Nouvelle Loi anti-pourriels : mieux vaut agir rapidement

1 juin 2014

Auteurs

Guillaume Laberge

Associé, Avocat

Raymond Doray

Associé, Avocat

Loïc Berdnikoff

Avocat et Chef, affaires juridiques et innovation, et Responsable de la protection des renseignements personnels

André Vautour

Associé, Avocat

En décembre 2010, le Parlement fédéral adoptait 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*[1], mieux connue sous le nom de « *Loi canadienne anti-pourriels* » (LCAP). La loi vise essentiellement à protéger les consommateurs et les entreprises canadiennes contre les pourriels non sollicités, les représentations commerciales fausses ou trompeuses, les logiciels malveillants et autres menaces électroniques. Son entrée en vigueur est prévue pour le 1er juillet 2014.

Le nouveau régime repose sur un mécanisme d'adhésion plutôt que sur un mécanisme d'exclusion. Ainsi, à compter de l'entrée en vigueur de cette loi, il sera interdit de transmettre un message électronique commercial sans avoir le consentement de son destinataire. Les entreprises canadiennes qui utilisent la messagerie électronique ou les réseaux sociaux pour informer et solliciter leur clientèle devront donc revoir leurs pratiques pour se conformer à la loi, sans quoi elles s'exposeront à des sanctions administratives et à des poursuites civiles. Des mesures transitoires sont toutefois prévues pour donner le temps aux entreprises d'ajuster leurs pratiques.

La définition de « message électronique commercial » au sens de la loi est large et couvre l'ensemble des messages électroniques, y compris les messages textuels (communément appelés

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

textos ou SMS), sonores, vocaux ou visuels, pour lesquels il est raisonnable de conclure qu'ils ont pour but d'encourager la participation à une activité commerciale. Un message électronique qui fait la promotion d'une offre d'achat, de vente ou de louage d'un produit ou d'un service constitue donc un message électronique commercial visé par cette loi. Il en va de même de celui qui fait la promotion d'une personne en sa qualité d'acheteuse, de vendeuse ou de loueuse d'un produit ou d'un service ou impliquée dans le domaine des affaires, de l'investissement ou du jeu.

Puisque les activités non commerciales ne sont pas visées par la loi, il faut garder à l'esprit que les partis politiques, les organismes de charité ainsi que les sociétés qui procèdent à des études de marché ou des sondages ne sont généralement pas visés par la loi, à moins que leurs messages électroniques ne visent la vente ou la promotion d'un produit.

En outre, plusieurs cas d'exception sont prévus par la loi. Notons, par exemple, que l'interdiction ne vise pas les messages transmis entre des personnes ayant des liens personnels ou familiaux, ni les messages électroniques commerciaux visant à répondre à un destinataire qui a demandé des informations relatives au prix ou une estimation pour la fourniture ou la livraison de biens, produits ou services.

Pour l'instant, l'interdiction ne vise pas non plus les communications vocales par téléphone, actuellement réglementées par la *Loi sur les télécommunications*[2] (au moyen, notamment, de la Liste nationale de numéros de télécommunication exclus). Cette exception est cependant sujette à abrogation par voie de décret si le gouvernement l'estime approprié.

Le consentement exprès ou implicite du destinataire

Le consentement requis pour transmettre un message électronique commercial peut être exprès ou implicite. Les situations où l'expéditeur d'un tel message peut se fonder sur le consentement implicite du destinataire sont déterminées par la loi. Par exemple, la loi prévoit qu'il y a consentement implicite lorsque l'expéditeur et le destinataire ont eu des relations d'affaires au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message. Il en va de même lorsque le destinataire s'est enquis auprès de l'expéditeur à l'égard d'un bien, produit ou service au cours des six mois précédant la date du message.

Le consentement du destinataire est également implicite si ce dernier a publié bien en vue son adresse électronique sans ajouter de mention à l'effet qu'il ne veut pas recevoir de messages électroniques commerciaux non sollicités, dans la mesure, bien entendu, où le message transmis a un lien avec l'emploi ou l'entreprise du destinataire ou ses fonctions au sein de cette entreprise.

Le consentement est aussi implicite lorsque le destinataire a communiqué son adresse électronique à l'expéditeur sans aucune mention précisant qu'il ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité et, encore une fois, dans la mesure où ce message a un lien avec l'emploi ou l'entreprise du destinataire ou encore avec ses fonctions au sein de cette entreprise.

Enfin, l'existence de relations privées entre l'expéditeur et le destinataire au cours des deux ans précédant l'envoi du message permet également, dans les cas prévus par la loi, de déduire le consentement implicite du destinataire à la transmission d'un message électronique commercial.

