objet de la comparaison et peut être sanctionnée en common law américaine pour dénigrement de produit[89]. Ce délit peut être défini comme une attaque délibérée concernant le produit d'un concurrent dont la fausseté peut être démontrée[90]. La publicité comparative peut donc donner lieu à une action pour dénigrement si la qualité des produits du demandeur est mise en question par cette publicité. Par contre, si la publicité est rédigée de telle façon que l'honnêteté ou l'intégrité du demandeur lui-même est mise en doute, l'action pour diffamation sera plutôt applicable. Bien sûr en matière de publicité comparative, cette dernière règle est plus rarement invoquée. En effet pour être diffamatoire, la publicité comparative devrait être rédigée de façon à ce qu'elle porte préjudice non seulement à la réputation des produits du demandeur mais également à sa réputation personnelle. La différence entre les deux types d'actions peut parfois être très difficile[91]. Par ailleurs, les conditions d'application des deux actions sont différentes. En matière d'action portant sur

87. Voir J.G. LEE, *loc. cit.*, note 7, p. 621.

88. 15 U.S.C. al. 1125(a) (1982).

89. Voir J.G. LEE, *op. cit.*, note 7, pp. 625 à 629.

90. Voir L.D. GANGHAN, "Advertisements which Identify 'Brand X' : A trialogue on the Law and Policy", (1967) 35 *Fordham Law Review* 445, p. 447.

91. S.E. STERK, *loc. cit.*, note 81, pp. 81-82; L.D. GAUGHAN, *loc. cit.*, note 90, p. 450.

une déclaration diffamatoire, la preuve de malice n'est pas toujours nécessaire[92], alors que dans l'action pour dénigrement, le demandeur doit démontrer soit que le défendeur connaissait la fausseté de ses déclarations, soit qu'il avait l'intention de porter préjudice au demandeur[93]. De plus, pour réussir dans une action pour dénigrement, le demandeur doit spécialement plaider et prouver des *specific damages,* c'est-à-dire des dommages qui lui ont été causés suite à la publicité. Le demandeur doit donc déclarer nommément les clients qu'il a perdus suite aux activités du défendeur ou il doit prouver une réduction de son chiffre d'affaires qui serait due aux actes du défendeur[94]. Par contre, dans le cas de l'action en diffamation, le recours peut être accueilli sans que soit apportée la preuve de l'étendue exacte des dommages subis par le demandeur[95]. Néanmoins malgré les différences qui marquent ces deux types de recours, un élément leur est commun : la vérité des allégations sera une défense parfaite à une action en diffamation ou en dénigrement[96].

— La concurrence déloyale *(tort of unfair competition)*

22. À cause des difficultés reliées au délit de dénigrement, les tribunaux américains ont été de plus en plus tentés d'utiliser les règles concernant la concurrence déloyale. En effet, une publicité comparative qui contiendrait des déclarations inexactes, fausses ou trompeuses concernant les produits d'un concurrent pourrait être sanctionnée à ce titre. Cependant un recours en vertu de cette théorie n'est pas sans créer des difficultés. En effet l'étendue exacte de cette théorie n'est pas clairement définie. Dans plusieurs juridictions, on en limite l'application au cas du *passing off,* c'est-à-dire au cas où la publicité incite le public à croire erronément que les produits du défendeur sont ceux du demandeur ou que les produits du défendeur sont patronnés ou reliés au demandeur. La majorité des annonces publicitaires comparatives ne rencontre pas ces critères. Aussi considère-t-on généralement que ce type de recours est de peu d'utilité en matière de publicité comparative[97].

---

92. S. STERK, *loc. cit.,* note 81, p. 83.
93. *Ibid.*
94. Voir J.G. LEE, *loc. cit.,* note 7, p. 627.
95. Voir V. MONACHINO, *loc. cit.,* note 75, pp. 193-194.
96. J.G. LEE, *op. cit.,* note 7, pp. 627-628; V. MONACHINO, *loc. cit.,* note 75, p. 192.
97. Voir S.B. CONLON, *loc. cit.,* note 86, p. 122; S.E. STERK, *loc. cit.,* note 81, pp. 169 à 171; V. MONACHINO, *loc. cit.,* note 75, pp. 197 à 202; A.A. GALLO, *loc. cit.,* note 78, pp. 10-11.

— Le *Lanham Trademark Act*[98]

23. Devant le peu de protection qu'accordait la common law américaine, les producteurs ont manifesté leur mécontentement au congrès américain, ce qui a éventuellement mené à l'adoption de l'alinéa 43(a) du *Lanham Trademark Act*[99]. Cette disposition édicte entre autres qu'une personne qui fait une déclaration ou une représentation fausse concernant un produit et qui met ce produit sur le marché peut être poursuivie en justice par toute personne qui croit en subir des dommages. Cette disposition a fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires[100].

Pour qu'une demande fondée sur l'article 43 de cette loi soit accueillie en justice, on doit prouver les éléments suivants :

1° dans la publicité, le défendeur doit faire des déclarations *fausses concernant ses propres produits;*
2° la publicité doit induire en erreur ou être susceptible d'induire en erreur une partie importante du public;
3° la tromperie doit être importante en ce sens qu'elle doit être susceptible d'influencer un consommateur pour l'achat ou non du produit;
4° le produit du défendeur doit faire l'objet d'un commerce inter-étatique;
5° le demandeur doit avoir subi ou être susceptible de subir un préjudice résultant de cette publicité, soit par la perte de ventes au profit du défendeur, soit par une dévaluation de sa réputation[101].

Une publicité comparative qui ne comporterait aucun élément trompeur ne pourrait donc pas faire l'objet d'une poursuite en vertu de cette disposition.

