

Un droit privé d'action prévu par la loi contre les polluposteurs au Canada :

Contexte canadien, leçons apprises
et répercussions des diverses approches

Rapport
présenté au Groupe de travail sur le pourriel
d'Industrie Canada

le 17 décembre 2004

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada
Faculté de droit
Université d'Ottawa,
57, rue Louis-Pasteur
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
<http://www.cippic.ca>
cippic@uottawa.ca

Philippa Lawson, directrice générale

Table des matières

Sommaire

Introduction.....	1
Droits privés d'action prévus par la loi au Canada.....	1
Distinction entre les mécanismes de plaintes et les droits privés d'action.....	4
Les droits privés d'action au Canada en ce qui concerne le pourriel.....	4
Délicts de common law — Atteinte à la possession mobilière (<i>trespass</i>).....	4
Contrefaçon de marque de commerce; action en commercialisation trompeuse....	5
Violation de contrat.....	5
<i>Code civil du Québec</i>	6
<i>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</i> — Violation des droits conférés par la loi en matière de vie privée.	7
<i>Loi sur la concurrence</i> — Publicité trompeuse.....	8
Lois provinciales sur la protection du consommateur — Fausses représentations.	8
Exercice des droits privés d'action existant contre les polluposteurs.....	9
Approches dans d'autres pays ou organisations.....	10
Union européenne.....	10
Australie.....	11
États-Unis.....	12
Législation fédérale.....	12
Lois des États.....	12
La jurisprudence américaine concernant les lois anti-pourriel.....	13
Actions intentées en vertu de la législation fédérale.....	13
Action intentées par des FSI en vertu de lois des États.....	14
Actions intentées par des particuliers en vertu de lois des États.....	14
Faut-il légiférer pour faire reconnaître un droit privé d'action contre les polluposteurs?..	16
Questions de compétence.....	18
Éléments essentiels d'un droit privé d'action.....	19
Cause d'action.....	19
Demandeurs admissibles.....	19
Défendeurs admissibles.....	20
Nature de l'instance saisie des poursuites.....	21
Recours.....	21
Conclusions.....	23
Appendices	
Appendice A Tableau des lois américaines	
Appendice B Experts et intervenants consultés	

Introduction

Le présent document est un rapport provisoire sur la viabilité d'un droit privé d'action conféré par la loi contre les polluposteurs au Canada. Il repose sur les recherches effectuées par la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) pour le Groupe de travail spécial sur le pourriel d'Industrie Canada.

Comme l'indique le plan d'action d'Industrie Canada de mai 2004,

Le recours aux lois actuelles et à d'éventuelles nouvelles lois pour lutter contre le pourriel mérite d'être examiné. Toutefois, à moins d'être assorties d'un éventail de mesures techniques, d'un engagement de la part des gestionnaires de réseaux et des commerçants légitimes et d'un changement de comportement de la part des consommateurs, les lois à elles seules n'endigueront pas la circulation de messages électroniques commerciaux non sollicités.

C'est dans ce contexte que le Groupe de travail sur le pourriel envisage la création d'un droit privé d'action d'origine législative, non pas comme solution au problème du pourriel ni comme mesure principale dans un plan d'action anti-pourriel, mais plutôt comme élément éventuel d'un vaste ensemble de mesures destinées à lutter contre le pourriel.

Le présent rapport repose sur les éléments suivants :

- un examen de l'état du droit au Canada en matière de droits privés d'action en général, ainsi que des droits privés d'action qui s'appliquent à l'heure actuelle au pourriel afin d'établir le cadre dans lequel tout nouveau droit d'action anti-pourriel pourrait être exercé;
- un examen des lois anti-pourriel dans d'autres pays et, en particulier, des lois qui prévoient des droits privés d'action;
- un examen de la documentation portant sur les efforts faits pour lutter contre le pourriel;
- des entrevues avec les principaux intervenants et experts afin de déterminer l'utilité d'un droit privé d'action contre les polluposteurs au Canada, les répercussions des diverses approches adoptées relativement à un tel droit ainsi que les leçons apprises des autres pays.

Droits privés d'action prévus par la loi au Canada

Au Canada, de nombreuses lois prévoient des droits privés d'action, qu'il s'agisse des lois provinciales sur la protection du consommateur¹ ou des lois fédérales régissant la concurrence², les télécommunications³, la radiodiffusion⁴ et la protection

¹ Voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario, L.O. 2002, ch. 30, art. 14-18.

² *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 34 (et ses modifications), art. 36.

³ *Loi sur les télécommunications*, L.R.C. 1993, ch. 38 (et ses modifications), art. 72.

de la propriété intellectuelle⁵. Ces droits d'action constituent pour les personnes qui ont subi un préjudice à la suite d'un comportement illégal précisé un moyen d'obtenir réparation. Dans la plupart des cas, les autorités gouvernementales (les organismes de réglementation, les organismes gouvernementaux ou les procureurs généraux) sont habilitées à poursuivre les fautifs en vertu des dispositions criminelles ou civiles de la loi. Mais ces interventions gouvernementales ne répondent pas forcément aux plaintes individuelles et offrent rarement des recours permettant aux personnes touchées d'obtenir une indemnisation. L'introduction, parallèlement aux mesures d'application de la loi que prennent les gouvernements, de droits privés d'action permet aux individus et aux personnes morales de poursuivre les contrevenants dans les cas où le gouvernement omet de le faire et d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice qu'ils ont subi du fait de l'acte fautif.

Il semble que, sauf dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, où les intérêts en jeu pour les plaignants sont importants et exclusifs, les droits privés d'action prévus par la loi ne sont pas couramment exercés au Canada. Divers facteurs pourraient expliquer cette situation, notamment le coût élevé des litiges, l'intérêt pécuniaire insuffisant, le champ d'application limité de ces droits d'action, la difficulté de repérer les personnes responsables de fraude, la difficulté de prouver qu'il y a eu dommage, la difficulté de prouver que des personnes se sont fiées à des indications trompeuses pour agir (en vertu de la *Loi sur la concurrence* et de la législation sur la protection du consommateur) et le risque qu'une ordonnance défavorable soit rendue en matière de dépens dans l'éventualité d'un échec de la poursuite.

Le coût élevé des litiges constitue un obstacle important à l'exercice des droits privés d'action, surtout par les consommateurs. Même les actions devant les cours des petites créances peuvent être intimidantes et coûteuses pour les particuliers. Il est plus facile d'avoir recours aux procédures administratives simplifiées, qui peuvent être mises en branle par le simple dépôt d'une plainte et ne comportent pas de normes trop strictes en matière d'application régulière de la loi. Lorsque l'organisme administratif possède une expertise sur la question en litige, il est préférable et plus efficace pour les parties de s'adresser à celui-ci plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cependant, la plupart de ces procédures offrent des recours limités aux plaignants.

C'est la promesse d'une réparation qui incite les plaignants à se prévaloir du droit d'action prévu par la loi. Cette réparation doit être suffisante pour justifier les frais du litige. Les recours par voie d'action au Canada varient. Les lois régissant la propriété intellectuelle se trouvent à un bout de la gamme. Elles prévoient un éventail étonnant de recours qui s'élargit sans cesse⁶. À l'autre bout, se trouvent les lois sur la protection du

⁴ *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985 ch. R-2, art. 1; 1989, ch. 17, art. 2; par. 18, 19.

⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 34.

⁶ La *Loi sur le droit d'auteur*, par exemple, offre un large éventail de recours, notamment les dommages-intérêts, les dommages-intérêts préétablis, la reddition de comptes (outre les dommages-intérêts), les ordonnances Anton Pillar, les injonctions interlocutoires, provisoires et permanentes et les ordonnances de remise, pour n'en nommer que quelques-uns. Voir la partie IV,

consommateur qui prévoient des dommages-intérêts pécuniaires, mais qui exigent une preuve des dommages et permettent rarement le recours aux injonctions⁷. Les droits privés d'action conférés par la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur les télécommunications* et la *Loi sur la radiocommunication* exigent toutes une preuve du dommage. L'obligation de prouver le dommage peut s'avérer une tâche difficile pour obtenir une réparation à la suite de la violation d'un droit conféré par la loi. Les titulaires de droits d'auteur l'ont compris, et c'est pourquoi ils ont exercé des pressions et ont réussi à faire modifier la *Loi sur le droit d'auteur* en 1996 afin qu'elle prévoie des dommages-intérêts préétablis⁸.

