

LES ENTREPRISES DOIVENT SE PRÉPARER À LA NOUVELLE LOI ANTI-POURRIEL CANADIENNE : UNE MISE À JOUR

Conçue pour protéger les consommateurs canadiens contre le pourriel et les autres menaces en ligne, la *Loi canadienne anti-pourriel* (LCAP¹) interdit entre autres:

- L'envoi ou le fait de faire envoyer / de permettre l'envoi de « messages électroniques commerciaux » (MEC) sans le consentement du destinataire ;
- L'installation de programmes informatiques sans le consentement exprès du propriétaire de l'ordinateur ;
- L'utilisation en ligne de représentations fausses ou trompeuses pour la promotion de produits ou de services ;
- La collecte d'adresses électroniques par l'utilisation de programmes informatiques ou l'utilisation de ces adresses sans autorisation ;
- La collecte de renseignements personnels par l'accès à un ordinateur, en violation de la loi fédérale, et
- La modification de la transmission de données dans un message électronique faisant en sorte que le message est délivré à un destinataire différent sans consentement exprès.

L'entrée en vigueur de la LCAP s'est faite progressivement en trois étapes.

La plupart des dispositions de la LCAP sont entrées en vigueur lors de la première étape le 1^{er} juillet 2014.

La deuxième étape relative à l'installation des programmes informatiques, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

La dernière étape de la LCAP traitant des dispositions transitoires relatives au consentement tacite est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Une autre partie de la dernière étape concernant le droit privé d'action devait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Cependant, celle-ci a été reportée à une date ultérieure qui sera prochainement déterminée.

MEC

Les entreprises doivent porter une attention particulière aux dispositions de la LCAP qui s'appliquent aux MEC. Un MEC est

Lette est un regroupement de cabinets juridiques établis à Montréal et à Toronto, avec des partenaires à Paris, France et à Munich, Allemagne. Lette conseille des entreprises et des personnes faisant affaires au Canada et à travers le monde.

généralement défini comme tout message électronique (par ex. courriel, SMS, message dans les médias sociaux) dont il est raisonnable de penser, étant donné son contenu, qu'il a pour objectif, ou dont l'un de ses objectifs, est d'encourager la participation à une activité commerciale².

Un « message électronique » est défini comme suit : un message envoyé par tout moyen de télécommunication incluant un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

Une activité commerciale comprend toute transaction, acte, conduite ou toute activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l'accomplit le fasse ou non dans l'espoir de réaliser des bénéfices. Sont exclus de la définition d'*activité commerciale* toute transaction, 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 Canada³. Un MEC qui offre de vendre ou qui fait la publicité de biens ou de services est donc soumis à la LCAP.

Les dispositions de la LCAP s'appliquent à tout MEC envoyé de ou accessible par un ordinateur au Canada. De ce fait, elles ont un impact sur les pratiques de marketing électronique des entreprises qui ont une présence électronique au Canada, qu'elles soient ou non physiquement localisées au Canada.

La LCAP interdit l'envoi de MEC à une adresse électronique à moins que (a) la personne à qui le message est envoyé ait consenti à le recevoir, et (b) le message respecte la forme et le contenu prescrits. Certains types de MEC ne sont pas visés par l'interdiction de la LCAP, dont :

- les messages envoyés à des membres de la famille⁴;
- les MEC qui donnent un prix ou un devis en réponse à une demande faite par la personne qui le reçoit⁵;

¹ Le titre complet de la loi est 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.

² Art. 1(2) de la LCAP

³ Art. 1(1)

⁴ Art. 6(5)

⁵ Art. 6(6)(a)

- les MEC qui donnent des renseignements sur la garantie, sur un rappel de produit ou sur la sécurité à l'égard d'un produit, d'un bien ou d'un service que la personne à qui le message est envoyé, utilise, a utilisé ou a acheté⁶;
- les MEC envoyés par fac-similé à un compte téléphone⁷;
- les enregistrements vocaux laissés sur un téléphone⁸;
- les communications interentreprises concernant les activités de l'organisation⁹;
- les MEC envoyés par un organisme de bienfaisance enregistré si l'objectif est de faire une levée des fonds¹⁰;
- les MEC envoyés par ou au nom d'un parti politique ou d'une organisation ou par une personne qui est candidate à une élection et dont l'objectif principal est de solliciter une contribution¹¹.

