



## Décision de Conformité et Enquêtes CRTC 2017-367

Version PDF

Ottawa, le 19 octobre 2017

Numéro de dossier : EPR 9094-201400302-001

### **3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Contestation constitutionnelle de la Loi canadienne anti-pourriel**

*Le Conseil rejette la contestation relative à la constitutionnalité de la Loi canadienne anti-pourriel (LCAP) soulevée par 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder (CompuFinder), dans le contexte de l'examen d'un procès-verbal de violation signifié à l'entreprise en vertu de la LCAP.*

*Plus particulièrement, le Conseil détermine ce qui suit :*

- *le Conseil a la compétence pour se prononcer sur les questions constitutionnelles soulevées par CompuFinder, et il existe un fondement factuel valable pour traiter ces questions;*
- *la LCAP est intra vires des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral;*
- *le régime législatif interdisant l'envoi de messages électroniques commerciaux sans consentement, sous réserve de certaines exceptions et exemptions, enfreint l'alinéa 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte), mais la violation est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte;*
- *les dispositions contestées de la LCAP ne donnent pas lieu, en elles-mêmes, à l'application de l'article 11 de la Charte à une personne à laquelle un procès-verbal de violation a été signifié en vertu de la LCAP;*
- *aucune violation à l'article 7 ou 8 de la Charte n'a été établie.*

*Par conséquent, la contestation constitutionnelle de la LCAP présentée par CompuFinder est rejetée.*

*Les conclusions du Conseil énoncées dans le cadre de l'instance d'examen du procès-verbal de violation visant à déterminer si CompuFinder a commis les violations dont fait état le procès-verbal de violation, de même que les conclusions relatives à la sanction établie, sont contenues dans la décision de Conformité et Enquêtes 2017-368, également publiée aujourd'hui.*

### **Introduction**

1. Le 5 mars 2015, un procès-verbal de violation a été signifié à 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder (CompuFinder), en vertu de l'article 22 de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de*

*l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications, L.C. 2010, ch. 23 (Loi canadienne anti-pourriel [LCAP] ou Loi), par une personne désignée à cette fin en vertu de l'article 14 de la Loi<sup>1</sup>.*

2. Le procès-verbal de violation faisait état que CompuFinder avait notamment enfreint la *Loi* en envoyant, sans le consentement des destinataires, des messages électroniques commerciaux (MEC), lesquels contenaient un mécanisme d'exclusion qui ne fonctionnait pas. Le procès-verbal de violation faisait état d'une sanction administrative pécuniaire (SAP) de 1,1 million de dollars.
3. CompuFinder a présenté des observations au Conseil le 15 mai 2015, conformément à l'article 24 de la LCAP, dans le but d'obtenir un examen du procès-verbal de violation. Dans ces observations, CompuFinder a soulevé une contestation constitutionnelle de la LCAP fondée sur divers motifs. Entre autres choses, CompuFinder a soutenu que la LCAP n'avait pas été validement adoptée puisqu'elle n'est pas *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. CompuFinder a également soutenu que la LCAP contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés (Charte)* notamment parce qu'elle porte atteinte à sa liberté d'expression et qu'elle permet au Conseil d'imposer des sanctions pénales sans offrir les garanties procédurales nécessaires.
4. En réponse aux questions constitutionnelles soulevées par CompuFinder, un processus supplémentaire a été mis en place pour permettre à CompuFinder de présenter des observations supplémentaires sur les questions constitutionnelles. CompuFinder a présenté ces observations le 29 juillet 2015.
5. Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, CompuFinder était tenue de signifier sa contestation constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chaque province. En réponse à cette contestation, le procureur général du Canada (procureur général) a choisi de présenter au Conseil des observations sur la contestation constitutionnelle. Ces observations ont été présentées au Conseil le 4 février 2016.
6. CompuFinder a présenté des observations en réplique aux observations du procureur général le 4 mars 2016.

---

<sup>1</sup> Conformément à l'article 14 de la *Loi*, le Conseil peut désigner toute personne pour exercer différents pouvoirs d'enquête et fonctions d'application de la *Loi* prévus aux articles 15 à 46. Par exemple, le Conseil peut désigner des personnes pour produire des demandes de préservation de données et des avis de communication, demander et exécuter des mandats, et contracter des engagements ou signifier des procès-verbaux de violation en ce qui concerne les violations présumées à la *Loi*.

7. En ce qui concerne les questions constitutionnelles, le dossier de la présente instance est étoffé et contient ce qui suit :
  - le procès-verbal de violation signifié à CompuFinder le 5 mars 2015 et le rapport d'enquête connexe signifié à la même date;
  - les observations présentées par CompuFinder le 15 mai et le 29 juillet 2015, ainsi que la réplique finale présentée le 4 mars 2016, y compris 34 pièces, 37 sources et 3 rapports d'experts;
  - la réponse à la contestation de CompuFinder présentée par le procureur général le 4 février 2016, y compris 78 pièces, 33 sources et 3 rapports d'experts.
8. Dans la présente décision, le Conseil tranche les questions sur la contestation constitutionnelle soulevée par CompuFinder dans le contexte de l'instance d'examen du procès-verbal de violation. Comme il est expliqué de façon plus détaillée ci-dessous, le Conseil détermine que la LCAP n'est inconstitutionnelle à l'égard d'aucun des motifs soulevés par CompuFinder.
9. Si la contestation constitutionnelle de CompuFinder avait été acceptée, il n'aurait pas été nécessaire de résoudre la question de savoir si CompuFinder a bel et bien commis les violations dont fait état le procès-verbal de violation, puisque cela aurait nécessité l'application à CompuFinder d'une loi que le Conseil avait jugé inconstitutionnelle. Cependant, compte tenu des circonstances, les conclusions du Conseil relativement aux présumées violations et à la SAP établie dans le procès-verbal de violation sont énoncées dans la décision *3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom Compu.Finder – Violations de la Loi canadienne anti-pourriel*, Décision de Conformité et Enquêtes CRTC 2017-368 (décision de Conformité et Enquêtes 2017-368) également publiée aujourd'hui.
10. De plus, CompuFinder a contesté le montant de la SAP établie dans le procès-verbal de violation, en partie pour des motifs de nature constitutionnelle. Cet aspect de la contestation constitutionnelle est également abordé dans la décision de Conformité et Enquêtes 2017-368.

### **Contestation constitutionnelle**

11. CompuFinder a soutenu que les dispositions suivantes de la LCAP, et les règlements connexes, sont inconstitutionnels (dispositions contestées) :
  - paragraphe 1(1) – définition d'« activité commerciale »;
  - paragraphe 1(2) – signification de « message électronique commercial » (MEC);
  - paragraphe 1(3) – clarification des autres messages électroniques qui seront considérés comme des MEC;
  - article 3 – objet de la *Loi*;

- paragraphes 6(1), 6(5) et 6(6), et article 12 – dispositions liées à l’interdiction relative aux MEC non sollicités;
- paragraphes 10(1), 10(9), 10(10) et 10(13) – dispositions relatives au consentement exprès et au consentement tacite, y compris les définitions de « relations d’affaires en cours » et de « relations privées en cours »;
- article 17 – avis de communication;
- articles 20, 22 et 25 – dispositions relatives aux procès-verbaux de violation et aux SAP;
- article 30 – précision sur le fait qu’une violation de la LCAP ne constitue pas une infraction;
- articles 31 et 32 – dispositions relatives à la portée étendue de la responsabilité;
- *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)*, DORS/2012-36 (Règlement du CRTC);
- *Règlement sur la protection du commerce électronique*, DORS/2013-221 (Règlement du gouverneur en conseil).

12. Dans sa réplique finale, CompuFinder a demandé au Conseil de conclure que les dispositions contestées enfreignent la *Charte* ou sont *ultra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ou les deux), et qu’elles sont donc inconstitutionnelles. Selon CompuFinder, le Conseil devrait, par conséquent, traiter ces dispositions comme nulles et sans effet. Ainsi, CompuFinder ne pourrait être tenue responsable d’aucune violation mentionnée dans le procès-verbal de violation, et la SAP établie dans le procès-verbal ne pourrait pas être imposée.

## Questions

13. Selon son examen du dossier de l’instance, le Conseil estime que pour trancher les questions constitutionnelles, il doit se prononcer sur les questions suivantes :
- Le Conseil a-t-il la compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées dans le cadre de la présente instance?
  - La LCAP est-elle *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral?
  - La LCAP porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression garantie à CompuFinder par l’alinéa 2b) de la *Charte*? Le cas échéant, une telle violation est-elle justifiée en vertu de l’article premier?
  - La LCAP porte-t-elle atteinte à l’un ou l’autre des droits de CompuFinder, protégés par l’article 11 de la *Charte*?
  - La LCAP porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre l’auto-incrimination conféré par l’article 7 de la *Charte* ou au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives conféré par l’article 8 de la *Charte*?

## **Le Conseil a-t-il la compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées dans le cadre de la présente instance?**

14. Avant de pouvoir se prononcer sur la contestation constitutionnelle de CompuFinder, le Conseil doit d'abord déterminer s'il serait approprié de le faire dans les circonstances. Il doit d'abord déterminer s'il a la compétence pour trancher les questions constitutionnelles, puis déterminer s'il existe, dans le dossier de l'instance, un fondement factuel valable sur lequel s'appuyer pour trancher ces questions.
15. Dans l'affaire *Martin*<sup>2</sup>, la Cour suprême du Canada (Cour suprême) a établi trois critères pour déterminer si un tribunal établi par une loi a la compétence pour se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution<sup>3</sup> :
  - i. Il faut établir si la question constitutionnelle à trancher s'inscrit dans le contexte d'une instance dans le cadre de laquelle le tribunal a le mandat d'agir et si la décision qui sera rendue aura un certain effet.
  - ii. Il faut établir si le tribunal a la compétence pour trancher les questions de droit.
  - iii. Il faut établir s'il y avait une intention claire, de la part du Parlement, que le tribunal n'ait pas le pouvoir de se prononcer sur la question constitutionnelle.
16. Si la réponse aux deux premières questions est affirmative, il y aura présomption réfutable que le tribunal a la compétence pour se prononcer. Pour réfuter la présomption, une partie doit démontrer que la réponse à la troisième question est affirmative.
17. Dans le cas présent, tant CompuFinder que le procureur général ont fait valoir que le Conseil avait la compétence pour trancher les questions constitutionnelles.
18. Le Conseil est d'accord avec ces observations. Les questions constitutionnelles ont fait surface au cours d'une instance dans le cadre de laquelle le Conseil doit déterminer, en vertu de l'article 25 de la LCAP, si une personne qui s'est vu signifier un procès-verbal de violation a bel et bien commis les violations en question. De plus, dans une telle instance, le paragraphe 34(1) de la LCAP confère au Conseil le pouvoir de trancher toute question de droit.

---

<sup>2</sup> *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54 (confirmé dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22)

<sup>3</sup> Même si l'affaire *Martin* portait uniquement sur une question de constitutionnalité en vertu de la *Charte*, il a été établi, dans des cas antérieurs (comme *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 RCS 289), que les tribunaux administratifs habilités à trancher des questions de droit peuvent également examiner la division constitutionnelle des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales lorsque cette question est dûment soulevée devant eux.

19. Cependant, même si le Conseil a la compétence pour trancher les questions constitutionnelles, il doit être convaincu qu'il existe, dans le dossier dont il est saisi, un fondement factuel valable sur lequel s'appuyer pour trancher ces questions<sup>4</sup>.
20. Dans l'affaire *Danson*<sup>5</sup>, la Cour suprême a confirmé qu'en général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. Dans cette affaire, la Cour suprême a rejeté l'appel au motif que l'appelant n'avait pas présenté de preuve recevable montrant que les effets des règles contestées violaient bel et bien les dispositions de la *Charte*.
21. Dans le cas présent, CompuFinder a soutenu qu'elle avait présenté une preuve précise des préjudices directs subis du fait de l'atteinte à ses droits et libertés, y compris des coûts importants afférents à la conformité à la LCAP et à sa possible responsabilité à l'égard d'une SAP dont l'ampleur menace l'existence de l'entreprise.
22. Le procureur général a indiqué que CompuFinder n'avait pas présenté une preuve suffisante pour démontrer les effets préjudiciables des dispositions contestées de la LCAP sur ses droits en vertu de la *Charte*.
23. Le Conseil conclut que CompuFinder a présenté une preuve suffisante démontrant les effets présumés des dispositions contestées sur ses droits en vertu de la *Charte* et que, par conséquent, il existait un fondement factuel valable sur lequel s'appuyer pour traiter la contestation relative à la *Charte*.
24. Bon nombre des dispositions contestées ont été appliquées à CompuFinder en l'espèce. De plus, CompuFinder a soutenu, au moins en partie, que l'un des objectifs mêmes de la LCAP (plutôt qu'un effet) est de porter atteinte à la liberté d'expression. CompuFinder a également présenté des exemples factuels détaillés des effets allégués que les dispositions contestées ont eus sur elle. Par exemple, elle a supprimé des milliers de courriels de sa base de données, elle a modifié ses pratiques de marketing électronique afin de réduire le nombre d'organisations auprès desquelles elle fait la promotion de ses services et elle a finalement cessé complètement d'envoyer des MEC.
25. Pour ces raisons, le Conseil conclut qu'il serait approprié de déterminer la constitutionnalité des dispositions contestées en cause dans la présente instance.

### **La LCAP est-elle *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral?**

26. Avant de pouvoir trancher les questions entourant la violation possible des droits et libertés protégés en vertu de la *Charte*, le Conseil doit déterminer si les dispositions contestées de la LCAP sont valides sur le plan constitutionnel dans le cadre d'une

---

<sup>4</sup> *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 RCS 357

<sup>5</sup> *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 RCS 1086

analyse de la division des pouvoirs, c'est-à-dire si elles sont *intra vires* des pouvoirs du Parlement.

27. Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* répartissent les pouvoirs législatifs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. En l'espèce, il s'agit de déterminer si la LCAP relève du pouvoir du Parlement fédéral relatif à la réglementation du trafic et du commerce, en vertu du paragraphe 91(2), ou des pouvoirs provinciaux relatifs à la propriété et aux droits civils dans la province, en vertu du paragraphe 92(13), ou aux matières d'une nature purement locale, aux termes du paragraphe 92(16). Pour trancher cette question, il convient d'analyser l'objet et les effets de la loi afin de cibler son « caractère véritable » et de déterminer le chef de compétence législative dont elle relève aux termes de l'article 91 ou de l'article 92.
28. La Cour suprême a confirmé le critère à appliquer pour déterminer la validité constitutionnelle dans le cadre d'une analyse de la division des pouvoirs dans *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*<sup>6</sup> :
  - i. Premièrement, le décideur doit déterminer l'intention essentielle de la loi (l'analyse du caractère véritable).
  - ii. Deuxièmement, le décideur doit déterminer si la loi relève du chef de compétence qui est invoqué pour en soutenir la validité (l'étape de la classification).
29. En l'espèce, le Conseil doit déterminer l'intention essentielle de la LCAP en ce qui concerne son objet et ses effets. Il devra ensuite déterminer si le régime relève ou non du chef de compétence général en matière de trafic et de commerce. S'il est déterminé, à juste titre, que l'intention essentielle de la *Loi* relève de ce chef de compétence, la *Loi* sera jugée *intra vires* des pouvoirs du Parlement et valide. Pour réaliser cette analyse, le Conseil tient compte des directives de la Cour suprême selon lesquelles l'approche devrait être souple et favoriser la coopération, tout en gardant en tête que les limites constitutionnelles qui sous-tendent la division des pouvoirs doivent être respectées<sup>7</sup>.