La possibilité d'obtenir une injonction est un autre élément qu'il faut considérer en matière de redressement. Certaines lois sur la protection du consommateur ne prévoient que des réparations de nature compensatoire, sans offrir de recours en *equity*⁹. De même, les recours offerts peuvent être limités selon le tribunal qui a compétence. En général, les cours des petites créances n'ont pas compétence pour accorder des injonctions¹⁰. Même si l'instance saisie est légalement habilitée à accorder des injonctions interlocutoires, il est notoire qu'il peut être difficile d'obtenir de telles injonctions, et les coûts liés à l'obligation d'indemniser le défendeur en cas de rejet de l'action peuvent être prohibitifs. Le fardeau d'établir le « préjudice irréparable » et les frais engagés à cette fin — un élément du critère applicable à la délivrance des injonctions interlocutoires — se sont avérés fatals dans de nombreuses demandes d'injonctions interlocutoires¹¹. La loi sur la protection du consommateur de la Colombie-Britannique a réglé ce problème en relevant le consommateur de cette obligation en ce qui a trait aux injonctions provisoires et en le faisant en outre bénéficier de la prépondérance des inconvénients¹².

La possibilité que le défendeur qui a gain de cause obtienne des dépens — en particulier des dépens accrus — constitue un autre facteur de dissuasion. Bien que les demandeurs qui exercent le droit privé d'action prévu par la *Loi sur la concurrence* puissent recouvrer le coût de leur recherche en vertu de la Loi, les lois sur la protection du consommateur sont habituellement muettes sur la question des dépens, laissant s'appliquer les règles de procédure du tribunal compétent en ce qui concerne la détermination de la question du droit aux dépens. Le risque d'une décision défavorable quant aux dépens peut décourager les consommateurs d'exercer les droits d'action anti-pourriel. Parallèlement, les limites fixées quant aux sommes qui peuvent être versées à titre de dépens par les cours des petites créances (150 \$ en Ontario) signifient que même les demandeurs qui obtiennent gain de cause ne peuvent recouvrer qu'une infime partie des frais de leurs actions, ce qui

« Recours », art. 34 à 43. Les dommages-intérêts préétablis et les « interdictions » ont été ajoutés à la Loi en 1997 — voir les art. 38.1 et 39.1.

⁷ Voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario, L.O. 2002, ch. 30, art. 14-18, qui prévoit la résolution et des dommages-intérêts, mais pas d'injonction.

⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 38.1.

⁹ Voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario, L.O. 2002, ch. 30, art. 14-18, qui prévoit la résolution et des dommages-intérêts, mais pas d'injonction.

¹⁰ En tant que tribunaux qui tirent leur compétence de la loi, les cours des petites créances n'ont habituellement pas compétence pour accorder une réparation en *equity*. Voir, p. ex., la *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430.

¹¹ Voir, p. ex., *Centre Ice Inc. c. Ligue nationale de hockey* (1994), 53 C.P.R. (3d) 34 (C.A.F.).

¹² *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457, par. 18(1).

a encore une fois pour effet de décourager le dépôt d'actions de nature privée visant à obtenir l'application de la loi.

Distinction entre les mécanismes de plaintes et les droits privés d'action

Le droit d'action se distingue du droit de porter plainte à plusieurs égards. Un droit privé d'action est un mécanisme contradictoire qui repose sur l'exercice d'un recours précis pour obtenir le comportement que recherche le législateur. Par contre, un système fondé sur les plaintes exige simplement que le titulaire du droit expose les faits du litige. L'autorité saisie de la plainte analyse ensuite les faits et le cadre juridique, fait enquête et peut poursuivre le présumé contrevenant. Le système est inquisitoire et non contradictoire; il n'oblige pas l'autorité à agir au nom du plaignant ni à lui accorder de redressement. De nombreux organismes chargés d'entendre les plaintes ne sont pas habilités à accorder des dommages-intérêts ni une autre indemnité aux plaignants. L'exercice d'un droit d'action nécessite généralement des dépenses et des efforts considérables de la part du demandeur — le fardeau en matière de preuve et de procédure incombe au plaignant qui doit exposer l'acte fautif et prouver qu'il a eu lieu. En revanche, les plaintes nécessitent habituellement très peu d'efforts et presque aucune dépense.

Les droits privés d'action au Canada en ce qui concerne le pourriel

Au Canada, il existe en vertu de la common law et des lois canadiennes plusieurs droits d'action qui pourraient être exercés pour poursuivre les polluposteurs. Toutefois, à notre connaissance, peu de poursuites ont été engagées contre les polluposteurs.

Délits de common law — Atteinte à la possession mobilière (*trespass*)

En vertu de la common law canadienne, le délit que constitue l'atteinte à la possession mobilière est une atteinte intentionnelle à des biens personnels dont un tiers a la possession. Ce délit a été créé pour assurer une protection contre la violence et il porte donc sur la possession plutôt que sur la propriété. La jurisprudence n'indique pas clairement si un délit peut donner lieu à des poursuites lorsque nul dommage n'a été causé¹³.

Aux États-Unis, le Restatement (Second) of Torts, §217(b), définit le délit en reprenant essentiellement les mêmes éléments¹⁴. En outre, les tribunaux américains ont statué que les signaux électroniques pouvaient servir de fondement à une action en cas d'atteinte

¹³ Philip H. Osborne, *The Law of Torts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin, 2003), p. 274-275.

¹⁴ La jurisprudence américaine fait parfois allusion au délit d'appropriation : voir, p. ex., *CompuServe*, *infra* note 16. Toutefois, puisque l'appropriation est l'achat judiciaire forcé d'un bien meuble par le défendeur, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un recours approprié dans les poursuites anti-pourriel. De même, le délit de nuisance, sur lequel semble avoir reposé au moins un jugement rendu contre des polluposteurs aux États-Unis (*Parker v. C.N. Enterprises*, No. 97-06273 (Tex. Travis County Dist. Ct. Nov. 10, 1997), cité dans *1267623 Ontario Inc v. Nexx Online Inc.*, 45 O.R. (3d) 40), ne s'applique que dans le cas d'appropriation de terres et n'est donc pas pertinent à l'environnement en ligne.

aux biens¹⁵. Dans l'arrêt de principe sur la question du pourriel comme atteinte aux biens, le géant des fournisseurs de service Internet (FSI) qu'est CompuServe a eu gain de cause dans une action intentée pour un tel délit contre un publiporteur¹⁶. D'autres FSI ont connu un succès similaire¹⁷. Malgré les ressemblances existant entre ce délit dans les deux pays, les FSI canadiens ont apparemment décidé de ne pas tenter ce genre d'actions contre les polluposteurs¹⁸.

Contrefaçon de marque de commerce — Action en commercialisation trompeuse

Lorsqu'un polluposteur usurpe le nom de domaine d'une autre compagnie, cette dernière peut intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* ainsi que selon le délit de commercialisation trompeuse existant en vertu de la common law. Nous connaissons un seul cas du genre en Ontario; Amazon.com a poursuivi un polluposteur situé en Ontario, et l'affaire a fait l'objet d'un règlement¹⁹.

Violation de contrat

Chaque connexion à Internet suppose une relation contractuelle entre un fournisseur de service et un abonné. D'importants FSI canadiens exercent souvent leur droit contractuel de résilier le contrat des abonnés qui ne respectent pas les modalités du contrat interdisant la transmission de pourriel. En fait, la première poursuite au Canada concernant la transmission de pourriel a été intentée par un abonné contre son FSI relativement à une telle résiliation de contrat²⁰.

En plus de mettre fin au service offert à un polluposteur, le FSI pourrait intenter une action pour violation de contrat si son contrat de service interdit la transmission de pourriel. Nous connaissons un seul cas au Canada où ce droit d'action a été exercé. Dans *I.D. Internet Direct Ltd. v. Cory Altelaar*²¹, un juge ontarien a conclu qu'un intimé absent était coupable de violation des modalités contractuelles visant l'utilisation du service de courrier électronique parce qu'il avait envoyé des messages électroniques commerciaux non sollicités en vrac. Le FSI requérant a obtenu une injonction interdisant à l'abonné d'envoyer du pourriel sur son système²².

¹⁵ *State v. McGraw*, Ind. 1985, où on a conclu que les activités d'un pirate obtenant un accès non autorisé à un système informatique s'apparentent davantage à une intrusion qu'à un vol.

¹⁶ *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.* 962 F. Suppl. 1015 (S.D. Ohio 1997).

¹⁷ *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie, Inc.*, N.D.Cal., Apr. 16, 1998, No. C 98-20064 JW, *America Online, Inc. v. IMS*, (E.D.Va. 1998) 24 F. Supp. 2d 548, and *America Online, Inc. v. LCGM, Inc.*, (E.D.Va. 1998) 46 F. Supp. 2d 444.

¹⁸ Entrevues avec des représentants de FSI canadiens.

¹⁹ *Amazon.com Inc. v. 1505820 Ontario Inc., c.o.b. Natural Grains Deli and Catering* (déclaration déposée le 25 août 2003 devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario); règlement intervenu avant qu'une défense soit déposée.

²⁰ *1267623 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc.*, 45 O.R. (3d) 40, (14 juin 1999), Cour supérieure de justice de l'Ontario.

²¹ [1999] O.J. No. 1804, (3 mai 1999), Cour supérieure de justice de l'Ontario.