L'exigence du consentement

Le consentement à recevoir un MEC doit généralement être exprès. Toutefois, dans certains cas, une personne peut donner tacitement son consentement. Par exemple, le consentement peut être implicite s'il y a une « relation d'affaires en cours » ou une « relation privée en cours » entre l'expéditeur et le destinataire. Les termes « relation d'affaires en cours » et « relation privée en cours » sont précisément définis dans la LCAP. Il y a une « relation d'affaires en cours » si l'expéditeur et le destinataire se sont engagés ensemble dans certains types d'affaires dans les deux ans précédant la date à laquelle le MEC a été envoyé (par ex. l'achat de biens ou de services) ou si le destinataire du MEC a fait une demande à l'expéditeur dans les 6 mois précédents.

Une « relation privée en cours » existe lorsqu'une personne a, au cours des deux dernières années, fait un don ou un cadeau ou effectué du bénévolat pour un organisme de bienfaisance reconnu, un parti politique ou un autre organisme ou était membre d'une organisation sans but lucratif constituée et administrée exclusivement pour le bien-être social, les améliorations locales, les loisirs ou les divertissements à des fins autres que le profit personnel.¹²

Le consentement peut également être tacite dans les cas où le

MEC a un lien avec soit l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou avec les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise dès lors que : i) la personne à qui le message est envoyé a « publié ou fait publier bien en vue » l'adresse électronique à laquelle le MEC a été envoyé sans que la publication ne comporte une mention précisant qu'elle ne souhaite recevoir aucun MEC non sollicité ou ii) la personne qui reçoit le message a communiqué à la personne qui envoie le MEC, l'adresse électronique sur laquelle il est envoyé, le fait d'envoyer ou d'en permettre l'envoi, sans préciser qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse.¹³

Le fardeau de la preuve du consentement, qu'il soit exprès ou tacite, incombe à la personne qui allègue l'avoir reçu.¹⁴

Le CRTC a publié sur son site internet des « *Lignes directrices sur le consentement tacite dans le cadre de la Loi canadienne anti-pourriel* » :

<http://www.crtc.gc.ca/fra/com500/guide.htm>

Fin de la période transitoire

Une période transitoire de trois ans a été prévue dans la loi.

Conformément à cette disposition transitoire, un destinataire était réputé avoir donné un consentement tacite, si l'expéditeur et le destinataire avaient une relation d'affaires existante ou une relation privée en cours au moment où la loi est entrée en vigueur et que leur relation comprenait l'envoi entre eux de MEC. Cette disposition transitoire a pris fin le 1^{er} juillet 2017. A moins qu'un consentement exprès ait été obtenu avant cette date, les entreprises soumises à cette disposition transitoire devront désormais obtenir un tel consentement, à moins qu'elles ne rentrent dans l'une des exceptions prévues expressément par la loi concernant le consentement tacite.

A noter qu'un message électronique qui est envoyé dans le but d'obtenir un consentement à l'envoi de MEC est lui-même considéré comme un MEC qui ne peut être envoyé sans consentement. Cela lance un défi particulier aux entreprises qui n'ont pas obtenu les consentements requis avant le 1^{er} juillet 2014 ou qui n'ont pas de relation d'affaires ou de relation privée en cours ayant commencé pendant la période transitoire et toujours en vigueur.

