



Mémoire présenté au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes au sujet de l'examen de la *Loi canadienne anti-pourriel*

Le 5 octobre 2017

1. Introduction

L'Email Sender and Provider Coalition (« ESPC ») appuie l'objectif de la *Loi canadienne anti-pourriel* (« LCAP »), qui est de décourager l'utilisation de pourriels, de logiciels malveillants et d'autres menaces qui minent la confiance envers l'Internet comme média indispensable dans l'économie moderne. Cependant, le texte de loi et son application comportent des problèmes majeurs. C'est pourquoi l'ESPC se réjouit de l'occasion qui lui est donnée aujourd'hui, dans le cadre de l'examen de la LCAP que mène actuellement le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, de faire connaître son point de vue unique sur ces problèmes et de proposer des améliorations.

2. Questions et recommandations

2.1. Messages transactionnels et relationnels

Le paragraphe 6(6) de la LCAP décrit plusieurs catégories de messages habituellement appelés messages « transactionnels et relationnels », y compris les messages qui se limitent à donner des prix ou des estimations; à faciliter ou confirmer la réalisation d'une opération commerciale précédemment acceptée; à donner des renseignements en matière de garantie, de rappel ou de sécurité; à donner des éléments d'information factuels à l'égard d'un service, d'un abonnement ou d'une adhésion offerts; ou à fournir des renseignements liés au statut d'employé des personnes qui les reçoivent ou au régime de prestations connexe. L'ESP comprend que cette disposition visait à atténuer les préoccupations soulevées par certains intervenants, qui affirmaient que la loi pouvait empêcher les entreprises d'envoyer d'importants messages transactionnels et relationnels¹.

En plus d'être malavisée, l'inclusion de cette disposition n'était pas nécessaire, car, sous réserve de quelques restrictions restreintes, les messages qui sont décrits ne sont pas des messages électroniques commerciaux (« MEC ») au sens donné à l'expression « message électronique commercial » au paragraphe 1(2) de la LCAP et, par conséquent, ne sont pas assujettis à celle-ci. Cependant, le personnel du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a présumé que cette disposition signifiait que la LCAP s'appliquait à tous les messages visés au paragraphe 6(6) – dont la plupart sont par ailleurs clairement exclus. Cette interprétation crée une grande confusion et plusieurs problèmes pour les expéditeurs. Surtout, eu égard à la perception apparente du CRTC selon laquelle les messages visés au paragraphe 6(6) doivent comporter un mécanisme d'exclusion, les expéditeurs s'efforcent de déterminer comment donner effet à cette exigence, étant donné qu'il n'est pas nécessaire dans un premier temps d'obtenir le consentement du destinataire avant de lui faire parvenir ces messages. De plus, il se pourrait que l'interprétation que le personnel du CRTC donne au paragraphe 6(6) entraîne une application inconstitutionnelle de la LCAP, car elle englobe les messages qui ne sont pas envoyés au cours d'une activité commerciale, de sorte qu'ils ne relèveraient pas de la compétence fédérale en matière de réglementation du trafic et du commerce qui est prévue au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Recommandation : le paragraphe 6(6) devrait être supprimé de la *Loi*.

2.2. Témoins de connexion

Les témoins de connexion sont très importants pour de nombreuses caractéristiques de l'Internet. Il s'agit simplement de fichiers textes contenant des renseignements sur la navigation effectuée par l'internaute, et non de programmes d'ordinateur au sens donné dans cette expression dans la LCAP². Cependant, le législateur a fait mention des témoins de connexion au paragraphe 10(8) de la LCAP dans une tentative malavisée de préciser que celle-ci ne s'appliquerait pas, en dépit des assurances données selon lesquelles cette précision n'était pas nécessaire³.