— Les lois anti-délayage *(Anti-dilution Statutes)*

24. De l'étude de ces différents recours intentés en vertu du droit américain, on serait tenté de conclure que la publicité comparative qui n'induit pas le public en erreur est une activité légale aux États-Unis. Cependant, une nouvelle doctrine concernant les règles anti-délayage, visant à protéger les marques de commerce, risque de changer cet état de choses. Cette doctrine a été introduite en 1927 par Frank Schechter dans son article "The Rational Basis of Trademark Protection"[102]. Selon cet auteur, la véritable fonction d'une marque de commerce est de stimuler les ventes

98. *Supra,* note 88.
99. *Ibid.*
100. A.A. GALLO, *loc. cit.*, note 78, pp. 11 à 29; S.E. STERK, *loc. cit.*, note 81, pp. 173 à 177; J.G. LEE, *loc. cit.*, note 7, pp. 702 à 710.
101. Ces conditions ont été énoncées par A.A. GALLO, *loc. cit.*, note 78, pp. 21-22.
102. (1927) 40 *Harv. L. Rev.* 813.

en convaincant les consommateurs que les produits porteurs de cette marque sont tous de même qualité[103]. Seules des marques uniques, c'est-à-dire des mots inventés, peuvent véhiculer une telle garantie et le droit se doit de protéger le caractère unique de ces marques contre toute «dilution»[104]. Cette dilution de la marque peut être créée par l'emploi de celle-ci sur d'autres produits, qu'ils soient ou non des substituts. Ainsi l'emploi de la marque « Kodak » en relation avec des bicyclettes constituerait une dilution de cette marque, bien que celle-ci soit connue comme une marque d'appareils photographiques[105].

Cette théorie a ensuite été reprise dans la législation de nombreux états américains. L'article 2 du *Model State Trademark Bill* a servi de modèle :

> Likelihood of injury to business reputation or of dilution of the distinctive quality of a mark registered under this Act, or a mark valid at common law, or a trade name valid at common law, shall be a ground for injunctive relief notwithstanding the absence of competition between the parties or the absence of confusion as to the source of goods or services[106].

Cette théorie peut être utilisée, selon les auteurs, pour prévenir trois catégories d'actes : l'emploi générique d'une marque (par exemple l'emploi de la marque « Thermos » pour désigner des bouteilles isolantes), l'emploi de la marque sur des produits non concurrents (l'emploi de la marque « Kodak » pour la vente de bicyclettes) ou finalement l'emploi de la marque dans une publicité comparative[107].

En effet, une publicité comparative entraîne une dilution de la marque comparée à deux niveaux. D'abord, en faisant la comparaison, le concurrent associe sa marque à l'image publicitaire déjà véhiculée par la marque établie. La comparaison diminue donc le pouvoir d'attrait de la marque originale. En deuxième lieu, l'image véhiculée par la marque originale n'est plus la même : le public garde à l'esprit la comparaison et non la qualité du produit original[108]. Donc indépendamment du caractère véridique ou non de l'annonce comparative, un commerçant pourrait s'objecter à ce qu'une publicité utilise sa marque dans un but comparatif. La théorie des règles anti-délayage présente donc beaucoup d'attrait pour empêcher une publicité comparative. Par contre, cette théorie n'est pas sans faille. Les auteurs en discutent l'étendue : certains l'étendent à toute marque ayant

---

103. *Id.*, pp. 818-819.

104. *Id.*, pp. 828 à 831.

105. Voir la cause *Eastman Photographic Material Co.* c. *John Griffith Corp.*, (1898) 15 R.P.C. 105 (Ch.); et W. DERENBERG, "The Problem of Trademark Dilution and the Anti-Dilution Statutes", (1956) 44 *Cal. L. Rev.* 439, p. 441.

106. *Model State Trademark Bill,* s. 12 (U.S. Trademark Ass'n 1964).

107. Voir N.S. GREIWE, "Anti-dilution Statutes : A New Attack on Comparative Advertising", (1982) 72 *T.M.R.* 178, p. 183 à 189.

108. *Id.*, pp. 727 à 728.

un magnétisme commercial[109], d'autres la limitent aux marques uniques (*i.e.* constituées de mots inventés)[110] ou aux marques ayant un caractère distinctif[111]. De plus, les tribunaux semblent réticents à y donner plein effet[112].

25. Enfin cette doctrine peut entrer en conflit avec les libertés garanties par le Premier Amendement de la Constitution américaine. En effet, alors qu'à l'origine on estimait que le discours commercial n'était pas couvert par le Premier Amendement, des développements récents ont modifié cette interprétation de la constitution américaine[113]. Désormais, avant d'appliquer les législations anti-délayage, les tribunaux américains doivent vérifier si la publicité comparative est ou non protégée par cette disposition. Pour ce faire, il faut distinguer entre la publicité comparative visant à informer le public et celle uniquement persuasive. Seule la publicité qui vise à renseigner le consommateur en comparant les prix des produits ou une autre caractéristique importante des marchandises est protégée par le Premier Amendement. Par contre, celle qui ne cherche qu'à influencer le consommateur, sans lui fournir d'information lui permettant d'exercer un meilleur choix, ne mérite pas de protection[114].

Telles sont les grandes lignes du droit américain sur la question, qui expliquent la croissance du phénomène de la publicité comparative aux États-Unis. Au Canada, ce mouvement ne pouvait naître que dans la mesure où le droit canadien y était favorable. Aussi faut-il maintenant envisager la question sous l'angle du droit canadien.

### *b) L'évolution canadienne*

26. À l'instar du droit américain, le droit canadien n'interdit pas la publicité comparative. Seuls les droits conférés par la *Loi sur les marques de commerce*[115] au propriétaire d'une marque enregistrée permettent de limiter l'utilisation d'une publicité comparative. Tout comme le droit américain, le droit des provinces de common law sanctionne la publicité comparative fausse ou trompeuse par le biais de différents *torts* ou délits : le délit de diffamation *(tort of defamation)* ou le délit d'allégation mensongère et préjudiciable *(tort of malicious falsehood)*. En premier lieu, le délit de diffamation recouvre en fait deux volets, soit la diffamation faite

109. C.B. WOLF, "Trademark Dilution : The Need for Reform", (1984) 74 *T.M.R.* 311, p. 315.
110. F. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 102, pp. 828 à 833.
111. N.S. GREIWE, *loc. cit.*, note 107, pp. 181-182.
112. Voir la critique de C.B. WOLF, *loc. cit.*, note 109, pp. 312 à 314.
113. N.S. GREIWE, *loc. cit.*,note 107, pp. 189 à 192.
114. *Id.*, pp. 192 à 196.
115. *Supra*, note 20.

par écrit, c'est-à-dire le *libel,* soit la diffamation faite oralement c'est-à-dire le *slander.* Selon que l'on sera en présence de l'un ou de l'autre de ces aspects, les conditions pour avoir un recours en justice changeront. Ainsi en certains cas une preuve de malice sera exigée, en d'autres, non. Par exemple alors que généralement le *slander* exige la preuve d'une intention malicieuse de la part du défendeur, le *libel* ne l'exige pas[116]. D'autre part, bien que cette condition ait été modifiée par voie législative[117] la common law exigeait autrefois à l'égard de certains *slanders* que le demandeur fasse une preuve de dommages spécifiques[118].