⁶ Art. 6(6)(c)

⁷ Art. 8(b)

⁸ Art. 8(c)

⁹ Règlement sur la protection du commerce électronique, Art. 3(a)

¹⁰ Règlement sur la protection du commerce électronique, Art. 3(g)

¹¹ Règlement sur la protection du commerce électronique, Art. 3(h)

¹² Art. 10(13)

¹³ Art. 10(9)(b)

¹⁴ Art. 13

La forme du consentement

Si un consentement exprès est obtenu, le moyen par lequel il est demandé doit se conformer aux exigences de la LCAP. Une demande de consentement exprès pour envoyer des MEC doit clairement indiquer :

- Le(s) objectif(s) pour le(s)quel(s) le consentement est demandé,
- Les informations de contact prescrites (nom, adresse postale, adresse électronique, etc.) de la personne qui demande le consentement, et
- Une mention à l'effet que le destinataire peut retirer son consentement.

Contrairement à la réglementation anti-spam des autres juridictions, la LCAP a choisi une approche « opt-in » de consentir. Cela signifie qu'un destinataire doit poser un geste concret pour donner son consentement, comme cocher une case. Un mécanisme « opt-out » impliquant une case pré-cochée ne sera pas conforme à la LCAP.

Une demande de consentement à recevoir des MEC doit aussi être clairement et séparément identifiée et ne peut être combinée avec de demandes de consentement pour d'autres conditions (par exemple, des conditions générales d'utilisation ou de vente).

Exigences de contenu des MEC

En plus de l'exigence du consentement, la LCAP énonce des exigences en matière de contenu et de forme spécifiques pour les MEC. En particulier, chaque MEC doit identifier l'expéditeur, fournir les coordonnées de contact de l'expéditeur et prévoir un « mécanisme d'exclusion ».

Le mécanisme d'exclusion doit pouvoir s'exécuter facilement et prendre effet au plus tard 10 jours ouvrables après l'envoi de la demande d'enlèvement.

Droit Privé d'Action

La LCAP crée également un droit privé d'action en dommages-intérêts pour les personnes ayant été affectées par une contravention à une de ces dispositions.

Les dispositions relatives aux actions privées étaient originellement comprises dans la dernière étape de la LCAP et devaient entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Toutefois, suite à une décision prise un mois avant cette date, le gouvernement fédéral a suspendu la mise en œuvre de ces dispositions à une date ultérieure.

Si les dispositions de la LCAP relatives au droit privé d'action sont adoptées tel qu'elles sont rédigées actuellement, si un engagement a été contracté ou si une signification d'un procès-verbal de violation a été faite relativement à des actes ou à des omissions mentionnés dans la demande, aucune action privée ne pourra être intentée.¹⁵

Dès qu'un tribunal accepte d'examiner une demande, aucun engagement, lequel en général peut être contracté à tout moment, ne sera plus possible.¹⁶

Le délai de prescription pour une action privée sera de trois ans à compter de la date où le demandeur a eu connaissance du préjudice, à moins que le tribunal n'accorde un délai plus long.¹⁷

Application de la LCAP

La LCAP est supervisée conjointement par trois organismes : le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»); le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et le Bureau de la concurrence fédéral. Les questions concernant l'envoi de MEC, la modification de la transmission des données et l'installation de programmes informatiques sans consentement relèvent de la compétence du CRTC.

Procédure et Sanctions

Une violation à la LCAP peut entraîner une sanction administrative pécuniaire («SAP») allant jusqu'à \$1.000.000 pour un individu et \$10.000.000 pour toute autre personne. Une personne ayant reçu un procès-verbal de violation (qui peut être délivré par un inspecteur nommé par le CRTC lequel a des motifs raisonnables de croire qu'une violation à la LCAP a été commise¹⁸) peut volontairement contracter l'engagement de payer le montant dû¹⁹. Bien que cet engagement mette fin aux poursuites quant aux actes ou aux négligences précisés dans cet engagement (et écartera également tout recours privé²⁰), les entreprises doivent garder à l'esprit que les termes de cette entente peuvent être rendus publics²¹.

