

Rejet de la demande d'injonction déposée à Noël contre Mobilicity

Bulletin(s)

Canadian Marketing, Advertising & Regulatory Law Update

Citation(s)

Mars 2013

Expertise

Marketing, publicité et réglementation

Réussir à faire retirer la publicité d'un concurrent grâce à une injonction interlocutoire peut se révéler une entreprise difficile et incertaine. Pourtant, de telles demandes ont été accordées plus fréquemment ces dernières années. Bien que la demande d'injonction interlocutoire contre Mobilicity ait été rejetée, l'arrêt *Telus Communications Company c. Mobilicity, 2012 BCSC 1933* fournit un excellent aperçu des facteurs susceptibles de contribuer au succès ou non d'une telle demande. La partie demanderesse détient-elle une part de marché considérablement plus importante que la partie adverse? Même dans le cas de fausses déclarations, les consommateurs changeraient-ils leur comportement? La société avait-elle tenu de tels propos auparavant sans que la partie demanderesse s'y oppose? Voilà autant de questions soulevées dans ce récent arrêt que nous analyserons dans le présent texte.

Contexte

« La saison des achats de Noël étant à nos portes, les sociétés œuvrant au sein de l'industrie des communications sans fil, un secteur rentable de l'économie, font face à une concurrence de plus en plus âpre ». C'est avec cette litote que le Juge Grauer de la Cour suprême de Colombie-Britannique a entrepris la lecture de sa décision concernant la demande d'injonction interlocutoire dans l'arrêt *Telus c. Mobilicity, 2012 BCSC 1933*.

La question de la concurrence dans le secteur des communications sans fil pendant le temps des Fêtes a souvent été débattue devant les tribunaux, particulièrement en 2009, année où ces derniers ont été saisis d'une rafale mémorable de litiges. Par exemple, le 14 décembre 2012, Telus Communications Company (« **Telus** »), un des trois principaux acteurs de l'industrie, alléguait que la campagne de publicité diffusée à l'occasion du temps des Fêtes par un nouvel entrant sur le marché, Data & Audio-Visual Enterprises Wireless Inc. (« **Mobilicity** »), était fausse et trompeuse de sorte qu'elle devait être interrompue. Bien que de telles allégations soient courantes au sein de l'industrie des communications sans fil, il s'agissait de la première fois que Mobilicity était invitée aux « festivités » que représentent les litiges en matière de publicité du temps des Fêtes. Le litige opposant Telus et Mobilicity s'est révélé intéressant à maints égards, notamment en ce qui a trait à la façon dont la part de marché respective des deux parties (acteur bien établi comparativement à un jeune acteur à fort potentiel de croissance) a influé sur la manière dont la Cour a équilibré les droits de chacune.

Motifs de la plainte de Telus

La demande de Telus visait une publicité télévisée que Mobilicity a entrepris de diffuser le 21 novembre 2012. Dans cette publicité, on y voit un homme s'adressant aux téléspectateurs en ces termes : « **Saviez-vous qu'en matière de réseaux de communication sans fil, ce que vous voyez ne correspond pas toujours à ce que vous obtenez? Soyez attentifs. Vous pourriez constater que l'offre exceptionnelle que l'on vous a proposée est loin du compte.** » Pour illustrer ce que les entreprises concurrentes annoncent, une carte sur laquelle on peut lire « **Forfaits illimités** » apparaît à l'écran. L'homme montre ensuite le dos de la carte, où est inscrit « **En soirée et les week-ends, après 18 h** ». Enfin, une autre carte avec l'inscription « **Téléphone gratuit** » apparaît à l'écran et, une fois retournée, on peut y voir « **Sous réserve d'un contrat de service de trois ans** ».

« Incroyable! », s'exclame l'homme, qui ajoute ensuite, « **Pas avec Mobilicity!** » Suivent ensuite des affiches où l'on peut lire « **Aucun contrat de service** » et « **Aucuns frais cachés** ». L'homme retourne les affiches, révélant les mêmes inscriptions. Il conclut en disant « **Avec Mobilicity, vous obtenez ce que vous voyez.** »

Telus a fait valoir que cette publicité laissait faussement entendre que les concurrents de Mobilicity ne disaient pas toute la vérité tandis qu'elle, elle était d'une grande franchise avec ses clients. En particulier, Telus soutenait ceci :

- a. aucun concurrent de Mobilicity n'utilise le syntagme « **Forfaits illimités** » de la façon dont il est question dans la publicité;
- b. **Mobilicity propose effectivement des contrats de service aux consommateurs et ses forfaits comprennent aussi une limite de données.** Conformément à une politique dite d'utilisation équitable, Mobilicity a recours à ce que l'on appelle une « limitation de la bande passante ». Après le téléchargement d'un certain volume de données par mois pour un même client, le téléchargement de ses données est commuté et le temps de téléchargement est augmenté proportionnellement. Moyennant un supplément, les clients peuvent demander une vitesse de commutation plus rapide. Telus allègue qu'une telle politique engage une conséquence contractuelle et constitue clairement une pratique de « limitation » des données.