## **Analyse du caractère véritable**

### **Positions des parties**

30. CompuFinder a soutenu que la LCAP est invalide parce que son intention essentielle n'est pas de réglementer le commerce, mais plutôt l'envoi d'information commerciale au sein d'une province. CompuFinder a fait valoir que la *Loi* se veut une protection déguisée pour les consommateurs, prescrivant un ensemble de règles qui, de par leur caractère véritable, établissent des formalités contractuelles.

---

<sup>6</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, paragraphes 63 à 65

<sup>7</sup> *Ib.*, paragraphes 61 et 62

31. L'entreprise a fait remarquer que la définition de MEC fournie dans la LCAP comprend tout message encourageant la participation à une activité commerciale, et que l'expression « activité commerciale » désigne tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l'accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit. Cela signifie que de nombreux messages ne contenant qu'un très faible lien avec une activité commerciale sont visés par la LCAP.
32. L'entreprise a indiqué que l'effet de la législation est d'établir un régime régissant les types de consentement pour la réception des MEC qui sont valides et applicables, les divulgations qui doivent être faites pour obtenir un consentement et les formalités particulières associées aux mécanismes d'exclusion. Dans le même ordre d'idées, l'entreprise est d'avis que la LCAP vise à réglementer l'envoi quotidien d'information commerciale au sein d'une province et à prescrire les formalités contractuelles.
33. Selon le procureur général, l'objet de la LCAP, officiellement établi à l'article 3, consiste à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique. En réglementant le pourriel, essentiellement sous la forme de courriel indésirable<sup>8</sup>, et en fournissant des mécanismes d'application connexes, l'intention essentielle des dispositions anti-pourriel de la LCAP est de limiter les effets négatifs du pourriel, et de protéger et encourager la croissance de l'économie numérique canadienne.
34. Le procureur général a indiqué que l'effet immédiat des dispositions anti-pourriel de la LCAP est de restreindre seulement les MEC qui ne sont pas visés par les exceptions ou qui ne respectent pas certaines exigences connexes, comme les exigences relatives au mécanisme d'exclusion. Cela a eu pour effet plus large de précipiter une chute des taux de pourriels au Canada et d'accroître la confiance des Canadiens à l'égard du marketing par courriel et de l'économie numérique en général.

#### **Résultats de l'analyse du Conseil**

35. L'analyse du caractère véritable vise uniquement à établir l'intention essentielle de la loi contestée, non pas à déterminer si elle relève du pouvoir fédéral ou des pouvoirs provinciaux. Elle consiste à établir l'objet et les effets de la législation, du point de vue d'un régime unique complet.
36. Le Conseil peut déterminer l'objet de la LCAP en examinant des facteurs tels que les dispositions relatives à l'objet, contenues dans la *Loi*, et la structure générale de la

---

<sup>8</sup> En s'appuyant sur des déclarations contenues dans les rapports de plusieurs de ses témoins experts, le procureur général a défini le terme « pourriel » de façon générale comme tout message électronique commercial non sollicité, qu'il ait été envoyé en nombre ou non et peu importe la personne qui l'a envoyé. Voir également le rapport de John Levine (Rapport Levine) au paragraphe 31 et le Rapport d'André Leduc (Rapport Leduc) au paragraphe 17.



*Loi*. Il peut également examiner des facteurs extrinsèques tels que le harsard ou d'autres comptes rendus du processus législatif. Les effets de la LCAP comprennent l'effet juridique du texte et les conséquences pratiques de l'application de la *Loi*<sup>9</sup>.

37. De façon générale, CompuFinder a centré ses arguments liés au caractère véritable sur les dispositions de la LCAP concernant les MEC non sollicités et sur les dispositions connexes, plutôt que sur les dispositions de la LCAP relatives à la modification des données de transmission ou à l'installation de programmes d'ordinateur, lesquelles n'étaient pas visées par le procès-verbal de violation qui lui avait été signifié. Dans ses observations, le procureur général s'est donc également concentré sur ces arguments. Néanmoins, dans la mesure où il était nécessaire de le faire aux fins de l'analyse du caractère véritable, le Conseil a tenu compte de l'objet et des effets du régime réglementaire de la LCAP dans leur ensemble.

38. L'article 3 de la LCAP prévoit que l'objet de cette dernière est le suivant :

3. La présente loi a pour objet de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique pour les raisons suivantes :

- a) elles nuisent à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;
- b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;
- c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;
- d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l'utilisation des moyens de communication électronique pour l'exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l'étranger.

39. La définition que fait la LCAP d'« activité commerciale » au paragraphe 1(1) est également utile pour déterminer l'objet de la *Loi* :

« activité commerciale » Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l'accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l'exception de tout acte ou activité accompli à des fins d'observation de la loi, de sécurité publique, de protection du Canada, de conduite des affaires internationales ou de défense du Canada.

---

<sup>9</sup> Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, précité à la note 6, paragraphe 64

40. La Cour suprême a indiqué qu'une façon de déterminer l'objet d'une loi est d'examiner les problèmes qu'elle cherche à régler<sup>10</sup>. La LCAP vise à réglementer un certain nombre de menaces électroniques. Une des principales menaces, qui est directement visée en l'espèce, est les MEC non sollicités, lesquels peuvent faire office de véhicule pour de nombreuses autres menaces électroniques, notamment les attaques d'hameçonnage (utilisation de pourriel pour usurper l'identité d'un correspondant de confiance) et les logiciels malveillants (logiciels installés sur l'ordinateur d'un utilisateur généralement à l'insu de ce dernier et à des fins malveillantes)<sup>11</sup>.
41. Il a été estimé qu'avant l'adoption de la LCAP, en 2007, la proportion de courriels non sollicités représentait plus de 80 % de tous les courriels envoyés<sup>12</sup>. Les données plus récentes ne semblent pas très concluantes; un rapport indique que le pourcentage de courriels abusifs entre 2012 et 2014 variait entre 87 % et 90 %<sup>13</sup>, et un autre rapport indique que les niveaux de pourriels ont baissé de façon constante, passant d'un sommet de 85 % en 2009 à 67 % en 2014<sup>14</sup>.
42. Le dossier démontre clairement que l'intention du Parlement au moment d'adopter la LCAP était de lutter contre les menaces en ligne au Canada, en particulier contre les MEC non sollicités, en vue de protéger l'économie numérique. Les débats de la Chambre des communes concernant la LCAP renforcent cet avis quant à l'objet de la *Loi* :

Il nous faut prendre des mesures fermes pour protéger l'intégrité du marché du cybercommerce en réduisant les effets néfastes des menaces qui pèsent sur la cyberéconomie. Internet s'est démarqué comme un moyen important dans les secteurs du commerce et des communications, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde. Il va sans dire qu'un marché électronique efficient et dynamique peut accroître la compétitivité d'une économie<sup>15</sup>.

43. Compte tenu de l'objet énoncé de la *Loi* et de son contexte législatif, le Conseil n'est pas d'accord avec l'affirmation de CompuFinder selon laquelle l'intention essentielle de la LCAP est de réglementer l'envoi d'information commerciale. Cette interprétation de la LCAP est trop étroite. L'objet de la *Loi*, lorsqu'il est examiné dans son ensemble, porte sur le commerce électronique, alors que les MEC (et l'information qu'ils contiennent) ne constituent qu'un aspect de celui-ci. La LCAP

---

<sup>10</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (Can.), 2000 CSC 31, paragraphe 21

<sup>11</sup> Rapport Levine, précité à la note 8, paragraphe 54; *Freinons le pourriel : créer un Internet plus fort et plus sécuritaire*, Groupe de travail sur le pourriel, mai 2005 (rapport du Groupe de travail du Canada)

<sup>12</sup> *Email Metrics Program: The Network Operators' Perspective*, Messaging Malware Mobile Anti-Abuse Working Group, rapport numéro 6, octobre 2007

<sup>13</sup> *Email Metrics Program: The Network Operators' Perspective*, Messaging, Malware and Mobile Anti-Abuse Working Group, rapport numéro 16, novembre 2014

<sup>14</sup> Nadezhda Demidova, Tatyana Shcherbakova et Maria Vergelis, *Bulletin de Kaspersky sur la sécurité : Spam en 2014*, Kaspersky Lab, 12 mars 2015

<sup>15</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 40<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, numéro 53 (7 mai 2009), page 3216 (L'honorable Mike Lake, secrétaire parlementaire du ministre de l'Industrie)

réglemente non seulement les MEC non sollicités, mais également d'autres menaces en ligne, telles que la modification des données de transmission et l'installation de programmes d'ordinateur.

44. En ce qui concerne les effets de la LCAP, le Conseil doit examiner non seulement les effets directs de la *Loi*, mais aussi ceux dont on peut s'attendre qu'ils découleront de la *Loi*<sup>16</sup>.
45. De l'avis du Conseil, l'effet direct de la LCAP est la mise en œuvre d'un régime réglementaire fédéral axé sur certains aspects précis de l'économie numérique du Canada, notamment : l'envoi de MEC non sollicités (article 6), la modification des données de transmission dans un message électronique envoyé dans le cadre d'une activité commerciale, c'est-à-dire le piratage du routage (article 7) et l'installation de programmes d'ordinateur indésirables dans le cadre d'une activité commerciale (article 8)<sup>17</sup>.
46. Selon le dossier, il semble que cela ne devrait pas donner lieu, à titre d'effet découlant de la *Loi*, au remplacement de tout régime réglementaire provincial existant. Avant la LCAP, aucune province ni aucun territoire du Canada n'avait pris, ni proposé de prendre, des mesures législatives relativement à l'envoi de messages commerciaux non sollicités et aux menaces en ligne connexes<sup>18</sup>. La LCAP ne reproduit pas un régime législatif adopté par les législateurs provinciaux exerçant leur compétence sur la propriété et les droits civils en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
47. Bien que l'un des effets restreints de la LCAP soit de réglementer certaines transmissions quotidiennes d'information commerciale, dont une part est probablement effectuée entièrement au sein des provinces individuelles, l'effet global de la LCAP est la mise en œuvre d'un régime devant contribuer à assurer la viabilité du commerce électronique au Canada, au-delà des limites provinciales et territoriales.
48. Étant donné l'objet de la *Loi* et ses effets, le caractère véritable de la LCAP porte sur la mise en œuvre d'un régime visant à réglementer certains actes qui pourraient nuire à l'économie numérique canadienne. La *Loi* a comblé une lacune réglementaire à cet égard et a proposé un régime réglementaire national qui aurait autrement dû être intégré à diverses lois fédérales existantes, comme la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)*, L.C. 2000, ch. 5, et la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Renvoi relatif à la *Loi* sur les valeurs mobilières, précité à la note 6, paragraphe 98

<sup>17</sup> La LCAP porte également sur la présentation d'information fautive ou trompeuse aux fins de la promotion d'intérêts commerciaux dans le cadre de communications en ligne, bien que ce soit par l'intermédiaire d'une modification consécutive de l'article 52.01 de la *Loi sur la concurrence* (à l'article 75 de la LCAP). Cette disposition est administrée par le Bureau de la concurrence plutôt que par le Conseil.

<sup>18</sup> Rapport Leduc, précité à la note 8, paragraphe 94

<sup>19</sup> La LCAP comprend des modifications consécutives d'un certain nombre d'autres lois fédérales, y compris la *Loi sur la concurrence* et la LPRPDE.

## Classification

### Positions des parties

49. CompuFinder a soutenu que la LCAP relève des chefs de compétence provinciaux relatifs à la propriété, aux droits civils et aux affaires de nature locale dans une province, plutôt que du chef de compétence fédéral général en matière de trafic et de commerce.
50. CompuFinder a fait valoir que le critère établi par la Cour suprême dans l'affaire *General Motors*<sup>20</sup> quant au pouvoir fédéral à l'égard des questions générales en matière de trafic et de commerce n'est pas respecté en l'espèce. Par exemple, la LCAP ne traite pas une question de véritable importance nationale et sa portée ne s'étend pas au commerce dans son ensemble d'une façon qui est distincte des préoccupations provinciales.
51. Le procureur général a appuyé CompuFinder quant à l'approche à utiliser pour déterminer si une question particulière exige une réglementation nationale plutôt que locale. Le procureur général a soutenu que le Conseil devrait examiner le régime réglementaire selon le contexte de l'affaire *General Motors* afin de déterminer si, dans son ensemble, le régime traite d'une question d'importance et de portée réellement nationales. Toutefois, de l'avis du procureur général, le caractère véritable de la LCAP relève du chef de compétence général en matière de trafic et de commerce.

### Résultats de l'analyse du Conseil

52. La compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce, en vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprend deux volets : i) le commerce interprovincial et ii) le chef de compétence général en matière de trafic et de commerce. Pour déterminer si la LCAP relève du chef de compétence général en matière de trafic et de commerce, le Conseil doit analyser l'importance d'une activité pour l'économie nationale et déterminer si l'activité devrait être réglementée par le Parlement plutôt que par les provinces<sup>21</sup>. Dans l'affaire *General Motors*<sup>22</sup>, la Cour suprême a établi une liste non exhaustive de questions pour orienter cette analyse :
  - i. La *Loi* fait-elle partie d'un régime de réglementation général?
  - ii. Le régime est-il sous la surveillance continue d'un organisme de réglementation?
  - iii. La *Loi* s'intéresse-t-elle à l'ensemble du commerce plutôt qu'à un secteur en particulier?
  - iv. La nature du régime empêcherait-elle les provinces, agissant seules ou de concert, de l'appliquer sans enfreindre la Constitution?

---

<sup>20</sup> *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641

<sup>21</sup> *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, paragraphe 16

<sup>22</sup> *General Motors*, précité à la note 20, pages 662 et 663

- v. Le défaut d'inclure une ou plusieurs provinces ou localités dans le régime risque-t-il d'en compromettre le bon fonctionnement dans d'autres régions du pays?
53. Dans le cas présent, les réponses aux deux premières questions sont affirmatives. En effet, CompuFinder a convenu que la LCAP fait partie d'un régime de réglementation général surveillé par un organisme de réglementation. De plus, une simple lecture de la *Loi* montre clairement que la LCAP a institué un cadre général qui régleme une diversité de comportements en ligne, tels que l'envoi de MEC non sollicités, l'installation de programmes d'ordinateur sans consentement et la modification non autorisée de données de transmission. La LCAP constitue également un régime de réglementation en raison de ses liens avec d'autres lois, y compris la LPRPDE et la *Loi sur la concurrence*<sup>23</sup>. La LCAP est supervisée par trois organismes de réglementation distincts : le Conseil, le Bureau de la concurrence et le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada.
54. La troisième question est de savoir si la LCAP vise le commerce dans son ensemble plutôt qu'un secteur en particulier. CompuFinder a soutenu que, bien que la LCAP ne cible pas un secteur en particulier, elle vise à réglementer un élément en particulier, soit l'information. CompuFinder a argué que la LCAP ne traite pas une question de véritable importance nationale et que sa portée ne s'étend pas au commerce dans son ensemble d'une façon qui est distincte des préoccupations provinciales. Elle régleme plutôt l'envoi quotidien d'information au sein des provinces, peu importe la force du lien avec une activité commerciale.
55. Quant à lui, le procureur général a indiqué que l'économie numérique n'est pas restreinte à un secteur de commerce ou à une industrie particulière, et que la nature d'Internet et de l'économie numérique rend sans effet les limites provinciales et élimine la notion de caractère local. Le procureur général a présenté de nombreux éléments de preuve quant à l'étendue et à la portée des activités réglementées par la LCAP, ainsi qu'à leur importance pour l'économie nationale.
56. Le dossier indique que le commerce électronique est devenu un pilier clé de l'économie numérique canadienne. En 2010, les Canadiens ont passé environ 114 millions de commandes en ligne, d'une valeur approximative de 15,3 milliards de dollars<sup>24</sup>. On estime qu'en 2016, les consommateurs canadiens auront passé, auprès de fournisseurs canadiens, des commandes en ligne d'une valeur approximative de 30 milliards de dollars, soit environ 6 % des ventes au détail totales, et qu'ils auront passé des commandes d'une valeur similaire auprès de fournisseurs d'autres pays. Environ 70 % des internautes canadiens font au moins un achat en ligne par année<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Par exemple, l'alinéa 20(3)c) de la LCAP prescrit qu'un des facteurs à considérer dans la détermination du montant d'une SAP est de savoir si la personne à qui une SAP est imposée a déjà eu des comportements susceptibles d'examen ou des contraventions en vertu de certains articles de la *Loi sur la concurrence* ou de la LPRPDE.