Dans tous les autres cas où la loi ne permet pas d'inférer un consentement implicite, le consentement exprès du destinataire est requis pour lui transmettre un message électronique commercial. Ce consentement ne se présume pas et le fardeau de la preuve repose sur l'expéditeur.

Pour obtenir ce consentement, l'expéditeur doit énoncer en termes simples et clairs les fins pour lesquelles il le sollicite; il doit aussi inclure des renseignements permettant de l'identifier (ou si l'expéditeur sollicite le consentement au nom d'une autre personne, les renseignements qui

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

permettent d'identifier cette autre personne). L'étendue des renseignements qui doivent être donnés pour identifier la personne qui recherche un consentement est précisée dans les règlements.

Il est important de noter qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi une demande de consentement constituera elle-même un message électronique commercial; il ne sera donc pas permis de demander ce consentement par voie électronique.

Le mécanisme de retrait du consentement et la forme des messages électroniques commerciaux

La loi prévoit que toute personne qui transmet un message électronique commercial à une autre doit mettre en place un mécanisme d'exclusion permettant au destinataire de pouvoir retirer son consentement à recevoir des messages électroniques commerciaux de cet expéditeur. L'expéditeur doit permettre au destinataire d'exprimer sa volonté par voie électronique, que ce soit par courriel ou par l'intermédiaire d'un site Web, sans frais et en tout temps. L'expéditeur doit donner suite à toute demande de retrait à l'intérieur d'un délai de 10 jours.

La description de ce mécanisme d'exclusion doit apparaître dans le message électronique commercial qui doit, en outre, comporter des renseignements sur l'identité de la personne qui envoie le message ou, si le message est envoyé au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui envoie le message et celui au nom de qui il est envoyé. Le message électronique commercial doit également comporter l'adresse postale et soit le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale, soit l'adresse de courriel ou du site Web de la personne qui envoie le message ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est envoyé.

Si, dans la pratique, il est impossible d'inclure ces renseignements et le mécanisme d'exclusion dans le message électronique commercial, ils peuvent être affichés sur une page Web facilement accessible sans frais par le destinataire au moyen d'un lien indiqué dans le message en termes clairs et facilement lisibles.

Les sanctions administratives et le droit privé d'action

La *Loi canadienne anti-pourriels* prévoit des pénalités sévères pour les personnes qui ne se conformeront pas à ses dispositions. En effet, une personne qui y contrevient s'expose à des sanctions administratives pécuniaires qui peuvent atteindre 1 000 000 $ dans le cas d'une personne physique et 10 000 000 $ dans le cas de toute autre personne.

De plus, l'existence d'un droit privé d'action contre l'expéditeur d'un message électronique commercial non sollicité constitue un point crucial de ce nouveau régime. En effet, la loi permet à toute personne qui subit une perte ou un dommage en raison du nonrespect des dispositions de la loi par l'expéditeur d'un message électronique commercial de demander au tribunal compétent de rendre une ordonnance condamnant cet expéditeur à lui payer le montant de ces dommages, majoré de dommages liquidés qui peuvent atteindre 1 000 000 $. Ainsi, les destinataires d'un pourriel qui auraient subi des dommages après s'être fiés à une information trompeuse qui y figurait pourraient, par exemple, former un recours collectif pour faire valoir leurs revendications communes sur la base de cette nouvelle loi.

Conclusion

Les messages électroniques non sollicités sont une nuisance qui mérite qu'on s'y attaque. D'ailleurs, le Canada est la seule juridiction du G8 qui n'avait pas encore de mesures spécifiques pour réglementer ou interdire les pourriels. Cependant, l'obligation d'obtenir le consentement des destinataires de messages électroniques commerciaux, lesquels n'ont le plus souvent rien à voir avec les pourriels, ne manquera pas pour plusieurs entreprises de se révéler ardue et coûteuse.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Il est donc important que les entreprises revoient leurs listes d'envois électroniques pour s'assurer qu'elles sont conformes aux dispositions de la loi, c'est-à-dire que les personnes dont le nom s'y trouve ont donné leur consentement exprès à recevoir des messages électroniques commerciaux de l'entreprise ou que l'entreprise peut se fonder sur le consentement implicite de ces personnes. À défaut, les entreprises devront obtenir les consentements adéquats. Rappelons que les entreprises défaillantes s'exposeront à des pénalités substantielles et à des réclamations qui pourraient être décuplées par l'introduction de recours collectifs visant des centaines, voire des milliers de destinataires qui se considèrent lésés.

---

[1] L.C. 2010, c. 23.

[2] L.C. 1993, c. 38.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.