²² Microsoft et AOL France ont obtenu gain de cause plus tôt cette année dans la poursuite qu'elles ont intentée contre un polluposteur français pour violation de contrat en vertu de la loi française : dans *Microsoft Corp. & AOL France c. M. K.*, le Tribunal de Commerce de Paris a accordé l'injonction

Code civil du Québec

Au Québec, une action peut être intentée en matière de pourriel en vertu de l'article 1457 du Code civil qui stipule que :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

L'article 7 du Code, qui traite de la « jouissance et de l'exercice des droits civils », prévoit :

Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

L'article 976, qui traite du droit à la propriété, établit certains principes directeurs quant à ce qui constitue une « manière excessive et déraisonnable », en exigeant ce qui suit :

Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

Bien qu'elle n'ait pas été rendue en vertu du droit du Québec, la toute première décision répertoriée au Canada en ce qui a trait au pourriel concernait la question, déterminée par un tribunal, de savoir si le pourriel allégué enfreignait les règles généralement acceptées de la nétiquette. Dans *1267623 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc.*²³, le contrat de service exigeait que l'abonné respecte les règles généralement acceptées de la nétiquette. L'abonné n'ayant pas cessé d'envoyer du pourriel par l'intermédiaire du service, le FSI a mis fin au compte. L'abonné a intenté une action pour violation de contrat et a demandé une injonction ordonnant au FSI de réactiver son service pour le motif que l'envoi de pourriel ne constituait pas un manquement à la nétiquette. Rendant une décision favorable au FSI défendeur, le juge a conclu dans cette affaire que [TRADUCTION] « l'envoi en vrac de messages électroniques non sollicités à des fins de publicité commerciale est contraire aux principes de la nétiquette²⁴ ».

demandée et a ordonné à M. K. de verser à chacun des plaignants 5 000 euros à titre de dommages-intérêts et 3 000 euros à titre de dépens.

²³ *Supra*, note 20.

²⁴ *Nexx, supra*, note 20.

***Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* — Violation des droits conférés par la loi en matière de vie privée**

La loi fédérale intitulée *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) ainsi que les lois provinciales sur la protection des renseignements personnels au Québec, en Colombie-Britannique et en Alberta, exigent que, dans le cadre de leurs activités commerciales, les organisations obtiennent le consentement de la personne avant de recueillir, d'utiliser ou de divulguer ses renseignements personnels, sauf dans des cas bien précis. Les adresses électroniques peuvent être considérées comme des « renseignements personnels » dans la mesure où elles peuvent servir à retracer la personne²⁵. Ainsi, la collecte et l'utilisation à des fins de marketing de l'adresse électronique d'une personne contreviennent à la loi, sauf si le consentement de la personne a été obtenu.

De simples particuliers peuvent se plaindre au Commissaire fédéral à la protection de la vie privée au sujet des violations présumées de la Loi par des organisations dont les activités ne sont pas visées par les trois lois provinciales similaires. Comme il fait partie des activités extra-provinciales des entreprises de télécommunications, le pourriel est assujéti à la loi fédérale. Le Commissaire doit enquêter sur chaque plainte reçue (à moins qu'il ne considère que le plaignant devrait d'abord épuiser ses autres recours, que la plainte pourrait être plus avantageusement instruite en vertu d'une autre procédure, que la plainte a été déposée si tardivement qu'un rapport serait inutile ou que la plainte est futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi) et il doit dresser un rapport qui permet de régler la plainte dans l'année qui suit son dépôt. Toutefois, le rapport du Commissaire ne lie pas les parties; le Commissaire peut simplement formuler des recommandations, il ne rend pas d'ordonnances.

Les plaignants qui souhaitent faire respecter leurs droits peuvent, après avoir reçu le rapport du Commissaire, présenter une demande de réparation à la Cour fédérale. Outre les autres réparations qu'elle peut accorder, la Cour est habilitée à ordonner que des mesures correctives soient prises et qu'un avis de ces mesures soit publié, et elle peut accorder des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts pour l'humiliation subie. Jusqu'à maintenant, très peu de demandes ont été présentées à la Cour fédérale en vertu de la LPRPDE, sans doute en raison des efforts et des coûts considérables que cela entraîne par rapport aux dommages subis par suite de la violation d'un droit.

²⁵ La Loi définit « renseignement personnel » de la manière suivante : « renseignement concernant un individu identifiable » à l'exclusion « du nom et du titre d'un employé d'une organisation et des adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail » : par. 2(1).

²⁶ Voir <http://www.mgblog.com/resc/GeistPCCSpamdecision.pdf>

Il convient aussi de souligner que le Commissaire à la protection de la vie privée est habilité à faire enquête de son propre chef et à s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir la mise en œuvre de ses conclusions.

Le Commissariat à la protection de la vie privée a publié récemment ses premières conclusions sur une plainte relative au pourriel²⁶. Le Commissariat a conclu que la collecte de l'adresse électronique commerciale d'un individu à partir du site de son employeur (une université) à des fins de marketing, sans le consentement de cet individu, contrevient à la Loi. Cette conclusion confirme le point de vue du Commissariat, à savoir (a) que les adresses électroniques constituent un « renseignement personnel » en vertu de la Loi, et (b) que leur inscription sur le site d'une université (ou d'un cabinet d'avocats) auquel le public a accès ne légitime pas leur collecte et leur utilisation à d'autres fins que celles que pouvait raisonnablement viser l'université (ou le cabinet d'avocats). L'entreprise en cause a modifié ses pratiques de marketing à la suite de la plainte, et le plaignant a indiqué qu'il était satisfait du résultat. On ne sait pas vraiment si ces conclusions seront efficaces à l'égard des entreprises qui ne sont pas aussi soucieuses de se conformer à la loi.

***Loi sur la concurrence* — Publicité trompeuse**

La *Loi sur la concurrence* (art. 36) prévoit un droit d'action au civil en cas de contravention aux interdictions criminelles prévues à la partie VI de la Loi ou d'omission de se conformer à une ordonnance du Tribunal ou d'un tribunal judiciaire rendue en vertu de la Loi. Les dispositions criminelles pertinentes prévues à la partie VI concernent notamment les « indications fausses ou trompeuses » sur un point important et le télémarketing trompeur (art. 52, 52.1). Il n'existe en vertu de l'article 36 aucun droit d'action au civil en ce qui concerne les contraventions aux pratiques restrictives du commerce prévues par la Loi.

Ces actions doivent être intentées devant un tribunal compétent, soit une cour supérieure provinciale, soit la Cour fédérale du Canada; le Tribunal n'a pas compétence pour connaître des actions intentées sur le fondement de l'article 36.

Les demandeurs doivent démontrer, suivant le fardeau civil de la preuve, c'est-à-dire suivant la prépondérance de la preuve, l'étendue de la perte ou du dommage subi par suite de l'infraction criminelle ou de l'omission de se conformer à une ordonnance. Ils peuvent obtenir des dommages-intérêts et, comme autre motivation pour tenter des poursuites, ils peuvent recouvrer les dépens de toute enquête menée relativement à l'affaire ainsi que les dépens de l'action intentée sur le fondement de l'article 36.

Lois provinciales sur la protection du consommateur — Fausses représentations

La plupart des provinces ont adopté des lois sur la protection du consommateur qui interdisent les fausses représentations et la publicité trompeuse. Comme c'est le cas pour les interdictions que prévoit la *Loi sur la concurrence* en matière de publicité trompeuse, ces mesures ne sauraient être utiles qu'en ce qui concerne le pourriel qui fait appel à des messages tactiques trompeurs.

Bon nombre de ces lois prévoient des droits privés d'action, des recours administratifs (comme le dépôt de plaintes devant des autorités provinciales) ou les deux²⁷. Par exemple, la partie III de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario interdit de se livrer à des pratiques déloyales, ce qui comprend les assertions fausses, trompeuses ou mensongères et les assertions abusives²⁸. La Loi prévoit à la fois un droit privé d'action à l'égard de ces pratiques et une procédure de plainte et d'enquête par le directeur. Les réparations qui peuvent être accordées en cas d'exercice du droit privé d'action incluent la résolution, les dommages-intérêts et, dans les cas où cela est justifié, les dommages-intérêts exemplaires²⁹. Les recours administratifs du directeur comprennent les injonctions, les injonctions restrictives, les ordonnances de blocage et, en ce qui concerne les condamnations au criminel, le pouvoir d'infliger des amendes³⁰. La *Trade Practice Act*³¹ de la Colombie-Britannique prévoit également une procédure administrative de dépôt de plaintes³² et des droits privés d'action³³. Chose intéressante, le droit d'action prévu par la loi de la Colombie-Britannique permet à un demandeur d'intenter une action [TRADUCTION] « en son propre nom et, à son choix, au nom des consommateurs dans leur ensemble ou d'une catégorie désignée de consommateurs³⁴ ». La *Fair Trading Act*³⁵ de l'Alberta comporte des dispositions similaires en ce qui a trait aux fausses représentations et aux pratiques commerciales déloyales tout en prévoyant une combinaison de procédures administratives et de droits privés d'action; elle prévoit expressément que les « organisations de consommateurs » peuvent intenter une poursuite sans avoir un intérêt dans l'affaire³⁶.