<sup>24</sup> *Le cybercommerce au Canada : réaliser la promesse*, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, mai 2012

<sup>25</sup>Rapport Levine, précité à la note 8, paragraphe 27

57. Le courrier électronique fait partie intégrante du commerce électronique. Souvent, lorsque des consommateurs passent une commande, les fournisseurs envoient, que ce soit manuellement ou au moyen d'un système automatisé, des messages transactionnels confirmant la commande et faisant état de son statut. Ces courriels peuvent contenir des sondages à l'intention des consommateurs ou des suggestions pour des commandes futures. D'autres fournisseurs envoient, par courriel, de l'information commerciale, des factures ou des avis concernant la disponibilité des produits<sup>26</sup>.
58. Bien qu'ils soient principalement envoyés par courriel, les MEC non sollicités peuvent être acheminés par d'autres moyens de communication électronique, y compris par messagerie texte, par messagerie instantanée et par divers médias sociaux.
59. En mai 2004, le ministre de l'Industrie de l'époque a annoncé la mise sur pied du Groupe de travail sur le pourriel (Groupe de travail du Canada), lequel réunissait les secteurs public et privé, et avait pour mandat de chercher des solutions au problème croissant des pourriels. En mai 2005, le Groupe de travail du Canada a publié un rapport dans lequel il a indiqué que le pourriel entrave l'utilisation des messages électroniques comme moyen de communication viable et menace la croissance et l'acceptation du commerce électronique légitime<sup>27</sup>.
60. Dans son rapport final de 2006, le Groupe de réflexion sur le spam de l'OCDE<sup>28</sup> (Groupe de travail de l'OCDE) a également reconnu que le pourriel sape la confiance des consommateurs :
- Pour les utilisations professionnelles et commerciales, le spam est synonyme de perte de productivité, et impose des coûts directs en accroissant le besoin d'assistance technique et de solutions logicielles comme les filtres. Le spam représente aussi un coût pour la société en général, en ce qu'il porte atteinte à la fiabilité du courriel en tant qu'outil de communication et menace la sécurité des réseaux internes des entreprises<sup>29</sup>.
61. Les MEC non sollicités sont un véhicule courant pour les menaces électroniques, telles que les attaques d'hameçonnage, les logiciels malveillants, les réseaux de zombies (logiciels malveillants qui sont contrôlés à distance), les vols d'identité et les escroqueries en ligne. En raison de ces menaces, le Conseil convient que les MEC non sollicités sapent la confiance des consommateurs à l'égard des transactions et du commerce électroniques.

---

<sup>26</sup> *Ib.*, paragraphes 29 et 30

<sup>27</sup> Rapport du Groupe de travail du Canada, précité à la note 11

<sup>28</sup> Organisation de coopération et de développement économiques

<sup>29</sup> *Boîte à outils anti-spam de politiques et mesures recommandées*, Groupe de réflexion sur le spam de l'OCDE, rapport numéro 114 sur l'économie numérique de l'OCDE, avril 2006

62. Les menaces électroniques, et les MEC non sollicités, qui facilitent la propagation de ces menaces, nuisent aussi à l'économie numérique du Canada d'autres manières. Il y a un coût direct pour les petites et grandes entreprises, notamment en ce qui concerne les investissements dans les technologies anti-pourriel (logiciel de filtrage), les pertes de productivité des utilisateurs, les coûts des services d'assistance, le gaspillage de l'espace de stockage, les solutions de sécurité et les capacités des serveurs<sup>30</sup>.
63. Dans l'affaire *General Motors*<sup>31</sup>, la Cour suprême a indiqué que la législation fédérale peut avoir certaines ramifications sur le commerce effectué exclusivement au sein d'une province sans que cela soit fatal pour la validité de la loi.
64. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil conclut que les questions visées par la LCAP ne sont non pas d'intérêt purement local, mais d'une importance capitale pour l'économie canadienne. Les menaces électroniques ne se limitent pas à un ensemble ou un groupe de participants dans un secteur économique donné ou dans un endroit précis du Canada. La LCAP touche un vaste domaine qui imprègne l'économie dans son ensemble du fait que les effets néfastes dépassent les limites provinciales<sup>32</sup>.
65. La quatrième question porte sur la capacité des provinces, sur le plan constitutionnel, d'adopter de concert un régime analogue. Bien que CompuFinder ait soutenu que l'envoi de MEC pourrait être réglementé par les provinces de manière efficace, le procureur général a fait valoir que toute tentative par les provinces de réglementer dans ce domaine serait inefficace étant donné le caractère transfrontalier d'Internet. Une solution au problème nécessite une coopération internationale, laquelle est explicitement prévue dans la LCAP.
66. Comme il a été mentionné précédemment, le dossier de la présente instance indique qu'avant la LCAP, aucune province ni aucun territoire du Canada n'avait pris, ni proposé de prendre, des mesures législatives relativement à l'envoi de MEC non sollicités et aux menaces en ligne connexes.
67. Dans les circonstances, le Conseil ne croit pas que les provinces pourraient, même si elles agissaient de concert, atteindre le même objectif que le régime fédéral mis en place en vertu de la LCAP. Les questions qui font l'objet d'une réglementation, comme il a été mentionné précédemment, ont clairement des effets sur le plan national qui touchent tous les secteurs commerciaux de l'économie numérique canadienne.

---

<sup>30</sup> Rapport Levine, précité à la note 8

<sup>31</sup> *General Motors*, précité à la note 20, pages 692 et 693

<sup>32</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, précité à la note 6, paragraphe 87

68. La coopération et l'application à l'échelle internationale sont également des éléments clés de la *Loi*. Par exemple, l'article 60 de la LCAP, qui prévoit l'échange de certains renseignements entre le gouvernement du Canada et des gouvernements étrangers ou des organisations internationales dans certaines conditions, illustre bien ce point.
69. Puisqu'Internet est mondial et sans frontière, traiter efficacement les MEC non sollicités et les autres menaces en ligne exige l'harmonisation des politiques anti-pourriel et une coopération entre les différents pays dans l'application des lois anti-pourriel. Même si les provinces avaient la capacité constitutionnelle d'adopter une loi uniforme pour traiter ces questions, elles ne seraient probablement pas en mesure, en tant qu'entités infranationales, de participer efficacement et de manière concertée à la coopération et à l'application de ces lois à l'échelle internationale.
70. En outre, la prérogative inhérente à toute province de refuser d'adhérer à un régime interprovincial remet en cause la capacité constitutionnelle des provinces d'atteindre et de maintenir les objectifs véritablement nationaux de la LCAP<sup>33</sup>. Rien ne garantit qu'elles pourraient traiter efficacement des questions telles que les MEC non sollicités ou d'autres menaces en ligne connexes à long terme.
71. Selon ce qui précède, le Conseil doit conclure que toute approche provinciale ou interprovinciale ne permettrait pas l'adoption d'un régime réellement comparable à celui instauré par la LCAP.
72. Dans le cadre de la cinquième question établie dans l'affaire *General Motors*, le Conseil doit déterminer si l'absence d'une province dans un régime hypothétique qui tenterait d'atteindre les mêmes objectifs que la LCAP empêcherait le bon fonctionnement du régime dans les autres régions du pays.
73. Ayant déjà déterminé que l'intention de la LCAP est d'aider à assurer la viabilité du commerce électronique au Canada et que ses incidences vont au-delà de toute limite provinciale ou territoriale, il est raisonnable de conclure que le succès de toute tentative de création d'un régime provincial nécessiterait la participation de toutes les provinces. Une province où il n'y aurait que peu ou pas de réglementation compromettrait l'atteinte de l'objectif consistant à appuyer l'économie numérique en combattant les menaces en ligne. Dans un tel scénario, l'efficacité d'un quelconque régime interprovincial serait considérablement moindre que celle d'un régime fédéral, lequel ne nécessite aucune mesure de réglementation provinciale.

## **Conclusion**

74. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil conclut que la LCAP relève du chef de compétence général fédéral en matière de trafic et de commerce, en vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, la *Loi* est *intra vires* du Parlement fédéral.

---

<sup>33</sup> *Ib.*, paragraphes 120 et 121



## **La LCAP porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression garantie à CompuFinder par l'alinéa 2b) de la Charte?**

75. Le Conseil doit déterminer si les dispositions contestées de la LCAP portent atteinte à la liberté d'expression constitutionnellement garantie à CompuFinder. Dans l'affirmative, le Conseil doit déterminer si cette violation est prescrite par la *Loi* et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

### **Positions des parties**

76. CompuFinder a soutenu que le discours commercial des sociétés est protégé par l'alinéa 2b) de la *Charte*. À son avis, la LCAP influe sur une large gamme d'expressions protégées, s'étendant jusqu'aux déclarations purement factuelles sur une personne qui pourraient promouvoir l'image publique de cette personne comme étant une personne qui exerce une activité commerciale, ainsi qu'aux interactions occasionnelles et futiles comme offrir de tondre la pelouse d'un voisin ou promouvoir le kiosque de limonade d'un enfant. De plus, elle couvre un vaste éventail de médias, y compris les courriels, le service de messages courts (SMC), les plateformes de messagerie instantanée, les plateformes de médias sociaux et les portails électroniques (non exemptés).
77. Le procureur général a reconnu que le discours commercial de CompuFinder est protégé en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte* et que l'envoi de MEC non sollicités relève de la portée des activités protégées. Le procureur général a convenu que l'intention de l'article 6 de la LCAP est d'imposer des restrictions et des conditions quant à la façon dont les MEC non sollicités peuvent être transmis et qu'il porte ainsi atteinte à la liberté d'expression de l'expéditeur.

### **Résultats de l'analyse du Conseil**

78. Dans l'affaire *Irwin Toy*<sup>34</sup>, la Cour suprême a établi une analyse en deux temps pour déterminer s'il y a violation de la liberté d'expression. La première étape consiste à déterminer si l'activité en question relève de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression. Le cas échéant, la deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action du gouvernement est de restreindre la liberté d'expression.
79. Cependant, dans le cas présent, le procureur général a admis que l'article 6 de la LCAP, qui interdit l'envoi de MEC non sollicités, porte atteinte à l'alinéa 2b) de la *Charte*. De l'avis du Conseil, cette concession est juste. De plus, il est raisonnable de conclure que les dispositions contestées qui sont directement liées à l'article 6 porteraient vraisemblablement atteinte à l'alinéa 2b). Il est évident que les MEC servent à transmettre un message et sont, de ce fait, protégés, et que l'interdiction imposée par la *Loi* relativement à l'envoi de MEC sans consentement, de même que les dispositions connexes, restreignent, de par leur objet et leur effet, la capacité de CompuFinder de transmettre ce message.

---

<sup>34</sup> *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927

### **La violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?**

80. Le Conseil doit trancher la question de savoir si la violation de la liberté d'expression de CompuFinder est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour établir une telle justification, il incombe au procureur général de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que :

- la restriction du droit ou de la liberté est prescrite par une règle de droit;
- l'objet législatif est urgent et réel;
- il existe un lien rationnel entre la restriction et les objectifs de la LCAP;
- l'atteinte au droit ou à la liberté (ou le degré de violation) est minimale;
- il existe une proportionnalité globale entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure<sup>35</sup>.

### **La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?**

81. Une restriction à l'égard d'un droit ou d'une liberté au titre de la *Charte* doit être prescrite par une règle de droit pour être justifiée en vertu de l'article premier. Cela signifie que la mesure restrictive doit être suffisamment claire pour permettre aux personnes de comprendre ce qu'exige la loi avant d'agir.

### **Positions des parties**

82. CompuFinder a affirmé que l'atteinte à la liberté d'expression de la LCAP ne constitue pas une restriction prévue par une règle de droit. L'entreprise a indiqué que la *Loi* n'établit pas une norme intelligible pour l'interdiction qu'elle impose et qu'elle ne délimite pas adéquatement la sphère des risques auxquels s'exposent les Canadiens en envoyant des communications électroniques.

83. L'argument de CompuFinder portait essentiellement sur le soi-disant manque de précision de certains concepts de la *Loi*. Par exemple, l'entreprise a soutenu que la définition de « message électronique commercial » est tellement vague que le public ne peut pas savoir avec certitude à quoi elle s'applique. Tout message pourrait être visé par cette définition s'il existe le moindre doute qu'il puisse créer l'impression d'avoir un objectif commercial complémentaire. CompuFinder a fait valoir que la *Loi* prescrit que l'analyse du message dépend de l'objectif de l'expéditeur, mais elle ne donne aucune indication sur la façon d'évaluer des objectifs commerciaux complémentaires ou accessoires.

84. En outre, l'entreprise a soutenu que la définition d'« adresse électronique » contenue dans la LCAP désigne tout ce qui est « similaire » à un compte de courrier électronique, un compte de téléphone ou un compte de messagerie instantanée. La similarité est un concept imprécis qui offre peu d'indications utiles pour déterminer quelles plateformes de communication sont visées. CompuFinder a aussi soutenu que

---

<sup>35</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103, modifié par *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835

certaines autres aspects de la *Loi* sont vagues, y compris les exceptions à l'interdiction d'envoyer des MEC non sollicités.

85. Selon CompuFinder, les publications ultérieures censées interpréter ces dispositions vagues, publiées par le Conseil ou le ministère de l'Industrie, tendent à démontrer le manque de clarté de la *Loi*.
86. Le procureur général a soutenu que, pour qu'une restriction soit prescrite par une règle de droit au sens pertinent, une précision absolue n'est pas requise. L'exigence consiste plutôt à fournir une norme juridique intelligible qui délimite une « sphère de risque » susceptible de faire l'objet d'un débat juridique et de fournir un avertissement raisonnable aux citoyens. Par exemple, bien que vaste, la définition de « message électronique commercial » définit une norme juridique intelligible en ce qu'elle fait savoir aux gens que leur message peut entrer dans la catégorie des types de messages visés par la LCAP.

