

**La Loi canadienne anti-pourriel :
ce qu'il faut savoir pour être fin prêt
pour le 1^{er} juillet 2014**

Marjolaine Gagnon*

1. INTRODUCTION.....	403
1.1 But de cet article.....	403
1.2 La petite histoire de la Loi et de la réglementation afférente.....	404
1.2.1 La Loi	404
1.2.2 Les règlements	405
1.2.3 Les lignes directrices	406
1.3 Un survol de la Loi et de ses objectifs	407
2. RÈGLES APPLICABLES À LA TRANSMISSION DE MESSAGES ÉLECTRONIQUES COMMERCIAUX	408
2.1 Portrait d'ensemble.....	408
2.2 Qu'est-ce qu'un message électronique commercial ?... ..	411
2.2.1 Message et adresse électroniques	411
2.2.2 Message commercial.....	412

© Marjolaine Gagnon 2014.

* Marjolaine Gagnon est avocate, médiatrice et agente de marques de commerce chez EXPERIANCIA prévention et règlement des différends.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.3	Est-ce qu'un consentement est requis ?	414
2.3.1	Est-ce qu'une exception s'applique au message ? . .	414
2.3.1.1	Les exceptions sans condition	414
2.3.1.1.1	Liens familiaux et personnels . .	414
2.3.1.1.2	Demandes de renseignements et réponses à de telles demandes	416
2.3.1.1.3	Communications ordinaires entre entreprises et employés dans le cadre de leur commerce.	416
2.3.1.1.4	Communications transmises pour remplir une obligation ou faire valoir un droit	417
2.3.1.1.5	Messages envoyés où figurent bien en vue les renseignements obligatoires dans l'interface de l'utilisateur	417
2.3.1.1.6	Comptes sécuritaires et confidentiels à accès restreint . .	418
2.3.1.1.7	Messages envoyés par un organisme de bienfaisance/ collecte de fonds	418
2.3.1.1.8	Messages envoyés par les partis politiques/contributions	419
2.3.1.2	Les exceptions avec conditions relatives à la forme du message	419
2.3.1.2.1	Les cas d'exception prévus au paragraphe 6(6) de la Loi	419
2.3.1.2.2	La référence d'un tiers	420
2.3.2	Est-ce que l'expéditeur peut s'appuyer sur un consentement tacite ?	421
2.3.2.1	Relations d'affaires en cours	421

2.3.2.2	Relations privées en cours	423
2.3.2.3	Autres cas de consentements tacites	424
2.3.3	La nécessité d'obtenir un consentement exprès . .	426
2.4	Contenu des MEC	428
3.	MESURES TRANSITOIRES	430
4.	QUELQUES CAS PARTICULIERS	431
4.1	Les réseaux sociaux	431
4.2	Le consentement obtenu au nom d'une tierce partie inconnue	432
4.3	Les représentations fausses ou trompeuses en vertu de la <i>Loi sur la concurrence</i>	433
5.	VIOLATIONS À LA LOI ET RECOURS	434
5.1	Organismes de réglementation	434
5.2	Sanctions et recours	435
5.2.1	Les sanctions découlant d'une violation	435
5.2.2	Les pouvoirs d'enquête du CRTC	437
5.2.3	Le procès-verbal	437
5.2.4	L'engagement	438
5.2.5	Les procédures en cas de poursuites	438
5.2.6	La décision, l'appel et le recouvrement	439
5.2.7	Les moyens de défense	440
5.2.8	La responsabilité des acteurs	441
5.3	Droit privé d'action	441
6.	CONCLUSION	442

1. INTRODUCTION

1.1 But de cet article

La *Loi canadienne anti-pourriel*¹ (la « Loi » ou « LCAP ») vise principalement à contrer trois activités répréhensibles : la transmission de pourriels, la modification non autorisée des données de transmission et l'installation de certains programmes informatiques sans consentement. La Loi modifie également certaines lois, notamment la *Loi sur la concurrence*² et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*³ (la « LPRPDÉ »). Le présent article se veut une étude d'une portion de la Loi seulement, soit celle relative à la transmission de messages électroniques commerciaux. Quelques dispositions des lois mentionnées ci-dessus qui sont pertinentes à la transmission de messages électroniques commerciaux seront également examinées.

Le but premier de cet article se voudra informatif, afin de permettre au lecteur de mieux comprendre les enjeux de la Loi et de le guider dans son interprétation et son application au quotidien. Néanmoins, on ne peut ignorer les critiques incessantes à l'endroit de cette Loi. Je me permettrai donc de bonifier le contenu en soulignant les craintes et les appréhensions du monde des affaires et de la communauté juridique et en mettant en lumière quelques « imperfections » de la Loi.

Bien que le nombre de pourriels ait diminué dans les dernières années, ils représentent une proportion importante des courriels

-
1. 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*, 3^e sess, LC 2010, c 23.
 2. LRC 1985, c C-34.
 3. LC 2000, c 5.

transmis au Canada. Toutefois, il appert que les mesures techniques utilisées pour contrer cette menace permettent de bloquer la grande majorité des pourriels. Le consommateur a-t-il besoin de mesures législatives pour le protéger d'une telle menace ? Certains s'interrogent à savoir si de telles mesures législatives sont pertinentes dans le contexte actuel. Les critiques sont importantes et nombreuses. Alors que la Loi veut faciliter le commerce électronique, n'est-elle pas en train de complexifier la tâche des entreprises et des organisations en leur imposant des mesures restrictives et des changements coûteux non nécessaires pour protéger les destinataires de messages électroniques commerciaux ?

