

Technologies de l'information en bref



NUMÉRO 1 • NOVEMBRE 2011

La nouvelle loi canadienne anti-pourriel et votre entreprise : structure, sanctions et répercussions

Par Maxime Gagné, Heenan Blaikie

Contexte

Dans l'univers des technologies de l'information, les réformes législatives importantes ne sont pas monnaie courante. La dernière réforme législative d'envergure à avoir eu des répercussions significatives sur le droit des technologies de l'information au Canada remonte au début des années 2000, lorsque les assemblées législatives provinciales ont adopté des lois conçues sur le modèle de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*¹. La nouvelle loi anti-pourriel adoptée par le Parlement canadien, également désignée projet de loi C-28² (la « *Loi* »), est sans aucun doute la plus importante loi sur les technologies de l'information à être adoptée au Canada dans les dernières années. La *Loi* a reçu la sanction royale le 15 décembre 2010 et, bien que des projets de règlements aient été publiés cet été, on ne sait pas exactement quand elle entrera en vigueur. L'information la plus récente rendue publique par le gouvernement du Canada indique que les règlements devraient être publiés dans leur version définitive à la fin de l'automne 2011 ou au début de 2012 et que la *Loi* pourrait entrer en vigueur au printemps 2012. Avec l'adoption de cette loi, le Canada se joint aux États-Unis et à plusieurs autres pays européens qui ont adopté une législation anti-pourriel similaire au cours des dernières années. Le Canada cesse du même coup d'être le seul pays du G-8 à ne pas disposer d'une législation qui vise expressément à mettre un frein à l'envoi de pourriels.

La *Loi* répond à certaines recommandations formulées par le Groupe de travail sur le pourriel dans son rapport final intitulé : *Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire*³. Le titre de la *Loi* révèle qu'elle a pour objet : « de 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 ». Industrie Canada décrit également la *Loi*, dans un communiqué de presse diffusé en mai 2010, comme une loi qui « vise quant à elle à dissuader l'envoi de pourriels sous leurs formes les plus destructrices et trompeuses, notamment l'usurpation d'identité, l'hameçonnage et les logiciels espions, et contribuera à décourager les activités des polluposteurs au Canada »⁴.

Une fois promulguée, la *Loi* aura des répercussions importantes sur la gestion des systèmes et sur les pratiques commerciales au Canada et à l'étranger. Le présent article donne un aperçu des principales dispositions de la *Loi*, des sanctions applicables et des répercussions concrètes qu'elle est susceptible d'avoir sur votre entreprise. Si vous rédigez des courriels ou utilisez la messagerie texte ou d'autres formes de communication électronique (comme les messages sur Facebook, Twitter, etc.) dans le cadre de vos activités commerciales, poursuivez votre lecture, ce qui suit pourrait vous intéresser.

Les principes fondamentaux

Selon la *Loi*, il est interdit de transmettre ou de faire en sorte ou de permettre que soit transmis à une adresse électronique, un message électronique commercial (un « MEC ») que la *Loi* définit comme « un message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel » qui « a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale »⁵. Cette définition a un sens assez large pour s'appliquer aux messages transmis par presque tous les moyens de communication électronique, à l'exception de la radiodiffusion, pour laquelle une exception est expressément prévue⁶.

La *Loi* prévoit des exemples précis d'activités commerciales dans le cadre desquelles la transmission d'un MEC est interdite, notamment tout message électronique qui 1) comporte une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier, 2) offre une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu, 3) annonce ou fait la promotion d'une chose ou possibilité mentionnée au point 1) ou 2)⁷. La *Loi* donne d'autres exemples précis, mais il apparaît évident des exemples qui précèdent que la définition d'« activité commerciale » est très large. De fait, cette définition, donnée à l'article 1, précise que l'« activité commerciale » peut ou non être accomplie dans le but de réaliser un profit, ce qui étend la portée de la *Loi* jusqu'aux organismes sans but lucratif.

Les exceptions

Consentement et information sur la personne à contacter

L'exception la plus notable à l'interdiction générale de transmettre un MEC réside dans le *consentement* du destinataire. Pour bénéficier de cette exception qui permet la transmission de MECs avec le consentement du destinataire, l'expéditeur doit respecter les exigences énumérées au paragraphe 6(2) de la *Loi*, qui lui demandent en fait de divulguer les renseignements réglementaires permettant de l'identifier ainsi que la description d'un mécanisme d'exclusion.

Le consentement peut être exprès ou tacite.

Il y a consentement tacite lorsque 1) un lien existe déjà entre l'expéditeur et le destinataire, ou que 2) le destinataire a publié son adresse électronique bien en vue sans aucune mention précisant qu'il ne veut pas recevoir de MECs non sollicités, à condition que le message ait un lien soit avec l'exercice des attributions du destinataire, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'il exerce au sein d'une telle entreprise⁸.