#### **Résultats de l'analyse du Conseil**

87. La « théorie de l'imprécision » est expliquée par la Cour suprême dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>36</sup>. Conformément à cette théorie, une mesure qui impose une restriction sur un droit ou une liberté protégés ne sera pas considérée comme prescrite par une règle de droit si elle ne représente pas un principe intelligible, si elle n'a pas un sens ou si elle n'a pas une acceptation significative. La théorie s'appuie sur la primauté du droit en général, mais plus particulièrement sur l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et sur la limitation du pouvoir discrétionnaire. La Cour suprême a déterminé qu'une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant.
88. Conformément au paragraphe 1(2) de la LCAP, un message électronique commercial est défini comme suit :

[...] est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l'information qu'il donne sur la personne à contacter, qu'il a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

  - a) comporte une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier;
  - b) offre une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu;

---

<sup>36</sup> *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606

- c) annonce ou fait la promotion d'une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b);
- d) fait la promotion d'une personne, y compris l'image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit – ou a l'intention d'accomplir – un des actes mentionnés aux alinéas a) à c).

89. Le Conseil estime que, bien que vaste, cette définition n'est pas imprécise au sens pertinent. Elle porte sans contredit sur l'envoi de messages électroniques visant à encourager la participation à une activité commerciale. La définition en elle-même contient une liste d'exemples qui fournissent des indications quant à son application. Aucune définition contenue dans la *Loi* ne doit être prise en compte isolément. Chacune doit être lue dans le contexte global du régime de réglementation dont elle fait partie<sup>37</sup>.

90. Un texte de loi n'est pas tenu de fournir suffisamment d'indications pour permettre à une personne de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'affaire *Irwin Toy*<sup>38</sup> :

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application.

91. Les lois telles que la LCAP sont formulées en termes généraux – plutôt que d'être détaillées de manière plus exhaustive – afin de mieux correspondre à la réalisation de leurs objectifs et d'offrir la souplesse nécessaire à cette fin.

92. La clarté de la définition de « message électronique commercial » est renforcée par le fait qu'un certain nombre de termes utilisés dans la définition ont également été définis : « activité commerciale » et « message électronique » ont leur propre définition au paragraphe 1(1) de la *Loi*. L'objet de la *Loi*, tel qu'il est établi à l'article 3, est également utile à cet égard puisqu'il y est clairement indiqué qu'il vise à réglementer les pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique. En d'autres termes, si une personne envoie un message électronique à une adresse électronique et que ce message est de nature commerciale, il y a une forte probabilité que le message soit un MEC et puisse être assujéti à la LCAP.

93. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler la

---

<sup>37</sup> *Ib.*, pages 647 et 648

<sup>38</sup> *Irwin Toy*, précité à la note 34, page 983; cité dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité à la note 36, page 639

conduite. La certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque ces règles juridiques sont appliquées par une autorité compétente. Entre-temps, la conduite est guidée par l'approximation qui aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, et parfois à un ensemble plus large<sup>39</sup>.

94. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil conclut que la définition de « message électronique commercial » fournit une norme juridique intelligible qui délimite une sphère de risque susceptible de fournir un avertissement raisonnable aux citoyens.
95. Conformément au paragraphe 1(1) de la LCAP, une « adresse électronique »<sup>40</sup> désigne :
  - Toute adresse utilisée relativement à la transmission d'un message électronique à l'un des comptes suivants :
    - a) un compte courriel;
    - b) un compte messagerie instantanée;
    - c) un compte téléphone;
    - d) tout autre compte similaire.
96. CompuFinder a soutenu que « tout autre compte similaire » désignait également un concept trop imprécis pour être prescrit par une règle de droit. Toutefois, seuls les messages envoyés à des comptes courriel sont visés dans le cas présent, puisque tous les MEC à l'origine des violations dont faisait état le procès-verbal de violation étaient des courriels. À cet égard, CompuFinder présente un argument en l'absence de faits qui s'appliquent à ces comptes.
97. Néanmoins, malgré l'absence de faits précis à considérer à cet égard, une simple lecture de cette définition, prise dans son contexte global, donne une idée suffisamment claire des types de compte ciblés par la *Loi*. L'interprétation de « tout autre compte similaire » doit prendre en considération les comptes décrits aux alinéas a), b) et c) de la définition. Ces exemples de types de compte fournissent une aide interprétative, limitent le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la *Loi* et délimitent une sphère de risque. Le Conseil conclut donc que la définition d'« adresse électronique » fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire et n'est pas trop imprécise.
98. CompuFinder a présenté des arguments similaires, bien que superficiels, sur l'imprécision en ce qui concerne d'autres concepts et définitions contenus dans la *Loi*, notamment pour « activité commerciale », « consentement tacite », « relations d'affaires en cours », « relations » et « activité ». Bon nombre de ces concepts sont déjà définis dans la LCAP et, dans tous les cas, ils doivent être interprétés en fonction du contexte global de la *Loi* et de ses objectifs.

---

<sup>39</sup> *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité à la note 36, pages 638 et 639

<sup>40</sup> Une définition essentiellement similaire d'« adresse électronique » a également été ajoutée au paragraphe 7.1(1) de la LPRPDE, par suite d'une modification consécutive de cette dernière contenue à l'article 82 de la LCAP.

99. En outre, il est vrai que les documents interprétatifs publiés ultérieurement par le Conseil ou le ministère de l'Industrie<sup>41</sup> visent à fournir un cadre supplémentaire pour faciliter la conformité à la *Loi*. Toutefois, le Conseil rejette l'idée selon laquelle le simple fait que de tels documents existent devrait être interprété comme une preuve que la *Loi* en elle-même est d'une imprécision inacceptable.
100. Conformément à l'article 62 de la LCAP, le Conseil est responsable de l'exécution des articles 6 à 46 de la *Loi*. Le Conseil estime que la promotion de la sensibilisation et de la compréhension du public quant à la LCAP et à ses exigences, y compris la publication de documents d'information, constitue une part importante de son mandat.
101. Il convient de rappeler que rien n'exige que la LCAP (ni aucune autre loi) fournisse suffisamment d'indications pour permettre de prédire, avec certitude, les conséquences juridiques précises d'une conduite donnée. De l'avis du Conseil, le procureur général a démontré que l'approche relative à la théorie de l'imprécision, établie dans la jurisprudence de la Cour suprême, ne permet pas de conclure que les dispositions de la LCAP sont d'une imprécision inacceptable. Les dispositions contestées fournissent, à ceux qui pourraient être touchés par elles, un minimum d'indications constituant une norme intelligible.

#### **L'objet législatif est-il urgent et réel?**

102. À cette étape-ci, le gouvernement doit établir que la limite imposée s'inscrit dans la poursuite d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté protégés par la Constitution. À tout le moins, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique<sup>42</sup>.

#### **Positions des parties**

103. CompuFinder a indiqué que les objectifs de la LCAP sont définis à l'article 3 de façon très large et ne peuvent être considérés comme urgents et réels dans le contexte d'un « ennui » mineur comme les pourriels. CompuFinder a fait remarquer que la preuve versée au dossier montre une diminution constante des niveaux de pourriels, qui sont passés d'un sommet de 85,2 % de tous les courriels envoyés en 2009 à 66,76 % en 2014. Les outils de filtrage contemporains qui sont largement utilisés sont normalement efficaces à plus de 99,9 % pour éliminer les pourriels.

---

<sup>41</sup> Voir, par exemple, le document du Conseil intitulé [Foire aux questions au sujet de la Loi canadienne anti-pourriel](#). Voir également le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation du ministère de l'Industrie, préparé conjointement avec la promulgation du Règlement du gouverneur en conseil et visant, en partie, à fournir des indications sur l'objet et l'application de la LCAP : (2013) Gazette du Canada, Partie II, 2912.

<sup>42</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, paragraphe 142

104. CompuFinder a également indiqué que, s'il y avait un problème de pourriels il y a 10 ans, le procureur général n'a pas montré que le problème était toujours urgent et réel en 2014, lorsque les interdictions sur les MEC sont entrées en vigueur. L'entreprise a soutenu que la preuve présentée par le procureur général fait référence aux États-Unis ou au monde entier, plutôt qu'au Canada en particulier, et qu'elle date d'au moins 10 ans.
105. Le procureur général a, quant à lui, affirmé que l'objectif principal de la LCAP, comme énoncé à l'article 3, et le sous-objectif, qui vise à assurer la confiance à l'égard de l'écosystème canadien en ligne en interdisant certaines conduites pouvant nuire à l'ensemble de l'économie, sont urgents et réels.
106. Le procureur général a fait valoir que les courriels font partie intégrante du commerce électronique au Canada, mais que les pourriels y nuisent. À cause de leur volume (environ 90 % de tous les courriels envoyés), i) ils entraînent des coûts pour les fournisseurs de services Internet, les entreprises et les consommateurs (p. ex. en raison des prix plus élevés de l'accès à Internet), ii) ils nuisent à la disponibilité, à la fiabilité et à l'efficacité des réseaux, iii) ils sont utilisés pour propager des menaces, comme les logiciels malveillants et les attaques d'hameçonnage, et iv) ils peuvent être frauduleux.
107. Les pourriels découragent aussi l'utilisation du commerce électronique en sapant la confiance en cette façon de faire des affaires. La fréquence des transactions en ligne est ainsi réduite et les entreprises perdent des millions de dollars en raison des pertes de productivité, du gaspillage de l'espace de stockage et l'achat des technologies anti-pourriel requises.

#### **Résultats de l'analyse du Conseil**

108. L'objectif visé par le gouvernement avec l'adoption de la LCAP est révélé dans le titre de la *Loi* : promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique.
109. La *Loi* est clairement axée sur l'ensemble du commerce électronique au Canada. Cela est plus amplement précisé dans l'objet de la *Loi* (article 3)<sup>43</sup>.
110. De l'avis du Conseil, il est évident que l'objectif du gouvernement est urgent et réel. Les faits versés au dossier par le procureur général à l'appui de cette conclusion sont détaillés et convaincants. Il y a une abondance de documents, d'analyses, de rapports et de statistiques probantes qui prouvent l'existence des pourriels et d'autres menaces électroniques, les répercussions qu'ils ont sur les entreprises et les consommateurs canadiens et la nécessité d'adopter des lois pour contrer ces menaces dans différents pays du monde.

---

<sup>43</sup> Cet article est cité intégralement au paragraphe 38 de la présente décision.

111. En mai 2004, le Groupe de travail du Canada a publié son rapport<sup>44</sup> qui comprenait des renseignements contextuels, détaillait les activités du Groupe et faisait état des recommandations du Groupe concernant les mesures à prendre pour remédier aux problèmes liés aux pourriels, portant notamment sur ce qui suit :

- l'importance d'une « démarche multiple, regroupant divers intervenants » : la mise en œuvre de lois claires et de nouvelles lois pour combler les lacunes de la législation actuelle, l'adoption de sanctions sévères et une application rigoureuse, le tout coordonné au sein d'un cadre juridique global qui facilitera aussi des pratiques commerciales solides, la sensibilisation des consommateurs, l'éducation du public et la collaboration internationale;
- l'importance de la communication et de la coordination entre les différents groupes d'intervenants concernés par la lutte anti-pourriel;
- l'importance de traiter les efforts anti-pourriel comme un élément d'un combat plus vaste et global pour contrer de façon proactive les menaces en matière de communication et de commerce sur Internet.

112. Que les niveaux de pourriels se situent aujourd'hui à 85 %, à 66 % ou même à 50 % de tous les courriels envoyés, le pourcentage est suffisamment élevé pour représenter une préoccupation urgente et réelle.

113. Selon Statistique Canada, en 2010, 51 % des internautes ont commandé en ligne des marchandises ou des services destinés à un usage personnel ou domestique. Au total, les Canadiens ont passé environ 114 millions de commandes, d'une valeur approximative de 15,3 milliards de dollars. Parmi ceux qui n'ont pas passé de commandes, 19 % ont mentionné des raisons de sécurité, 63 % ont signalé avoir déjà eu un virus informatique et 37 % ont dit avoir reçu des courriels d'une source frauduleuse leur demandant de fournir des renseignements personnels comme motifs pour ne pas commander en ligne<sup>45</sup>.

114. Selon des statistiques rendues publiques par le Centre de notification des pourriels géré par le Conseil, le Centre avait reçu environ 500 000 plaintes en date de février 2016. Ces plaintes ont été reçues à un rythme plutôt constant, soit environ 22 000 par mois (5 000 à 6 000 par semaine)<sup>46</sup>.

115. Les coûts engagés par les entreprises pour se protéger contre les MEC non sollicités et les autres menaces électroniques sont également bien documentés. La firme d'experts-conseils Ferris Research Inc. de San Francisco avait estimé que les pourriels coûteraient plus de 42 milliards de dollars aux entreprises américaines

---

<sup>44</sup> Rapport du Groupe de travail du Canada, précité à la note 11

<sup>45</sup> *Utilisation d'Internet et du commerce électronique par les particuliers*, Statistique Canada, 12 octobre 2011

<sup>46</sup> Malgré son nom, le Centre de notification des pourriels recueille des renseignements dans le but d'appuyer tous les aspects de l'application de la LCAP, pas seulement ceux qui sont liés aux pourriels. Voir, par exemple, Keith Rose, *CRTC CASL Compliance and Enforcement Update*, 12 février 2016.



en 2009 (130 milliards de dollars à l'échelle mondiale) en raison de pertes de productivité et du besoin d'équipement, de logiciels et de personnel supplémentaires pour traiter le problème. Une étude de 2012<sup>47</sup> présentait une estimation plus conservatrice, soit environ 20 milliards de dollars par année aux États-Unis. Cependant, les auteurs ont souligné que ce chiffre pourrait être beaucoup plus élevé si ce n'était de l'investissement privé des entreprises dans les technologies anti-pourriel.

116. Même si les données propres au Canada sont moins facilement accessibles, Statistique Canada signale que les entreprises ont utilisé différents outils pour protéger leurs données et leurs technologies numériques contre les attaques et les accès non autorisés en 2013. Un peu plus des trois quarts (76 %) des entreprises ont utilisé des logiciels antivirus ou des logiciels anti-espions, 62 % ont utilisé un pare-feu et 53 % ont utilisé un filtre anti-pourriel pour bloquer les courriels indésirables. Le pourcentage des entreprises ayant utilisé ces technologies pourrait être plus élevé que celui rapporté puisque les entreprises ne savent pas toujours que ces caractéristiques peuvent également être intégrées à d'autres progiciels<sup>48</sup>.
117. Selon le professeur Michael Geist<sup>49</sup>, les coûts occasionnés par les pourriels s'étendent bien au-delà des dépenses associées à leur filtrage, leur transfert, leur téléchargement et leur suppression. Il y a des coûts additionnels qui s'appliquent à toutes les entreprises, puisque les pourriels sapent la confiance des consommateurs à l'égard des MEC de façon générale, si bien qu'il est moins probable que les consommateurs ouvrent les messages, croient en leur contenu et y donnent suite. Le filtrage des pourriels est devenu une nécessité, mais il engendre un effet indésirable en ce qu'il réduit la fiabilité des courriels, les faux positifs menant invariablement au transfert de messages légitimes dans le dossier des courriers indésirables, ce qui demande aux utilisateurs de passer du temps à examiner les pourriels et les expéditeurs doivent accepter que certains messages n'atteindront pas le destinataire ciblé.
118. En outre, le Conseil n'est pas convaincu par l'argument de CompuFinder concernant l'efficacité des outils de filtrage contemporains. Même s'il était accepté que les outils de filtrage contemporains sont généralement efficaces, il existe tout de même des preuves indiquant que le volume de courriels indésirables envoyés demeure important. De plus, il y a un coût associé à de tels outils de filtrage et il n'est pas garanti que de tels outils demeureront efficaces.