1.2 La petite histoire de la Loi et de la réglementation afférente

1.2.1 La Loi

Nous entendons parler de cette Loi depuis maintenant presque dix ans et elle n'est toujours pas en vigueur au moment de rédiger ce texte. On a longtemps cru qu'elle entrerait en vigueur au mois de janvier 2013, mais ce n'est qu'en décembre 2013, après plusieurs mois d'attente et de multiples consultations, que le gouvernement canadien a finalement annoncé l'entrée en vigueur de la Loi. Les dispositions relatives aux messages électroniques commerciaux entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Le 15 janvier 2015 sera la date d'entrée en vigueur des articles de la Loi relatifs à l'installation non sollicitée de programmes informatiques. Enfin, les dispositions sur le droit privé d'action entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Fait intéressant, le Canada est le dernier des pays du G8 à se doter de telles mesures législatives afin de combattre le pourriel.

Le processus de sa mise en œuvre a débuté en 2004 lors de la création d'un groupe de travail sous la présidence d'Industrie Canada, en réaction notamment à des statistiques alarmantes au sujet des courriels non sollicités. En effet, à la fin de 2004, les courriels non sollicités représentaient 80 % des messages électroniques à l'échelle mondiale⁴. Dans son rapport déposé en mai 2005, ce groupe de travail recommandait notamment la création de dispositions législatives visant à lutter contre le pourriel. Le travail visant à développer cette législation a toutefois été compromis par les élections fédérales de

4. Groupe de travail sur le pourriel, *Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire*, Industrie Canada, mai 2005, p 1 et 7.

2006, le gouvernement conservateur dorénavant au pouvoir n'ayant pas les mêmes priorités que le gouvernement libéral l'ayant précédé.

À l'été 2008, les travaux ont repris et ont mené, le 30 novembre 2009, à l'adoption par la Chambre des communes du Projet de Loi C-27, *Loi sur la protection du commerce électronique*⁵. Il fut transmis au Sénat pour étude. Toutefois, après sa seconde lecture, ce projet de loi est mort au feuillet à la suite de la prorogation du Parlement en décembre 2009.

Un nouveau projet de loi très similaire au précédent a été déposé en mai 2010 : le projet de loi C-28, portant le titre abrégé *Loi visant l'élimination des pourriels sur les réseaux Internet et sans fil*⁶ (« LÉPI »). Malheureusement, le projet de loi ne porte aucun titre abrégé dans la version telle que sanctionnée le 15 décembre 2010. On la désigne toutefois de façon non officielle comme la « Loi canadienne anti-pourriel ».

1.2.2 Les règlements

Le 30 juin 2011, le projet de Règlement sur la protection du commerce électronique du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC ») portant sur la protection du commerce électronique⁷ fut rendu disponible pour des fins de consultation. Le 28 mars 2012, le Règlement sur la protection du commerce électronique du CRTC (le « Règlement du CRTC ») fut publié dans sa version définitive⁸. Ce règlement traite principalement des exigences liées au consentement et au contenu des messages électroniques commerciaux.

Un projet de règlement émanant du ministère de l'Industrie, le projet de Règlement sur la protection du commerce électronique, a été quant à lui publié à des fins de consultation le 9 juillet 2011 dans la Partie I de la *Gazette du Canada*⁹. Une version révisée de ce projet de règlement a également été publiée dans la Partie I de la *Gazette*

5. PL C-27, *Loi sur la protection du commerce électronique*, 2^e sess, 40^e lég, 2009 (adopté par la Chambre des communes le 30 novembre 2009).

6. PL C-28, *Loi visant l'élimination des pourriels sur les réseaux Internet et sans fil*, 3^e sess, 40^e lég, 2010 (première lecture le 25 mai 2010).

7. Avis de consultation de télécom, CRTC 2011-40.

8. Politique réglementaire de télécom, CRTC 2012-183.

9. Avis et règlements projetés, (2011) Gaz C I, 2244.

du Canada le 5 janvier 2013¹⁰. Toute personne intéressée pouvait à nouveau présenter ses observations dans les 30 jours suivant la publication. Industrie Canada a rendu publique le 4 décembre dernier la version définitive du Règlement sur la protection du commerce électronique du gouverneur en conseil (le « Règlement »). Celui-ci a été publié dans la *Gazette du Canada* du 18 décembre 2013¹¹. Le Règlement définitif répond à plusieurs préoccupations des divers intervenants ayant participé aux consultations relatives à ce dernier. D'autres préoccupations qui ne font pas l'objet de dispositions particulières au Règlement sont toutefois abordées dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation¹² (le « Résumé ») qui apporte un certain éclairage aux organisations et aux consommateurs. Le contenu de ces règlements ainsi que du Résumé sera examiné en détail plus loin dans le présent article.

1.2.3 Les lignes directrices

Le 10 octobre 2012, deux bulletins d'information ont été publiés par le CRCT afin d'énoncer des lignes directrices sur l'interprétation de diverses dispositions du Règlement du CRTC et de la Loi.

Le premier bulletin d'information¹³ énonce les Lignes directrices sur l'interprétation du Règlement du CRTC (les « Lignes directrices du Règlement du CRTC »). Ces lignes directrices visent principalement à interpréter les dispositions du Règlement du CRTC et fournir des exemples de pratiques conformes. Elles concernent les renseignements à inclure dans les messages électroniques commerciaux et dans les demandes de consentement, ainsi que les mécanismes d'exclusion.

Le deuxième bulletin d'information¹⁴ énonce les Lignes directrices sur l'utilisation des cases d'activation comme moyen d'obtenir le consentement exprès en vertu de la Loi (les « Lignes directrices relatives aux cases d'activation »). Comme son titre l'indique, ces lignes directrices traitent principalement de la façon d'obtenir le consentement, notamment à l'aide d'une case d'activation (case à cocher).