Il est également possible d'obtenir le consentement exprès du destinataire. Quiconque entend obtenir le consentement exprès d'une personne doit énoncer en termes simples et clairs, les renseignements suivants : 1) les fins auxquelles le consentement est sollicité; 2) les renseignements réglementaires permettant d'identifier la personne qui sollicite le consentement et 3) tout autre renseignement précisé par règlement⁹.

La *Loi* établit également des exigences de divulgation formelles pour tous les MECs. Le paragraphe 6(2) de la *Loi* prévoit que tout MEC doit comporter les renseignements réglementaires permettant d'identifier la personne qui l'a envoyé ainsi que, s'il ne s'agit pas de la même personne, celle au nom de qui il a été envoyé et leurs coordonnées, et décrire un mécanisme d'exclusion permettant au destinataire de formuler le souhait de ne plus recevoir de MEC.

Autres exceptions

À part celle découlant du consentement, la *Loi* établit également de nombreuses exceptions destinées à autoriser les MECs qui ont uniquement pour but de : 1) répondre à une demande de prix ou d'estimation; 2) faciliter, compléter ou confirmer la réalisation d'une opération commerciale dont il a déjà été mutuellement convenu; 3) donner des renseignements en matière de garantie, de rappel ou de sécurité à l'égard de biens, de produits ou de services utilisés ou achetés par le destinataire, ou 4) fournir des renseignements directement liés au statut d'employé du destinataire¹⁰. La *Loi* prévoit plusieurs autres exceptions particulières permettant l'envoi de MECs dans des circonstances très précises.

Installation de logiciels

Il est important de préciser que la *Loi*, en plus d'interdire les MECs, interdit aussi l'installation de programmes d'ordinateur (c.-à-d. de logiciels) sur l'ordinateur d'une autre personne, sans son consentement¹¹. Un mécanisme d'exclusion, d'enlèvement ou de désactivation du logiciel doit être offert à la personne dont on a obtenu le consentement¹². Plusieurs exceptions à l'interdiction d'installer automatiquement des logiciels sont prévues dans la *Loi*, notamment pour les mises à jour et mises à niveau, mais ces exceptions font l'objet d'exigences précises¹³.

Responsabilité pour le fait d'autrui

Il est rare de voir une loi établir un régime de responsabilité pour le fait d'autrui. Sur ce point encore, les dispositions de la *Loi* ont une portée plutôt large. La *Loi* prévoit que les dirigeants, administrateurs ou mandataires qui ont ordonné, autorisé, consenti ou participé à la commission par une personne morale d'une violation sont responsables de la violation, que la personne morale fasse ou non l'objet de procédures en violation¹⁴. La *Loi* prévoit également que « l'employeur ou le mandant est responsable de la violation commise par son employé ou son mandataire dans le cadre de son emploi ou du mandat », que celui-ci fasse ou non l'objet de procédures en violation¹⁵. Toutefois, on ne peut être tenu responsable d'une violation si toutes les précautions voulues ont été prises pour prévenir sa commission¹⁶.

Sanctions

Les sanctions pour une violation de la *Loi* sont élevées et destinées à inciter fortement les entreprises à prendre toutes les mesures nécessaires pour la respecter. Le montant maximal de la sanction est de 1 000 000 \$, dans le cas où l'auteur est une personne physique, et de 10 000 000 \$, dans le cas de toute autre personne¹⁷. Ce montant sera établi en tenant compte de facteurs tels que la nature et la portée de la violation, les antécédents de l'auteur de la violation et sa capacité de payer le montant de la sanction¹⁸.

La *Loi* crée également un droit privé d'action qui permet aux personnes et aux entreprises touchées de demander au tribunal compétent des dommages-intérêts prévus par la *Loi* jusqu'à concurrence de 1 000 000 \$ par jour¹⁹.

Répercussions concrètes et mesures de conformité

Pour faciliter la transition vers les nouvelles dispositions et encourager leur respect, la *Loi* prévoit que le consentement à recevoir des MECs sera tacite au cours des trois années suivant l'entrée en vigueur de l'article 6 en ce qui concerne les communications par courriel transmises à des personnes avec qui des relations d'affaires sont en cours (que cette relation ait ou non été continue au cours des deux dernières années), à la condition que la relation en question comporte des communications par voie électronique et que le consentement n'ait pas été retiré²⁰. Une « période de grâce » semblable est prévue pour les mises à jour ou à niveau des logiciels installées avant la promulgation de la *Loi*²¹. Cela dit, ces « périodes de grâce » ne s'appliquent pas à toutes les exigences de la *Loi* et les entreprises devront apporter des changements dès son entrée en vigueur, notamment, par exemple, celui qui consiste à ajouter la mention prescrite dans tous les MECs et offrir à leurs destinataires un mécanisme d'exclusion.