---

<sup>47</sup> Justin M. Rao et David H. Reiley, *The Economics of Spam*, Journal of Economic Perspectives, volume 26, numéro 3, été 2012

<sup>48</sup> *Technologie numérique et utilisation d'Internet, 2013*, Statistique Canada, 11 juin 2014

<sup>49</sup> Michael Geist, *In Defence of Canada's Anti-Spam Law, Part One*, 9 juillet 2014

119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil conclut que le procureur général a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les objectifs que le gouvernement s'était fixés lors de l'adoption de la *Loi* dont les dispositions sont contestées étaient alors urgents et réels, et qu'ils le demeurent.

**Existe-t-il un lien rationnel entre la restriction et les objectifs?**

120. L'étape suivante de l'analyse exige que le gouvernement établisse que la restriction est proportionnelle, une analyse qui se fait en trois étapes. La première de ces étapes vise à déterminer s'il existe un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens choisis par le gouvernement pour atteindre cet objectif. Cet élément du critère a été décrit par la Cour suprême comme n'étant pas particulièrement exigeant<sup>50</sup>.

**Positions des parties**

121. CompuFinder a indiqué que les interdictions imposées par la LCAP concernant les MEC ne sont pas liées de façon rationnelle aux objectifs explicites de la *Loi*. Plus particulièrement, la *Loi* ne parvient pas à cibler l'activité commerciale qui, selon l'article 3 de la *Loi*, décourage l'utilisation du commerce électronique. Elle crée plutôt les atteintes mêmes à l'activité commerciale qu'elle voulait prétendument éviter.

122. En outre, l'entreprise a soutenu que seuls les Canadiens et les organisations canadiennes peuvent être assujettis à la LCAP. Par conséquent, même une interdiction complète de l'expression ne protégerait pas réellement les Canadiens des pourriels nuisibles qui continueraient d'affluer de l'étranger. CompuFinder doute que la LCAP soit conforme aux pratiques internationales et a soutenu que la preuve présentée par le procureur général ne prouve pas que la vaste interdiction imposée par la LCAP concernant les MEC n'est pas arbitraire.

123. Le procureur général a indiqué que les restrictions de la LCAP concernant l'envoi de MEC servent à réduire le volume de courriels commerciaux indésirables, qui sont souvent nuisibles au commerce électronique. Le principe fondamental inscrit dans les dispositions contestées de la LCAP est que certains types de MEC peuvent seulement être envoyés avec le consentement du destinataire.

124. Le procureur général a soutenu que ce modèle de consentement basé sur l'adhésion protège les utilisateurs des menaces électroniques puisqu'il leur permet d'empêcher les pourriels contenant ces menaces d'être acheminés à leur boîte de réception dès le départ. Ce modèle permet aussi que les coûts de l'envoi des MEC reviennent à l'expéditeur plutôt qu'à l'internaute qui reçoit le MEC. De plus, ce modèle s'appuie sur les recommandations de groupes internationaux, tels que l'OCDE et le Plan d'action de Londres<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> *Health Services and Support*, précité à la note 42, paragraphe 148

<sup>51</sup> Le Plan d'action de Londres a été établi en 2004 dans le but de promouvoir la collaboration internationale entre les gouvernements, les organismes publics et certains acteurs du secteur privé pour contrer les pourriels et régler les problèmes reliés aux pourriels, comme la fraude et la tromperie en ligne,

125. En outre, il existe des preuves claires que la LCAP est efficace et que les niveaux de pourriels au Canada sont à la baisse grâce à la *Loi*.

### **Résultats de l'analyse du Conseil**

126. Dans l'affaire *Hutterian Brethren*<sup>52</sup>, la Cour suprême a fait valoir que l'exigence du lien rationnel vise à empêcher l'imposition arbitraire de restrictions aux droits. Cependant, pour satisfaire à cette exigence, le procureur général doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement. Un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, doit être établi entre la violation et l'avantage recherché.

127. Dans l'affaire *Thomson Newspapers Co.*<sup>53</sup>, la Cour suprême, citant le professeur Peter Hogg, a fait remarquer que parce qu'un lien rationnel est souvent difficile à établir en preuve, la Cour n'a pas toujours insisté pour qu'on fasse la preuve directe d'un lien de causalité.

128. Par exemple, dans l'affaire *Health Services and Support*<sup>54</sup>, la Cour suprême a conclu que cette exigence était respectée, bien que les preuves n'aient pas établi de façon concluante que le moyen adopté par la *Loi* en cause permettait d'atteindre les objectifs du gouvernement. Dans les circonstances, il était au moins logique et raisonnable de conclure qu'il existait un lien rationnel.

129. Dans le cas présent, le procureur général a démontré l'existence d'un lien rationnel entre les restrictions imposées à l'égard de l'envoi de MEC et les objectifs établis à l'article 3 de la *Loi*. Plus précisément, il est logique et raisonnable de conclure que l'interdiction d'envoyer des MEC non sollicités imposée par l'article 6 et les dispositions connexes (les mesures principales ciblées par CompuFinder) permettraient de réduire les pourriels et, par conséquent, leurs effets négatifs sur les entreprises et les consommateurs canadiens. Or, cette interdiction aurait un lien causal avec la réalisation de l'objectif de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie numérique canadienne.

130. Il est raisonnable d'estimer que l'interdiction d'une activité qui présente certains risques permettra de réduire ces derniers<sup>55</sup>. Il y a au dossier des preuves que les MEC non sollicités peuvent représenter des menaces à la sécurité, entraîner des coûts pour les Canadiens et diminuer la confiance dans l'économie numérique. Par conséquent, il est raisonnable de croire qu'une interdiction à l'égard des MEC non sollicités réduira ces risques.

---

l'hameçonnage et la propagation de virus. En 2016, ce plan a été renommé Unsolicited Communications Enforcement Network (UCENet).

<sup>52</sup> *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, paragraphe 48

<sup>53</sup> *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 RCS 877, paragraphe 39

<sup>54</sup> *Health Services and Support*, précité à la note 42, paragraphe 149

<sup>55</sup> *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5

131. Il y a aussi au dossier des preuves que les effets de la LCAP se font déjà sentir. Selon un rapport publié au début de 2015, bien que la proportion totale de pourriels soit restée relativement stable, le volume total de pourriels provenant du Canada chaque mois depuis que la LCAP a été mise en œuvre est plus faible que celui du mois affichant le volume le plus faible avant que la *Loi* n'entre en vigueur. Ce rapport démontre aussi que les Canadiens ont reçu moins de pourriels après l'entrée en vigueur de la LCAP<sup>56</sup>.
132. Une autre étude de 2015 a conclu que la LCAP a eu un effet positif sur le marketing par courriel au Canada<sup>57</sup>. Cette étude a fait remarquer que les spécialistes du marketing sont maintenant plus conscients de tous les courriels envoyés par leurs entreprises. On y ajoute qu'il y a moins d'encombrement dans les boîtes de réception et que les repères relatifs aux courriels, comme la proportion de messages ouverts par les destinataires, sont stables.
133. Même les rapports sur lesquels CompuFinder s'appuie semblent indiquer que la LCAP répond à un besoin et qu'elle a été efficace. Par exemple, Cyberimpact, une entreprise canadienne de services Web, a conclu que l'introduction de la LCAP a entravé la compétitivité des entreprises chez nous; elle indique toutefois que ce n'est pas la *Loi* elle-même qui est en cause, mais une mauvaise compréhension de celle-ci<sup>58</sup>.
134. Puisque la question est simplement de savoir à cette étape-ci s'il existe un lien logique et rationnel entre les mesures attentatoires et les objectifs du gouvernement, le dossier démontre clairement que cette exigence a été respectée.

#### **Les atteintes sont-elles minimales?**

135. À cette étape-ci de l'analyse, le Conseil doit déterminer si les dispositions contestées de la *Loi* portent une atteinte minimale à un droit ou une liberté garantis par la *Charte*. La question est de savoir s'il existe des moyens moins préjudiciables d'atteindre le même objectif législatif. Une mesure répondra généralement à cette exigence pourvu que la restriction qu'elle impose à un droit ou une liberté soit raisonnablement adaptée à l'objectif législatif urgent et réel. Une certaine déférence doit être accordée à la législature dans son choix parmi un éventail de solutions de rechange lorsque la mesure porte sur une question sociale complexe<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> 2015 Q1 Security Threat Report, Cloudmark, 2015. Ce rapport indique que, pour la même période, le pourcentage de pourriels par rapport à la totalité des courriels reçus par les Canadiens a augmenté de 0,1 %.

<sup>57</sup> Geoff Linton et Matthew Vernhout, *The Marketing Landscape since CASL: One Year Later*, Inbox Marketer, 2015. Selon cette étude, seulement 16 % de la totalité des courriels envoyés sont des pourriels. Toutefois, ce chiffre est fondé sur les données de Cloudmark, qui calcule les taux de pourriels seulement après l'application des filtres anti-pourriel.

<sup>58</sup> Patrick Tremblay, *Canada's Anti-Spam law is effective, but it's harming Canadian businesses*, Cyberimpact, juin 2015 (rapport Cyberimpact)

<sup>59</sup> *Hutterian Brethren*, précité à la note 52, paragraphe 53

## **Positions des parties**

136. CompuFinder a maintenu que la LCAP ne porte pas atteinte à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible. L'entreprise estimait plutôt que la LCAP porte une « atteinte maximale » principalement en raison du mécanisme d'adhésion qui exige un consentement exprès dans un ensemble exhaustif de circonstances.
137. CompuFinder a indiqué que la définition de « message électronique commercial » établie au paragraphe 1(2) de la LCAP, qui énonce qu'un MEC est un message électronique dont il est raisonnable de conclure qu'il a pour but entre autres d'encourager la participation à une activité commerciale, restreint également l'expression commerciale légitime et bénéfique. Cette définition accroît de façon exceptionnelle la portée de la LCAP et permet d'y assujettir des classes de messages qui n'ont rien à voir avec les préjudices qu'elle doit prévenir.
138. CompuFinder a ajouté que la LCAP ne vise pas uniquement les pourriels faux, frauduleux, trompeurs ou malicieux; la *Loi* interdit tous les MEC, y compris ceux qui sollicitent un consentement.
139. CompuFinder a soutenu que la LCAP aurait pu, comme on le fait aux États-Unis en vertu de la *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing (CAN-SPAM) Act*<sup>60</sup>, utiliser un modèle d'exclusion ou, comme on le fait dans la loi australienne sur les pourriels<sup>61</sup>, utiliser un modèle d'adhésion avec une définition ouverte du consentement implicite.
140. L'entreprise a également soutenu qu'il n'y a aucune exemption *de minimis* aux exigences de la LCAP. L'interdiction de MEC s'applique même lorsque l'objectif commercial est accessoire et qu'on ne s'attend pas à réaliser un profit.
141. L'entreprise a de plus soutenu que les exemptions et les exclusions en vertu de la *Loi* et du Règlement du gouverneur en conseil sont vagues, restrictives, ou les deux, et sont difficiles à appliquer. Par exemple :
- les définitions des liens familiaux et personnels à l'article 2 du Règlement du gouverneur en conseil sont trop étroites (ne comprennent ni la fratrie ni les cousins);
  - la règle du consentement tacite pour les relations d'affaires en cours ne permet pas aux fournisseurs qui vendent par des intermédiaires de s'en prévaloir;

---

<sup>60</sup> *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing (CAN-SPAM) Act of 2003* des États-Unis, 15 U.S.C. 103

<sup>61</sup> À l'annexe 2 de la *Spam Act 2003* (Cth), le consentement s'entend du consentement exprès ou du consentement qui peut être raisonnablement déduit de la conduite et de l'activité commerciale ou d'autres relations entre les personnes concernées.

- les règles du consentement tacite relatif à la publication suspecte et à la divulgation volontaire s'appliquent seulement au rôle d'une personne dans les fonctions qu'elle exerce au sein d'une entreprise;
- l'exemption relative aux messages envoyés par suite d'une recommandation – prévue dans le Règlement du gouverneur en conseil – exige que l'auteur de la recommandation ait des relations en cours tant avec l'expéditeur qu'avec le destinataire du MEC;
- l'exemption relative aux « relations entre entreprises » du Règlement du gouverneur en conseil est restreinte par des limites vagues : les deux entreprises doivent avoir une « relation » (terme non défini), le MEC doit concerner des « activités de l'organisation destinataire » (terme non défini), et l'exemption ne s'applique qu'aux « organisations » (ce qui exclut les entreprises à propriétaire unique);
- l'exemption relative à la collecte de fonds du Règlement du gouverneur en conseil ne s'applique qu'aux organismes de bienfaisance enregistrés et non aux organisations à but non lucratif.

142. CompuFinder a précisé que l'approche de la LCAP donne lieu à de nombreuses restrictions secondaires à la liberté d'expression d'organisations à but non lucratif, dont les communications mentionnent des fournisseurs de services commerciaux, et des organismes de bienfaisance enregistrés lorsque leurs messages vont au-delà de la demande de dons.

143. Le procureur général a répondu que les exigences relatives au consentement et à l'exclusion portent une atteinte minimale à la liberté d'expression. Le Conseil devrait faire preuve de retenue devant une solution réglementaire complexe à un problème social urgent. La question est de savoir si la mesure se situe à l'intérieur d'une gamme de solutions de rechange raisonnables. La LCAP n'interdit pas complètement les MEC; elle comporte une réglementation limitée, mais ciblée.

144. Le procureur général a fait remarquer que la LCAP reconnaît les relations d'affaires en cours qui précèdent son entrée en vigueur comme des consentements tacites. Les exceptions prévues par la LCAP ont pour effet de restreindre de façon importante la notion d'« activité commerciale », et les mesures ont été conçues comme moyen de limiter tout fardeau réglementaire connexe potentiel.

145. De plus, le procureur général a précisé que la validité constitutionnelle d'une loi ne peut pas être déterminée sans prendre en considération les dispositions de cette dernière qui sont conçues pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inévitables de l'interdiction. La possibilité que le gouverneur en conseil promulgue des règlements prévoyant une exclusion additionnelle des MEC en vertu du paragraphe 64(1) de la LCAP offre de la souplesse et devrait être prise en compte dans le contexte de l'article premier de la *Charte*.

146. Le procureur général a aussi indiqué que la restriction à l'envoi de MEC donne aux destinataires des courriels un contrôle sur la diffusion de la publicité électronique qui leur est destinée. L'obligation pour les expéditeurs de courriels commerciaux d'obtenir un consentement, de s'identifier et d'offrir un mécanisme d'exclusion dans leur publicité est une imposition raisonnable et minutieusement conçue pour protéger et promouvoir la croissance du commerce électronique au Canada. Les modèles de retrait du consentement n'ont pas réussi à arrêter le flux constant de courriels et obligent l'utilisateur à ouvrir chaque courriel (certains pouvant contenir des menaces électroniques) afin de se désinscrire pour ne plus recevoir des messages semblables à l'avenir. Seuls les États-Unis ont adopté un tel régime, lequel a été généralement critiqué comme étant inefficace.