10. Avis et règlements projetés, (2013) Gaz C I, 29.

11. Vol. 147, n° 26, p 2907 ; DORS/2013-221.

12. Publié le 4 décembre 2013, à l'adresse suivante : <<http://combattrelepourriel.gc.ca/eic/site/030.nsf/fra/00271.html>> et joint également au Règlement, précité, note 11.

13. Bulletin d'information de Conformité et Enquêtes, CRTC 2012-548 : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2012/2012-548.htm>>.

14. Bulletin d'information de Conformité et Enquêtes, CRTC 2012-549 : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2012/2012-549.htm>>.

En complément, il a été annoncé qu'en plus des lignes directrices publiées en 2012, le CRTC et Industrie Canada collaboraient et avaient l'intention de recourir à des lignes directrices d'interprétation additionnelles et aussi d'afficher de nouvelles questions et réponses sur les sites Internet du CRTC et sur le site <combattrelepourriel.gc.ca>. De nouvelles questions et réponses ont d'ailleurs été publiées en décembre 2013 et par la suite révisées et bonifiées en mai 2014.

Quant au site <combattrelepourriel.gc.ca>, il se veut un site dédié exclusivement à la Loi pour les entreprises et organisations ainsi que les particuliers. On y trouve les liens pertinents vers la Loi, les règlements et directives, ainsi que des publications visant à vulgariser les nouvelles obligations créées par la Loi et informer les entreprises, les organisations et le public de leurs droits et obligations. Il permettra éventuellement à toute personne de formuler une plainte auprès du CRTC visant le respect de la Loi.

1.3 Un survol de la Loi et de ses objectifs

L'objet de la Loi est de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique¹⁵. On précise dans la Loi au sujet de ces pratiques commerciales qu'elles :

- a) nuisent à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales ;
- b) entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs ;
- c) compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels ;
- d) minent la confiance des Canadiens quant à l'utilisation des moyens de communication électronique pour l'exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l'étranger.

Tel que mentionné en introduction, la Loi vise plus concrètement à contrer trois activités répréhensibles : la transmission de pourriels, la modification non autorisée des données de transmission

15. LCAP, art 3.

et l'installation de certains programmes informatiques sans consentement.

La Loi apporte également certaines modifications aux lois suivantes : la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*¹⁶, la *Loi sur la concurrence*¹⁷, la LPRPDÉ¹⁸ ainsi que la *Loi sur les télécommunications*¹⁹. Seules les dispositions pertinentes en lien avec la transmission des messages électroniques seront examinées en profondeur.

2. RÈGLES APPLICABLES À LA TRANSMISSION DE MESSAGES ÉLECTRONIQUES COMMERCIAUX

2.1 Portrait d'ensemble

La Loi est fondée sur le principe du consentement préalable. Le législateur a donc opté pour un régime communément désigné comme de « opt-in ». L'article 6 de la Loi fait état de cette obligation générale en édictant ce qui suit :

Il est interdit d'envoyer à une adresse électronique un message électronique commercial, de l'y faire envoyer ou de permettre qu'il y soit envoyé, sauf si :

- a) La personne à qui le message est envoyé a consenti explicitement ou tacitement à le recevoir :
- b) Le message est conforme au paragraphe (2). [...]

La Loi prévoit certains cas d'exception où le consentement n'est pas requis pour la transmission de messages électroniques commerciaux et établit de façon exhaustive les circonstances où il y a présence d'un consentement tacite permettant la transmission de messages électroniques commerciaux en l'absence d'un consentement exprès préalable.

La Loi édicte des règles relatives à l'identification de l'expéditeur, les informations devant être fournies lors de l'obtention d'un consentement ainsi que dans le message électronique commercial. Elle prévoit également l'obligation de fournir un mécanisme de désinscription aux envois.

16. LRC 1985, c C-22.

17. *Supra*, note 2.

18. *Supra*, note 3.

19. LC 1993, c 38.

La Loi vise non seulement les courriels, mais également toutes autres formes de communications électroniques, notamment la messagerie instantanée, les messages texte sur les mobiles, les messages sur tout compte similaire (Facebook, LinkedIn ou autre plateforme similaire) ainsi que les portails de commerce électronique avec des comptes privés.

La Loi s'intéresse au contenu des messages des entreprises et des organisations et non pas au type d'organisation qui transmet les messages. Elle vise donc le contenu des communications des organismes de charité, associations sportives et universités, pour ne nommer que quelques organisations également visées par la Loi. Il est aussi important de mentionner qu'elle s'applique tant aux messages transmis à des individus qu'à des entreprises. Cependant, plusieurs exemptions s'appliqueront aux messages des diverses entreprises et organisations et les expéditeurs pourront, dans certains cas, s'appuyer sur un consentement tacite leur permettant de transmettre des messages électroniques commerciaux en toute légalité.

