



Le 23 octobre 2017

[TRADUCTION]

Par courriel : indu@parl.gc.ca

Dan Ruimy, député
Comité de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes
131, rue Queen, 6^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Objet : Examen législatif de la Loi canadienne anti-pourriel

Monsieur le Député,

L'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises, la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information et la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (ensemble, les sections de l'ABC) sont heureuses d'avoir cette occasion de commenter l'examen législatif de la Loi canadienne anti-pourriel (LCAP).

L'ABC est une association nationale de plus de 36 000 avocats et avocates, notaires, professeurs et, professeures de droit et étudiants et étudiantes en droit qui a pour mandat de chercher des moyens d'améliorer le droit et l'administration de la justice. Ses sections regroupent des juristes ayant une connaissance approfondie du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, du droit de la concurrence et des politiques relatives à ces domaines du droit, ainsi que des questions intéressant les juristes d'entreprise.

Les sections de l'ABC applaudissent les efforts que fait le gouvernement pour lutter contre les communications électroniques frauduleuses ou trompeuses. Toutefois, la LCAP doit garantir un juste équilibre entre la protection des clients et la capacité concurrentielle des entreprises sur les marchés mondiaux. Nos commentaires découlent de ce point de vue. De nombreux éléments de la LCAP inquiètent les sections de l'ABC¹. Comme nous ne pouvons pas tous les traiter dans cette courte lettre, nous exposons ci-après nos principaux motifs de préoccupation.

Une consultation plus vaste s'impose

Plus de trois ans après sa mise en œuvre, la LCAP reste franchement ambiguë sur bien des points. C'est en effet un régime législatif et réglementaire excessivement complexe qui continue de soulever de nombreuses questions pour les consommateurs et les entreprises. Ses interprétations contradictoires ne font que la rendre plus obscure et plus difficile à respecter, surtout pour les PME, les organisations caritatives et les organismes sans but lucratif. Les sections de l'ABC sont d'accord avec l'idée de suspendre les dispositions sur le droit privé d'action en attendant les résultats de l'examen législatif. À notre avis, une consultation plus vaste, inclusive et transparente s'impose (il y aurait lieu, entre autres, de réfléchir sur la pertinence et la portée adéquate de tout droit privé d'action). L'examen du Comité de la Chambre des communes et les mémoires – limités à trois pages – sont d'une portée trop courte

¹ Voir aussi les mémoires de l'ABC : *Private Right of Action Provisions in Canada's Anti-Spam Legislation* (février 2017), [en ligne](#); *Loi antipourriel : Version révisée du règlement d'Industrie Canada* (février 2013), [en ligne](#); *Règlement d'Industrie Canada visant l'élimination des pourriels* (septembre 2011), [en ligne](#); *Projet de règlement du CRTCC – Consultation 2011-400* (septembre 2011), en ligne et *Projet de loi C-27 – Loi sur la protection du commerce électronique* (septembre 2009), [en ligne](#).

pour une véritable analyse des subtilités de la LCAP dans sa version actuelle et des difficultés qui en découlent. Les exigences d'un examen législatif sont incompatibles avec un processus aussi limité.

Mauvais ciblage

La LCAP a été adoptée avec l'objectif principal de lutter contre les pourriels et autres menaces électroniques malveillantes, afin d'en protéger les consommateurs. Or, son application et sa mise en œuvre visent surtout des entreprises légitimes qui font de leur mieux pour se conformer à cette nouvelle – et complexe – loi. L'examen législatif devrait avant tout servir à vérifier si les exigences de conformité, les directives à l'industrie et les mesures d'application de la LCAP reflètent fidèlement cet objectif initial.

Restrictions excessives

Le régime actuel restreint les messages électroniques commerciaux (MEC) de façon exagérée, au détriment des consommateurs, des entreprises et des organismes caritatifs ou sans but lucratif du Canada. La LCAP et ses règlements d'application sont peu cohérents avec leur objectif premier : protéger le consommateur des MEC indésirables, dommageables et trompeurs. Sa définition des MEC, fort large, donne lieu à une interprétation élastique qui limite indûment les types de messages électroniques jugés désirables pour les consommateurs, ce qui décourage l'innovation et la concurrence de bon aloi.