### **Résultats de l'analyse du Conseil**

147. L'énoncé souvent cité du critère approprié de restriction minimale a été établi par la Cour suprême dans l'affaire *RJR-MacDonald*<sup>62</sup> :

La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation [...]. Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

148. Dans l'affaire *Sharpe*, la Cour suprême a indiqué que le gouvernement est tenu d'établir que la loi est raisonnablement adaptée à ses objectifs et a fait remarquer que des difficultés pratiques et des pressions contradictoires doivent être prises en considération<sup>63</sup>.

149. Le Conseil est aussi attentif à l'orientation que la Cour suprême a adoptée dans l'affaire *Hutterian Brethren*, à savoir<sup>64</sup> :

[P]our déterminer s'il existe des moyens moins radicaux d'atteindre l'objectif gouvernemental, le tribunal n'a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d'atteindre l'objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée. En d'autres mots, le tribunal ne doit pas accepter une formulation de l'objectif

---

<sup>62</sup> *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199, paragraphe 160

<sup>63</sup> *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, paragraphe 96

<sup>64</sup> *Hutterian Brethren*, précité à la note 52, paragraphe 55. Cette affaire avait pour but d'examiner la constitutionnalité d'une loi de l'Alberta qui supprimait une exemption auparavant disponible pour des raisons religieuses, pour imposer l'obligation que tout permis de conduire doit comporter une photographie du titulaire.

gouvernemental d'une rigueur ou d'une précision irréalistes qui soustrairait en fait la mesure législative à tout examen à l'étape de l'atteinte minimale. L'obligation de choisir une mesure « tout aussi efficace » mentionnée dans le passage précité de *RJR-MacDonald* ne doit pas être poussée à l'extrême jusqu'à devenir irréalisable. Ce type de mesure inclut les solutions de rechange qui protègent suffisamment l'objectif du gouvernement, compte tenu de toutes les circonstances : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 RCS 350.

150. Dans le cas présent, même si CompuFinder a produit d'importants éléments de preuve démontrant que d'autres moyens qui imposeraient une restriction moins sévère à la liberté d'expression peuvent être utilisés pour atteindre l'objectif gouvernemental, le Conseil est néanmoins persuadé que ces mesures de rechange ne seraient pas un moyen également efficace d'atteindre l'objectif urgent et réel du gouvernement.
151. Tout compte fait, et à la lumière de la complexité de la question que traite la LCAP – mais en gardant à l'esprit les précisions données par la Cour suprême dans l'affaire *RJR-MacDonald*<sup>65</sup> et l'affaire *Carter*<sup>66</sup> selon lesquelles la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* est un processus de démonstration, et non d'intuition ou de déférence automatique envers le risque invoqué par le gouvernement – le procureur général a satisfait aux exigences du critère de l'atteinte minimale.
152. À cette étape-ci, l'argument de CompuFinder est essentiellement que le régime d'interdiction des MEC prévu par la LCAP est trop large, visant un plus grand nombre de formes d'expression qu'il est nécessaire pour atteindre l'objectif de la *Loi*.
153. Le procureur général n'a pas répondu directement à chaque allégation précise selon laquelle la *Loi* a une portée excessive. Sa principale réponse aux arguments de portée excessive soulevés par CompuFinder était plutôt que la *Loi* n'impose pas une interdiction totale d'envoi de MEC. Les personnes qui souhaitent envoyer des courriels commerciaux ne sont pas privées de la possibilité d'utiliser Internet, ou le courrier électronique, comme moyen d'annoncer de la publicité. De plus, les exceptions et les exemptions à l'interdiction générale contenues à l'article 6 de la LCAP servent de leviers supplémentaires pour limiter davantage l'atteinte à la liberté d'expression.

---

<sup>65</sup> *RJR-MacDonald*, précité à la note 62, paragraphes 128 et 129

<sup>66</sup> *Carter*, précité à la note 55, paragraphe 119



154. Le Conseil fait remarquer que, comme l'a indiqué la Cour suprême dans l'affaire *JTI-Macdonald Corp.*<sup>67</sup>, au moment d'interpréter ces exceptions et exemptions, il ne doit pas considérer les termes précis isolément; il doit plutôt être guidé par l'objectif du législateur et chercher l'intention globale.
155. En ce qui concerne la LCAP, la préoccupation du législateur était de lutter contre une multitude de menaces électroniques qui ont des effets préjudiciables sur l'économie numérique du Canada, les entreprises canadiennes et les internautes canadiens. Dans la poursuite de ses objectifs, le législateur a délibérément restreint l'applicabilité de la *Loi* à certaines activités commerciales [telles qu'elles sont définies au paragraphe 1(1) de la *Loi*] et a adopté une longue série d'exceptions, d'exclusions et de restrictions à l'application des interdictions d'envoyer des MEC, et a accordé au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements restreignant cette applicabilité.
156. Des exemples de ces exceptions figurent dans les paragraphes 6(5) et 6(6) de la LCAP et dans les dispositions relatives aux messages exemptés à l'article 3 du Règlement du gouverneur en conseil. Compte tenu de ce qui précède et d'autres exceptions et exemptions, l'interdiction prévue à l'article 6 de la LCAP ne s'applique pas à bon nombre de types de MEC, y compris les suivants : ceux envoyés par une personne ayant une relation personnelle ou familiale avec le destinataire, ou au nom de cette personne, ceux concernant une enquête relative à une activité commerciale exercée par le destinataire, ceux qui contiennent des avis de dons ou de transactions, et certains messages intra-organisationnels et interorganisationnels.
157. De plus, étant donné que, en cas d'ambiguïté, les allégations de portée excessive peuvent être résolues par une interprétation appropriée<sup>68</sup>, lorsque l'application de ces exceptions et exclusions est potentiellement ambiguë et qu'une telle ambiguïté est susceptible de rendre la portée des dispositions en question excessive, elles doivent être interprétées de manière à porter le moins possible atteinte à l'expression protégée tout en respectant l'intention du législateur.
158. Par conséquent, le Conseil accepte l'argument du procureur général selon lequel l'expression limitée par la LCAP est sensiblement diminuée en raison de ses exceptions et exemptions. Ces exceptions, prises dans leur ensemble, restreignent de façon significative l'application de l'article 6 de la *Loi*; par conséquent, selon la prépondérance des probabilités, les dispositions contestées ne portent pas atteinte à la liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs de la LCAP. Dans ces circonstances, les restrictions relatives à l'envoi de MEC ne sont pas déraisonnables compte tenu de leur objet législatif.

---

<sup>67</sup> *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, paragraphes 80 et 81

<sup>68</sup> *Sharpe*, précité à la note 63, paragraphe 32

159. Cependant, le Conseil n'est pas d'accord avec l'argument selon lequel il devrait tenir compte de la capacité du gouverneur en conseil à mettre en place de nouvelles exemptions à l'avenir. En d'autres termes, seules les exceptions et les exemptions qui effectivement existaient au moment où CompuFinder a envoyé les messages ayant fait l'objet du procès-verbal de violation devraient être pertinentes sous l'angle du critère de l'atteinte minimale, puisque CompuFinder n'aurait pu se prévaloir de toute exception ou exemption possible au-delà de celles-ci.
160. Bien que CompuFinder ait soutenu qu'il existe des moyens moins restrictifs pour atteindre les objectifs de la LCAP, la preuve du procureur général indique pourquoi de telles mesures ne seraient pas aussi efficaces dans la poursuite des objectifs du gouvernement. Par exemple, contrairement à la LCAP, la *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing (CAN-SPAM) Act*<sup>69</sup> des États-Unis n'exige pas que les expéditeurs de courriels commerciaux obtiennent le consentement exprès des destinataires avant de leur envoyer des messages commerciaux. La loi américaine exige que les courriels incluent un mécanisme que les destinataires peuvent utiliser pour retirer leur consentement à recevoir de tels messages à l'avenir, et que les expéditeurs respectent ces demandes de retrait.
161. Selon ce modèle, les messages commerciaux, y compris les pourriels potentiellement dangereux, demeurent dans les boîtes de réception des destinataires jusqu'à ce que ces derniers les suppriment. Les destinataires doivent ainsi ouvrir des messages provenant de personnes qui peuvent leur être inconnues avant de pouvoir les supprimer. En fait, les commentaires sur la loi anti-pourriel américaine, au moment où la LCAP était à l'étude, indiquaient déjà l'inefficacité des méthodes de retrait du consentement qui étaient en place dans d'autres pays<sup>70</sup>.
162. À l'instar de la LCAP, la loi australienne sur les pourriels exige un consentement exprès ou un consentement non exprès (la loi de l'Australie désigne ce dernier comme un consentement « déduit », alors que la LCAP utilise le terme consentement « tacite »). La principale différence tient à ce que la loi australienne définit moins de critères sur la façon dont le consentement peut être déduit, et selon des termes plus généraux. La LCAP, par contre, définit des méthodes plus précises et en plus grand nombre pour obtenir l'équivalence du consentement. Les deux lois comprennent des exceptions et des exemptions à leurs interdictions d'envoi de MEC. Compte tenu de ces similitudes, le Conseil n'est pas convaincu que le modèle australien représenterait une solution de rechange qui, substantiellement, porterait moins atteinte à la liberté d'expression que le modèle de la LCAP. Tout au plus, il pourrait constituer l'une des nombreuses possibilités raisonnables.

---

<sup>69</sup> *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing (CAN-SPAM) Act of 2003* des États-Unis, précité à la note 60

<sup>70</sup> Voir, par exemple : Jack Loechner, *Unsolicited Email Legislation Ineffective in 2004*, MediaPost, 21 janvier 2005; Carolyn Duffy Marsan, *CAN-SPAM: What went wrong*, Network World, 6 octobre 2008; Rapport Leduc et Rapport Levine, précités à la note 8.

163. Le législateur a choisi d'appliquer l'interdiction d'envoi de MEC non sollicités en adoptant un régime à option d'adhésion plutôt qu'un régime à option de retrait. Chaque type de régime impose aux expéditeurs diverses restrictions. En résumé, le régime à option d'adhésion de la LCAP oblige les expéditeurs de MEC à obtenir le consentement préalable des destinataires, sauf si le MEC est touché par l'une des multiples exceptions ou exemptions prévues dans la *Loi* ou les dispositions réglementaires applicables, ou si le consentement peut être tacite en fonction des critères énoncés dans la *Loi*<sup>71</sup>. Par exemple, l'expéditeur du message n'a pas à obtenir le consentement du destinataire s'il entretient déjà une relation d'affaires avec la personne.
164. Un régime à option de retrait permet, dans la plupart des cas, l'envoi de messages commerciaux non sollicités à quiconque, sauf si le destinataire a explicitement demandé que les messages cessent. Cependant, le procureur général a soulevé de nombreuses raisons valables pour lesquelles la méthode de l'option de retrait pourrait ne pas être appropriée. Par exemple, cette méthode transfère le fardeau des efforts et des coûts pour éviter la réception de messages non sollicités au destinataire du message, qui doit ouvrir le message pour se désabonner, ce qui peut être suffisant pour compromettre la sécurité électronique, et le destinataire doit prouver qu'il a demandé le retrait en cas de conflit.
165. Il ressort clairement des éléments de preuve déposés par le procureur général que le gouvernement, à l'époque où il enquêtait sur des solutions au problème croissant des messages électroniques non sollicités, a examiné diverses options. Parmi ces options, le gouvernement aurait pu modifier certaines lois existantes (la LPRPDE, le *Code criminel* ou la *Loi sur la concurrence*), mettre en place l'une des multiples approches liées au consentement (à option d'adhésion, à double option d'adhésion<sup>72</sup>, à option de retrait, etc.), ou encore mettre en place une partie ou la totalité des recommandations du Groupe de travail du Canada<sup>73</sup>, c'est-à-dire adopter une loi indépendante et neutre sur le plan technologique pour traiter les pourriels et les menaces qui y sont liées. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait en adoptant la LCAP, qui comprend un modèle d'envoi de MEC à option d'adhésion, assorti de multiples exceptions et exemptions.
166. Compte tenu de ce qui précède, et du fait que dans le cas de questions sociales complexes, l'exigence relative à l'atteinte minimale est satisfaite si le législateur choisit l'une des diverses solutions de rechange raisonnables<sup>74</sup>, le Conseil conclut que les dispositions contestées de la LCAP sont raisonnablement adaptées à l'objectif de gérer les menaces électroniques qui pèsent sur l'économie numérique

---

<sup>71</sup> Certaines exceptions et exemptions sont énoncées au paragraphe 156 de la présente décision. Les critères relatifs au consentement tacite sont énoncés aux paragraphes 10(9) à 10(14) de la LCAP.

<sup>72</sup> Une approche à double option d'adhésion impose l'obligation supplémentaire pour les expéditeurs de MEC de demander aux destinataires un message de suivi afin de confirmer leur consentement.

<sup>73</sup> Rapport du Groupe de travail du Canada, précité à la note 11<sup>74</sup> *JTI-Macdonald Corp.*, précité à la note 67, paragraphe 43

<sup>74</sup> *JTI-Macdonald Corp.*, précité à la note 67, paragraphe 43

canadienne et, ainsi, respectent l'atteinte minimale, comme elle est définie par la Cour suprême.

**Existe-t-il une proportionnalité globale entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure restrictive?**

167. La dernière étape de l'analyse de l'article premier de la *Charte* consiste à déterminer s'il existe une proportionnalité globale entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables des mesures qui limitent le droit ou la liberté en question. En d'autres termes, est-ce que les effets bénéfiques de la mesure législative contestée justifient les coûts que représente la restriction des droits<sup>75</sup>? Cette analyse, qui doit être effectuée par le procureur général, porte sur l'effet pratique de la loi et évalue la réalisation des objectifs par rapport à l'effet sur le droit ou la liberté en question protégés<sup>76</sup>.

**Positions des parties**

168. CompuFinder a fait valoir que les restrictions de la LCAP touchant la liberté d'expression sont disproportionnées par rapport aux préjudices qu'elles prétendent prévenir, et qu'aucun autre pays n'a adopté une loi comparable. Tous les cas de portée excessive mentionnés ci-dessus offrent des exemples de la façon dont l'effet de la LCAP sur la liberté d'expression est disproportionné par rapport à tout avantage. CompuFinder a affirmé que le procureur général n'a identifié aucun avantage.

169. CompuFinder a également indiqué que bien qu'il y ait une valeur inhérente à la liberté d'expression protégée par la Constitution que supprime la LCAP, des coûts importants pour l'économie canadienne sont associés à l'obligation pour les entreprises de se conformer à la LCAP. CompuFinder a affirmé que certaines entreprises ont déjà dépensé plus de 10 millions de dollars pour se conformer à la LCAP et que le coût total pour l'économie canadienne atteint des centaines de millions de dollars.

170. CompuFinder a soutenu que le procureur général a tout au plus démontré, il y a une dizaine d'années, qu'il y avait un problème essentiellement de nature économique lié à certaines formes préjudiciables de courriel. Les éléments de preuve ne permettent pas de croire que la LCAP a eu un effet réel sur ce problème. Au contraire, ils montrent que la LCAP a eu un effet dissuasif généralisé sur la communication électronique au Canada, y compris sur l'expression commerciale. En résumé, la LCAP, qui a pour but de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne, a, en réalité, eu l'effet contraire.