27. D'autre part, le délit d'allégations mensongères et préjudiciables est susceptible de s'appliquer à la publicité comparative. Ce *tort* permet un droit d'action lorsqu'une personne publie malicieusement, oralement ou par écrit, une déclaration fausse qui discrédite les produits d'une autre personne et cause à cette autre personne des dommages spécifiques. Ce recours délictuel est particulièrement important en matière de publicité comparative[119]. De plus, le législateur fédéral en a étendu l'application à l'alinéa 7a) de la *Loi sur les marques de commerce,* en éliminant l'exigence de la preuve de malice et en adoucissant le fardeau de demandeur quant à la preuve du préjudice[120]. Cependant la constitutionalité de cet article de la loi fédérale peut être mise en doute[121].

Les deux délits, de diffamation et de déclaration mensongère préjudiciable, se ressemblent étrangement. Tous les deux visent à sanctionner des déclarations fausses et dommageables qui sont faites au détriment du demandeur. Cependant, alors que les règles concernant la diffamation visent à protéger un intérêt dans la réputation personnelle du demandeur, le délit de déclarations mensongères et préjudiciables lui vise à protéger un intérêt dans la valeur marchande des produits du demandeur[122].

28. De l'étude de ces différents *torts,* certaines conclusions peuvent être tirées. Tout d'abord, l'élément de fausseté des déclarations concernant la réputation personnelle d'un commerçant ou concernant son

---

116. Sur les distinctions entre le *libel* et le *slander,* voir J. WILLIAMS, *The Law of Defamation in Canada,* Toronto, Butterworths, 1976, pp. 49 à 57.

117. Voir à titre d'exemples : *Defamation Act,* R.S.M. 1979, chap. D-20; *Defamation Act,* R.S.A. 1980, chap. D-6; *Defamation Act,* R.S.N.B. 1973, chap. D-5; également *Ontario Libel and Slander Act* R.S.O. 1980, chap. 237 qui élimine l'exigence de preuve de dommages spéciaux en certains cas.

118. Voir à ce sujet J.G. FLEMING, *The Law of Tort,* Sidney, The Law Book Co. Ltd, 1983, pp. 521 à 523; voir également H.R.R. BAIN, "The Law Affecting Comparative Advertising", (1974) 32 *F.L.R.* 109, p. 115.

119. Voir à titre d'exemple la cause *Frank Flaman Wholesale Ltd* c. *Firman,* (1982) 65 C.P.R. (2d) 152 (Sask.Q.B.) et le commentaire de J. IRVINE, (1982) 20 C.C.L.T. 247.

120. Voir *S.S. Industries Inc.* c. *Ross Frederick Rowell,* [1966] R.C.S. 419; H.R.R. BAIN, *loc. cit.,* note 118, p. 116.

121. Voir *supra,* note 24.

122. Voir J.G. FLEMING, *op. cit.,* note 118, p. 669.

entreprise ou ses marchandises est un élément capital pour que l'action en justice soit accueillie en common law. En effet la justification ou la véracité des déclarations constitue une défense absolue à une action en diffamation[123]. De plus, en ce qui concerne le délit de déclarations mensongères et préjudiciables, l'élément de fausseté est un élément indispensable de l'action[124]. Existe-t-il en common law canadienne un concept semblable à celui des lois anti-délayage des États-Unis? Certains argumentent que ce concept serait né en common law anglaise suite à la cause *Eastman Photographic Material Co.* c. *John Griffith Corp.*[125], où le tribunal avait protégé la marque « Kodak » en interdisant son utilisation pour des bicyclettes[126]. La décision *Bollinger* c. *Costa Brava Wine*[127] serait un autre exemple[128]. Dans cette cause, le tribunal avait interdit l'utilisation du mot « champagne » en relation avec du vin espagnol au motif qu'un tel emploi risquait de diluer la renommée de ce produit en l'associant à de simples vins pétillants. Par contre, ce concept de dilution n'en est qu'au stade embryonnaire : en effet, selon les principes traditionnels de la common law, la publicité comparative ne peut donner ouverture à une action en justice[129].

Au Canada, le concept de dilution n'a pas été reconnu comme tel[130]. Par contre, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Seiko*[131], en reconnaissant l'existence en droit canadien du *tort* élargi de *passing off*, a cité avec approbation la cause *Bollinger*. Il semble donc que ce concept de dilution des marques, bien que n'ayant pas encore reçu une consécration judiciaire, puisse un jour être intégré au droit canadien.

En attendant, il est plus prudent de considérer que la publicité comparative qui ne véhicule aucune impression fausse ou trompeuse ne

---

123. *Id.*, p. 524.

124. J. WILLIAMS, *op. cit.*, note 116, p. 26. L'auteur indique même que l'allégation mensongère doit avoir un caractère sérieux pour constituer un délit. Une simple déclaration qu'un produit est meilleur qu'un autre ne constituera pas un délit si une personne sérieuse n'y aurait pas cru. Voir à ce sujet *De Beers Abrasive Products Ltd. et al.* c. *International Electric Co. of New York Ltd. et al.*, [1975] 1 W.L.R. 972 (Ch. D.); D. MAGNUSSON, "Unfair Competition : Yesterday, Today and Tomorrow", (1982) *PTIC Bulletin*, Series 8, Vol. 16, p. 1026.

125. (1898) 15 R.P.C. 106 (Ch.).

126. W. DERENBERG, *op. cit.*, note 105, p. 448.

127. [1961] R.P.C. 116.

128. Voir H.R.R. BAIN, *loc. cit.*, note 118, p. 121.

129. W.R. CORNISH, *Intellectual Property*, London, Sweet & Maxwell, 1981, pp. 505-507. En droit anglais, seul le par. 4(1) du *Trade Marks Act* 1938 (182 Geo. 6, chap. 22) permet de sanctionner une publicité comparative qui implique une marque enregistrée. Voir *Bismag* c. *Amblins*, (1940) 57 R.P.C. 209 (Ch.). De plus, une simple vantardise de la part d'un commerçant ne peut donner lieu à une action en justice. *White* c. *Mellin*, [1895] A.C. 154 (H.L.); *Hubbuck* c. *Wilkinson*, [1899] 1 Q.B. 86.