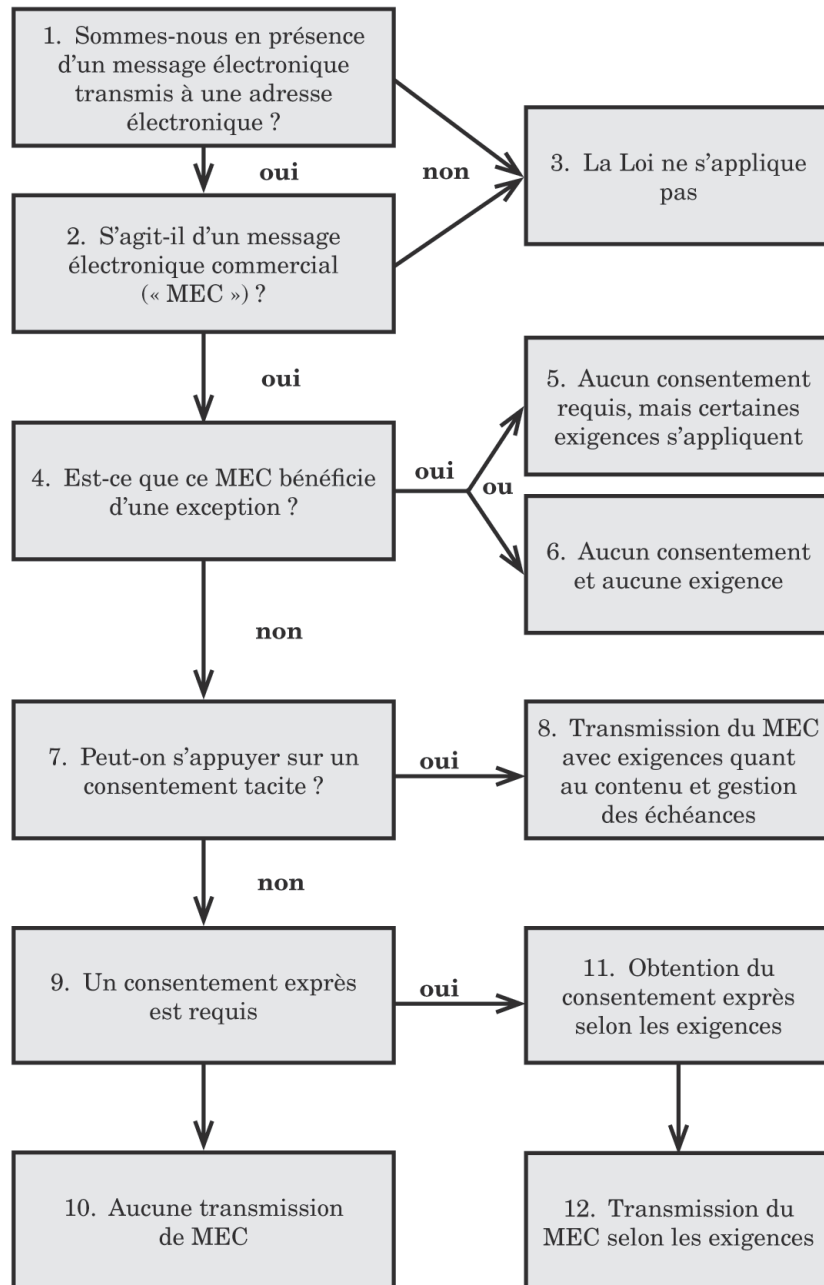
Quant à sa portée territoriale, la Loi s'applique à tout message électronique transmis ou récupéré à partir d'un ordinateur situé au Canada²⁰. C'est donc dire que la Loi s'applique également à toute personne qui transmet un message électronique commercial au Canada, peu importe où se trouve dans le monde l'ordinateur utilisé à cette fin. Inversement, sont également visés les messages électroniques commerciaux transmis à partir du Canada même s'ils ne visent aucunement les Canadiens. Il est important toutefois de noter que le Règlement est venu préciser la portée territoriale en venant exempter de l'application de l'article 6 de la Loi un message électronique commercial :

si la personne qui l'envoie, le fait envoyer ou en permet l'envoi a des motifs raisonnables de croire qu'il sera récupéré dans un État étranger mentionné à l'annexe et qu'il sera conforme à une loi de cet État régissant les comportements essentiellement similaires à ceux interdits par l'article 6 de la Loi.²¹

Le schéma ci-après reproduit, dont chaque étape sera analysée, permet d'illustrer clairement l'analyse nécessaire afin de déterminer les exigences requises par la Loi lors de la transmission d'un message électronique :

20. LCAP, para 12(1).

21. Règlement, al 3f).



2.2 Qu'est-ce qu'un message électronique commercial ?

Rappelons-nous l'interdiction générale formulée à l'article 6 de la Loi et ses différents éléments. Il est interdit d'envoyer i) à une adresse électronique, ii) un message électronique iii) commercial, de l'y faire envoyer ou de permettre qu'il y soit envoyé, sauf si la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir.

Examinons chacun des éléments constitutifs permettant de déterminer si nous sommes en présence d'un message électronique commercial.

2.2.1 Message et adresse électroniques

Commençons l'analyse en répondant à la première question du schéma : sommes-nous en présence d'un message électronique transmis à une adresse électronique ? Tout d'abord, qu'est-ce qu'un message électronique ? Il est ainsi défini dans la Loi, à l'article 1 :

« message électronique » Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

Cette définition se veut large et technologiquement neutre et vise tout moyen de communication connu ou futur de façon à inclure tout type de message. À titre d'exemple, un message peut notamment être alphanumérique ou numérique, constitué de musique, de voix enregistrée ou de représentations graphiques, etc.

Bien qu'incluses dans la définition large de « message électronique », les communications suivantes sont exclues puisqu'elles sont déjà couvertes par la Liste nationale des numéros de télécommunications exclus (« LNNTE »)²² :

- les communications vocales bilatérales ;
- les facsimilés ; et
- les enregistrements de la parole envoyés à un compte téléphonique.

Afin qu'il soit visé par la Loi, le message électronique, tel que défini plus haut, doit être transmis à une adresse électronique. Cette notion est définie ainsi, toujours à l'article premier de la Loi :

22. Le paragraphe 6(8) de la Loi prévoit cette exception. Les règles de la LNNTE sont fixées par le CRTC en vertu des articles 41 à 41.7 de la *Loi sur les télécommunications*, *supra*, note 19.

« adresse électronique » Toute adresse utilisée relativement à la transmission d'un message électronique à l'un des comptes suivants :

- a) un compte courriel ;
- b) un compte messagerie instantanée ;
- c) un compte téléphone ;
- d) tout autre compte similaire.

