

LOI CANADIENNE ANTI-POURRIEL



Tricia Kuhl et Wendy Mee

Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.

La **LOI CANADIENNE ANTI-POURRIEL** (la « **LCAP** ») est généralement considérée comme l'une des lois anti-pourriel les plus rigoureuses au monde. Le présent article fait la lumière sur cette loi et illustre, à l'aide de scénarios concrets, les façons de s'y conformer.



La LCAP interdit d'envoyer à une adresse électronique un message électronique commercial (un « MEC »), à moins que le destinataire n'ait consenti à le recevoir et que le message ne respecte les exigences réglementaires quant à sa forme et à son contenu. Dans son sens large, un MEC est un message électronique (par exemple, un courriel, un message texte ou un message sur les médias sociaux) qui a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale.

En général, le consentement à recevoir un MEC doit être exprès (c'est-à-dire obtenu au préalable) et ne peut pas être intégré au consentement relatif aux conditions générales d'achat ou de vente (la demande doit être faite séparément). Pour être valide, une demande de consentement exprès doit énoncer « en termes simples et clairs » les renseignements suivants :

1. les fins auxquelles le consentement est sollicité;
2. des renseignements précis au sujet de la personne qui sollicite le consentement et, le cas échéant, de la personne au nom de qui il est sollicité;

3. une mention précisant que le destinataire peut retirer son consentement.

Même si la LCAP exige d'ordinaire l'obtention d'un consentement exprès, le consentement peut être considéré comme tacite dans des circonstances limitées, comme lorsque le destinataire et l'expéditeur ont des « relations d'affaires en cours », au sens attribué à cette expression dans la LCAP.

Aux termes de la LCAP, un message électronique comportant une demande de consentement en vue de l'envoi d'un MEC est aussi considéré comme un MEC, ce qui signifie qu'une demande de consentement exprès ne peut être envoyée par courriel ou un autre moyen électronique, à moins que l'expéditeur n'ait déjà obtenu le consentement requis ou qu'une exemption ne s'applique.

De plus, les MEC doivent respecter les exigences réglementaires relatives à leur forme et à leur contenu. Ainsi, un MEC doit comprendre de l'information précise au sujet de son expéditeur et, s'il y a lieu, de la personne au nom de qui il est

* Le texte intégral de la LCAP peut être consulté à l'adresse : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/E-1.6/index.html>.

envoyé. Chaque MEC doit inclure un mécanisme d'exclusion conforme aux exigences réglementaires. Certains messages peuvent être complètement exemptés des dispositions anti-pourriel de la LCAP, alors que d'autres seront uniquement exemptés de l'exigence relative au consentement. Les exemptions en question sont résumées dans l'encadré de la page 3.

Sous réserve de certaines exceptions limitées, la LCAP s'applique à toutes les entreprises qui envoient des MEC à des ordinateurs situés au Canada (ou à partir de tels ordinateurs). Les personnes physiques et morales situées à l'étranger pourraient donc faire l'objet de sanctions en vertu de cette loi.

Les sanctions pouvant être infligées pour le non-respect de la LCAP sont élevées et comprennent des sanctions administratives pécuniaires pouvant atteindre, par violation, 1 M\$ CA pour les personnes physiques et 10 M\$ CA pour les sociétés. Il est aussi interdit « de faire accomplir, même indirectement, tout acte contraire » à certaines dispositions, dont celles qui régissent l'envoi de MEC, ou « d'aider ou d'encourager quiconque à accomplir un tel acte ». Les administrateurs, dirigeants ou mandataires qui ordonnent ou autorisent l'infraction, ou qui y consentent ou participent, peuvent être tenus personnellement responsables. En outre, la LCAP contient des dispositions concernant l'installation non sollicitée de programmes d'ordinateur, mais celles-ci ne sont pas abordées dans le présent article.