130. H.R.R. BAIN, *loc. cit.*, note 118, p. 121.

131. *Consumers Distributing Co. Ltd* c. *Seiko Time Canada Ltd*, [1984] 1 R.C.S. 583.

constitue pas une activité délictuelle en vertu de la common law canadienne. Ce laxisme du droit canadien explique l'apparition de la publicité comparative dans les provinces de common law. Cette technique se propagea à travers les différents médias d'information existant au Canada. Les organismes responsables de l'exploitation de ces médias inclurent bientôt dans leurs codes d'éthique des règles concernant cette pratique. Voyons maintenant le traitement réservé à la publicité comparative dans cette auto-réglementation.

## 2) L'auto-réglementation dans l'industrie de la publicité

29. L'auto-réglementation désigne les directives, politiques ou normes de conduite qu'adoptent des organismes pour faire respecter la déontologie au sein d'une industrie[132]. Dans le domaine de la publicité, différents codes ont été adoptés[133]. Certaines de ces normes de conduite visent le cas de la publicité comparative : ainsi, le *Code canadien des normes de la publicité* indique :

> **6. Dénigrement mensonger**
> La publicité ne doit pas attaquer ou dénigrer injustement produits, publicité ou service concurrents, ni exagérer la nature ou l'importance de différences concurrentielles. Si des comparaisons sont faites avec d'autres produits ou services, l'annonceur doit fournir rapidement les preuves à l'appui de ses énoncés au Conseil[134].

De même, le Comité des télédiffuseurs du Canada et la Société Radio-Canada n'acceptent la publicité comparative qu'à certaines conditions[135].

---

132. P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, pp. 507 à 510.

133. Voir, entre autres, le *Code canadien des normes de la publicité,* Montréal, Conseil des normes de la publicité, janvier 1982 et les autres codes cités par P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, p. 507.

134. *Id.*, p. 5. Le Conseil des normes de la publicité administre également les *Lignes directrices de toute publicité comparative en matière d'alimentation* et les *Lignes Directrices portant sur l'utilisation dans les messages publicitaires, de données résultant d'enquêtes et de recherches en matière d'alimentation,* qui touchent la question de la publicité comparative.

135. Voir le *Code publicitaire,* Société Radio-Canada, 1983, p. 4 où l'on indique :
> « La publicité comparative doit être positive, juste et pertinente en ce qui a trait aux avantages promis aux consommateurs et elle doit éviter les images ou déclarations désobligeantes à propos d'autres produits, services ou industries. Elle doit mettre l'accent sur les services ou la marchandise annoncés et non sur les désavantages ou défauts d'autres produits. »

Voir également *Guide,* Comité des Télédiffuseurs, septembre 1983, p. 6 où le comité reconnaît que cette forme de publicité, lorsqu'elle est utilisée de façon véridique et loyale

30. Quels sont les effets de cette auto-réglementation? En pratique, elle a un effet considérable. À titre d'exemple, on peut citer la sanction prévue par le *Code canadien des normes de la publicité,*, qui prévoit que l'annonce qui enfreint le code sera refusée par tous les membres de l'association[136].

Sur le plan légal, les répercussions ne sont qu'indirectes[137]. Les codes d'éthique peuvent être intégrés au droit parce qu'ils représentent l'usage dans un secteur et sont donc des obligations tacites des contrats[138] ou parce qu'ils représentent des normes élémentaires que respecterait une personne prudente et diligente[139]. En dehors de ces cas où la norme est intégrée au droit, elle s'analyse comme une clause de nature contractuelle liant l'entreprise contrevenante à l'association d'auto-réglementation[140].

Est-ce à dire que la publicité comparative admise dans ces codes d'éthiques doit être considérée comme un usage honnête ayant cours au

---

peut être utile pour la consommation. Il indique cependant des directives concernant son application :

1. L'intention et la connotation de l'annonce doivent viser à renseigner et non à discréditer ou à attaquer déloyalement les concurrents, leurs produits ou leurs services.
2. On ne doit désigner nommément un produit rival que s'il offre une concurrence sérieuse sur le marché.
3. Le concurrent doit être identifié loyalement et correctement, et non sur un ton ou d'une manière qui dénigre son produit ou service.
4. L'annonce doit comparer des propriétés ou ingrédients semblables ou ayant un lien entre eux, en tenant compte du format et des autres caratéristiques.
5. L'identification doit avoir pour but d'établir une comparaison honnête et ne doit pas servir uniquement à rehausser un produit par association.
6. Lorsque des produits font l'objet d'une épreuve, celle-ci doit être faite de façon objective et de préférence par un sujet indépendant pour qu'il n'y ait aucun doute quant à l'authenticité de l'épreuve.
7. L'épreuve doit toujours corroborer toutes les affirmations de l'annonce qui sont fondées sur elle, et les pièces justificatives doivent être soumises sur demande.
8. Dans une annonce, on ne doit jamais utiliser de résultats partiels ni souligner des différences négligeables qui pourraient porter le consommateur à tirer une conclusion erronée.
9. La caractéristique comparée doit être mesurable et appréciable sur le plan de la valeur ou de l'utilité du produit pour le consommateur.
10. La publicité comparative qui fait appel à un témoignage ne doit pas laisser entendre que celui-ci est plus que l'opinion d'un individu, sauf si ce dernier représente un échantillon du point de vue de la majorité.

136. Voir le *Code canadien des normes de la publicité, op. cit.*, note 133, p. 9.

137. P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, pp. 508-509.

138. Art. 1024-1016-1017 C.c.B.-C.; P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, pp. 508-509.

139. Art. 1053 C.c.B.-C.; P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, p. 508; voir également la cause *Fabien* c. *Dimanche-Matin Ltée,* où M. le juge Chevalier se réfère aux politiques du Conseil de presse du Québec pour définir la faute d'un journaliste : [1979] C.S. 928; Appel accueilli sur un autre point de droit le 13/09/1983, J.E. 83-971.

140. Voir P. TRUDEL, *op. cit.*, note 12, p. 509; citant la cause *Senez* c. *Chambre d'Immeuble de Montréal,* [1980] 2 R.C.S. 555-568.

Québec? Jusqu'à quel point doit-on se fier à ces organismes d'autoréglementation pour définir l'usage commercial honnête?

À notre avis, il n'est possible de répondre à cette question qu'en mettant en conjonction l'ensemble des éléments que nous avons exposés jusqu'à présent et qu'en réexaminant la notion de faute utilisée en matière de concurrence déloyale.