¹ Voir, par exemple, INDU, *Témoignages*, 2^e session, 40^e législature, 16 juin 2009, 1641 (M. Bernard Courtois, président et directeur général, Association canadienne de la technologie de l'information). Cette disposition ne figurait pas dans la première version du projet de loi C-27 qui avait été présentée en première lecture : http://www.parl.ca/Content/Bills/402/Government/C-27/C-27_1/C-27_1.PDF.

² La LCAP renvoie à la définition suivante énoncée au paragraphe 342.1(2) du *Code criminel* : « Ensemble de données informatiques qui représentent des instructions ou des relevés et qui, lorsque traitées par l'ordinateur, lui font exécuter une fonction ».

³ Voir, par exemple, INDU, *Témoignages*, 2^e session, 40^e législature, 11 juin 2009, 1620 (professeur Michael Geist) : « La question des mouchards est venue sur le tapis, non pas tant celle de savoir s'il s'agit de pourriel mais plutôt s'il s'agit d'un programme informatique inséré dans l'ordinateur personnel de quelqu'un. Je crois que le consensus est que tel n'est pas le cas. Si vous regardez les définitions standards d'un mouchard, c'est simplement un fichier texte inséré dans un ordinateur personnel à la demande de l'utilisateur; ce dernier a la possibilité de le refuser. »; et INDU, *Témoignages*, 2^e session, 40^e législature, 30 septembre 2009, 1615 (M^{me} Nathalie Clark, avocate et secrétaire générale, Association des banquiers canadiens) : « Nous aimerions recevoir clarification que des outils tels que les témoins (cookies) ne sont pas visés par la définition de "programme d'ordinateur" dans le projet de loi ».

Le personnel du CRTC se fonde maintenant sur cette disposition pour soutenir que les témoins de connexion constituent *effectivement* des programmes, ce qui crée une grande confusion et le risque que la LCAP dérègle le fonctionnement de l'Internet⁴. En conséquence, le CRTC, et peut-être aussi les tribunaux dans le cadre de l'exercice du droit privé d'action, deviennent les arbitres de ce qu'est la conduite d'une personne dont il est « *raisonnable de croire* » qu'elle consent à l'utilisation d'un témoin de connexion. Ce pouvoir pourrait miner la portée de la position de principe que le commissaire à la protection de la vie privée du Canada a élaborée, après avoir étudié soigneusement la question pendant des années, sur la façon dont la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* s'applique aux témoins⁵, et ce, malgré le fait que la LCAP n'était pas destinée à l'origine à s'appliquer à ceux-ci et ne devrait pas s'y appliquer.

Recommandation : la mention des témoins de connexion devrait être supprimée du paragraphe 8(10) de la LCAP. Plus précisément, la LCAP devrait être modifiée de façon à préciser que la définition de « programme d'ordinateur » n'englobe pas les témoins de connexion.

2.3. Identification des expéditeurs dans les MEC.

La LCAP prévoit qu'une personne peut « envoyer » un MEC « au nom » d'une autre personne⁶. Cependant, une certaine confusion existe au sujet de ce qui signifie le fait d'envoyer un MEC au nom d'une autre personne. Selon l'interprétation donnée par le personnel du CRTC, lorsque certains fournisseurs de services, comme les fournisseurs de services de messagerie électronique (FSME), aident les expéditeurs à créer et à réaliser des campagnes de courriels, ils envoient des messages « au nom » de leurs clients et doivent être identifiés à titre d'expéditeurs de MEC. Cependant, les FSME et d'autres fournisseurs de services doivent aussi aider les expéditeurs à créer une expérience de messagerie électronique homogène pour les destinataires, dans le cadre de laquelle les annonceurs sont clairement identifiés à titre d'expéditeurs et responsables des messages qu'ils envoient. En plus d'être arbitraire, le renvoi à un FSME à titre d'expéditeur d'un message de l'annonceur risque de créer de la confusion dans l'esprit des expéditeurs, des fournisseurs de services et des consommateurs et ne permet nullement de corriger les problèmes associés aux pourriels.