¹⁵ Art. 48(1)

¹⁶ Art. 48(3)

¹⁷ Art. 47(3)

¹⁸ Art. 22(1)

¹⁹ Art. 21

²⁰ Art. 48(1)

²¹ Art. 39

Un procès-verbal de violation peut être contesté en faisant des observations auprès du CRTC le quel décidera, selon la prépondérance des probabilités, si la personne a commis la violation et le montant de la SAP. Le CRTC peut suspendre le paiement de la SAP, sous certaines conditions, s'il l'estime nécessaire pour s'assurer de l'observation de la LCAP.²² La LCAP dispose qu'une violation de cette loi n'est pas une infraction et par conséquent, aucune personne ne peut être accusée de tels agissements en vertu du Code Criminel. En outre, la LCAP dispose que nul ne peut être tenu responsable d'une violation s'il prouve qu'il a pris toutes les précautions voulues pour prévenir sa commission.²³

Les facteurs à prendre en considération pour évaluer le montant de la SAP comprennent, entre autres :

- la nature et la portée de la violation ;
- les antécédents de la personne à l'égard de toute violation antérieure en vertu de la LCAP;
- tout avantage financier dont la personne a bénéficié grâce à la commission de la violation ;
- la capacité de la personne à payer le montant de la sanction ;
- tout versement d'une somme qu'il a fait volontairement, à titre de dédommagement, à toute personne touchée par la violation.

La LCAP prévoit que l'objet d'une SAP est de promouvoir le respect des dispositions de la LCAP et non de punir.²⁴

Sanctions administratives pécuniaires

La première SAP en vertu de la LCAP a été imposée par le CRTC en mars 2015 à une société québécoise, 3510395 Canada Inc. (faisant affaires sous le nom de « Compu.Finder »). La pénalité s'élevait à \$1.100.000 pour un total de quatre violations²⁵. Trois de ces violations étaient caractérisées par le fait que Compu.Finder avait « envoyé à des adresses électroniques des messages électroniques commerciaux, ou les a fait envoyer ou a permis leur envoi, selon (3) schémas caractéristiques, sans avoir obtenu le consentement des personnes à qui les messages étaient envoyés [...] ». La quatrième violation a été constituée par le fait de ne pas avoir eu de mécanisme d'exclusion valable tel que requis par la loi.

²² Art. 25(1)

²³ Art 33(1)

²⁴ Art.20(2)

²⁵ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 5 mars 2015, Dossier n° : 9094-2014-00302-001

Deux autres décisions concernant les SAPs ont à ce jour été publiées sur le site du CRTC.

i) Blackstone

Le 16 octobre 2016, le CRTC a imposé une SAP d'un montant de \$50,000 (soit un montant inférieur à la SAP initiale de \$640,000 fixée dans le procès-verbal de violation) à l'encontre de Blackstone Learning Corp. («Blackstone»).26

Au cours de neuf campagnes de communication entre le 9 juillet et le 18 septembre 2014, Blackstone aurait envoyé un total de 385668 MEC, lesquels faisaient de la publicité pour les services d'éducation et de formation offerts par l'entreprise et destinés principalement aux employés gouvernementaux. Le procès-verbal de violation faisait état de neuf violations et d'une SAP de \$640,000.

Dans ses observations au CRTC, Blackstone a invoqué pour sa défense que les adresses électroniques, en étant d'accès public, avaient été « publiées bien en vue » et que par conséquent, il y avait consentement tacite.

Dans son analyse, le CRTC a considéré que l'exemption relative à la publication bien en vue et les exigences qui en résultent fixent une norme plus exigeante que la simple disponibilité publique des adresses électroniques. L'exigence selon laquelle le message a un lien avec le rôle ou les fonctions du destinataire crée la condition selon laquelle l'adresse doit être publiée de manière à ce qu'il soit raisonnable de conclure au consentement de recevoir ce genre de message envoyé, dans les circonstances.²⁷