### B. LE CONCEPT DE FAUTE

31. Pour déterminer le caractère fautif de la publicité comparative, il faut sans doute retracer l'analyse du concept de faute dans le cadre de la concurrence déloyale. Les auteurs français ont avancé plusieurs hypothèses fondées sur des théories qui touchent l'ensemble de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle. La faute peut être envisagée comme la violation d'un devoir moral, légal ou social ou comme l'exercice abusif de la liberté de commerce.

#### 1) La violation d'un devoir moral

32. Certains ont voulu placer le concept de faute sur le terrain simplement moral[141]. Roubier bien que ne reconnaissant pas comme telle cette théorie idéaliste[142] donne à l'aspect moral une certaine importance[143]. On retrouve certains échos de cette théorie dans la doctrine québécoise qui enseigne que l'homme prudent et diligent observe les préceptes fondamentaux de la morale qui sont communément admis par la société[144].

Cette thèse n'est pas sans avoir suscité les critiques. Le caractère vague et arbitraire de ce critère empêche de concevoir clairement les frontières de l'action en concurrence déloyale[145]. Cette affirmation est d'autant plus vraie en matière de publicité comparative. Certains sont pourfendeurs farouches de cette technique publicitaire, d'autres en sont des partisans convaincus. Les uns y voient des attaques déloyales sur la marque d'autrui, d'autres n'y voient que le droit sacré du consommateur à une information juste et pertinente. Ainsi selon certains, la publicité comparative encourage la concurrence en renseignant les consommateurs et en forçant ainsi les

141. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 56, n° 468, p. 283.

142. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 56, pp. 512 à 515.

143. *Id.*, p. 517, lorsqu'il indique que le point de vue social, en droit, ne peut pas faire abstraction complète du point de vue moral.

144. Voir J. PINEAU et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd, Montréal, Thémis, 1980, pp. 45-46.

145. A. PIROVANO, *loc. cit.*, note 46, p. 283.

entreprises à présenter de meilleurs produits à meilleur marché. Ce type de publicité est d'ailleurs favorable aux petites entreprises qui bénéficient ainsi du moyen de surmonter les coûts liés à la publicité en associant leur produit à une marque connue[146]. Par contre, d'aucuns argumentent qu'au contraire la publicité cause un tort irréversible au propriétaire d'une marque. Selon les tenants de cette thèse, une publicité comparative peut être déloyale même si elle est véridique, car elle peut porter sur des éléments non essentiels des produits[147].

De plus, rares sont les publicités qui présentent des comparaisons entre des caractéristiques précises de marchandises. La plupart se contentent de comparaisons d'ordre général qui visent simplement à associer un produit à une marque déjà connue[148].

Pour ces raisons, une conception de la faute sur une simple base morale ne présente que peu d'intérêt pour déterminer si la publicité comparative est ou non fautive. Comme le disait Roubier :

> [...] une règle morale n'est pas la même chose qu'un principe juridique et on n'a en définitive aucune idée claire de ce que la jurisprudence peut comprendre sous le nom de concurrence déloyale : c'est surtout une étude casuistique des arrêts qui peut nous le faire connaître pour le passé, sans nous donner d'ailleurs aucune règle pour l'avenir[149].

## 2) La violation d'un devoir légal

33. Selon cette théorie formaliste, seul l'acte prohibé par une disposition expresse de la loi constitue un acte de concurrence déloyale. Cette thèse n'a pas été retenue en droit civil français, car la loi ne peut prévoir à l'avance tous les actes possibles de concurrence déloyale[150]. En droit civil québécois, une telle conception de la faute ne serait pas conforme à la théorie générale de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle et ne devrait pas être retenue. En effet au Québec, le concept de faute n'a jamais été limité à la seule transgression d'une obligation prévue expressément par un texte législatif ou réglementaire; au contraire, tout

146. Sur l'effet de la publicité sur les forces du marché, voir Dr. M. SCHNABEL, "Conscious Parallelism and Advertising Themes : The Case for "Comparative" Advertising", (1974-1975) 7 *Antitrust Law & Economics Review*, pp. 11 à 20.

147. Voir sur les arguments pour et contre la publicité comparative, B. BROCHAND et J. LENDREVIE, *Le publicator*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 474 à 475; S. NYE, "Comparative Advertising — In Defense of Truthful Comparative Advertising", (1977) 67 *T.M.R.* 351; A. ROBIN et H.B. BARNABY, "Comparative Advertising : A Skeptical View", (1977) 67 *T.M.R.* 358 et *supra*, note 57.

148. Voir *supra*, note 10.

149. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 56, n° 113, p. 512.

150. *Id.*, n° 112, p. 512.

individu n'agissant pas comme une personne prudente et diligente est susceptible d'être tenu responsable des conséquences de ses actes.

### 3) L'exercice abusif de la liberté de commerce

34. Cette thèse s'inspire de la théorie de Louis Josserand concernant l'abus de droit[151]. Selon cet auteur,

> [...] il peut arriver qu'un commerçant, sans s'attaquer directement au droit certain, au droit nommé d'autrui, fasse, de son propre droit, un mauvais usage en le détournant de sa destination sociale et contrairement à l'esprit de l'institution, par exemple dans une pensée nocive. En ce cas, l'acte qu'il accomplit est irréprochable, si on l'envisage en lui-même, en l'isolant de la mentalité de son auteur, du but poursuivi; mais il devient inacceptable, parce qu'immoral, parce qu'antisocial, si on le rattache jusqu'à la pensée d'où il est sorti : cet acte n'est pas *illégal,* comme le précédent, mais il est *illicite* de par le mobile auquel il ressortit. Et c'est ainsi que s'est constituée, dans la jurisprudence et dans la doctrine, la théorie de la *concurrence déloyale* qui n'est qu'une forme spécialisée de la théorie générale de l'abus des droits, à savoir : l'*abus de droit de libre concurrence;* ce droit, comme presque toutes les prérogatives individuelles, est en réalité d'essence sociale; il est causé, sinon en termes exprès, du moins virtuellement et en fonction même de la mission sociale qui lui est dévolue; lui aussi, il ne doit être exercé qu'à bon escient, conformément à l'esprit de l'institution et aux besoins, à la sécurité des relations commerciales; du moment qu'il est mis au service du dol, de la fraude, de la déloyauté, il est exercé abusivement et il devient donc une source de responsabilité[152].