Exercice des droits privés d'action existant contre les polluposteurs

Malgré tous les moyens qui permettent de poursuivre les polluposteurs devant les tribunaux canadiens, à notre connaissance, un seul cas a été répertorié (violation de contrat) et un seul cas a fait l'objet d'un règlement.

Il ressort des discussions avec des FSI canadiens que la plupart d'entre eux disposent de ressources limitées et qu'ils doivent consacrer celles-ci au fonctionnement de leurs réseaux, à la rémunération de leurs employés et à la satisfaction de leurs clients. Ils ne peuvent tout simplement pas se permettre de financer des poursuites onéreuses. Le nombre limité de grands FSI qui ont les moyens nécessaires pour engager des poursuites contre les polluposteurs choisissent de s'en abstenir principalement parce qu'ils ne considèrent pas que de telles poursuites constituent un investissement valable de leurs

²⁷ Voir, p. ex., la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. ch. P-40.1, art. 215 et 219.

²⁸ *Ibid.*, art. 14-15, 17.

²⁹ *Ibid.*, art. 18.

³⁰ *Ibid.*, voir, de façon générale, les art. 109 à 117.

³¹ R.S.B.C. 1996, ch. 457.

³² *Ibid.*, art. 5.

³³ *Ibid.*, art. 18.

³⁴ *Ibid.*, par. 18(3).

³⁵ R.S.A. 2000, ch. F-2.

³⁶ *Ibid.*, par. 18(4).

ressources. Ils jugent préférable d'investir dans les moyens techniques (par exemple le filtrage) et les autres mesures anti-pourriel. En fait, jusqu'à maintenant, le recours à des mesures anti-pourriel semble avoir obtenu un certain succès — le pourriel ne représente plus la même menace pour leurs réseaux que par le passé. Ils ont donc peu intérêt à dépenser de l'argent pour poursuivre les polluposteurs.

D'autres victimes du pourriel n'ont pas jugé approprié d'engager des poursuites devant les tribunaux pour diverses raisons, notamment :

- le coût élevé des litiges;
- les possibilités limitées d'obtenir un dédommagement même en cas de poursuites couronnées de succès;
- l'absence d'une cause d'action nettement définie et facile à prouver contre le pourriel;
- l'obligation de prouver les dommages;
- le montant incertain des dommages-intérêts qui peuvent être obtenus;
- la difficulté d'identifier les polluposteurs, de les poursuivre et de recouvrer des dommages-intérêts auprès des défendeurs.

Un nouveau droit privé d'action anti-pourriel devrait permettre de supprimer ces obstacles s'il devait être exercé.

Approches dans d'autres pays ou organisations

Union européenne

En 2002, dans la Directive concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques³⁷, l'Union européenne (UE) a exigé que ses États membres adoptent des dispositions prévoyant l'obtention du consentement préalable au courrier électronique à des fins de prospection directe³⁸. La Directive exige également que les États membres interdisent les pratiques consistant à camoufler ou à dissimuler l'identité de l'émetteur ou à ne pas indiquer d'adresse à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que ces communications cessent. Comme c'est le cas en vertu de la Directive relative à la protection des données à caractère personnel³⁹, les États membres doivent notamment prévoir le droit pour chaque personne de se prévaloir d'un recours judiciaire, et doivent en outre préciser que « toute personne ayant subi un dommage du fait [...] de toute action incompatible avec les dispositions nationales prises en application de la présente directive a le droit d'obtenir du responsable du traitement réparation du préjudice subi⁴⁰. » Ces droits privés d'action s'ajoutent aux mesures d'exécution de la loi prises par les États.

Plusieurs États membres de l'UE ont légiféré sur les droits privés d'action anti-pourriel conformément à cette directive. Par exemple,

³⁷ Directive 2002/58/CE, 12 juillet 2002; art. 13.

³⁸ Les exceptions sont précisées au par. 13(2).

³⁹ 95/46/CE.

⁴⁰ Art. 15, Directive 2002/58/CE.

- En vertu de l'article 30 des *Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003*⁴¹ du Royaume-Uni, les particuliers et les entreprises peuvent s'adresser aux tribunaux du Royaume-Uni pour demander une indemnisation relativement aux dommages quantifiables résultant de contraventions à la loi anti-pourriel. La loi précise que [TRADUCTION] « [le défendeur] peut faire valoir comme moyen de défense qu'il a pris toutes les mesures raisonnables nécessaires dans les circonstances pour se conformer à l'exigence pertinente ».
- En vertu de la loi italienne, les personnes visées par des données peuvent demander une indemnisation au « commerçant-contrôleur de données » pour violation de la loi si elles ont subi des dommages⁴². Comme au Royaume-Uni, il faut prouver qu'il y a eu perte.
- En Suède, de nouveaux règlements pris en application de la loi sur les pratiques commerciales⁴³ permettent aux particuliers et aux personnes morales de demander un redressement au commerçant qui contrevient aux nouvelles dispositions réglementaires anti-pourriel. Outre des amendes, il est possible d'obtenir des injonctions et des dommages-intérêts en cas de pratiques commerciales à caractère perturbateur.
- En vertu de la nouvelle loi belge, des mises en demeure peuvent être faites par le destinataire d'un message électronique non sollicité ou par un concurrent⁴⁴.

Nous ignorons si des poursuites civiles ont été intentées en vertu de ces dispositions ou de dispositions semblables dans d'autres États membres de l'UE. Comme il est mentionné précédemment, les sociétés Microsoft et AOL ont poursuivi avec succès un polluposteur en France, mais elles se sont fondées sur l'article 1147 du Code civil français (violation de contrat) plutôt que sur un droit d'action anti-pourriel.

Australie

La Spam Act 2003 de l'Australie interdit l'envoi de messages électroniques commerciaux non sollicités sans que ne soient inclus des renseignements sur la personne ou l'organisation qui a autorisé l'envoi du message ou une fonction de désabonnement. Elle interdit également l'utilisation de logiciels de collecte d'adresses électroniques. La Loi ne prévoit pas de droit privé d'action comme tel. Les particuliers et les autres parties concernées peuvent déposer une plainte auprès de l'Australian Communications Authority (ACA) qui peut intenter des poursuites civiles pour que des amendes pouvant atteindre 1,1 million de dollars par jour soient infligées aux polluposteurs. Toutefois, la Loi prévoit que l'ACA ou une personne ayant subi des pertes ou des dommages à la suite de l'infraction peuvent s'adresser aux tribunaux pour obtenir des ordonnances d'indemnisation des victimes. De telles ordonnances ne peuvent être accordées que dans le cadre d'une poursuite intentée par l'ACA contre le polluposteur, mais des ordonnances d'indemnisation peuvent être rendues même lorsque des amendes ne sont pas infligées.

⁴¹ S.I.2003/2426, 11 déc. 2003.

⁴² Décret législatif n° 196 (30 juin 2003) et décret législatif n° 181 (mai 1998).

⁴³ 1995 : 450 (1^{er} avril 2004).

⁴⁴ Arrêté royal (4 avril 2003); Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects légaux des services de la société de l'information, Gazette de l'État belge du 17 mars 2003.

États-Unis

Aux États-Unis, le gouvernement fédéral et 37 États ont adopté des lois anti-pourriel. La plupart de ces lois confèrent un droit privé d'action. Toutefois, la loi fédérale intitulée *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003* (la CAN-SPAM Act) a préséance sur les dispositions des lois anti-pourriel des États qui réglementent précisément l'utilisation des messages électroniques commerciaux, mais non sur les lois qui interdisent les affirmations fausses et trompeuses dans les messages électroniques commerciaux. Par conséquent, il est possible que les lois anti-pourriel de l'Alaska, du Nevada, du Nouveau-Mexique et du Tennessee n'aient aucun effet et que les dispositions de lois anti-pourriel des autres États réglementent uniquement les affirmations trompeuses. Voir à l'appendice A le tableau des lois anti-pourriel américaines qui compare les divers éléments des droits privés d'action qu'elles prévoient.

Législation fédérale

La CAN-SPAM Act prévoit un droit privé d'action. Toutefois, ce droit privé d'action ne peut être exercé que par les FSI. La loi ne confère aucun droit d'action aux particuliers qui reçoivent du pourriel ni aux entreprises qui ont leurs propres services de courrier électronique.

Bien que la loi s'applique généralement aux marchands de produits et de services annoncés par voie de pourriel ainsi qu'à ceux qui envoient des pourriels, les droits privés d'action sont exercés uniquement contre ceux qui envoient du pourriel.