Ce qui est inhabituel dans cette affaire, c'est que les allégations de Mobilicity dataient d'un certain temps. En fait, elle les a formulées pendant deux ans sans que Telus intervienne. Telus a toutefois expliqué que c'était le lancement de la publicité télévisée conjuguée à la façon particulière dont Mobilicity y juxtaposait ses allégations qui l'ont incité à agir. Telus a fait valoir que non seulement la publicité de Mobilicity accusait faussement ses concurrents de tromperie, mais qu'elle aussi induisait volontairement ses clients en erreur de la même façon.

Défense de Mobilicity

Mobilicity a soutenu que sa publicité ne contenait aucune déclaration trompeuse. Au contraire, a-t-elle affirmé, le but fondamental de la publicité était de souligner, en général, l'importance pour les consommateurs d'exercer une diligence raisonnable et de réitérer, en particulier, la nécessité « d'examiner attentivement » les offres relatives à la téléphonie cellulaire.

À l'égard de chacune de ses allégations, Mobilicity :

- c. a fait état d'un message publicitaire de Rogers qui utilisait le syntagme « Données illimitées » de la façon décrite dans sa publicité;
- d. a soutenu qu'il était essentiellement vrai qu'elle ne proposait pas de « contrat de service », car elle faisait uniquement référence à des contrats qui lient le client pendant une durée déterminée;
- e. ne contestant pas que ses conditions lui permettaient de « limiter les données », elle a prétendu que cette pratique constituait une contrainte sur la *vitesse* des données et non sur leur *nombre*; par conséquent, elle estimait que ses allégations en matière de « données illimitées » étaient vraies.

Mobility a également souligné qu'elle ne jouait qu'un petit rôle au sein d'une industrie où la concurrence est féroce, et elle a précisé que son entrée relativement récente sur le marché résultait d'une politique publique visant à accroître délibérément la concurrence. De plus, elle a affirmé qu'il s'agissait de sa première campagne publicitaire télévisée à l'échelle nationale, de sorte qu'en lui ordonnant de suspendre sa publicité, on lui causerait un préjudice inestimable alors qu'elle s'efforçait de se positionner sur le marché. Enfin, Mobility a fait valoir que Telus, de par sa taille et la position qu'elle occupe sur le marché, était non seulement en mesure de réfuter ses allégations en lançant sa propre campagne publicitaire, mais qu'elle avait aussi la capacité de quantifier les pertes liées à la diffusion de sa publicité qu'elle prétendait trompeuse.

Quant à Telus, elle a soutenu que son entreprise était certainement plus importante que celle de Mobility, mais, qu'en termes absolus, toutes deux étaient de grandes entités sophistiquées et bien financées, de sorte que Mobility ne devrait bénéficier d'aucune protection particulière de la Cour du fait que sa part de marché est relativement plus faible que celle de Telus.

Résultat

Le Juge Grauer a rejeté la demande d'injonction de Telus. Il a toutefois conclu que l'argument de Telus voulant que la publicité de Mobility soit trompeuse était défendable, mais que, selon lui, il n'était pas suffisamment solide. Par conséquent, la prépondérance des inconvénients favorisait Mobility.

Poids des arguments

Le Juge Grauer a fait valoir en faveur de Telus que l'allégation de Mobility concernant les « données illimitées » était problématique, particulièrement à la lumière de ses activités de limitation. Il a observé que le conseil formulé dans la publicité, soit qu'il importe de se montrer « attentif », concernait tout autant Mobility que n'importe quel autre de ses concurrents (paragraphe 23).

Ce qui paraît certain, selon le Juge J. Grauer, c'est qu'un consommateur attiré par l'offre de Mobility serait bien avisé de prendre connaissance de tous les éléments de sa proposition. Il a aussi remarqué avec une pointe d'ironie que ce que l'on voit ne correspond peut-être pas à ce que nous croyons obtenir (paragraphe 30).

Le Juge Grauer a aussi conclu que l'argument de Mobility selon lequel elle ne proposait aucun contrat était faux et qu'on pouvait le prouver du fait que les relations qu'elle entretient avec ses clients sont gouvernées par des conditions qui forment essentiellement un contrat.