Au Québec, la thèse de Josserand n'a pas été acceptée par la majorité[153]. D'ailleurs, comme l'a souligné Roubier, en matière de concurrence déloyale la difficulté est de discerner le motif anti-social. En effet, le commerçant fait en tout temps acte de concurrent et ne détourne aucunement son droit de la finalité[154]. L'argument est également valable pour la publicité comparative où le but poursuivi est le même que pour toute campagne publicitaire : l'agent vise à rafler une part du marché au détriment de ses concurrents.

### 4) La violation d'un devoir social

35. Cette thèse, préconisée par Roubier, consiste à se référer à la source sociale du droit, c'est-à-dire aux usages[155], pour définir la faute.

---

151. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité,* 2e éd., Paris, Dalloz, 1939.

152. *Id.,* p. 234.

153. J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle,* Cowansville, Yvon Blais Inc., 1985, n° 137, p. 77.

154. P. ROUBIER, *op. cit.,* note 56, pp. 524 à 527.

155. *Id.,* p. 515.

Roubier y ajoute toutefois une réserve : seuls les usages honnêtes doivent servir de guide[156]. Cette méthode, dite réaliste, est également prônée par la doctrine et la jurisprudence française majoritaires[157], imitées en cela par les juristes québécois[158]. Ce critère, utilisé dans le contexte français et québécois, conduit à des résultats différents : en France, la publicité comparative est proscrite; au Québec, la pratique étant admise en principe par le milieu professionnel, la conclusion serait de la traiter comme une activité légale.

Le danger d'une telle attitude a été souligné par certains : les usages, tirés de cette pratique du milieu professionnel, peuvent mener à une protection indue de ce milieu au détriment du public[159]. Aussi, en France, critique-t-on l'interdiction de la publicité comparative, faite soi-disant pour le seul bénéfice des commerçants et ce, au détriment de leur clientèle, les consommateurs[160].

Par ailleurs, au Québec, le danger réside à un autre niveau : il ne faut pas oublier que la pratique actuelle n'est pas née simplement d'un réflexe naturel du milieu. Avant les années 70, le milieu de la publicité se montrait fort réticent à admettre la publicité comparative[161]. Sans l'intervention d'un organisme gouvernemental américain, la Commission fédérale américaine du commerce (CFAC), il est loin d'être certain que la pratique se serait ainsi répandue au Canada[162].

36. Néanmoins cette pratique est maintenant admise par le milieu canadien de la publicité. Est-ce à dire qu'il faut pour autant la considérer comme non constitutive de faute?

Nous pensons que non, car un tel raisonnement pourrait mener à des résultats peu satisfaisants. En effet, comme nous l'avons vu, parallèlement à la croissance du phénomène de la publicité comparative aux États-Unis, le droit américain s'est saisi de nouveaux moyens pour contrer l'effet néfaste de cette pratique sur les marques uniques ou très connues[163]. Au Québec il serait malheureux que cette pratique soit intégrée et acceptée en partie à cause de son expansion aux États-Unis, alors que dans ce pays même des mécanismes sont créés pour en restreindre l'application. De plus, rien n'empêcherait la CFAC, après avoir dressé un bilan de la situation, de revenir sur ses positions en interdisant la publicité comparative

156. *Id.*, p. 517.

157. Voir *supra*, note 58.

158. A. et R. NADEAU, *op. cit.*, note 65, n° 205, p. 221; *T.V. Guide Inc./T.V. Hebdo Inc.* c. *Publications La Semaine Inc. et al.*, (1986) 6 C.I.P.R. 110 (C.S.).

159. A. PIROVANO, *loc. cit*, note 46, p. 284.

160. *Ibid.*

161. Voir *supra*, n° 19.

162. Sur l'évolution de l'attitude américaine, voir J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *op. cit.*, note 1, pp. 38 à 57; et sur l'impact de cette évolution sur l'attitude canadienne, voir pp. 150-151.

163. Voir *supra*, n° 24.

aux États-Unis. Les tribunaux québécois devraient-ils alors suivre ce revirement de la pratique américaine, se mettant ainsi à la remorque des décisions américaines? Voilà autant d'écueils où le critère des usages commerciaux risque de nous mener.

Toutefois, il ne faudrait pas surestimer l'impact de la pratique américaine sur l'attitude canadienne : avant de suivre le modèle américain, les agences de publicité et les médias canadiens ont étudié la question, ce qui a mené à l'établissement d'une politique qui se reflète dans les codes d'éthique professionnelle[164]. Néanmoins la question ne fait pas l'unanimité[165]. C'est sans doute ce dernier point qui illustre le mieux les difficultés de se servir de la pratique pour définir la faute en concurrence déloyale. En matière de publicité comparative, la pratique s'est installée en dépit d'une forte opposition d'une partie des intervenants. Son opportunité est encore discutée. Son caractère incertain la rend, à notre avis, impropre à servir de critère pour l'établissement d'une faute.

37. À ce stade de notre étude, il nous semble qu'une des réflexions de Roubier peut jeter une certaine lumière sur la question :

> Nous ne pouvons pas négliger l'aspect économique et social du problème; il s'agit de savoir dans quelles conditions la concurrence doit être conduite et, selon la politique économique qui prévaudra, on admettra une liberté plus ou moins grande dans la lutte; il y a tel moyen ou telle arme qui sera proscrit, dans un état social donné et qui sera au contraire toléré dans un autre. Le recours aux principes généraux du droit ne peut donc entièrement suffire à nous guider en cette matière[166].

Ce qui nous amène à traiter de cette politique économique afin de définir la faute constitutive de concurrence déloyale, car, à notre avis, seule une analyse de cette politique peut nous permettre de décider si la publicité comparative est une faute ou non.

D'abord il faut sans doute souligner, bien que cette règle soit connue, que le principe de la liberté de commerce demeure. Seule la concurrence déloyale est interdite[167].

Cette exception doit s'imbriquer dans un ensemble de principes, de lois et d'usages qui constituent le droit québécois. Il s'agit d'ailleurs ici plus que d'une simple affirmation voulant que l'homme prudent et

---

164. Voir *supra*, notes 134 et 135.

165. Voir J.J. BODDEWYN et K. MARTON, *op. cit.*, note 1, p. 151 où les auteurs relatent la forte opposition de l'Association du Barreau canadien à l'abrogation de l'art. 22 de la *Loi sur les marques de commerce*. Voir au même effet W. JANSEN, Jr., "Some Foreigh Law Aspects of Comparative Advertising", (1974) 64 *T.M.R.* 451, p. 479; *id.*, "Recent Legal Development Abroad in Comparative Advertising", (1979) 69 *T.M.R.* 397, p. 423; voir également *infra*, note 186.