Une législation floue et peu de directives

La LCAP est riche en dispositions obscures qui prêtent à confusion. Pour l'interprétation, c'est un terrain miné qui augmente le risque d'infraction involontaire, et ce problème est aggravé par un manque de directives claires du gouvernement et du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Les quelques directives existantes sont incomplètes, peu cohérentes et souvent difficiles à trouver. Les problèmes suivants, entre autres, retiennent particulièrement notre attention :

- **La définition de MEC :** La définition du terme « message électronique commercial » est trop large et imprécise. Elle engendre un risque d'ingérences dans des champs d'activités qui dépassent de loin la portée des exemples cités dans la LCAP. Ainsi, l'insertion, à titre purement informatif, d'un lien vers le site Web d'une organisation dans un courriel ne contenant pourtant rien d'autre à ce sujet, peut suffire à faire de ce courriel un MEC. Des modifications réfléchies sont de mise : il faut préciser le sens du terme MEC et veiller à ne pas dévier de l'objectif déclaré de la LCAP.
- **L'application d'exigences d'exclusion aux messages d'information :** Le paragraphe 6(6) de la LCAP, qui prévoit des exemptions partielles, indique implicitement que certains messages totalement exempts de contenu publicitaire ou promotionnel (ex. : les « messages qui donnent des éléments d'information factuels ») sont réputés être des MEC. En outre, certaines exemptions prévues à ce paragraphe entrent en conflit avec celles énoncées dans les règlements (ex. : l'exception concernant l'indication du prix ou d'une estimation du prix à la demande du destinataire).
- **Les exigences relatives à l'installation de programmes d'ordinateur :** Le paragraphe 10(8) prévoit une présomption de consentement exprès au téléchargement de certains programmes, comme un système d'exploitation. Toutefois, on s'interroge sur le critère : d'après quel comportement du destinataire pourra-t-il être « raisonnable de croire » que cette personne consent à l'installation du programme? Il semble que ce comportement jugé suffisant devrait être moins qu'un consentement exprès (puisque'il s'agit d'une disposition sur la présomption de consentement), mais dans quelle mesure le comportement pourra-t-il être moins explicite tout en restant suffisant pour remplir le critère de présomption de consentement? Le bulletin d'information sur les exigences de la LCAP concernant l'installation de programmes

d'ordinateur indique que ce critère n'est pas rempli quand l'utilisateur ne désactive pas Javascript ou les biscuits de son navigateur, mais rien n'est précisé quant aux comportements qui constitueraient un motif suffisant : si, par exemple, l'utilisateur ne désactive pas des éléments, cela signifie-t-il qu'il consent?

- **L'exigence de consentements séparés** : L'article 4 des règlements exige que des consentements exprès soient sollicités séparément pour l'envoi d'un MEC (article 6), la modification de données de transmission (article 7) et l'installation d'un programme d'ordinateur dans le système d'un tiers (article 8). Dans le Bulletin d'information de Conformité et Enquêtes 2012-548, il est exigé que ces consentements soient toujours séparés de la demande de consentement aux conditions générales d'utilisation et aux conditions de vente. Cette multiplicité des exigences de consentement est source de confusion chez les consommateurs comme chez les entreprises.
- **La portée du droit privé d'action dans le cas d'indications fausses ou trompeuses** : L'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* interdit les indications fausses ou trompeuses dans un message électronique, et l'on envisage d'assujettir cette interdiction aux dispositions de la LCAP concernant le droit privé d'action. Ceci est particulièrement préoccupant, car certains paragraphes ne précisent aucun seuil de tolérance et l'on ne sait pas encore quelle sera la portée d'application du droit privé d'action. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres illustrant l'importance d'un examen minutieux de la pertinence et de la portée adéquate de ce droit (voir ci-après).
- **Les peines pécuniaires administratives** : À ce jour, les pratiques d'application indiquent que chaque MEC envoyé à un consommateur n'est pas considéré comme une infraction distincte, mais il n'existe aucune directive à ce sujet.