C'est donc dire qu'un message électronique diffusé sur un babillard ou sur un site Internet (par exemple, une bannière) serait exempt de l'application de la Loi puisqu'il est transmis non pas à un compte, mais bien à un navigateur Internet²³.

2.2.2 Message commercial

Afin qu'il soit visé par la Loi, un message électronique transmis à une adresse électronique se doit d'avoir un contenu commercial. Deux définitions à la Loi viennent nous éclairer sur la nature commerciale d'un message. Tout d'abord, au paragraphe 2 de l'article 1, on définit le message électronique commercial :

(2) Pour l'application de la présente loi, est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l'information qu'il donne sur la personne à contacter, qu'il a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

- a) comporte une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier ;
- b) offre une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu ;

23. Selon les auteurs Shaun Brown et Kris Klein, il est peu probable que le législateur ait voulu inclure l'adresse IP dans la définition d'adresse électronique. La liste n'est pas exhaustive, de façon à inclure tout type de messages électroniques qui pourraient éventuellement voir le jour. Si le législateur avait voulu inclure l'adresse IP, il l'aurait fort probablement spécifié dans la Loi. Voir à cet effet, Shaun Brown et Kris Klein, *A complete guide to e-marketing under Canada's anti-spam legislation*, (Toronto, Carswell, 2011), aux p 34-35.

- c) annonce ou fait la promotion d'une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b) ;
- d) fait la promotion d'une personne, y compris l'image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit – ou a l'intention d'accomplir – un des actes mentionnés aux alinéas a) à c).

On précise également à l'article 1 la notion d'activité commerciale à laquelle on réfère dans la définition précitée :

« activité commerciale » Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l'accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l'exception de 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 Canada.

Le concept de message électronique commercial est donc très large et non exhaustif. La Loi vise toute activité commerciale, qu'elle soit isolée ou régulière. Elle ne vise donc pas exclusivement les entreprises exerçant des activités commerciales régulières, mais également des associations ou organismes qui pourraient de temps à autre transmettre des messages électroniques commerciaux. Notons toutefois dès maintenant que les messages électroniques commerciaux des organismes de bienfaisance, clubs, associations ou organismes bénévoles pourront dans certains cas bénéficier de consentements tacites ou même, dans le cas des organismes de bienfaisance enregistrés au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁴, d'une exemption de l'application de l'article 6 de la Loi dans le cas de collectes de fonds. Ces cas d'exception seront examinés en détail plus loin.

Il est important de noter que le fait pour un message de présenter du contenu commercial, par exemple la marque d'un partenaire ou commanditaire ou de faire la promotion d'un professionnel, sans décrire particulièrement ses services, pourrait le qualifier au titre de message électronique commercial, dans la mesure où il est transmis dans le but d'encourager le destinataire à participer à une activité commerciale. Le Résumé est toutefois venu préciser qu'il était nécessaire de faire la distinction entre un message qui représente la mise en œuvre d'une activité commerciale préexistante et vise à compléter celle-ci d'un message qui vise à promouvoir une activité commerciale. En somme, le simple fait qu'un message soit lié à une activité commerciale n'en fait pas pour autant un message électro-

24. LRC 1985, c 1 (5^e suppl.).

nique commercial en vertu de la Loi si aucun de ses buts ne vise à encourager le destinataire à participer à une activité commerciale.

Finalement, le législateur a tenu bon de préciser au paragraphe 1(3) de la Loi que le message électronique comportant une demande de consentement en vue de la transmission d'un message électronique commercial est aussi considéré comme un message électronique commercial.

Le message électronique commercial ayant maintenant été défini, il y sera désormais fait référence par l'acronyme MEC.

2.3 Est-ce qu'un consentement est requis ?

Dans le schéma proposé, au point 4, la question concerne la nécessité ou non d'obtenir un consentement lorsque nous sommes en présence d'un MEC. Heureusement, la Loi prévoit quelques exceptions selon lesquelles certains MEC ne sont pas soumis à l'application de l'article 6 de la Loi, en totalité ou en partie. Ces cas d'exception seront d'abord examinés.

Par la suite, seront identifiées les situations où un consentement tacite sera présumé. Finalement, nous nous attarderons aux exigences entourant l'obtention d'un consentement exprès lorsque le message envisagé ne bénéficie d'aucune exception et qu'aucun consentement tacite ne peut s'y appliquer.

2.3.1 Est-ce qu'une exception s'applique au message ?

La Loi et les règlements prévoient bon nombre d'exceptions. Elles sont ci-après divisées en deux catégories :

- 1) les exceptions sans condition : les messages sont exemptés de l'application de l'article 6 dans son ensemble ;
- 2) les exceptions avec conditions : les messages sont exemptés de l'application de l'alinéa 6(1)a) de la Loi seulement. Ils sont tenus de respecter les exigences prévues au paragraphe 6(2) de la Loi.

2.3.1.1 Les exceptions sans condition

2.3.1.1.1 Liens familiaux et personnels

Il est prévu au paragraphe 6(5) de la Loi que l'article 6 ne s'applique pas aux messages qui sont envoyés par une personne physique ou au nom de celle-ci à une autre, si ces personnes ont entre elles des

liens familiaux ou personnels. Dans ces deux cas, les MEC transmis ne sont tout simplement pas visés et aucune exigence n'encadre leur transmission.

Le Règlement précise que des personnes physiques sont unies entre elles par des liens familiaux si :

[...] la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé sont unies par les liens de mariage ou d'union de fait ou de filiation et ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles.²⁵

Cette exception ne devrait pas faire l'objet d'une interprétation trop restrictive et devrait inclure la très grande majorité des MEC transmis entre les membres d'une famille.