Afin d'illustrer les répercussions possibles de la LCAP sur vos activités, nous avons élaboré les scénarios suivants :

SCÉNARIO 1 : Un client achète un produit dans votre commerce en ligne. Au moment d'effectuer le paiement, il fournit son adresse électronique afin de recevoir un reçu par courriel. Pouvez-vous l'ajouter à votre liste de marketing?

Oui, mais uniquement pour la période de deux ans qui suit immédiatement cet achat.

Le consentement à recevoir des MEC est considéré comme tacite lorsque l'expéditeur et le destinataire ont des « relations d'affaires en cours », au sens de la LCAP. L'expression « relations d'affaires en cours » s'entend des relations d'affaires entre l'expéditeur et le destinataire découlant de certains types précis d'activités (comme l'achat ou la location d'un produit au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, ou tout contrat conclu par écrit entre eux) ou d'une demande de renseignements présentée par le destinataire du MEC à l'expéditeur au cours des six mois précédant l'envoi du message.

Dans le scénario 1, le consentement est tacite, mais uniquement pour la période de deux ans qui suit immédiatement l'achat (c'est-à-dire la période au cours de laquelle il peut être établi qu'une relation d'affaires en cours existe) ou jusqu'à ce que le client se désabonne de la liste d'envoi.

SCÉNARIO 2 : Lors d'un salon professionnel, une cliente potentielle vous donne sa carte professionnelle. Pouvez-vous l'ajouter à votre liste de marketing?

La réponse est très probablement oui. Le consentement à recevoir des MEC est considéré comme tacite en vertu de la LCAP lorsque le destinataire a fourni son adresse électronique

sans préciser qu'il ne souhaite pas recevoir de MEC et lorsque le MEC a un lien soit avec l'exercice des attributions du destinataire, soit avec son entreprise ou les fonctions qu'il exerce au sein d'une entreprise. Donc, si l'adresse électronique de la cliente est indiquée sur sa carte professionnelle et qu'elle n'a pas demandé à ne pas recevoir de MEC, vous pouvez lui en envoyer s'ils ont un lien avec son entreprise, ses fonctions dans une entreprise ou ses fonctions officielles.

SCÉNARIO 3 : Vous achetez une liste de marketing d'un vendeur qui vous assure que toutes les personnes figurant sur la liste ont consenti à la communication de leur adresse électronique à des tiers choisis à des fins de marketing. Pouvez-vous utiliser cette liste?

Ça dépend. La LCAP prévoit qu'une personne peut, au nom d'un tiers inconnu, obtenir le consentement exprès d'une autre personne pour recevoir des MEC de ce tiers inconnu, dans la mesure où sont remplies certaines conditions (assez contraignantes) prévues dans la LCAP et ses règlements d'application.

Une demande de consentement exprès en vertu de la LCAP doit comprendre des renseignements précis au sujet de la personne qui sollicite le consentement et, le cas échéant, de la personne au nom de qui le consentement est sollicité. Lorsque le consentement exprès est sollicité au nom d'un tiers inconnu, la LCAP permet de communiquer uniquement des renseignements sur la personne qui sollicite le consentement. Toutefois, la personne qui sollicite le consentement et le tiers inconnu doivent se conformer aux conditions supplémentaires imposées par les règlements pour pouvoir s'en remettre à ce consentement. La personne ayant obtenu le consentement

doit s'assurer que le tiers inconnu (l'« utilisateur autorisé ») inclut dans tout MEC envoyé avec ce consentement : i) l'identité de la personne ayant obtenu le consentement; ii) un mécanisme d'exclusion qui, en plus de respecter les exigences réglementaires applicables à tous les mécanismes d'exclusion, permet au destinataire de retirer son consentement auprès de la personne ayant obtenu le consentement ou de toute autre personne autorisée à l'utiliser. Il incombe à la personne ayant obtenu le consentement de s'assurer que les utilisateurs autorisés lui transmettent les demandes de désabonnement et de transmettre ces demandes à tous les autres utilisateurs autorisés.