Le CRTC a conclu que l'exemption relative à la publication bien en vue n'accorde pas aux personnes la liberté d'envoyer des MEC à n'importe quelle adresse électronique qu'elles trouvent en ligne. Elle désigne plutôt les circonstances dans lesquelles le consentement peut être tacite par une telle publication et qui doivent être évaluées au cas par cas.²⁸

En fixant le montant de la SAP, et en soulignant ainsi que l'objectif de la LCAP est la promotion de la conformité avec la LCAP et non de punir, le CRTC a affirmé qu'une SAP ne devrait pas empêcher une personne de poursuivre ses activités commerciales, dès lors qu'elle empêcherait

²⁶ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 9 mars 2017, Dossier n° : 9094-2014-00313-001 et 9102-2014-00313-008

²⁷ par. 26

²⁸ par. 27

également cette personne de participer aux activités réglementées en toute conformité.²⁹ La durée des violations est relativement courte (2 mois environ), ce qui suggère qu'une sanction moins élevée serait appropriée.³⁰

Cependant, le CRTC a également pris en compte le fait que Blackstone n'avait pas coopéré à l'enquête et que le rapport d'enquête a démontré une faible probabilité d'autocorrection puisque le comportement non conforme n'avait pas changé après avoir reçu l'avis de communication de soumettre les renseignements requis en vertu de la LCAP.³¹ Pourtant, le CRTC a reconnu que la LCAP était un régime de réglementation relativement nouveau et que Blackstone n'avait pas d'antécédents de non-conformité. Au moment des violations, Blackstone croyait à tort avoir obtenu un consentement tacite et n'a pu prendre connaissance de la récente documentation publiée à ce sujet, comme les lignes directrices du CRTC sur le consentement tacite publiées le 4 septembre 2015.³²

Le CRCT a estimé, selon la prépondérance des probabilités, que Blackstone avait commis les neuf violations et a jugé qu'une amende totale de \$50,000 était proportionnelle aux circonstances et, raisonnable et nécessaire pour inciter Blackstone à respecter la LCAP.

ii) Rapanos

Le 9 mars 2017, le CRTC a rendu une décision de conformité et enquêtes imposant une SAP de \$15,000 à l'encontre de William Rapanos. La décision faisait suite à une enquête relative à cinquante-huit plaintes signalées auprès du Centre de notification des pourriels par cinquante particuliers concernant des MEC envoyés durant des campagnes publicitaires sur les services de conception, d'impression et de distribution de prospectus commerciaux de M. Rapanos.³³ Les plaintes concernaient trois campagnes de courriels entre juillet et octobre 2014. Le procès verbal de violation délivré à la suite de l'enquête faisait état d'un total de dix violations :

²⁹ par. 44

³⁰ par. 48

³¹ L'article 17 de la LCAP autorise un inspecteur, pendant l'inspection, à signifier à toute personne un avis pour l'obliger à communiquer la copie de tout document qui est en sa possession ou sous sa responsabilité ou à établir et communiquer tout document à partir de données, renseignements ou documents qui sont en sa possession ou sous sa responsabilité.

³² par. 61

³³ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC 2017-65), Ottawa, le 9 mars 2017, Dossier n° : 9094-2014-00313-001 et 9102-2014-00313-008

trois relatives à i) l'envoi d'un MEC à une adresse électronique sans consentement ; ii) l'envoi d'un MEC sans les renseignements réglementaires d'identification de l'expéditeur; iii) l'envoi d'un MEC ne comportant pas les renseignements permettant au destinataire de communiquer facilement avec l'expéditeur ainsi qu'une violation pour ne pas avoir inclus le mécanisme d'exclusion approprié.

Dans ses observations, M. Rapanos a allégué avoir été victime d'un vol d'identité et qu'une autre personne avait envoyé les MEC. Cependant, il n'a pas été en mesure de fournir des preuves convaincantes. M. Rapanos a également argué pour sa défense une violation de la Charte canadienne des droits et libertés, la commission des infractions n'ayant pas été prouvée hors de tout doute raisonnable. Le CRTC a expliqué que la procédure de la LCAP n'étant pas une procédure pénale, un tel niveau de preuve en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés ne s'appliquait pas. Le CRTC a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, M. Rapanos avait commis les dix violations.