Avant que la *Loi* n'entre en vigueur en 2012, les entreprises doivent se renseigner sur les changements à apporter à leurs pratiques et politiques en matière de communication, notamment en ce qui a trait à la distribution de documents et d'offres promotionnels. Il est à noter que la *Loi* s'applique aux entreprises situées à l'extérieur du Canada, mais qui transmettent des MECs à des destinataires qui sont au Canada. Il faut dès à présent obtenir le consentement exprès des personnes avec lesquelles les entreprises entretiennent des relations d'affaires pour pouvoir poursuivre les activités de marketing tout en se conformant à la *Loi*. Des mécanismes permettant aux destinataires de se désabonner doivent aussi être élaborés conformément aux dispositions de la *Loi*. En outre, si votre entreprise n'a pas conservé de traces de la façon dont des personnes se sont ajoutées à ses listes d'envoi et du moment où elles l'ont été, elle devra passer ces listes en revue attentivement et apporter des mesures correctrices, au besoin.

Les entreprises qui font appel à des agences de publicité et de marketing devraient également s'assurer que celles-ci respectent la *Loi* et, dans la mesure du possible, prévoir contractuellement une clause d'indemnisation pour s'assurer de ce respect. Dans certains cas, le non-respect de la part d'une agence de publicité et de marketing pourrait entraîner la responsabilité de votre entreprise en vertu de la *Loi*.

Les concepteurs de logiciels qui utilisent des fonctionnalités permettant l'installation automatique de programmes devront obtenir des avis juridiques pour s'assurer que leurs pratiques sont conformes aux exigences fixées par la *Loi*. Qui plus est, les licences d'utilisation et les termes et conditions d'utilisation pourraient devoir être révisés afin de prévoir avant l'installation du logiciel l'obtention du consentement exprès à l'installation de correctifs et de mises à niveau. Certains renseignements prévus par la *Loi* devront également être communiqués au moment de l'installation, ce qui pourrait avoir une incidence sur les procédés d'installation de votre entreprise.

Technologies de l'information en bref

C'est aujourd'hui le moment d'entreprendre une vérification diligente interne afin d'établir le degré de conformité de votre entreprise à l'égard des exigences imposées par la *Loi*. Il pourrait s'avérer utile d'affecter certains membres de votre entreprise spécifiquement à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un programme de conformité. Votre conseiller juridique peut vous aider à élaborer un programme de conformité adapté aux besoins de votre entreprise pour assurer une transition sans heurt vers le nouveau régime établi par la *Loi*.

- 1 On peut consulter cette loi, telle qu'adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, à l'adresse : <http://www.ulcc.ca/fr/us/> (date de consultation : 2011-08-20).
- 2 Le titre intégral est : *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications* (L.C. 2010, ch. 23) (la « Loi »).
- 3 On peut consulter le rapport final sur le site Web d'Industrie Canada, à l'adresse : http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/fra/h_gv00317.html (date de consultation : 2011-08-20).
- 4 On peut consulter le communiqué de presse intégral sur le site Web d'Industrie Canada, à l'adresse : <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/05596.html> (date de consultation : 2011-08-20).
- 5 Art. 1(2) et définition de « message électronique », art. 1(1) de la *Loi*.
- 6 *Ibid.*, art. 5.
- 7 *Ibid.*, art. 1(2).
- 8 *Ibid.*, art. 10(9).
- 9 *Ibid.*, art. 10(1).
- 10 *Ibid.*, art. 6(5) et 6(6).
- 11 *Ibid.*, art. 8(1).
- 12 *Ibid.*, art. 11(5).
- 13 *Ibid.*, art. 10.
- 14 *Ibid.*, art. 31.
- 15 *Ibid.*, art. 32.
- 16 *Ibid.*, art. 33(1).
- 17 *Ibid.*, art. 20(4).
- 18 *Ibid.*, art. 20(3).
- 19 *Ibid.*, art. 47 et 51.
- 20 *Ibid.*, art. 66.
- 21 *Ibid.*, art. 67.

Heenan Blaikie

Le bulletin *Technologies de l'information en bref* est publié par Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. Les articles et commentaires qui y sont contenus ne donnent qu'une information générale et ne devraient pas être considérés comme des conseils ou avis juridiques, ni servir de base à ce titre. Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. se fera un plaisir de fournir des informations supplémentaires sur les sujets qui intéresseront ses lecteurs. © 2011, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. • Avocats | Agents de brevets et de marques de commerce • Montréal Toronto Vancouver Québec Calgary Ottawa Sherbrooke Trois-Rivières Victoria Paris Singapour • heenanblaikie.com