SCÉNARIO 4 : Votre entreprise offre des services de sténographes judiciaires à des cabinets d'avocats de Toronto et aimerait envoyer un courriel aux plaideurs de cabinets torontois pour les informer de ses services. Est-elle autorisée à le faire?

Oui, pourvu que les plaideurs aient « publié bien en vue » leur adresse courriel sur le site Web du cabinet et qu'il n'y ait pas d'avis indiquant qu'ils ne souhaitent pas recevoir de MEC non sollicités. En vertu de la LCAP, le consentement pour recevoir des MEC est considéré comme tacite lorsque le destinataire a « publié bien en vue » son adresse électronique, que la publication ne comporte aucune mention précisant qu'il ne veut recevoir aucun MEC non sollicité et que le MEC a un lien soit avec l'exercice des attributions du destinataire, soit avec son entreprise ou les fonctions qu'il exerce au sein d'une entreprise. Prenez note que la collecte automatique d'adresses courriel est proscrite par la LCAP et d'autres textes législatifs; vous devez recueillir ces renseignements manuellement.

SCÉNARIO 5 : Votre entreprise exerce ses activités exclusivement en ligne et vous communiquez avec vos clients par courriels et messages textes seulement. Après qu'un client a acheté un produit, vous lui envoyez le reçu de l'opération par courriel ou par message texte. Votre façon de fonctionner est-elle conforme à la LCAP?

Bien que la LCAP ait une portée large, elle n'englobe pas tout. Les messages suivants ne sont pas assujettis aux dispositions anti-pourriel de la LCAP :

- les MEC envoyés par une personne physique à une autre, si elles ont des liens familiaux ou personnels (au sens de la LCAP);
- les MEC envoyés en réponse à une demande, comme une demande de renseignements, ou à la suite d'une plainte;
- les MEC envoyés au sein d'une entreprise ou par une entreprise à une autre, si ces entreprises entretiennent des relations en cours et que le message concerne les activités du destinataire;
- les MEC qui communiquent des avis juridiques;
- les MEC envoyés par des services de messagerie électronique, sous certaines conditions;
- les MEC provenant de comptes sécuritaires à accès restreint qui sont envoyés par la personne qui fournit le compte (par exemple, des centres de messagerie de comptes bancaires en ligne);
- les MEC envoyés du Canada à un pays étranger faisant partie d'une liste prévue par la loi, tant que le message est conforme à la loi du pays destinataire qui régit les comportements essentiellement semblables à ceux qu'interdit la LCAP;
- les MEC envoyés lors de campagnes de financement organisées par des œuvres de bienfaisance ou des partis politiques.

Les messages suivants sont exemptés de l'exigence de consentement prévue par la LCAP, mais non de celles se rapportant à leur forme et à leur contenu. Dans chaque cas, pour tirer parti de l'exemption, l'activité décrite ci-dessous doit être le seul objectif du message :

- les MEC qui donnent, à la demande des destinataires, un prix ou une estimation pour des biens, des produits ou des services;
- les MEC qui facilitent, confirment ou complètent la réalisation d'une opération commerciale que le destinataire a au préalable accepté de conclure avec l'expéditeur;
- les MEC qui informent sur la garantie, le rappel ou la sécurité à l'égard de produits achetés ou utilisés par le destinataire, ou de services qu'il a obtenus;
- les MEC qui donnent de l'information factuelle sur un abonnement, une adhésion, un compte ou un prêt en cours;
- les MEC qui fournissent des renseignements sur l'emploi ou le régime de prestations du destinataire;
- les MEC au moyen desquels sont livrés des produits ou services, y compris des mises à jour ou des améliorations, relativement à une transaction préalablement conclue.

Vous pouvez envoyer le reçu d'une opération par courriel ou par message texte, mais vous pourriez devoir modifier le message afin qu'il soit conforme aux exigences de la LCAP en matière de forme et de contenu des messages (voir les commentaires ci-dessus).