166. P. ROUBIER, *op. cit.*, note 56, p. 515. Toutefois Roubier prône l'adoption du critère des usages commerciaux honnêtes pour définir la faute en matière commerciale.

167. *T.V. Guide Inc. / T.V. Hebdo Inc.* c. *Publications La Semaine Inc. et al.*, (1986) 6 C.I.P.R. 111 (C.S.), 122; A. et R. NADEAU, *op. cit.*, note 65, n° 201, p. 219.

diligent obéisse à la loi. Il s'agit de déterminer la faute commerciale par interprétation des textes législatifs et des usages applicables. Cela demande de prendre en considération autant la législation fédérale que provinciale et de tirer de cette analyse une théorie générale de la politique économique qui régit les rapports entre les commerçants au Québec.

38. Afin d'illustrer cette idée, on peut considérer simplement l'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés*[168] sur le concept de faute. En effet, l'article 2 prévoit :

> Chacun a les libertés fondamentales suivantes : [...]
>
> b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication [...][169]

Des auteurs reconnaissent que la Charte canadienne risque de modifier le contenu de la responsabilité civile[170]. Dans quelle mesure le droit sera-t-il modifié? La réponse est difficile à prévoir. Les tribunaux auront d'abord à évaluer si la Charte canadienne, à l'instar du Premier Amendement de la Constitution américaine, protège la liberté d'expression en matière de discours commercial[171]. Si les tribunaux décident de suivre la position américaine, ils devront ensuite déterminer dans quelle mesure les règles de responsabilité civile qui restreignent la liberté d'expression, comme l'interdiction de certaines formes de publicité, constituent une limite raisonnable « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », au sens de l'article 1 de la Charte canadienne[172]. Pour répondre à ces deux questions, les tribunaux seront-ils amenés à élaborer une distinction, comme cela s'est fait en droit améri-

168. *Charte canadienne des droits et libertés* dans *Loi constitutionnelle de 1982* (U.K. 1982, chap. 11 annexe B, partie I).

169. *Ibid.*

170. D. LLUELLES et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 219.

171. Sur les hésitations de la jurisprudence américaine sur la question et la solution par laquelle on protège même le discours commercial, voir C. BECKTON, « La liberté d'expression » dans G.-A. BEAUDOIN et W. TARNOPOLSKY, *Charte Canadienne des droits et libertés,* Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, pp. 148 à 151; N.S. GREIWE, *loc. cit.*, note 107, pp. 189-192; sur l'évolution du droit canadien, voir la décision *Klein and Duorak* c. *Law Society of Upper Canada,* (1985) 16 D.L.R. (4d) 489 (Ont. H.C.), commenté par J.D. ARCHAMBAULT, « La liberté d'expression des avocats garantie par les chartes : récents développements judiciaires », (1985) 45 *R. du B.* 329 où on refuse la protection de la Charte au discours commercial, et la cause *Ford et al.* c. *P.G. du Québec,* [1985] C.S. 147 où le tribunal conclut que le discours commercial est protégé par le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (L.R.Q., chap. C-12).

172. Sur cette notion, voir la décision récente de la Cour suprême dans *R.* c. *Oakes,* 28 février 1986. Voir de plus, *Source Perrier (Société anonyme)* c. *Fira-Less Marketing Co. Ltd,* [1983] 2 C.F. 18, où M. le juge Dubé doute que la notion de liberté d'expression puisse conférer le droit de diminuer la valeur de la clientèle attachée à une marque enregistrée.

cain, entre l'annonce informative, c'est-à-dire l'annonce qui a pour but d'informer le consommateur afin de l'amener à prendre une décision judicieuse (qui serait protégée par la Charte et dont l'interdiction serait injustifiable) et l'annonce simplement persuasive qui, sans fournir d'information au consommateur, cherche à l'influencer en se fondant sur son irrationalité et qui pourrait être interdite sans que cela constitue une violation de la Charte[173]. La question est posée : la réponse reste à venir.

La Charte canadienne nous fournit donc un exemple qui démontre bien que le concept de faute ne peut plus être analysé à la seule lumière du critère de l'homme prudent et diligent ou des usages commerciaux.

39. Aussi nous apparaît-il plus valable de déterminer la notion de faute en fonction de la politique économique qui concerne la concurrence déloyale au Québec. À ce niveau, deux grandes valeurs reconnues par notre système de droit s'affrontent : l'intérêt du consommateur, et l'intérêt du propriétaire d'un signe distinctif qui veut protéger la réputation rattachée à ce signe. Ces valeurs se réflètent dans les législations pertinentes. La *Loi sur la protection du consommateur*[174] et la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*[175] s'intéressent à la protection des intérêts du public. Aussi n'est-il pas surprenant que seule la publicité fausse ou trompeuse y soit proscrite. Par contre, la *Loi sur les marques de commerce*[176] dont l'objectif est également de promouvoir l'intérêt du public, protège aussi le propriétaire d'une marque contre toute dépréciation de la marque découlant de son emploi par un tiers[177]. De plus, il est clair que l'intention des rédacteurs de l'article 22 était de proscrire la publicité comparative[178]. Seule une interprétation restrictive de la notion d'emploi de la marque a amoindri la portée de la loi.

À la lumière de ces données, peut-on conclure que la publicité comparative est une activité fautive? Plusieurs arguments peuvent être invoqués au soutien de cette prémisse. D'abord, tout comme la *Loi sur les marques de commerce*[179], les règles de concurrence déloyale visent à protéger les marques qui ont acquis un caractère distinctif contre les pratiques dites déloyales[180]. Lorsque la *Loi sur les marques de commerce*[181]

173. N.S. GREIWE, *loc. cit.*, note 107, pp. 192 à 203.

174. *Supra*, note 12.

175. *Supra*, note 15.

176. *Supra*, note 20.

177. Voir l'art. 22 de la loi et *supra*, note 29.

178. Voir *Report of Trade Mark Law Revision Committee to the Secretary of State of Canada* dans H.G. FOX, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 2e ed., vol. 2, Toronto, Carswell Co. Ltd, 1956, p. 1166.

179. *Supra*, note 20.