171. Le procureur général a soutenu que la proportionnalité peut néanmoins avoir un effet salutaire sur le bien public. Les mesures de la LCAP sont strictement adaptées pour maintenir la confiance dans l'utilisation d'Internet à des fins commerciales et répartir

---

<sup>75</sup> *Hutterian Brethren*, précité à la note 52, paragraphe 77

<sup>76</sup> *JTI-Macdonald Corp.*, précité à la note 67, paragraphe 46

raisonnablement le fardeau de la sécurité et de la viabilité d'Internet entre les intérêts commerciaux et les intérêts privés. De plus, seuls les effets préjudiciables par rapport aux droits et libertés reconnus par la *Charte* devraient être pris en compte à cette étape-ci, non les coûts évalués en dollars.

172. La LCAP exige que l'organisation souhaitant envoyer des MEC non sollicités obtienne le consentement du destinataire avant l'envoi du message, inclue dans le message un mécanisme d'exclusion et identifie correctement l'expéditeur. Le procureur général a soutenu que ces exigences ne restreignent la liberté d'expression que légèrement comparativement aux avantages qu'elles procurent à l'ensemble de l'économie canadienne.
173. Le procureur général a présenté des éléments de preuve selon lesquels la LCAP a amélioré la confiance dans le marketing par courriel et selon lesquels les MEC envoyés par les spécialistes du marketing ont plus de succès depuis l'entrée en vigueur de la *Loi*. Les taux d'ouverture, les taux de clics et les taux de clics pour ouvrir sont tous supérieurs à ce qu'ils étaient avant l'entrée en vigueur de la LCAP<sup>77</sup>. Le marketing par courriel continue d'être l'une des deux principales méthodes de marketing pour assurer le rendement du capital investi.

#### **Résultats de l'analyse du Conseil**

174. L'importance des objectifs des dispositions contestées a déjà été établie. De plus, les Canadiens sont bien conscients de l'existence de la LCAP et semblent être prêts à y recourir pour porter plainte de manière officielle concernant la réception de MEC non sollicités<sup>78</sup>.
175. Le Conseil est d'accord avec le procureur général que cette étape de l'analyse doit principalement se faire sous l'angle de la *Charte*. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'affaire *Thomson Newspaper Co.*, la question est de savoir si les avantages découlant de la restriction sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*<sup>79</sup>.
176. Les MEC visés par la LCAP sont des messages non sollicités qui ne proviennent pas toujours d'expéditeurs malveillants, mais qui ont toujours une composante économique ou commerciale. Bien que les MEC soient une forme d'expression commerciale et que la Cour suprême ait reconnu la grande valeur de la liberté d'expression commerciale<sup>80</sup>, ce type d'expression ne s'inscrit pas dans les valeurs fondamentales de la liberté d'expression, comme l'a expliqué la Cour suprême<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Ces paramètres mesurent, respectivement, la proportion des messages lus par les destinataires, la proportion des messages renfermant du contenu sur lequel les destinataires ont cliqué, et la proportion des messages renfermant du contenu sur lequel les destinataires ont cliqué après l'ouverture des messages.

<sup>78</sup> Voir le paragraphe 114 de la présente décision.

<sup>79</sup> *Thomson Newspapers Co.*, précité à la note 53, paragraphe 125

<sup>80</sup> *R. c. Guignard*, [2002] 1 RCS 472; voir aussi, *Irwin Toy*, précité à la note 34, pages 967 à 971.

<sup>81</sup> *R. c. Keegstra*, [1990] 3 RCS 697, pages 762 et 763

177. Autrement dit, toutes les expressions ne méritent pas la même protection, et toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves<sup>82</sup>.
178. Le dossier démontre que l'entrée en vigueur des dispositions de la LCAP concernant les MEC non sollicités a eu une incidence sur certaines communications commerciales. CompuFinder qualifie cette incidence d'effet dissuasif sur l'expression commerciale légitime en raison de l'approche d'interdiction totale d'envoi de MEC imposée par la LCAP. Par exemple, un rapport révèle que 10 % des répondants ont mis fin au marketing par courriel, 30 % ont réduit leurs listes de marketing, et 48 % estiment qu'ils ne rivalisent plus avec leurs homologues américains<sup>83</sup>.
179. Cependant, la LCAP n'interdit pas aux particuliers et aux entreprises qui souhaitent envoyer des courriels commerciaux d'envoyer des MEC. Même lorsque les MEC ne sont pas exclus ou exemptés, la seule condition à respecter est qu'il y ait consentement préalable du destinataire, que l'expéditeur s'identifie adéquatement et que le message inclue un mécanisme d'exclusion. Il ne s'agit nullement d'une interdiction de l'expression commerciale.
180. De plus, une autre enquête<sup>84</sup> a indiqué que les pourriels provenant du Canada ont chuté de 37 % depuis l'entrée en vigueur de la LCAP, mais que cette chute n'a eu que peu d'incidence sur les entreprises. Il est également prouvé que les ventes de commerce en ligne de détail au Canada ont augmenté durant l'année d'entrée en vigueur de la LCAP, et qu'elles continueront de croître dans un avenir immédiat<sup>85</sup>.
181. Il est logique et raisonnable que les personnes qui envoient des messages à des adresses électroniques en vue d'encourager la participation à une activité commerciale, et qui sont les personnes susceptibles de bénéficier d'une forte économie numérique canadienne, assument cette part de responsabilité qui leur est imposée afin de contribuer à l'édification d'une économie numérique robuste et sûre.
182. Essentiellement, et comme il est noté ci-dessus, les dispositions contestées de la LCAP interdisent l'envoi de MEC, et cette interdiction ne s'applique que dans certaines circonstances, à savoir lorsque le consentement n'a pas été obtenu, lorsque les MEC ne satisfont pas aux exigences officielles requises ou lorsque les MEC ne font pas l'objet d'une exception ni d'une exemption de l'interdiction. Cela entraîne des effets préjudiciables sur une liberté protégée, à savoir l'expression commerciale, ce qui est un aspect important de la liberté d'expression, mais ne fait pas partie de son fondement.

---

<sup>82</sup> *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 RCS 232, pages 246 et 247, citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326

<sup>83</sup> *Rapport Cyberimpact*, précité à la note 58

<sup>84</sup> Tyler Orton, *CASL has no impact on email marketing practices at most companies: Survey*, Business Vancouver, 1<sup>er</sup> juin 2015

<sup>85</sup> *Retail Ecommerce Sales in Canada to Near C\$30 Billion*, eMarketer, 15 janvier 2015. Selon cet article, les ventes du commerce en ligne de détail au Canada se chiffraient à 25,37 milliards de dollars en 2014 et devraient augmenter à 43,95 milliards de dollars d'ici 2018.

183. Ces effets, considérés sous l'angle de la *Charte*, touchent certains particuliers et certaines entreprises qui doivent apporter des modifications à leurs stratégies de marketing en ligne pour exercer leur liberté d'expression commerciale.
184. Le Conseil estime que, tout compte fait, ces effets préjudiciables ne semblent pas en l'espèce être suffisamment importants pour l'emporter sur les avantages des dispositions pour le bien public. En particulier, la preuve au dossier montre que les taux de pourriels ont chuté à la suite de l'adoption de la LCAP, sans que cela n'entraîne une diminution marquée de l'efficacité du marketing électronique. Ces effets sont conformes à l'objectif qu'avait le gouvernement en adoptant la LCAP, c'est-à-dire faire croître l'ensemble de l'économie en augmentant la confiance dans l'utilisation d'Internet à des fins commerciales.
185. Compte tenu de ce qui précède, le procureur général a établi que les effets bénéfiques des dispositions contestées l'emportent sur les effets préjudiciables.

### **Conclusion**

186. En résumé, le Conseil a déterminé que les dispositions contestées de la LCAP violent la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. Cependant, le Conseil détermine que le procureur général a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### **La LCAP porte-t-elle atteinte à l'un ou l'autre des droits de CompuFinder protégés par l'article 11 de la *Charte*?**

187. L'article 11 de la *Charte* garantit à tout inculpé certains droits légaux dans les affaires criminelles et pénales, dont le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable<sup>86</sup>.
188. Dans l'affaire *Guindon*<sup>87</sup>, la Cour suprême a confirmé le critère à deux volets qui permet de déterminer si la violation à une loi sera considérée comme une infraction (et donc de savoir si l'article 11 de la *Charte* s'appliquera) : si la procédure menant à

---

<sup>86</sup> L'article 11 se lit comme suit : Tout inculpé a le droit : a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche; b) d'être jugé dans un délai raisonnable; c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche; d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable; f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave; g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations; h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni; i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

<sup>87</sup> *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41

l'imposition d'une pénalité est, de par sa nature même, une procédure criminelle, et si la sanction entraîne une véritable conséquence pénale. Le critère de la « nature criminelle » se rapporte à la procédure, alors que celui de la « véritable conséquence pénale » concerne essentiellement l'effet possible de la décision sur la personne visée par la procédure<sup>88</sup>.

189. L'analyse énoncée ci-dessous porte uniquement sur les dispositions contestées et sur la question de savoir si les personnes à qui a été signifié un procès-verbal de violation seront « inculpées » au sens de l'article pertinent en raison de ces dispositions. L'analyse de la question de savoir si la SAP imposée à CompuFinder entraîne son inculpation est décrite dans la décision de Conformité et Enquêtes 2017-368.

### Positions des parties

190. CompuFinder a allégué que la LCAP enfreint l'article 11 de la *Charte*, car elle permet l'imposition de véritables conséquences pénales sans fournir à l'inculpé aucune des protections constitutionnelles qui lui sont garanties. CompuFinder a soutenu qu'elle s'est fait refuser, par exemple, le droit à un procès équitable devant un arbitre indépendant et impartial et le droit d'être présumée innocente jusqu'à preuve du contraire.
191. CompuFinder a soutenu que les SAP qui peuvent être imposées en vertu de la LCAP sont d'une ampleur potentiellement catastrophique, au point même d'entraîner la ruine. Le véritable but de ces SAP potentielles ne peut être que de punir, et va bien au-delà de ce qui serait nécessaire aux fins de la réglementation ou de dissuasion.
192. CompuFinder a déclaré que le régime administratif en vertu de la LCAP offre moins de protection de nature procédurale que d'autres régimes, tels que celui en vertu de la *Loi sur la concurrence*, où les SAP ne peuvent être recouvrées qu'auprès d'un tribunal compétent, ou en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, où les SAP ne peuvent être imposées que par ordonnance d'une cour supérieure. En outre, les facteurs prescrits par la *Loi* à prendre en considération pour déterminer le montant d'une SAP ne sont pas fondés sur des considérations purement économiques ou mathématiques, et semblent servir à déterminer une peine de nature pénale.
193. Le procureur général a indiqué que le contexte législatif et la nature des dispositions de la LCAP renforcent la nature non criminelle de la *Loi*. Le processus ne comprend pas le dépôt d'une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle. Une conclusion de responsabilité ne donne pas lieu à un casier judiciaire. Et la *Loi* n'utilise aucun des termes que la Cour suprême a déterminé comme étant habituellement liés au processus criminel, par exemple « culpabilité », « acquittement », « acte d'accusation », « déclaration sommaire de culpabilité », « poursuite » et « accusé ».
194. Le procureur général a également indiqué que les montants maximums des SAP prévus dans la LCAP sont élevés dans le but d'encourager le respect de la *Loi*, de servir comme moyen de dissuasion efficace, et de s'assurer que les SAP ne

---

<sup>88</sup> *Ib.*, paragraphes 44 et 50



deviennent pas simplement des coûts d'exploitation. Les facteurs obligatoires qui doivent être pris en compte pour déterminer le montant de la sanction accordent au Conseil la souplesse nécessaire pour que la sanction reflète la gravité de la conduite.

## Résultats de l'analyse du Conseil

### Critère de la nature criminelle

195. La question de savoir si une procédure est de nature criminelle ne traite pas de la nature de la loi qui donne lieu à la procédure, mais plutôt de la nature de la procédure elle-même<sup>89</sup>. La Cour suprême a établi les critères suivants comme pouvant fournir un aperçu de la nature de la procédure : l'objet de la loi, l'objectif de la sanction et le processus menant à la sanction<sup>90</sup>.
196. Le premier critère consiste à déterminer si l'objectif de la procédure, examiné dans son cadre législatif complet, est de nature réglementaire ou de nature pénale. Comme il a déjà été mentionné, l'objet de la LCAP est énoncé à l'article 3 de la *Loi*, qui indique que la LCAP a pour objet de réglementer certaines conduites qui peuvent nuire au bien-être de l'économie numérique.
197. Dans la note explicative qui accompagne le décret C.P. 2013-1323 qui a fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2014 l'entrée en vigueur de bon nombre des dispositions contestées, il est noté que l'objet de la LCAP est de dissuader l'envoi au Canada de pourriels et d'autres menaces électroniques sous leurs formes les plus trompeuses et dangereuses comme l'usurpation d'identité, l'hameçonnage, les logiciels espions, et de chasser les polluposteurs du Canada<sup>91</sup>.
198. En outre, le contexte législatif de la *Loi* indique que le gouvernement a privilégié une solution administrative réglementaire plutôt qu'une approche pénale :

Le projet de loi combat les pourriels et les autres formes de menaces en ligne de deux façons. Il donne les pouvoirs de réglementation nécessaires pour imposer des sanctions monétaires et donner aux particuliers et aux entreprises le droit de poursuivre les polluposteurs. Il a recours au pouvoir fédéral en matière de commerce plutôt qu'aux pouvoirs d'exécution du *Code criminel*. Un régime administratif civil comme celui de la *Loi sur la protection du commerce électronique* est conforme à ce qui se fait ailleurs dans le monde<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> *Ib.*, paragraphe 45

<sup>90</sup> *Ib.*, paragraphe 52

<sup>91</sup> *Décret fixant certaines dates comme dates d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi*, (2013) TR/2013-127, Gazette du Canada, Partie II 3087. La note ne figure pas dans le décret.

<sup>92</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 40<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, numéro 105 (2 novembre 2009), page 1535 (L'honorable Mike Lake, secrétaire parlementaire du ministre de l'Industrie). Il s'agit d'un extrait du discours de présentation du projet de loi C-27 pour sa troisième lecture. Le titre abrégé de ce projet de loi était : *Loi sur la protection du commerce électronique*. Il est mort au *Feuilleton* en raison de la prorogation du Parlement le 30 décembre 2009. Le projet de loi a été présenté de nouveau, pratiquement

199. Compte tenu de ce qui précède, le contexte législatif complet établit un régime administratif qui régit une sphère d'activité limitée, à savoir certaines activités au sein de l'économie numérique du Canada qui pourraient nuire à celle-ci, et les procédures intentées en vertu de ce régime sont de nature réglementaire plutôt que pénale.
200. L'ajout d'un droit privé d'action<sup>93</sup> dans le contexte législatif de la LCAP, y compris la possibilité pour un tribunal d'ordonner le versement d'une indemnité d'un montant égal au montant de la perte ou des dommages subis, ou des dépenses engagées, est également, de l'avis du Conseil, de nature réglementaire plutôt que de nature criminelle.
201. En ce qui concerne les objectifs de la sanction, la Cour suprême a conclu que, dans le cas d'un régime de SAP où ce critère doit aussi être pris en compte selon le critère de la véritable conséquence pénale, il peut être superflu de prendre aussi en compte ce critère selon le critère de la nature criminelle<sup>94</sup>. Par conséquent, la prise en compte de ce critère est abordée à la prochaine sous-section de la présente décision.
202. En ce qui concerne le critère pour prendre en compte le processus menant à l'imposition d'une sanction, la question est foncièrement celle de savoir dans quelle mesure il présente les caractéristiques habituelles d'une procédure criminelle<sup>95</sup>.
203. En vertu de la LCAP, le processus menant à l'imposition d'une sanction est supervisé par le Conseil, un organisme de réglementation, plutôt que par le système de justice criminelle. La *Loi* ne fait pas référence à des termes habituellement liés au processus criminel. L'utilisation de termes comme « prépondérance des probabilités », « diligence raisonnable », « sanction », « engagement » ou « observations » reflète plutôt la nature réglementaire de la *Loi*.
204. En outre, le processus menant à une sanction ne ressemble pas à une procédure criminelle sur des points essentiels. Il ne comprend pas le dépôt d'une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle. Une conclusion de responsabilité ne donne pas lieu à un casier judiciaire.
205. Dans tous les cas, lorsqu'un procès-verbal de violation est dressé, il est dressé par une personne qui a été désignée en vertu de l'article 14 de la *Loi*. Le Conseil lui-même ne participe pas au processus d'émission d'un procès-verbal de violation, mais il peut être appelé à trancher les demandes de révision en vertu de l'article 25 de la *Loi*.