Les MEC envoyés pour satisfaire à une obligation juridique ou pour donner avis d'un droit ou d'une action existants ou à venir, ou encore pour les faire valoir, font l'objet d'une exemption.

Ainsi, si vous avez l'obligation juridique d'envoyer le reçu de l'opération, le message pourrait être exempté.

Si, au contraire, vous n'êtes pas légalement tenu d'envoyer un reçu de l'opération, le message peut tout de même être exempté de l'exigence de consentement prévue par la LCAP, puisque les MEC visant à faciliter, compléter ou confirmer la réalisation d'une opération commerciale que le destinataire a au préalable accepté de conclure avec l'expéditeur sont aussi exemptés de cette exigence. Ils sont cependant assujettis aux exigences de la LCAP en matière de forme et de contenu.

À PROPOS DES AUTEURES

Tricia Kuhl est une associée de notre bureau de Montréal. Sa pratique vise principalement les fusions et acquisitions, le droit commercial et des sociétés ainsi que le droit de la propriété intellectuelle. Elle représente des clients des secteurs pharmaceutique, des technologies, de la mode et de l'énergie renouvelable. M^e Kuhl a conseillé des clients du secteur des technologies au sujet d'ententes complexes portant sur tous les aspects de la propriété intellectuelle et de la protection de la vie privée. De plus, elle conseille des clients relativement à la LCAP.

Wendy Mee est une associée de notre bureau de Toronto. Dans le cadre de sa pratique axée principalement sur la protection de la vie privée, elle conseille des clients de secteurs comme les sciences de la vie, les services financiers, l'éducation, le commerce de détail ainsi que des produits alimentaires et de consommation sur des questions liées à la protection de la vie privée et des données. M^{me} Mee fournit aussi des conseils sur des questions générales de marketing et de publicité, y compris en ce qui a trait à la LCAP, aux règles de télémarketing du CRTC, à la publicité trompeuse, de même qu'aux concours et aux promotions.

À PROPOS DU CABINET

Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l. (Blakes), cabinet d'avocats par excellence en droit des affaires au Canada, offre des services juridiques exceptionnels à des entreprises qui comptent parmi les chefs de file au Canada et de par le monde.



CONCLUSION : VÉRIFICATION DE LA CONFORMITÉ

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC ») est chargé de faire appliquer les dispositions de la LCAP, et il a été actif dans ses efforts d'application jusqu'ici. Les sanctions imposées pour non-respect des dispositions de la LCAP ont varié de 15 000 \$ CA (pour une personne) à 200 000 \$ CA (pour une société).

Le CRTC est maintenant prêt à passer à l'action, ce qui signifie que c'est le moment opportun de procéder à une « vérification de la conformité ». Voici six questions que vous devriez vous poser :

1. Parmi les différents types de messages électroniques que votre entreprise envoie, avez-vous déterminé lesquels sont assujettis à la LCAP?
2. Avez-vous mis à jour votre message de demande de consentement exprès pour qu'il respecte les exigences prévues par la LCAP?
3. Avez-vous mis en place un système vous permettant d'effectuer le suivi des consentements tacites et de les documenter pour éviter de continuer à envoyer des MEC après l'expiration d'un consentement tacite?
4. Les MEC que votre entreprise envoie contiennent-ils un mécanisme d'exclusion fonctionnel et conforme aux exigences de la LCAP?
5. Avez-vous préparé et institué des politiques ainsi que des procédures de conformité à la LCAP, et formé vos employés en conséquence? Les sociétés capables de démontrer qu'elles ont fait preuve d'une diligence raisonnable pourraient être en mesure d'atténuer leur responsabilité éventuelle.
6. Avez-vous revu et modifié les contrats que votre entreprise a conclus avec des fournisseurs et des sources de recommandations pour vous assurer que ces derniers sont contractuellement tenus d'observer la LCAP?