Toutefois, si une personne désirait transmettre un MEC à une grand-tante fortunée avec qui elle n'a jamais eu de communications volontaires, directes et bidirectionnelles au sujet d'une proposition d'investissement, elle devra préalablement obtenir son consentement. De toute façon, il est clair que ce type de potentielle contravention à la Loi ne constituera pas la majorité des plaintes traitées par le CRTC.

Quant à l'exception relative aux liens personnels, sa définition au Règlement a fait l'objet, tout comme celle portant sur les liens familiaux, de maintes modifications depuis la première publication du projet de Règlement. La définition de « liens personnels » vise les cas où deux personnes ont des communications volontaires desquelles il serait raisonnable de conclure que leur relation est personnelle. L'ancienne version du Règlement exigeait que les gens aient communiqué pendant les deux dernières années et se soient rencontrés en personne à un moment donné. Ces exigences ont été retirées et la définition comporte maintenant plusieurs critères servant à déterminer si la relation est personnelle. La version définitive de cette définition au Règlement précise que des personnes physiques sont unies entre elles par des liens personnels si :

[...] la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles permettant raisonnablement de conclure à l'existence de tels liens, compte tenu des facteurs pertinents, notamment, le partage d'intérêts, d'expériences, d'opinions et d'informations, comme en témoignent leurs communications et la fréquence de celles-ci, le

25. Règlement, al 2a).

temps écoulé depuis la dernière communication et le fait que les parties se sont rencontrées ou non en personne.²⁶

On pourrait croire qu'une telle exception s'appliquerait par exemple à d'anciens membres d'un club de natation qui se rencontrent tous les 5-10 ans, mais qui gardent des contacts occasionnels par courriel ou via les réseaux sociaux pour partager sur différents sujets, dont leur intérêt pour le sport.

2.3.1.1.2 Demandes de renseignements et réponses à de telles demandes

L'article 6 ne s'applique pas non plus aux messages qui sont envoyés à une personne qui exerce des activités commerciales et qui constituent uniquement une demande – notamment une demande de renseignements portant sur ses activités²⁷. De plus, le Règlement, à son alinéa 3b), prévoit que les messages envoyés en réponse à une demande – notamment une demande de renseignements – ou par suite d'une plainte, ou sollicités de quelque façon que ce soit par les personnes à qui les messages sont envoyés, sont également exemptés.

2.3.1.1.3 Communications ordinaires entre entreprises et employés dans le cadre de leur commerce

Le Règlement vient également ajouter plusieurs exceptions à l'application de l'article 6 de la Loi. L'alinéa 3a) du Règlement vise à exclure de l'application de l'article 6 de la Loi les MEC envoyés au sein même des organisations ou entre des organisations entretenant déjà des rapports entre elles.

Le Règlement prévoit une exemption pour les messages envoyés par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation à un autre employé, un représentant, un consultant ou un franchisé au sein de la même organisation, si les messages concernent les activités de l'organisation.

Le Règlement prévoit également une exemption pour les messages envoyés par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation à l'employé, au représentant, au consultant ou au franchisé d'une autre organisation si leurs organisations respectives entretiennent des rapports et que les messages concernent les activités de l'organisation à qui les messages sont envoyés.

26. Règlement, al 2b).

27. LCAP, al 6(5)b).

Il est pertinent de noter que la version antérieure nécessitait que les deux organisations entretiennent des relations d'affaires entre elles afin de pouvoir bénéficier de cette exception. La version définitive du Règlement fait plutôt référence à « des rapports », ce qui est plus large et n'exige pas de démontrer qu'elles entretiennent une relation d'affaires au sens du paragraphe 10(10) de la Loi, qui sera analysé plus loin.

2.3.1.1.4 Communications transmises pour remplir une obligation ou faire valoir un droit

L'interprétation stricte de la Loi faisait en sorte de restreindre les communications de nature juridique visant notamment à remplir une obligation ou à faire valoir un droit. Le Règlement vient remédier à cette situation à son alinéa 3c). Sont donc également exemptés les messages transmis :

- afin de satisfaire à une obligation juridique (par exemple l'envoi de relevés de comptes bancaires) ;
- pour donner avis d'un droit, d'une obligation juridique ou d'un jugement ;
- pour faire valoir un droit ou exécuter une obligation juridique ou un jugement ;
- pour faire valoir un droit découlant d'une règle de droit fédérale, provinciale, municipale ou étrangère.

2.3.1.1.5 Messages envoyés où figurent bien en vue les renseignements obligatoires dans l'interface de l'utilisateur

L'alinéa 3d) du Règlement prévoit qu'est exempté le message :

envoyé et reçu par l'entremise d'un service de messagerie électronique, si les renseignements et le mécanisme d'exclusion requis en application du paragraphe 6(2) de la Loi sont publiés de façon à être visibles et facilement accessibles sur l'interface utilisateur au moyen de laquelle le message sera récupéré et que la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir.

Cette exemption a été ajoutée pour faire suite aux inquiétudes formulées par les entreprises du secteur des télécommunications voulant que les exigences d'identification et de désabonnement de la

Loi soient redondantes pour certaines plateformes où elles pouvaient être publiées bien en évidence. Cette exemption pourrait s'appliquer notamment aux plateformes de messagerie instantanée ainsi qu'à celles des réseaux sociaux. La personne à qui le message est envoyé doit toutefois avoir expressément ou tacitement consenti à le recevoir.

Il est très étrange que le Règlement prévoie à la fois que ces messages sont exemptés de l'application de l'article 6 de la Loi et qu'ils nécessitent un consentement préalable. Notons toutefois que la terminologie utilisée dans la version anglaise, «by implication», pourrait laisser entendre qu'on ne réfère pas ici à la notion stricte de consentement tacite au sens de l'article 10(9) de la Loi.