Recommandation : il y a lieu de modifier la LCAP de façon à préciser que, pour l'application de cette loi, la personne qui « envoie » un message est celle qui cherche à obtenir le consentement du destinataire ou, lorsque le consentement n'est pas nécessaire, la personne qui cherche à exercer une activité commerciale avec celui-ci. À titre d'exemple, l'ESPC propose qu'un nouveau paragraphe semblable au texte qui suit soit ajouté à l'article 6 : « 6(9) Pour l'application du paragraphe (2), la personne qui a envoyé le message est la personne qui soutient avoir obtenu le consentement du destinataire ou, si le consentement n'est pas nécessaire, la personne qui encourage le destinataire à participer à une activité commerciale ».

2.4. Sanctions administratives pécuniaires

La LCAP prévoit des sanctions administratives pécuniaires pouvant atteindre dix millions de dollars (10 000 000 \$) par violation, ce qui est un montant inutilement et démesurément élevé; de plus, les facteurs que le CRTC doit prendre en compte au moment de déterminer le montant de la sanction ne sont pas vraiment éclairants. Dans ce contexte, les expéditeurs sont exposés à un risque très élevé, compte tenu, notamment, de nombreux aspects nébuleux de la LCAP.

Le contexte entourant l'application de la LCAP est loin d'être ce qu'il était lorsque celle-ci a été conçue à l'origine, en 2005. Le nombre de pourriels qui atteignent les boîtes de réception a fortement diminué, grâce à l'amélioration des technologies de filtrage, aux pratiques exemplaires de l'industrie, aux listes noires et aux forces du marché. Les organisations qui poursuivent des activités commerciales légitimes ne sont guère incitées à envoyer des pourriels, même en l'absence de lois comme la LCAP.

⁴ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [Exigences de la Loi canadienne anti-pourriel concernant l'installation de programmes informatiques](#).

⁵ Voir, par exemple, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, [Position de principe sur la publicité comportementale en ligne](#), décembre 2015. Des positions similaires ont été exprimées dès juin 2012.

⁶ À titre d'exemple, le paragraphe 6(2) est ainsi libellé : « *Le message doit respecter les exigences réglementaires quant à sa forme et comporter, à la fois : les renseignements réglementaires permettant d'identifier la personne qui l'a envoyé ainsi que, le cas échéant, celle au nom de qui il a été envoyé [...] [et] les renseignements permettant à la personne qui l'a reçu de communiquer facilement avec l'une ou l'autre des personnes visées à l'alinéa a)* » [non souligné dans l'original].

Pour mettre la LCAP en perspective, il convient de souligner que la *Loi sur les télécommunications* prévoit des sanctions maximales de quinze mille dollars (15 000 \$) en cas de violation des règles sur les télécommunications non sollicitées (« RTNS »)⁷. Il est absurde qu'un si grand écart existe entre les sanctions en matière de télémarketing et celles qui peuvent être infligées à l'égard des pourriels et des activités connexes.

Recommandation : L'ESPC recommande que la LCAP soit révisée comme suit :

- Les sanctions maximales devraient être réduites de façon à concorder avec celles que prévoit la *Loi sur les télécommunications* à l'égard des violations des RTNS, soit une sanction maximale de quinze mille dollars (15 000 \$) dans le cas des personnes morales.
- Les sanctions maximales devraient être liées de façon plus explicite au passé récidiviste du contrevenant. Plus précisément, l'ESPC recommande que la sanction maximale soit fixée à cinq mille dollars (5 000 \$) pour une première violation, à dix mille dollars (10 000 \$) pour une deuxième violation et à quinze mille dollars (15 000 \$) pour toute violation subséquente.
- En ce qui concerne les violations de l'article 6, les sanctions devraient être imposées pour l'ensemble de la campagne et non à l'égard de chaque courriel envoyé au cours d'une même campagne.
- L'intention de la personne devrait être un facteur explicite à prendre en compte pour déterminer s'il y a lieu d'imposer une sanction. Une violation non intentionnelle (p. ex., une erreur) devrait donner lieu à un avertissement et non à une sanction. Une sanction devrait être imposée uniquement en cas de récidive après communication d'un avertissement formel.