Les causes d'action en vertu du droit privé d'action conféré par la CAN-SPAM Act comprennent la transmission d'informations fausses et trompeuses, l'emploi de renseignements trompeurs dans la rubrique « objet », la violation des dispositions concernant le retrait du consentement ainsi que la violation de certaines exigences relative à la forme, notamment, l'obligation de préciser que le message électronique est une annonce, de donner un avis de la possibilité de refuser de recevoir des messages ultérieurs et de fournir une adresse postale à l'expéditeur. Les FSI peuvent recouvrer le montant le plus élevé entre la perte pécuniaire réelle ou les dommages-intérêts préétablis (jusqu'à concurrence de 25 \$ ou 100 \$ par infraction, selon l'infraction, jusqu'à un maximum de 1 million de dollars).

Lois des États

Au total, 37 États américains ont adopté des lois anti-pourriel. Dans l'ensemble, les éléments de pourriel auxquels elles s'attaquent peuvent être classés dans trois catégories : les exigences en matière d'étiquetage, les messages trompeurs ou la transmission d'information et les exigences en matière de consentement. Comme mentionné précédemment, la CAN-SPAM Act écarte les causes d'action fondées sur l'étiquetage et le consentement, ce qui ne laisse que la possibilité d'intenter des actions pour transmission de renseignements trompeurs en vertu des lois des États.

Sauf en Idaho, au Nevada et au Rhode Island, toutes les lois anti-pourriel prévoyant un droit privé d'action permettent aux FSI d'intenter des poursuites. De nombreuses lois permettent aux « fournisseurs de services de courrier électronique » d'intenter des poursuites, étendant ce droit aux entreprises ou aux individus qui exploitent leurs propres serveurs de courrier électronique, mais excluant les personnes qui reçoivent simplement des messages électroniques. D'autres lois permettent aux destinataires de messages électroniques d'intenter des poursuites.

Les poursuites prévues par les lois des États peuvent être intentées contre les personnes responsables de l'envoi de messages qui contreviennent aux exigences de la loi. Certaines lois précisent que des poursuites peuvent aussi être intentées contre des parties qui se font de la publicité par voie de pourriel ou contre celles qui maintiennent des bases de données pour s'en servir pour envoyer du pourriel. La loi de l'État de Virginie est unique en ce qu'elle prévoit que la personne qui a recours à un mineur pour envoyer du pourriel engage sa responsabilité.

La jurisprudence américaine concernant les lois anti-pourriel

On ignore combien de poursuites ont été engagées contre les polluposteurs aux États-Unis, en vertu des droits d'action prévus par la loi. Selon un expert, des milliers d'actions y ont été intentées relativement au pourriel. Le SpamCon Foundation Law Center⁴⁵ mentionne que des dizaines de poursuites ont été engagées contre des polluposteurs aux États-Unis. Certaines ont été intentées par des FSI, d'autres par de simples particuliers ou des organisations. La plupart semblent avoir été intentées en vertu des droits d'action prévus par la loi. Aux fins du présent document, nous décrivons ci-dessous quelques-unes de ces poursuites afin de donner un aperçu de la manière dont ces droits privés d'action ont été exercés aux États-Unis. On ignore encore si ces poursuites ont eu ou auront vraisemblablement des répercussions sur le pourriel aux États-Unis.

Actions intentées en vertu de la législation fédérale

Seuls les FSI disposent d'un droit privé d'action conformément à la loi fédérale qu'est la CAN-SPAM Act. Trois poursuites privées ont été engagées en vertu de cette loi; dans chaque cas, on invoque la common law, les droits privés d'action que confère la loi de certains États ainsi que les interdictions prévues par la CAN-SPAM Act.

Le 4 mars 2004, Hypertouch, Inc. a intenté une action contre BVWebTies, LLC, BlueStream Media et 10 défendeurs non nommés, alléguant l'utilisation d'une raison sociale inexistante, l'envoi à un destinataire qui avait exercé son droit de refuser les messages électroniques, l'omission de fournir une adresse postale et la collecte ou la génération automatique d'adresses électroniques⁴⁶.

Le 10 mars 2004, un groupe de fournisseurs de services Internet connu sous le nom de The Industry Anti-Spam Alliance a intenté les premières poursuites privées majeures en

⁴⁵ <http://law.spamcon.org>

⁴⁶ <http://www.gigalaw.com/canspam/litigation.html>

vertu de la CAN-SPAM Act. L'Alliance représente les quatre plus importants fournisseurs de services Internet : America Online, EarthLink, Microsoft et Yahoo! Les six poursuites visent des centaines de défendeurs [TRADUCTION] « dont certains des polluposteurs à grande échelle les plus connus⁴⁷. »

Au début de juin 2004, Microsoft Corporation a intenté 8 poursuites contre 220 défendeurs non nommés et plusieurs entreprises nommément désignées. Microsoft a allégué l'utilisation de renseignements de transmission et de lignes de mention de l'objet qui étaient faux et trompeurs. Les poursuites ont été engagées en vertu de la CAN-SPAM Act, de deux lois de l'État de Washington et du délit d'atteinte à la possession mobilière prévu par la common law⁴⁸.

Action intentées par des FSI en vertu de lois des États

Selon un expert, les FSI ont intenté, en se fondant sur des lois adoptées par des États, de 25 à 30 poursuites contre des polluposteurs. Alors que AOL⁴⁹, Microsoft⁵⁰ et Yahoo!⁵¹ affichent des pages Web sur lesquelles une description des litiges est fournie, un grand nombre de ces poursuites ont été intentées soit en vertu de la common law soit en vertu de lois d'application générale. Les recherches effectuées jusqu'à maintenant indiquent que des règlements sont intervenus dans les poursuites que les FSI ont intentées en vertu des lois des États.

Actions intentées par des particuliers en vertu de lois des États

Il est difficile de rassembler des renseignements au sujet des poursuites anti-pourriel intentées par des particuliers devant les cours des petites créances, puisque les décisions rendues ne sont mentionnées que sur les sites Web personnels des demandeurs. En outre, il semble que certains militants luttant contre le pourriel ont mis sur pied de petites entreprises de service Internet afin de pouvoir intenter des poursuites à titre de FSI. Il ressort des rapports consultés que la plupart des demandeurs exercent les droits privés d'action accordés par la loi. Certains « anti-polluposteurs » ont refusé de régler les poursuites, affirmant qu'ils agissaient par principe et non par appât du gain.

Deux groupes se sont formés pour venir en aide aux demandeurs qui s'attaquent à ceux qui envoient des messages électroniques en masse : l'Informal Coalition of Private Anti-spam Litigants (ICPAL) et l'Institute for Spam and Internet Public Policy (ISIPP).

⁴⁷ AOL Press Release, 10 mars 2004, en ligne : <http://media.aoltimewarner.com/media/>. Ces actions sont les suivantes : *EarthLink v. John Does 1-25 (The "Prescription Drug Spammers")*; *John Does 26-35 (The "Mortgage Lead Spammers")*; *John Does 36-45 (The "Cable Descrambler Spammers")*; *John Does 46-55 (The "University Diploma Spammers")*; et *John Does 56-65 (The "Get Rich Quick Spammers")* et *John Does 66 - 75, other spammers; Yahoo! Inc. vs. Eric Head, Matthew Head and Barry Head, and their companies Gold Disk Canada, Inc., Head Programming, Inc., and Infinite Technologies Worldwide, Inc. collectively known as "The Head Operation."*, *Microsoft v. JDO and John Does 1-50, Microsoft v. Super Viagra Group, et AOL v. Davis Wolfgang Hawke, et al., AOL v. John Does 1-40*

⁴⁸ <http://www.gigalaw.com/canspam/litigation.html>

⁴⁹ <http://legal.web.aol.com/decisions/>

⁵⁰ Chercher dans <http://www.microsoft.com/presspass/>, « spam litigation ».

⁵¹ <http://antispam.yahoo.com/spamandthelaw>

La stratégie de ces groupes consiste à garder leur caractère informel, mais à rester organisés, afin que les polluposteurs ne soient pas en mesure de riposter.

Dans l'État de Washington, un petit groupe de particuliers a obtenu passablement de succès en poursuivant des polluposteurs devant la cour des petites créances. La législation de l'État de Washington autorise ses habitants à recouvrer, auprès de l'entreprise ou de la personne responsable du pourriel, une somme de 500 \$ pour chaque courriel non sollicité en vrac reçu en violation des interdictions de la loi concernant les en-têtes falsifiés et d'autres pratiques trompeuses de la part des polluposteurs. Un citoyen, Bruce Miller, prétend avoir recouvré une somme de 5 600 \$ auprès de six polluposteurs depuis le 25 avril 2002⁵². Un autre, Ben Livingston⁵³, a intenté diverses actions, notamment contre Print Doctor contre lequel il a obtenu un jugement prévoyant le versement d'une somme de plus de 3 000 \$⁵⁴. Martin Palmer prétend avoir reçu en moyenne 175 \$ l'heure dans les poursuites qu'il a intentées contre des polluposteurs en vertu des lois de l'État de Washington⁵⁵. D'autres particuliers ont exercé les droits d'action prévus par la loi afin de poursuivre avec succès des polluposteurs en vertu du *Business and Professions Code* de la Californie, obtenant des jugements prévoyant le versement de sommes allant jusqu'à 5 000 \$⁵⁶.