---

inchangé, en tant que projet de loi C-28, le 25 mai 2010, et il est finalement devenu la LCAP, bien que le titre abrégé initialement proposé ait été abandonné.

<sup>93</sup> Ce régime est décrit aux articles 47 à 51 et à l'article 55 de la LCAP, mais n'était pas entré en vigueur lorsque la présente décision a été publiée.

<sup>94</sup> *Guindon*, précité à la note 87, paragraphe 52

<sup>95</sup> *Ib.*, paragraphe 63

206. Les processus visés par la LCAP doivent être considérés comme étant conçus pour accroître la confiance du public dans le commerce en ligne au Canada et, au bout du compte, comme étant de nature administrative ou réglementaire. Cette conclusion est renforcée par l'article 30 de la *Loi*, qui indique qu'une violation n'est pas une infraction et que, par conséquent, l'article 126 du *Code criminel* ne s'applique pas<sup>96</sup>.

207. Compte tenu de ce qui précède, les dispositions contestées de la LCAP ne prescrivent pas de procédures de nature criminelle.

#### **Critère de la véritable conséquence pénale**

208. Dans l'affaire *Wigglesworth*<sup>97</sup>, la Cour suprême a déclaré qu'une véritable conséquence pénale est une peine d'emprisonnement dans tous les cas ou une amende dans les cas où, par son importance, celle-ci semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir le respect des règles à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée.

209. Il est reconnu par les tribunaux que, en déterminant si une SAP représente une véritable conséquence pénale, le montant réellement imposé doit être pris en considération, plutôt que les sanctions théoriquement possibles<sup>98</sup>. Cependant, dans l'affaire *Guindon*, plus récente, la Cour suprême a tenu compte à la fois du régime législatif et de la sanction particulière imposée pour évaluer si la SAP constituait une véritable conséquence pénale<sup>99</sup>.

210. Par conséquent, dans l'analyse qui suit, le Conseil examine la question de savoir si la LCAP elle-même permet l'imposition de véritables conséquences pénales. Si la LCAP le permet, et qu'elle ne prévoit pas également des processus pour protéger les droits énoncés à l'article 11 de la *Charte*, elle serait considérée comme inconstitutionnelle<sup>100</sup>.

211. La Cour suprême a fourni plusieurs facteurs à prendre en compte pour déterminer si une SAP constitue une véritable conséquence pénale, comme l'ampleur de l'amende, l'entité à qui l'amende est versée, si l'ampleur est déterminée par des considérations réglementaires (plutôt que par des principes de condamnation criminelle), et si la sanction laisse un stigmate<sup>101</sup>. Comme il est indiqué ci-dessus, le but de la sanction est également pertinent.

---

<sup>96</sup> L'article 126 du *Code criminel* prévoit que quiconque, sans excuse légitime, contrevient volontairement à une loi fédérale est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans (à moins qu'une autre peine ne soit expressément prévue par la loi).

<sup>97</sup> *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541

<sup>98</sup> *Rowan c. Ontario Securities Commission*, 2012 ONCA 208, paragraphe 46

<sup>99</sup> *Guindon*, précité à la note 87, paragraphes 82 à 84

<sup>100</sup> Comme il a été indiqué, l'analyse de la SAP en cause en l'espèce est décrite dans la décision de Conformité et Enquêtes 2017-368.

<sup>101</sup> *Guindon*, précité à la note 87, paragraphes 76 et 77

212. Selon le paragraphe 20(4) de la LCAP, les SAP maximales pouvant être imposées sont de un million de dollars dans le cas d'une personne physique et de 10 millions de dollars dans le cas de toute autre personne, y compris les sociétés. Ces montants potentiels sont importants, mais l'ampleur d'une SAP, à elle seule, n'est qu'une partie de l'analyse. Il n'existe pas de nombre magique au-dessus duquel une SAP, dans l'abstrait, devient pénale.
213. La Cour suprême a déclaré qu'une limite maximale arbitraire des SAP pourrait aller à l'encontre de leur objectif, à savoir décourager l'inobservation du régime administratif<sup>102</sup>. Elle a également cité et approuvé une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le cadre de laquelle le tribunal a conclu que la disposition de la *Loi sur la concurrence* concernant les SAP pouvant aller jusqu'à 10 millions de dollars pour des pratiques commerciales trompeuses ne donne pas ouverture à l'application de l'article 11 de la *Charte*<sup>103</sup>.
214. Bien que la LCAP prévoie une sanction maximale plus élevée par violation que certains autres régimes (y compris les Règles sur les télécommunications non sollicitées et le Registre de communication avec les électeurs, que le Conseil applique également)<sup>104</sup>, la possibilité de sanctions plus sévères accorde simplement au Conseil davantage de moyens pour faire face à une conduite plus répréhensible lorsqu'elle se produit. Le maximum est simplement une limite supérieure qui n'a pas à être atteinte, sauf dans les cas où les circonstances le justifient.
215. En outre, CompuFinder a fait remarquer à juste titre qu'il n'existe pas de méthode purement mathématique ou économique pour déterminer le montant d'une SAP. Toutefois, cela ne signifie pas que les montants des SAP sont, par conséquent, établis à partir de facteurs de détermination de la peine. Le paragraphe 20(3) de la LCAP prévoit que la détermination du montant de la sanction doit être fondée sur les éléments suivants :
- a) le but de la sanction;
  - b) la nature et la portée de la violation;
  - c) les antécédents de l'auteur de la violation, à savoir violation à la présente loi, comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* et contravention à l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*;

---

<sup>102</sup> *Ib.*, paragraphe 79

<sup>103</sup> *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, cité dans *Guindon*, 2013 ONSC 5315, précité à la note 87, paragraphe 80

<sup>104</sup> Toutefois, dans le cadre de ces régimes, contrairement au régime en vertu de la LCAP, une infraction qui se poursuit sur plus d'un jour constitue une violation distincte pour chacun des jours au cours desquels elle se poursuit (voir l'article 72.03 de la *Loi sur les télécommunications*).

- d) ses antécédents au regard des engagements contractés en vertu du paragraphe 21(1) et des consentements signés en vertu du paragraphe 74.12(1) de la *Loi sur la concurrence* concernant des actes ou omissions qui constituent des comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.011 de cette loi;
- e) tout avantage financier qu'il a retiré de la commission de la violation;
- f) sa capacité à payer le montant de la sanction;
- g) tout versement d'une somme qu'il a fait volontairement, à titre de dédommagement, à toute personne touchée par la violation;
- h) tout critère prévu par règlement;
- i) tout autre élément pertinent.

216. Le *Code criminel* régit les peines criminelles au Canada. La partie XXIII contient les dispositions relatives à la détermination de la peine, y compris, à l'article 718, une description de l'objectif et des principes de la détermination de la peine. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'imposition de sanctions justes. Les objectifs sont les suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

217. Il y a peu de chevauchements entre les facteurs énoncés dans la LCAP et les objectifs de la peine criminelle prévus par le *Code criminel*. Les facteurs énoncés dans la LCAP portent de façon beaucoup plus étroite sur le régime de réglementation établi par la LCAP et les lois connexes, comme la LPRPDE et la *Loi sur la concurrence*, que sur les objectifs de détermination des peines criminelles qui visent à redresser, de manière générale, des torts causés à la société.

218. Les SAP importantes peuvent être vues comme ayant un effet dissuasif, ce qui, en soi, ne leur conférerait pas nécessairement une nature pénale<sup>105</sup>. Même si la dissuasion devait être considérée comme un autre facteur pertinent à prendre en considération en vertu de l'article 20 de LCAP, elle ne devrait pas indiquer une intention pénale, pourvu que cette dissuasion soit censée s'appliquer à la promotion de la conformité dans un domaine réglementaire limité<sup>106</sup>.
219. En outre, le paragraphe 20(2) de la LCAP énonce expressément que l'imposition de la sanction vise non pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la *Loi*. Comme l'a indiqué le Conseil dans les documents d'information qu'il a déjà publiés au sujet de sa méthode d'application en vertu de la LCAP, la méthode adoptée à l'égard d'un cas donné sera fondée sur les circonstances particulières de ce cas<sup>107</sup>. Toute SAP imposée doit être fondée sur les facteurs énoncés dans la *Loi*, qui, au bout du compte, dépendent explicitement de l'objectif non pénal de la SAP.
220. En ce qui concerne les autres questions pertinentes de l'analyse des véritables conséquences pénales, une SAP imposée en vertu de la LCAP est versée au Trésor, ce qui peut indiquer que la sanction représente une véritable conséquence pénale, mais cet indice n'est pas déterminant à lui seul<sup>108</sup>.
221. Finalement, CompuFinder n'a pas fait valoir qu'une SAP qui pourrait être imposée en vertu de la LCAP entraînerait une stigmatisation comparable à celle découlant d'une déclaration de culpabilité au pénal<sup>109</sup>, et le dossier ne comprend pas d'éléments de preuve à cet égard.
222. Compte tenu de ce qui précède, la LCAP ne prescrit pas de véritables conséquences pénales. Bien qu'elle permette l'imposition d'importantes SAP, elle ne l'exige pas. Elle prévoit un ensemble de facteurs qui doivent être pris en compte dans la détermination du montant d'une sanction. Ces facteurs peuvent se chevaucher, dans une certaine mesure, avec des facteurs de détermination de peines criminelles, mais ils se limitent aux considérations réglementaires liées à la sphère d'activité, au sein de l'économie numérique du Canada, régie par la LCAP et les lois connexes. Les SAP sont versées au Trésor, mais la simple imposition d'une sanction n'entraîne pas de stigmatisation criminelle.

---

<sup>105</sup> Rowan, précité à la note 98, paragraphes 51 et 53

<sup>106</sup> La Cour suprême a jugé que la dissuasion générale représente un facteur pertinent pour l'établissement de sanctions administratives dans l'intérêt public : *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2004 CSC 26. Voir aussi : *Guindon*, précité à la note 87, paragraphe 83.

<sup>107</sup> Voir le document « [Foire aux questions au sujet de la Loi canadienne anti-pourriel](#) », précité à la note 41.

<sup>108</sup> *Guindon*, précité à la note 87, paragraphe 88

<sup>109</sup> *Ib.*, paragraphe 84

## Conclusion

223. Compte tenu de ce qui précède, les dispositions contestées de la LCAP, dans la mesure où elles peuvent être considérées dans l'abstrait, ne sont pas inconstitutionnelles en raison d'une violation de l'article 11 de la *Charte*. Ces dispositions ne prescrivent pas de procédures de nature criminelle. De plus, la simple possibilité que d'importantes SAP puissent être imposées en vertu de la LCAP ne permet pas de conclure que la *Loi* elle-même impose des sanctions pénales. Par conséquent, l'article 11 de la *Charte* n'est pas enfreint.

## **La LCAP porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre l'auto-incrimination conféré par l'article 7 de la *Charte* ou au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives conféré par l'article 8 de la *Charte*?**

### Positions des parties

224. CompuFinder a avancé des arguments superficiels selon lesquels la LCAP porte une atteinte injustifiable au droit à la protection contre l'auto-incrimination conféré par l'article 7 et au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives conféré par l'article 8 de la *Charte*. L'entreprise n'a toutefois pas approfondi ces arguments dans sa réplique.

225. Le procureur général a signalé que la LCAP est un régime administratif; par conséquent, les protections contre l'auto-incrimination en vertu de la *Charte* ne s'appliquent pas. Qui plus est, en raison de la nature administrative du régime réglementaire, l'article 8 de la *Charte* n'impose pas l'obligation d'obtenir l'autorisation judiciaire préalable aux fouilles qui est applicable dans le contexte criminel.

### Résultats de l'analyse du Conseil

226. Les arguments de CompuFinder relativement à ces questions reposent largement sur la prémisse que les procédures tenues en vertu de la LCAP sont de nature pénale ou criminelle plutôt que réglementaire. En plus des droits énoncés à l'article 11, les personnes visées par des procédures pénales jouissent de droits en vertu des articles 7 et 8 de la *Charte*.

227. Par conséquent, la question ici consiste aussi à établir si les procédures dont CompuFinder fait l'objet peuvent être qualifiées justement de procédures administratives ou de procédures pénales.

228. Pour les raisons susmentionnées, le Conseil a déterminé que les procédures tenues en vertu de la LCAP sont de nature administrative. L'objet prédominant de ces procédures n'est pas la détermination de la responsabilité pénale – c'est-à-dire la détermination à savoir si une infraction a été commise – et il ne comprend pas la poursuite d'une enquête criminelle. Les protections en vertu de la *Charte* qui sont pertinentes dans le contexte criminel ne s'appliquent donc pas.

229. Par conséquent, CompuFinder n'a pas démontré l'existence d'une violation de l'article 7 ou 8 de la *Charte*.

## **Conclusion**

230. CompuFinder a demandé que le Conseil conclue que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles et qu'il les traite comme étant nulles et sans effet. Ainsi, CompuFinder ne pourrait pas être tenue responsable d'aucune des violations présumées indiquées dans le procès-verbal de violation, et aucune SAP ne pourrait lui être imposée.

231. Cependant, le Conseil a déterminé que la contestation constitutionnelle de CompuFinder est rejetée.

232. Plus précisément, le Conseil a tiré les conclusions suivantes :

- la LCAP est *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral, conformément au chef de compétence général en matière de trafic et de commerce du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*;
- les dispositions contestées de la LCAP portent atteinte à la liberté d'expression de CompuFinder en vertu de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, mais cette atteinte est justifiée en vertu de l'article premier;
- les dispositions contestées de la LCAP ne donnent pas lieu à l'application de l'article 11 de la *Charte* à une personne à laquelle un procès-verbal de violation a été signifié en vertu de la LCAP;
- l'objet des procédures engagées au titre de la LCAP n'est pas la détermination de la responsabilité pénale et, par conséquent, l'existence d'une violation de l'article 7 ou 8 de la *Charte* n'a pas été établie.

233. Par conséquent, le Conseil **rejette** la contestation constitutionnelle soulevée par CompuFinder ainsi que sa demande de réparation.

Secrétaire général