Exagération des mesures de surveillance et d'application

Nous appuyons le CRTC dans sa lutte contre les malicieux et les logiciels espions visant à tromper ou à nuire. Nous sommes néanmoins préoccupés par les pouvoirs exécutifs et de surveillance dont est investi le personnel du CRTC. Nous notons un manque de transparence quant à la façon dont le CRTC détermine les dossiers sur lesquels enquêter et les amendes à imposer. Nous avons appris que le CRTC s'est opposé à des demandes d'accès à l'information visant à mieux comprendre les procédures de traitement des plaintes et d'enquête. De plus, les décisions concernant la LCAP venues à notre connaissance ne nous permettent pas de savoir dans quelle mesure le CRTC respecte le droit à une défense fondée sur la diligence raisonnable. Qui plus est, les organisations sont rarement informées des plaintes avant que le CRTC fasse enquête ni données d'occasions informelles pour répondre à une plainte et de corriger le tir en modifiant leurs pratiques. Un mécanisme informel; pourrait éviter une lourde et coûteuse procédure d'enquête.

On s'inquiète aussi de la manière dont le CRTC mène ses enquêtes. Si les sanctions prévues par la LCAP sont là pour promouvoir la conformité et non pour punir, alors le gouvernement se doit de limiter les pouvoirs exécutifs aux infractions graves et aux comportements causant un préjudice réel aux consommateurs, aux entreprises et aux acteurs du marché, au lieu d'avoir constamment dans le collimateur les organisations qui enfreignent la LCAP par inadvertance ou faute de s'y retrouver dans le dédale de cette structure législative.

Le droit privé d'action

Nous sommes d'accord avec la décision du gouvernement de suspendre les dispositions sur le droit privé d'action pour la durée du présent examen législatif. En effet, il faut une analyse rigoureuse de la pertinence de ce droit dans le contexte d'ensemble de la LCAP. Sous le régime du droit privé d'action, les organisations agissant de bonne foi et qui adoptent des mesures de conformité diligentes risquent quand même de faire l'objet d'actions potentiellement coûteuses.

Il serait donc prématuré d'autoriser le recours au droit privé d'action en l'absence de directives claires. Un solide régime public d'application de la loi est d'ores et déjà en place en application de la LCAP (et de la *Loi sur la concurrence*), sans recours nécessaire à ce droit, le tout soutenu par un personnel et un financement désignés. À notre avis, les infractions sont plus souvent causées par la lourdeur et l'ambiguïté de la LCAP que par un caractère trop peu dissuasif des actuelles mesures d'application.

Le cas des organisations caritatives et des autres entités sans but lucratif

Par la complexité de ses exigences de conformité, la LCAP représente un coût et un fardeau très lourds pour les organisations caritatives ou à but non lucratif du Canada. Ces organisations rendent de précieux services à la société civile, et il faut éviter de leur imposer des dépenses de conformité excessives. La lourdeur de la LCAP peut se traduire par des infractions, et ainsi exposer les organisations et leurs administrateurs et dirigeants – dont beaucoup sont bénévoles – à des recours réglementaires ou fondés sur un droit privé d'action. Ces organisations, loin d'être riches, sont extrêmement vulnérables aux peines pécuniaires excessives et aux coûts d'une défense contre un recours collectif fondé sur les dispositions concernant le droit privé d'action. Elles sont d'ailleurs très peu susceptibles de commettre un flagrant délit. Les sections de l'ABC recommandent que les organisations canadiennes de ce type soient exemptées des exigences de la LCAP concernant les MEC, sauf pour les exigences de contenu et d'exclusion et celles ayant trait aux données d'identification.

En somme, une consultation plus approfondie s'impose si nous voulons que l'actuel examen législatif serve véritablement les objectifs de la LCAP. Nous sommes heureux de cette occasion de présenter nos commentaires initiaux sur la LCAP, et serons ravis d'exposer plus en détail nos préoccupations et les solutions envisageables.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Député, l'expression de notre profond respect.

(Lettre originale signée par Gillian Carter au nom Nick Slonosky, Suzanne Morin et Anita Banicevic)

Nick Slonosky
Président, Association canadienne des
conseillers et conseillères juridiques
d'entreprises

Anita Banicevic
Présidente, Section du droit de la vie privée et
de l'accès à l'information de l'ABC

Suzanne Morin
Présidente, Section du droit de la concurrence
de l'ABC