M. Rapanos a également contesté le montant de la SAP comme étant trop élevé au regard de sa situation financière. Cependant, il n'a pas fourni de documents justificatifs à l'appui. Le CRTC s'est référé aux principes de la politique réglementaire de Conformité et Enquêtes 2015-109 (énoncée dans le contexte d'avis d'infraction liés au Registre de communication avec les électeurs) qui stipule que lors d'une demande de révision d'un avis d'infraction, il est insuffisant pour une partie d'invoquer l'incapacité de payer sans fournir de pièces justificatives détaillées. Le CRTC a estimé que, conformément à la pratique établie, il serait approprié d'appliquer ces mêmes principes généraux.

Dans l'évaluation de la SAP, le CRTC, rappelant que le but de LCAP est de favoriser son respect et non pas de punir, a estimé qu'une sanction de \$15,000 (ce qui représenterait un montant de \$1,500 par violation) serait appropriée au regard des circonstances, et raisonnable et nécessaire afin de favoriser le respect de la LCAP.

Engagements volontaires

A ce jour, un total de quatre décisions avec engagements volontaires ont été publiées sur le site du CRTC.

Le premier de ces engagements a été pris par Plentyoffish Media Inc. (« Plentyoffish ») pour un montant de \$48.000.

Plentyoffish était présumée avoir envoyé des MEC sans mécanisme d'exclusion adéquat.³⁴

En novembre 2015, Rogers Media Inc. (« Rogers ») a convenu de payer \$200.000 à la suite d'allégations selon lesquelles Rogers, pendant une période d'un an, a envoyé des MEC sans mécanisme de désabonnement adéquat et, durant cette même période, n'a pas exécuté certaines demandes de désabonnement à l'intérieur de dix jours ouvrables. De plus, Rogers a envoyé des MEC dans lesquels le mécanisme d'exclusion ne contenait pas une adresse électronique valide au moins soixante jours après la date de transmission du message³⁵.

A la suite d'allégations d'omission d'avoir des mécanismes d'exclusion adéquats et d'incapacité de donner suite à une demande de désabonnement dans les dix jours ouvrables, Porter Airlines Inc. (« Porter ») a également pris un engagement volontaire en juin 2015. Porter n'a pas été en mesure de fournir une preuve de consentement pour certains MEC et a également été accusée d'avoir omis de fournir les coordonnées complètes tels qu'exigé par la LCAP. Porter a par conséquent convenu de payer un montant de \$150.000³⁶.

En Septembre 2016, Kellogg Canada Inc. («Kellogg») a contracté un engagement volontaire de payer \$60,000. D'après la décision, des MEC auraient été prétendument envoyés par «Kellogg et/ou ses fournisseurs de services externes», sans avoir obtenu de consentement. Outre le paiement, Kellogg s'est engagée à assurer que toute tierce partie autorisée à envoyer des MEC en son nom se conformerait à la réglementation.³⁷

Cette publication est fournie à titre informatif uniquement et ne constitue pas un avis juridique ou un conseil professionnel. Pour plus d'informations sur le sujet traité par cet article, veuillez contacter:

Luise Bauer
Lette & Associés S.E.N.C.R.L.
630, Bd. René-Lévesque Ouest, bureau 2800
Montréal, QC H3B 1S6
T: +1 514-788-0996
E: lbauer@lette.ca

Patrizia Banducci
Lette LLP
40 University Avenue, bureau 904
Toronto ON M5J 1T1
T: +1 416.971.4897
E: pbanducci@lette.ca

³⁴ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 25 mars 2015, Dossier n° : 9109-201400318-001

³⁵ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 20 novembre 2015, Dossier n° : 9109-201400319-001

³⁶ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 26 juin 2015, Dossier n° : 9109-201500402-001

³⁷ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, le 1^{er} septembre, 2016, Dossier n° 9102-201400324-001