180. Voir à titre d'exemple *T.V. Guide Ltd/Ltée* c. *Télésol Inc.*, [1979] C.S. 311; *Thériault* c. *Association Montréalaise D'Action Récréative et Culturelle (1983)*, [1984] C.S. 946; *Super Meubles Inc.* c. *Gestion Marcel Chouinard Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-002672-843, 15 nov. 1984, J.E. 84-1045; *Arcon Canada Inc. et al.* c. *Arcobec Aluminium Inc. et al.*, [1984] C.S. 1027; *T.V. Guide Inc. / T.V. Hebdo Inc.* c. *Publications La semaine Inc. et al.*, (1986) 6 C.I.P.R. 110 (C.S.).

181. *Supra*, note 20.

indique qu'aucune personne ne peut utiliser une marque enregistrée de manière à déprécier la valeur de la clientèle qui y est attachée, il semble que cette prescription puisse être utilisée pour circonscrire la notion de faute indiquée à l'article 1053 C.c.B.-C. Comme le démontre l'expérience française, l'action intentée en vertu de cet article est certes suffisamment large pour inclure cet acte.

On pourrait donc prétendre que la publicité comparative constitue une faute civile. À l'instar du droit français, il faudrait, bien sûr, limiter le recours à celui intenté contre les compétiteurs qui se servent de la réputation d'autrui pour mousser leur produit. Cela ne devrait pas empêcher les organismes indépendants, tels les journalistes ou associations de consommateurs de publier des analyses comparatives de produits[182].

D'autres, par contre, pourront argumenter que le principe demeure celui de la liberté de commerce et que, puisque la publicité comparative n'est prohibée ni par des dispositions expresses ni par les codes d'éthique, son caractère illicite n'est pas démontré. Personnellement, nous sommes beaucoup moins convaincu de cette dernière thèse.

40. À la lumière de ces données, il nous semble plus logique de considérer la publicité comparative comme un acte délictuel. Cependant notre intention n'est pas de prétendre que cette conclusion est définitive. Elle pourrait aisément devenir licite si par exemple le Parlement fédéral décidait d'abroger l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*[183]. C'est d'ailleurs ce que suggérait le Conseil économique du Canada en 1971[184] et le ministère de la Consommation et des Corporations du Canada en 1974[185]. Ce projet cependant rencontra une forte opposition de la part des membres du Barreau canadien[186].

D'autre part, en 1979, le projet de loi S-11, intitulé *Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale* prévoyait au paragraphe 19(4) que :

> L'enregistrement d'une marque n'empêche pas son utilisation par une autre personne aux fins de comparer ses produits ou services avec ceux auxquels l'applique le titulaire inscrit de la marque, pourvu que la comparaison

182. *Supra,* note 55.

183. *Supra,* note 20.

184. *Rapport sur la propriété intellectuelle,* Janv. 1971, pp. 229-230.

185. *Document de travail sur la révision de la Loi sur les marques de commerce,* avril 1974, pp. 143 à 148.

186. Voir W. JANSSEN, Jr., "Some Foreign Law Aspects of Comparative Advertising", *supra,* note 165, p. 487, qui rapporte les conclusions de différents organismes, dont celles d'un comité spécial de l'Association du Barreau canadien chargé d'étudier le *Document de travail.* Ce comité conclut au contraire que l'art. 22 devrait être élargi pour couvrir l'ensemble de la publicité comparative. L'Institut canadien des brevets et des marques de commerce recommandait également de maintenir l'art. 22 de la loi.

a) soit exacte et qu'elle ne soit ni trompeuse ni susceptible de l'être; et
b) précise qui est le titulaire inscrit de la marque.

Ce projet de loi ne fut jamais adopté[187]. En attendant, l'article 22 de la loi continue de régir le cas de la publicité comparative.

41. Cette solution est-elle souhaitable, c'est-à-dire doit-on interdire la publicité comparative? À notre avis, tout dépend de la conception que l'on se fait de l'intérêt du consommateur à être informé. Il semble clair que la publication des enquêtes comparatives menées objectivement par des personnes indépendantes, telles des associations de consommateurs, doit être permise. Mais lorsqu'on légalise la publicité comparative pratiquée par un compétiteur, il faut s'attendre à ce qu'une partie des messages comparatifs ne donnent que peu ou pas d'informations réelles concernant des caractéristiques précises des produits. Ainsi la campagne publicitaire menée en 1975 à Dallas pour Pepsi-Cola Co., dont le succès fut certain, informait simplement les consommateurs que la moitié des buveurs de Coca-Cola qui ont goûté Pepsi ont préféré celui-ci[188]. La question est alors : la publicité comparative est-elle nécessaire pour informer le consommateur qu'un autre produit existe? Certains estiment que cette pratique peut se révéler très utile pour renseigner le consommateur. Par contre, l'adoption d'une telle attitude implique qu'on néglige de considérer le point de vue du commerçant qui a investi temps et effort pour la promotion de sa marque. L'évolution de notre droit vers une plus grande protection du consommateur prône certainement la légalisation de cette pratique.

## CONCLUSION

42. La publicité comparative, est-ce une faute délictuelle? La question à notre avis nous force à repenser le concept de la faute en matière de concurrence déloyale. Les critères de la bonne ou mauvaise foi, de la morale, de l'exercice abusif d'un droit ou des usages professionnels ne servent guère. Par contre, la faute se conçoit beaucoup plus clairement par l'étude des règles et normes de conduite qui déterminent l'ensemble de la politique économique du Québec. À notre avis, l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*[189] nous donne de forts indices qu'il s'agit d'un acte délictuel.

Ce critère de la politique économique au Québec nous éloigne quelque peu du critère habituellement utilisé en matière de responsabilité civile : celui de l'homme prudent et diligent. Notre propos n'est pas de prétendre que désormais le critère de l'homme raisonnable est à écarter.

---

187. D.R. BERESKIN, "Notes from Canada", (1979) 69 *T.M.R.* 183, p. 193.
188. *Supra*, note 11.
189. *Supra*, note 20.

Simplement il nous semble qu'en matière de concurrence déloyale, et la publicité comparative est un exemple, le critère de la pratique généralement suivie par les commerçants est de peu d'utilité.

Il nous semble plutôt que le critère de l'homme prudent et diligent doit être appliqué en tenant compte des développements législatifs susceptibles de dévoiler l'intention du législateur concernant un type de comportement. Dans la mesure où l'esprit de la loi est d'interdire un acte, celui-ci constitue un délit ou un quasi-délit. C'est, à notre avis, le sort réservé à la publicité comparative tant que l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*[190] ne sera pas abrogé.

190. *Ibid.*