On ne peut affirmer que ces petites victoires de la part de particuliers constituent un moyen de dissuasion à l'égard des polluposteurs ou qu'elles font un très gros trou dans leurs revenus. À titre d'exemple, en dépit de la première victoire de Bruce Miller contre un polluposteur, victoire qui lui a permis d'obtenir 200 \$, le polluposteur a réalisé un profit net⁵⁷.

D'autres rapports révèlent que les tribunaux constituent eux-même un obstacle au succès des actions intentées, malgré l'existence de lois claires sur le pourriel autorisant les particuliers à intenter des poursuites. On vu certains juges ne pas prendre les affaires de pourriel très au sérieux, imposant parfois des dépens élevés aux demandeurs. Bien qu'ils aient obtenu gain de cause dans certaines des poursuites qu'ils intentent, des particuliers ont dit avoir eu de la difficulté à recouvrer des sommes suffisantes pour leur permettre de couvrir leurs frais une fois les frais judiciaires et les dépenses connexes payés⁵⁸.

Certaines affaires font ressortir que les lois comportent des lacunes. Dans *Gillman v. Sprint Communications*⁵⁹, la Cour d'appel de l'Utah a examiné la *Unsolicited*

⁵² www.aboutspam.com/payup.php, consulté le 1^{er} novembre 2004.

⁵³ www.smallclaim.info

⁵⁴ www.smallclaim.info/printdoctor/. Le site Web de M. Livingston renferme une copie du jugement ainsi qu'un enregistrement audio de l'audience, de même que d'autres revendications.

⁵⁵ Bennett Haselton, *Our long-term plan*, en ligne : www.peacefire.org/anti-spam/details.html

⁵⁶ Susan Kuchinskas, *Anti-Spammers on Attack*, 24 septembre 2004, internetnews.com, en ligne : www.internetnews.com/xSP/article.php/3412891.

⁵⁷ Janet Kornblum, *Settlement in first antis spam law*, CNET.com, 16 juillet 1998, en ligne : <http://news.com.com/2100-1023-213430.html>.

⁵⁸ Beth Taylor, *Block Sender*, Legal Affairs (New Haven, CT), janvier et février 2003, en ligne : legalaaffairs.org

⁵⁹ 2004 UT App 143, 6 mai 2004.

*Commercial and Sexually Explicit Email Act*⁶⁰ de l'Utah. Donnant une interprétation restrictive de la Loi, la Cour a confirmé la décision du tribunal de première instance qui avait conclu que la Loi ne s'appliquait pas aux messages électroniques que recevait le destinataire d'un expéditeur avec lequel il avait déjà eu des échanges, même lorsque le destinataire avait tenté de façon explicite de mettre fin à ces échanges. Suivant l'analyse faite par la Cour, la tentative de M. Gillman de révoquer son consentement à l'envoi de messages électroniques par le GroupLotto n'était pas pertinente.

Faut-il légiférer pour faire reconnaître un droit privé d'action contre les polluposteurs?

Il n'y a aucun consensus sur la question de savoir si un droit privé d'action prévu par la loi contre les polluposteurs est efficace dans la lutte contre le pourriel. Alors que certains appuient fermement une telle mesure qui devrait être intégrée à un ensemble général d'outils permettant de lutter contre le pourriel, d'autres sont indifférents et soulignent que l'efficacité d'une telle mesure contre le pourriel n'est pas démontrée; d'autres encore (certains FSI canadiens) s'y opposent, estimant que c'est le gouvernement qui est le mieux placé pour faire appliquer les lois interdisant le pourriel.

Au Canada, des droits privés d'action existent déjà en matière de publicité mensongère, de pratiques commerciales trompeuses, d'atteinte directe aux droits d'autrui et de violation de contrat. En vertu de la législation fédérale sur la protection des renseignements personnels, les plaignants peuvent aussi poursuivre les polluposteurs en justice relativement à la collecte et à l'utilisation non autorisées de leur adresse électronique une fois que le Commissaire à la protection de la vie privée a rendu une conclusion en ce sens. Toutefois, dans tous les cas, il est nécessaire de prouver les dommages, ce qui limite l'utilité de la poursuite du point de vue du plaignant. De plus, les coûts liés à de telles poursuites sont importants de même que le risque de se voir imposer des frais juridiques assez élevés qu'il est en fin de compte impossible de recouvrer, même en cas d'actions couronnées de succès. Dans les cas de délits classiques, comme l'atteinte aux droits d'autrui, ou de délits prévus par la loi, comme la publicité trompeuse, les actions intentées contre les responsables du pourriel constitueraient une nouveauté; il n'est pas certain qu'un juge appliquerait le concept classique d'atteinte aux droits d'autrui aux messages électroniques non sollicités ou considérerait que les dispositions interdisant la publicité trompeuse s'appliquent aux en-têtes trompeurs figurant sur des messages électroniques.

Même financièrement à l'aise, certains peuvent se montrer réticents à poursuivre les polluposteurs à moins qu'ils n'aient beaucoup à gagner par une telle mesure. Par exemple, des personnes morales importantes disposant de fonds considérables et ayant tout intérêt à mettre fin à la vente sur le marché noir d'équipement de réception de signaux par satellite (contre laquelle les moyens technologiques ont eu moins de succès que dans le cas du pourriel) ont récemment exercé les droits privés d'action prévus par la

⁶⁰ Utah Code ss. 13-36-101 to 13-36-105 (2002).

*Loi sur la radiocommunication*⁶¹ contre des vendeurs d'un tel équipement. Elles ont constaté que ces procédures étaient onéreuses, fastidieuses et qu'elles avaient peu d'effet jusqu'à maintenant pour dissuader les entreprises de vendre de l'équipement illégal.

Pour que les demandeurs jugent les actions privées intentées contre les polluposteurs utiles, il faudrait, entre autres, prévoir des dommages-intérêts préétablis, c'est-à-dire une somme suffisante pour inciter les demandeurs à agir. De nombreux commentateurs ont estimé que cela ne servait pas à grand chose de prévoir un droit privé d'action contre le pourriel sans prévoir de dommages-intérêts préétablis.

Toutefois, certains (c'est-à-dire d'importants FSI canadiens) ne sont pas en faveur d'un droit privé d'action en cas de pourriel, même s'il comporte le droit à des dommages-intérêts préétablis. Ils font valoir que le gouvernement et le public s'attendraient alors à ce qu'ils se lancent dans des poursuites juridiques coûteuses, à leurs propres frais, alors qu'ils préféreraient consacrer leurs efforts à des solutions techniques qui offrent, selon eux, un meilleur rendement sur les capitaux investis. Ils soutiennent également que l'existence d'un droit privé d'action constituerait pour le gouvernement un prétexte pour se décharger de l'application de la loi et la confier au secteur alors que les organismes d'application de la loi, qui possèdent de vastes pouvoirs d'enquête et d'exécution, sont beaucoup mieux placés pour identifier et poursuivre les polluposteurs, en particulier lorsqu'ils se trouvent dans d'autres pays.

L'Australie a décidé de ne pas inclure de droit privé d'action dans sa loi interdisant le pourriel pour diverses raisons, notamment la possibilité de poursuites frivoles, abusives ou sans fondement, le risque de litiges visant les parties ayant le plus d'argent plutôt que les véritables coupables, la possibilité de poursuites judiciaires contre la mauvaise partie (étant donné la difficulté de découvrir l'origine véritable du pourriel), un accès inégal à la justice (seules les parties disposant des ressources suffisantes seraient en mesure d'exercer ce droit) et le désir d'adopter une approche stratégique eu égard au problème du pourriel – c'est-à-dire s'attaquer aux polluposteurs importants. L'Australie a estimé qu'il serait plus efficace de confier la charge de l'exécution de la loi à un organisme gouvernemental désigné possédant l'expertise et les ressources nécessaires pour faire enquête, recueillir la preuve et tenter des poursuites judiciaires, et qui pourrait prendre des décisions stratégiques quant aux parties qui doivent être poursuivies.

En revanche, les lois américaines anti-pourriel comportent des droits privés d'action. Parallèlement aux mesures d'application de la loi prises par le gouvernement, d'importants FSI comme Microsoft, AOL et Earthlink, exercent ces droits pour poursuivre des polluposteurs. Ils pourraient très bien se prévaloir de droits similaires au Canada pour poursuivre des polluposteurs canadiens en vertu de la législation canadienne plutôt que d'invoquer la législation américaine pour poursuivre des polluposteurs canadiens, comme ils le font à l'heure actuelle.