2.5. Droit privé d'action

Le droit privé d'action que prévoit la LCAP permet à toute personne touchée par un comportement qui constituerait une violation de réclamer par voie de recours en justice une somme égale aux dommages qu'elle a subis et autorise également un tribunal à accorder des dommages-intérêts préétablis pouvant atteindre, dans certains cas, un million de dollars pour chaque violation, sans qu'il soit nécessaire de démontrer le préjudice. Si le droit privé d'action devait entrer en vigueur, nombreux sont ceux qui seraient tentés de poursuivre des défendeurs possédant un actif important accessible par le truchement des tribunaux canadiens, y compris, vraisemblablement, des entreprises déclarées coupables d'avoir contrevenu par inadvertance à la LCAP, que ce soit par suite d'une erreur technique ou en raison de la confusion entourant de nombreuses dispositions de la LCAP.

Jusqu'à maintenant, aucune donnée ne permet de dire qu'un droit privé d'action est nécessaire. Les larges pouvoirs conférés au CRTC en matière d'application et la possibilité d'imposer des sanctions administratives pécuniaires incitent très fortement les entreprises à se conformer à la loi (ces mesures incitatives devraient demeurer en place même s'il est donné suite aux recommandations de l'ESPC concernant la réduction des sanctions maximales). De plus, le nombre infime de mesures d'application prises au cours des trois dernières années pour contrer le pollupostage démontre que le CRTC est loin d'être submergé par les tâches liées à l'exécution de la LCAP à l'encontre des polluposteurs.

Recommandation : L'ESPC recommande que le droit privé d'action soit supprimé de la LCAP. Subsidiativement, si le gouvernement estime qu'un droit privé d'action est nécessaire, le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts préétablis devrait être supprimé de façon qu'aucune indemnité ne puisse être accordée en l'absence de preuve d'un préjudice concret.

⁷ [Loi sur les télécommunications](#), L.C. 1993, ch. 38, art. 72.01.

À propos de l'ESPC

Formée en 2002, l'Email Sender & Provider Coalition (« ESPC ») est une association sectorielle qui représente bon nombre des plus grands fournisseurs de solutions technologiques dans le domaine de la messagerie électronique, y compris les fournisseurs de services de messagerie électronique (« FSME »), les agents de transfert de messages (« ATM »), les concepteurs d'applications et de solutions et les fournisseurs de solutions de livrabilité. Les quarante-deux (42) membres de l'ESPC contribuent à la livraison d'une grande partie des messages électroniques dans l'ensemble de l'Amérique du Nord et aux quatre coins du globe. Bien que la majorité des membres de l'ESPC soient des entreprises établies aux États-Unis, nombreux sont ceux qui envoient des messages électroniques aux Canadiens au nom de clients qui sont des entreprises situées au Canada et aux États-Unis.

Consciente des effets dévastateurs que peuvent avoir les pourriels et d'autres menaces, l'ESPC a joué dès le début un rôle de premier plan dans la prévention de l'utilisation abusive de la messagerie électronique et est devenue l'une des premières associations sectorielles à élaborer et à prôner des pratiques exemplaires qui mettent l'accent sur le consentement du client⁸.

Ensemble, les membres de l'ESPC ont livré des milliards de courriels et d'autres messages électroniques au cours des trois années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LCAP. Pendant cette même période, ils ont informé l'ESPC des grandes difficultés auxquelles ils se heurtent; dans ce contexte, l'ESPC se réjouit de l'occasion qui lui est donnée aujourd'hui, dans le cadre de l'examen de la LCAP, de faire part aux membres du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes de son point de vue unique et important sur les effets de cette loi.

⁸ Voir, par exemple, le document intitulé [ESPC Best Practices Guide](#), février 2016.