L'affaire comportait cependant des facteurs atténuants. Faisant référence au syntagme « Données illimitées » dans la publicité de Mobilicity, le Juge Grauer a remarqué que le message afférent n'occupait pas l'avant-scène, mais qu'il était plutôt véhiculé dans le contexte de l'« Offre du temps des Fêtes » liée au forfait de données illimitées « Parler et texter » qu'elle proposait depuis un certain temps déjà (paragraphe 31). Pour ce qui est du syntagme « Aucun contrat de service », le Juge Grauer a indiqué qu'en contexte (en le juxtaposant à l'affiche faisant référence au contrat de service de trois ans), il n'était pas du tout certain qu'un consommateur, même crédule et inexpérimenté (faisant ici référence à un arrêt récent de la Cour suprême du Canada – *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8), conclurait que Mobilicity lui fournirait des services de communication sans fil libres de toute disposition contractuelle au lieu de comprendre tout simplement que l'offre n'est assortie d'aucune condition préétablie (paragraphe 26). Une fois de plus, force est de constater l'importance du contexte en publicité.

En dernier lieu, le Juge Grauer a conclu que Telus avait franchi le premier volet du critère applicable à l'égard de l'injonction interlocutoire, à savoir s'il existe une question sérieuse à juger, mais que ses arguments n'étaient pas suffisamment solides.

Que dire de la prépondérance des inconvénients?

Relativement à la prépondérance des inconvénients, le Juge Grauer a d'abord conclu qu'aucune des deux parties n'était susceptible de subir une perte ou un préjudice à laquelle ou auquel on ne pourrait pas remédier par l'octroi de dommages-intérêts. Voilà une question qui suscite toujours de vifs débats dans les cas de demandes d'injonction contre des publicités. Les tribunaux ont exprimé des points de vue divergents sur cette question. Le Juge Grauer a conclu que même si la quantification des dommages-intérêts peut se révéler un exercice difficile, l'obstacle ne serait pas insurmontable étant donné que les deux parties étaient des entités sophistiquées et capables de s'acquitter de cette tâche.

Pour ce qui est du facteur statu quo (à savoir si une partie a agi de manière à modifier l'équilibre des relations d'affaires et a influé sur le statu quo), le fait que Telus ne se soit pas opposée auparavant aux allégations de Mobilicity (« Aucun contrat de service », « Forfaits illimités », « Vous obtenez ce que vous voyez ») a contribué à lui causer bien des tourments par la suite. Le Juge Grauer a argué que la publicité en question, même si elle était relativement récente, ne modifiait pas réellement le statu quo. Il a plutôt remarqué que la stratégie de Mobilicity reposait sur ces trois propositions depuis 2010, de sorte que le facteur statu quo la favorisait.

En ce qui concerne le facteur part de marché, le Juge Grauer a aussi fait valoir que la publicité de Mobilicity ne s'attaquait pas directement à Telus, qui détenait 90 p. cent du marché des communications sans fil de concert avec les deux autres grandes entreprises œuvrant dans son secteur d'activité. Par ailleurs, relativement à Mobilicity, il a déclaré qu'il s'agissait d'une nouvelle société dont la position concurrentielle était « considérablement plus faible » que la position individuelle de Telus et « incomparablement plus faible », sinon plus « fragile », que la position collective des trois grandes sociétés (paragraphe 38). Le Juge Grauer a donc conclu, compte tenu de ce qui précède et en l'absence d'arguments suffisamment solides à l'égard du caractère trompeur de la publicité de Mobilicity, qu'il conviendrait davantage que la Cour s'attache à maintenir la liberté d'expression en se gardant d'intervenir dans un marché concurrentiel.

Que doit-on retenir de la décision?

La décision met encore une fois en évidence la complexité éventuelle des demandes d'injonction interlocutoire. Pensons aux poursuites multifactorielles, où le contexte joue un rôle prédominant dans l'analyse des allégations véhiculées par les messages publicitaires et où la question est de savoir si le redressement qui convient le mieux est d'interdire leur diffusion. Comme nous l'avons vu précédemment, les points à examiner peuvent être multiples : durée des allégations; rapidité avec laquelle la partie demanderesse s'est plainte; taille, perfectionnement, part de marché et conduite préalable de chaque partie; preuve que le plaignant subit effectivement un préjudice en raison des allégations formulées; preuve que le préjudice est réellement irréparable ou qu'il pourrait être chiffré aux fins d'un octroi de dommages-intérêts; détermination de l'ampleur de la fausseté ou du caractère trompeur des allégations susceptibles d'influer réellement sur les décisions d'achat des consommateurs. Voilà beaucoup de points à traiter et la tâche n'est pas de tout repos. Quoiqu'il en soit, les demandes d'injonction interlocutoire accueillies avec succès ces dernières années démontrent qu'il est possible de rassembler des arguments persuasifs et qu'il est souvent extrêmement important de s'y employer.