La plupart des experts que nous avons consultés favorisaient un droit d'action privé contre le pourriel non pas pour remplacer l'action de l'État, mais plutôt pour qu'il

⁶¹ L.R.C. 1985, ch. R-2.

devienne un outil utile, parmi de nombreux autres, dans la lutte contre le pourriel. Certains estiment qu'un tel droit est essentiel étant donné que la lutte contre le pourriel n'est pas l'une des principales priorités des organismes d'application de la loi. Les tenants d'un droit privé d'action soulignent qu'un droit d'action bien rédigé permettra à tout le moins l'exercice de droits privés lorsque les gouvernements n'exercent pas leurs pouvoirs d'application de la loi.

Questions de compétence

Alors que les provinces pourraient adopter des lois anti-pourriel dans le cadre de leurs compétences législatives générales en matière de protection du consommateur, de telles lois pourraient également voir le jour en vertu des pouvoirs du gouvernement fédéral concernant les échanges et le commerce interprovincial⁶² ou la radiodiffusion et les télécommunications⁶³. La plupart des activités de pourriel ont un objectif commercial et dépassent les frontières, de sorte qu'elles relèvent de la compétence du gouvernement fédéral.

Un droit d'action fédéral contre les polluposteurs pourrait être créé dans une nouvelle loi ou ajouté à l'une ou l'autre des deux lois fédérales suivantes :

*Loi sur la concurrence*⁶⁴ — La constitutionnalité de la *Loi sur la concurrence* repose sur le pouvoir susmentionné du fédéral en matière d'échanges et de commerce⁶⁵. Les dispositions de la Loi en ce qui a trait à la publicité trompeuse et au télémarketing trompeur constituent un fondement solide qui permettrait au gouvernement fédéral de s'attribuer la compétence pour ce qui est des éléments trompeurs du pourriel. Des modifications pourraient être nécessaires pour prévoir des pratiques illégales, telles l'emploi d'en-têtes trompeurs. La Loi prévoit à l'article 36 un droit privé d'action limité qui pourrait être élargi afin de prévoir l'octroi de dommages-intérêts préétablis. Le Parlement examine à l'heure actuelle des modifications à la Loi qui permettraient aux consommateurs de s'adresser au Tribunal de la concurrence.

*Loi sur les télécommunications*⁶⁶ — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a déjà conclu qu'il avait compétence pour réglementer les activités de radiodiffusion et de télécommunications là où l'on fait usage d'Internet⁶⁷. Le CRTC réglemente activement le télémarketing, surtout en ce qui a trait aux questions du respect de la vie privée et du consentement⁶⁸, et il a manifestement

⁶² Par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle* de 1867; voir, par ex., *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁶³ Par. 92(10); voir, par ex., *Alberta Government Telephones c. Canada (CRTC)*, [1989] 2 R.C.S. 225.

⁶⁴ L.R.C. 1985, ch. 19 (et ses modifications).

⁶⁵ Voir, par ex. *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

⁶⁶ L.R.C. 1993, ch. 38 (et ses modifications).

⁶⁷ CRTC, *Rapport sur les nouveaux médias* (17 mai 1999).

⁶⁸ Voir la Décision de télécom CRTC 2004-35 (21 mai 2004), suspendue par la Décision de télécom CRTC 2004-35 (28 septembre 2004), en attente de la disposition de la demande de l'Association canadienne du marketing d'examiner et de modifier la Décision de télécom CRTC 2004-35. Prière de noter également que l'Association canadienne du marketing a saisi le Cabinet d'un recours relativement à la décision CRTC

compétence pour régler le pourriel en vertu de l'article 41 de la Loi qui l'autorise à « interdire ou réglementer, dans la mesure qu'il juge nécessaire — compte tenu de la liberté d'expression — pour prévenir tous inconvénients anormaux, l'utilisation par qui que ce soit des installations de télécommunication d'une entreprise canadienne en vue de la fourniture de télécommunications non sollicitées ». La Loi prévoit aussi un droit d'action limité à l'article 72. Comme c'est le cas pour la *Loi sur la concurrence*, cette disposition pourrait être élargie afin de prévoir l'octroi de dommages-intérêts préétablis.

Éléments essentiels d'un droit privé d'action

Si un droit privé d'action contre les polluposteurs doit être créé au Canada, les législateurs pourront s'inspirer des poursuites qui ont été intentées dans d'autres pays et des autres lois canadiennes de manière à mettre en place un mécanisme efficace de lutte contre le pourriel n'ayant pas de conséquences non désirées.

Cause d'action

Tout droit d'action prévu par la loi relativement au pourriel devrait comporter des droits d'action simples, pouvant facilement être prouvés. Afin d'éviter les poursuites contre les commerçants de bonne foi et de prévenir les poursuites frivoles, la cause d'action pourrait nécessiter la preuve d'une méthode ou pratique consistant à envoyer des messages électroniques non sollicités (comme le prévoit la CAN-SPAM Act aux États-Unis) ou un deuxième message non sollicité envoyé par la même partie après une opposition et un délai suffisant pour permettre à l'expéditeur d'enlever l'adresse en question de toute liste pouvant exister⁶⁹.

Demandeurs admissibles

Nombreux sont ceux qui considèrent que l'existence d'un droit privé d'action pour les destinataires individuels de pourriel est un élément crucial d'une loi anti-pourriel efficace étant donné qu'il n'est peut-être pas dans l'intérêt des FSI d'engager des poursuites à l'égard des infractions à une loi anti-pourriel.

Cependant, les consommateurs ne disposent pas en général des ressources leur permettant de financer un litige, en particulier lorsqu'ils n'ont pas d'intérêt personnel marqué dans l'affaire. L'existence de recours collectifs (ainsi que d'autres mesures) peut atténuer ce problème. Dans le contexte du pourriel, il peut toutefois être difficile de satisfaire à certaines exigences en ce qui concerne l'autorisation du recours collectif. Il peut notamment être impossible de définir un groupe précis de personnes faisant valoir des revendications communes (par exemple les destinataires d'un pourriel qui ont subi des

2004-35; voir Pétition à son Excellence la gouverneure en conseil, en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, dans l'affaire de la *Décision de télécom CRTC 2004-35* (déposé le 19 août 2004).

⁶⁹ Cela permettrait de régler le problème de la loi de l'Utah qui n'accordait pas un délai raisonnable à l'expéditeur pour qu'il puisse donner suite à une demande de mettre fin à la sollicitation.

dommages après s'être fiés à une information trompeuse qui y figurait). Par contre, certains experts américains s'opposent aux recours collectifs ainsi qu'aux dommages-intérêts préétablis et aux droits d'action qui peuvent être exercés contre des commerçants en règle qui ont simplement fait une erreur. Une telle combinaison de facteurs peut entraîner la disparition d'entreprises plutôt que l'établissement de mesures correctives⁷⁰.

Certains intervenants s'opposent à ce que des particuliers soient autorisés à intenter des poursuites, en faisant valoir que les FSI et les fournisseurs de services de courrier électronique sont mieux placés pour identifier et poursuivre les pires polluposteurs. Si un nouveau droit privé d'action anti-pourriel devait être adopté au Canada, il faudrait examiner cette question de plus près.

Défendeurs admissibles

L'un des problèmes les plus épineux de la poursuite en justice des polluposteurs consiste à les repérer et à faire exécuter les jugements contre eux. De nombreuses lois permettent de supprimer cette difficulté parce qu'elles autorisent les demandeurs à poursuivre les entreprises qui ont retenu les services du polluposteur pour qu'il fasse de la publicité au sujet de leurs marchandises. En fait, il semble qu'il s'agisse de l'un des éléments essentiels des lois les plus réussies, puisqu'elles permettent aux demandeurs d'obtenir des indemnités pécuniaires auprès des entreprises qui veulent continuer à exercer leurs activités. Comme l'a fait remarquer un expert,

[TRADUCTION] La responsabilité du fournisseur permet d'atténuer considérablement le problème lorsque vient le temps de trouver un responsable. Dans la plupart des cas, il est beaucoup plus difficile pour les fournisseurs que pour les polluposteurs de dissimuler leur identité ou d'internaliser les coûts de façon à échapper au risque de poursuites. Si l'on peut mettre fin au recours par les fournisseurs aux services offerts par les polluposteurs, finalement, le problème du pourriel diminuera sensiblement⁷¹.

Un autre expert affirme que les entreprises ne devraient pas être en mesure d'échapper à leur responsabilité en se cachant derrière les polluposteurs. Tenir les publicitaires partiellement responsables du pourriel les inciterait à établir plus soigneusement leurs listes de distribution et encouragerait les entreprises à faire appel à des spécialistes du marketing de bonne réputation pour acheminer leurs messages. Certains experts soutiennent que, s'il est impossible de poursuivre les polluposteurs eux-mêmes ainsi que les entreprises qui ont recours à leurs services, la législation anti-pourriel aura tout

⁷⁰ Les recours collectifs et les dommages-intérêts préétablis sont censés favoriser les poursuites. Selon le montant des dommages-intérêts préétablis, un recours collectif fructueux, joint à des dommages-intérêts préétablis, pourrait anéantir un défendeur plutôt qu'assurer l'établissement de pratiques correctives.