Afin de pouvoir profiter de cette « exemption », il faudra que l'interface utilisateur de ces plateformes puisse être modifiée pour comporter les renseignements requis au paragraphe 6(2) de la Loi et au Règlement du CRTC. Reste à voir si cela sera réalisable.

2.3.1.1.6 Comptes sécuritaires et confidentiels à accès restreint

Afin de répondre aux préoccupations des acteurs des secteurs financiers et bancaires, les MEC envoyés et reçus dans des comptes confidentiels, protégés et à accès limité auxquels seul le fournisseur du compte peut envoyer des messages, sont également exclus de l'application de l'article 6 de la Loi²⁸. On veut donc ici inclure notamment les comptes de messagerie privée des institutions bancaires.

2.3.1.1.7 Messages envoyés par un organisme de bienfaisance/ collecte de fonds

Bien que des mesures soient déjà prévues à la Loi afin de reconnaître le consentement tacite des personnes ayant travaillé comme bénévoles et celles ayant effectué un don dans les deux années précédant la transmission d'un MEC, le Règlement prévoit une exemption additionnelle à l'application de l'article 6 de la Loi pour les messages envoyés par un organisme de bienfaisance enregistré si le principal objet du message est de lever des fonds pour des activités de bienfaisance²⁹.

28. Règlement, al 3e).

29. Règlement, al 3g). On entend par organisme de bienfaisance enregistré, un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra*, note 24.

2.3.1.1.8 Messages envoyés par les partis politiques/contributions

L'alinéa 3h) du Règlement édicte que les messages envoyés par ou pour le compte d'une organisation ou un parti politiques ou un candidat à une charge publique électorale sont également exemptés si le principal objet des messages est de demander des contributions au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi électorale du Canada*³⁰.

2.3.1.2 *Les exceptions avec conditions relatives à la forme du message*

2.3.1.2.1 Les cas d'exception prévus au paragraphe 6(6) de la Loi

Le paragraphe 6(6) de la Loi prévoit d'autres situations où l'alinéa 6(1)a) ne s'applique pas. C'est donc dire que les messages suivants ne nécessitent pas de consentement. Toutefois, ils ne sont pas exempts de l'application du paragraphe (2) de l'article 6 relatif au contenu du message transmis. Ces exigences seront ci-après détaillées.

Les messages ne nécessitant aucun consentement, mais soumis aux obligations relatives au contenu sont en résumé ceux qui, uniquement :

- donnent un prix ou une estimation à la demande des personnes qui les reçoivent ;
- facilitent, complètent ou confirment la réalisation d'une opération commerciale ;
- donnent des renseignements en matière de garantie, de rappel ou de sécurité à l'égard de biens ou produits ;
- donnent des éléments d'information factuels aux personnes qui les reçoivent à l'égard de l'achat de biens, produits ou services, d'une adhésion, d'un compte, d'un prêt ou découlant de toute autre relation semblable ;
- fournissent des renseignements directement liés au statut d'employé des personnes ou à tout régime de prestations lié à leur statut ;
- sont des messages au moyen desquels sont livrés des biens, produits ou services, mises à jour ou améliorations.

Il était tout à fait logique dans la réalisation d'une relation d'affaires et l'exécution des obligations liées à une vente ou à la fourniture

30. LC 2000, c 9.

de services qu'un consentement ne soit pas requis. Néanmoins, certaines exigences relatives au contenu des messages, notamment celle obligeant l'expéditeur à fournir un mécanisme de retrait, semblent peu appropriées dans quelques-uns des cas mentionnés ci-dessus.

De plus, il y a contradiction entre le contenu de la Loi et les propos d'Industrie Canada tenus dans le Résumé. À titre d'exemple, la Loi précise que le message qui facilite, complète ou confirme la réalisation d'une opération commerciale est exempté de l'obligation d'obtenir un consentement. Les exigences quant à sa forme prévues au paragraphe 6(2) de la Loi et au Règlement du CRTC s'appliqueraient donc à ce message. Toutefois, le Résumé précise que :

Si le message comporte une relation ou une activité commerciale préexistante et fournit des renseignements supplémentaires, des précisions ou complète une transaction liée à la réalisation d'une activité commerciale qui est déjà en cours, ce message ne serait pas considéré comme un message électronique commercial puisque, plutôt que de promouvoir une activité commerciale, elle représente sa mise en œuvre.

La question reste donc entière : est-ce un MEC ou non ?

2.3.1.2.2 La référence d'un tiers

Font également partie de cette catégorie des messages ne nécessitant pas de consentement préalable mais devant respecter les exigences relatives au contenu du message, le premier message transmis suite à une référence d'un tiers. En effet, le Règlement prévoit l'exemption de l'application de l'alinéa 6(1)a) de la Loi du premier MEC transmis par une personne à une personne physique en vue d'entrer en contact à la suite d'une référence d'une ou de plusieurs personnes physiques. La personne recommandée peut être une organisation et n'est pas limitée à un individu au sein de l'organisation. Il est important de préciser qu'il doit y avoir une relation existante (relation d'affaires, relation privée, liens familiaux ou personnels) entre la personne qui recommande et la personne recommandée, ainsi qu'entre la personne qui recommande et le destinataire du message. En plus des exigences générales relatives au contenu du message prévu au paragraphe 6(2) de la Loi, le premier message transmis à la suite d'une référence devra révéler le nom complet de la ou des personnes physiques ayant fait la recommandation et comporter la mention qu'il est envoyé par suite d'une telle recommandation³¹.