⁷¹ Matthew B., Prince, *How to Craft an Effective Anti-Spam Law*, document préparé pour l'atelier portant sur la lutte contre le pourriel dans le cadre du Sommet mondial de l'UIT sur la société de l'information (SMSI) (juillet 2004).

bonnement pour effet de les encourager à se livrer à un tour de passe-passe, chaque partie s'efforçant de protéger l'autre contre toute responsabilité.

D'autres experts ont fait part de leurs inquiétudes au sujet de la possibilité de rendre les entreprises responsables des pratiques suivies par les spécialistes de marketing par courriel auxquels elles font appel. Ils soutiennent que les entreprises ne peuvent pas contrôler de telles pratiques et qu'en fin de compte, ce sont elles plutôt que les véritables coupables qui seront les cibles des poursuites intentées en matière de pourriel pour le simple motif qu'elles disposent de ressources financières considérables. La Californie a examiné, sans toutefois l'adopter, une disposition qui autorise les poursuites contre les entreprises ou les particuliers qui ont embauché l'expéditeur de messages électroniques. Cette disposition a été contestée par des entreprises qui ont soutenu qu'elles ne devaient pas être tenues responsables des problèmes liés aux listes d'adresses des spécialistes du marketing.

CAUCE Canada a renoncé à ses exigences en ce qui a trait à un droit, conféré par la loi, de poursuivre ceux qui bénéficient du pourriel étant donné que, même si l'expéditeur est convaincu que sa liste de distribution est « correcte », il y a toujours un risque qu'un très petit nombre de destinataires n'aient pas consenti à l'envoi. Par exemple, un expéditeur peut, au cours d'une journée, envoyer 24 millions de bulletins électroniques comportant une annonce publicitaire d'une entreprise tierce. Si l'expéditeur n'a pas l'autorisation ou le consentement d'aussi peu que 1 p. 100 des destinataires, le publicitaire sera néanmoins responsable de ces 240 000 messages. Comme la loi projetée prévoyait des dommages-intérêts préétablis, les risques pour le publicitaire seraient trop considérables pour qu'il continue de faire ce genre de publicité. Il convient de souligner que les inquiétudes de CAUCE Canada ne concernent que la cause d'action fondée sur l'autorisation ou le consentement, et qu'il serait possible d'y remédier en exigeant l'existence d'une méthode ou pratique comme c'est le cas dans la CAN-SPAM Act aux États-Unis.

Nature de l'instance saisie des poursuites

Le comportement des consommateurs en cas de litige dépend considérablement de la complexité et de la rapidité de la procédure ainsi que des frais qui y sont liés, ce qui permet de croire que la possibilité d'avoir recours à des mécanismes légers plairait davantage aux consommateurs qui envisagent d'intenter une poursuite en matière de pourriel. Si un droit d'action est destiné à être exercé par des particuliers, ceux-ci devraient à tout le moins pouvoir intenter leurs poursuites devant les cours provinciales des petites créances. L'établissement par le CRTC ou le Commissaire à la protection de la vie privée d'une procédure administrative légère et peu onéreuse, une fois leur loi habilitante modifiée pour leur permettre d'ordonner des mesures de redressement, serait encore mieux du point de vue de l'accès à la justice.

Recours

Sans l'existence de dommages-intérêts préétablis, il est peu probable qu'un droit privé d'action contre le pourriel sera exercé. Dans les cas de pourriel, il est difficile de prouver les dommages, qui peuvent également être négligeables. Comme l'a dit un expert,

[TRADUCTION] De nombreux organismes privés consacrent déjà leurs efforts à la recherche des polluposteurs. S'ils reçoivent des gouvernements une somme modique pour les dédommager, ces organismes et d'autres particuliers entreprenants peuvent, en fait, agir comme chasseurs de primes pour le compte des poursuivants. Bien qu'il semble peu probable qu'un tel système permette à lui seul de régler le problème du pourriel, dans la mesure où il est possible d'atténuer les effets négatifs pour la société et que la somme versée aux chasseurs de primes est inférieure aux frais que devraient normalement payer les poursuivants pour identifier les polluposteurs, un tel programme peut servir à établir un régime efficace de lutte contre le pourriel⁷².

Aux États-Unis, chaque droit privé d'action contre le pourriel prévoit des dommages-intérêts préétablis. Ceux-ci vont de 10 \$ à 10 000 \$ par message, jusqu'à concurrence de 35 000 \$ par jour. La CAN-SPAM Act prévoit des dommages-intérêts préétablis de 100 \$ par message dans le cas de messages faux ou trompeurs ou de 25 \$ pour message contrevenant à d'autres dispositions, jusqu'à concurrence d'un maximum de 1 000 000 \$. La loi de l'État de Washington prévoit une somme de 500 \$ par pourriel et deux experts que nous avons consultés ont recommandé de suivre ce modèle. Des sommes moins élevées sont peu susceptibles d'encourager les poursuites en justice. Le choix d'un montant déterminé s'explique par la nécessité de fixer une somme suffisamment faible pour dissuader les poursuites frivoles tout en étant assez élevée pour récompenser amplement les demandeurs et avoir un effet dissuasif sur les polluposteurs.

Deux des experts que nous avons consultés ont rappelé que les dispositions de la loi fédérale américaine *Telephone Consumer Protection Act of 1991*, qui interdit la publicité-rebut par télécopie, avaient permis de diminuer le nombre de télécopies non sollicitées dans ce pays. Selon ces experts, outre le fait qu'elle peut être invoquée par quiconque, le succès de cette loi vient en grande partie de ce qu'elle contient une disposition prévoyant des dommages-intérêts préétablis.

Selon certains commentateurs, des dommages-intérêts préétablis s'élevant à quelques centaines de dollars ne constituent pas une mesure incitative suffisante pour les avocats du secteur privé, et une « prime » non négligeable (par exemple 100 000 \$) qui serait accordée aux chasseurs de polluposteurs dont les efforts sont couronnés de succès est davantage susceptible d'intéresser un plus grand nombre de personnes. Une telle approche n'a pas encore été adoptée. La Federal Trade Commission a examiné cette question plus tôt cette année et a conclu qu'il se pouvait que les personnes les plus susceptibles d'identifier les polluposteurs — les travailleurs en place — hésitent à se manifester, même si on offre des récompenses élevées⁷³. Elle a conclu que [TRADUCTION] « les avantages d'un système fondé sur des récompenses étaient encore incertains ».

⁷² *Ibid.*, p. 9

⁷³ Voir www.ftc.gov/opa/2004/09/bounty.htm

On s'entend de façon générale pour dire que, outre les dommages-intérêts, les demandeurs devraient pouvoir aussi demander des injonctions dans les poursuites anti-pourriel.

Conclusions

Un droit privé d'action contre les responsables du pourriel est l'un des éléments qui pourrait faire partie d'un large ensemble d'outils juridiques utilisés dans la lutte contre le pourriel. Si un tel droit était accordé, on devrait considérer qu'il est accessoire à l'application par les États des lois anti-pourriel, et il ne devrait en aucun cas servir de prétexte pour justifier une intervention gouvernementale restreinte. Il devrait également être conçu de manière à limiter les possibilités de poursuites frivoles, les mesures anticoncurrentielles déguisées en poursuites anti-pourriel ainsi que les actions excessives intentées contre les entreprises de bonne foi qui ont simplement commis une erreur.

Il est peu probable que les droits privés d'action existant à l'heure actuelle en vertu des lois canadiennes servent dans la lutte contre le pourriel et ce, pour diverses raisons. Un nouveau droit d'action privé particulier en matière de pourriel pourrait être plus intéressant pour les demandeurs potentiels si on prévoyait des causes d'action particulières au pourriel (par exemple en-têtes falsifiés, objets trompeurs, adresses de retour ne fonctionnant pas), si on engageait la responsabilité des entreprises qui font sciemment la promotion de leurs marchandises et de leurs services en ayant recours au pourriel (ainsi qu'à des services d'envoi de pourriels) et si on prévoyait des dommages-intérêts préétablis ainsi que la possibilité d'obtenir des injonctions.

Ce sont les États-Unis qui ont le plus d'expérience en matière de droits privés d'action dans le domaine du pourriel, mais il est encore trop tôt pour dire si de telles actions ont eu une incidence sur le pourriel. Quoiqu'il en soit, il est difficile, sinon impossible, de juger si les poursuites privées sont efficaces pour décourager le pourriel; en effet, même si le nombre de pourriels continue d'augmenter, il aurait peut-être augmenté encore plus rapidement sans de telles actions.