31. Règlement, art 4.

2.3.2 Est-ce que l'expéditeur peut s'appuyer sur un consentement tacite ?

Si le MEC ne bénéficie d'aucune exception à la Loi, il pourrait tout de même faire l'objet d'un consentement tacite, comme prévu au paragraphe 10(9) de la Loi. Il est à noter que les cas prévus actuellement à la Loi sont exhaustifs et ne peuvent faire l'objet d'une interprétation large et englobante comme dans le cadre de la définition « d'activités commerciales ».

La Loi prévoit toutefois à son alinéa 64(1)i) que le gouverneur en conseil peut, par règlement, prévoir les circonstances mentionnées au paragraphe 10(9) de la Loi dans lesquelles le consentement est tacite. Pour l'instant, aucune circonstance additionnelle n'a été prévue par règlement.

Les circonstances actuellement édictées dans la Loi sont essentiellement celles des relations d'affaires et privées en cours entre l'expéditeur et le destinataire. Deux autres situations sont également visées, soit la publication d'une adresse courriel bien en vue ainsi que la communication préalable d'une adresse courriel, et ce, lorsque la communication est en lien avec les activités de l'entreprise ou les fonctions de la personne qui reçoit le message.

2.3.2.1 Relations d'affaires en cours

Il y a consentement tacite lorsque la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi a, avec la personne qui le reçoit, des relations d'affaires en cours³². La loi définit précisément ce qu'est une relation d'affaires en cours. Il est important de reprendre le paragraphe 10(10) de la Loi dans son entier, celui-ci étant un passage clé :

Pour l'application du paragraphe (9), « relations d'affaires en cours » s'entend des relations d'affaires entre la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi et la personne qui le reçoit, découlant, selon le cas :

- a) de l'achat ou du louage par la seconde personne, au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, d'un bien, produit, service, terrain ou droit ou intérêt foncier de la première personne ;

32. LCAP, al 10(9)a).

- b) de l'acceptation par la seconde personne, au cours de cette période, d'une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu offerte par la première personne ;
- c) du troc d'une chose mentionnée à l'alinéa a) intervenu entre elles au cours de cette période ;
- d) de tout contrat – toujours en vigueur ou venu à échéance au cours de cette période – conclu par écrit entre elles au sujet d'une chose non mentionnée aux alinéas a) à c) ;
- e) d'une demande – notamment une demande de renseignements – présentée par la seconde personne à la première, au cours des six mois précédant la date d'envoi du message, relativement à une chose ou à une possibilité mentionnée aux alinéas a) ou c).

Notons que le législateur a jugé opportun de clarifier que les coopératives et organisations similaires étaient aussi susceptibles d'avoir des relations d'affaires³³.

Essentiellement, cette disposition prévoit une période de temps pendant laquelle l'expéditeur peut transmettre des MEC à un destinataire sans au préalable obtenir un consentement exprès. Cette période est de deux ans dans tous les cas précités ci-dessus, sauf en ce qui concerne les demandes d'information où cette période est réduite à six mois.

Certains considéreront cette période comme une période de transition et une occasion d'obtenir un consentement exprès. D'autres, par contre, ayant principalement ou exclusivement des communications électroniques avec leur clientèle courante, feront du consentement tacite leur modèle principal. C'est donc dire que la gestion des bases de données sera plus complexe puisqu'elle doit tenir compte de la nature des relations et des délais écoulés.

Il est intéressant de souligner qu'Industrie Canada a spécifié dans le Résumé que, bien qu'une personne ait par le passé manifesté ne plus désirer recevoir de MEC, il est possible de reprendre l'envoi de MEC à l'occasion d'une nouvelle transaction qui rétablit ainsi le consentement tacite prévu au paragraphe 10(10) de la Loi.

En ce qui concerne le sort des consentements à la suite d'une transaction touchant l'entreprise, la loi détermine que lorsqu'une

33. LCAP, para 10(11).

entreprise est vendue, l'acheteur est réputé avoir une relation d'affaires en cours avec une personne qui avait une relation d'affaires avec l'entreprise vendue³⁴. Certaines personnes s'inquiétaient du fait qu'il n'y avait aucune disposition à la Loi prévoyant le même traitement pour les consentements exprès. En réponse à ces préoccupations, Industrie Canada souligne dans le Résumé que le consentement exprès sera transféré à la vente d'une entreprise, si le contrat de vente comprend des dispositions prévoyant ce transfert en tant qu'actif de l'entreprise. Industrie Canada a toutefois pris soin de soulever que la LPRPDE³⁵ continuait de s'appliquer lorsque des renseignements personnels étaient transférés entre les organisations. Néanmoins, il est important de souligner que les dispositions de la Loi l'emportent sur les dispositions incompatibles de la partie 1 de la LPRPDE³⁶. Au Québec, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*³⁷ s'applique toujours et ne doit pas tomber dans l'oubli.

2.3.2.2 Relations privées en cours

Il y a également consentement tacite lorsque la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi a, avec la personne qui le reçoit, des relations privées en cours³⁸.

Les relations privées en cours pour l'application du paragraphe 10(9) de la Loi sont les relations qui découlent³⁹ :

- d'un don ou cadeau à un organisme de bienfaisance, organisation ou parti politique ou candidat, lorsque le destinataire a fait ce don ou ce cadeau dans les deux années précédant l'envoi⁴⁰ ;
- d'un travail bénévole pour le bénéfice d'un organisme de bienfaisance, organisation ou parti politique ou candidat, lorsque le destinataire a effectué ce travail bénévole dans les deux années précédant l'envoi⁴¹ ;
- d'une adhésion à un club, une association ou un organisme bénévole dans les deux années précédant l'envoi.

34. LCAP, para 10(12).

35. *Supra*, note 3.

36. LCAP, art 2.

37. RLRQ, c P-39.1.

38. LCAP, para 10(9).

39. LCAP, para 10(13).

40. L'organisme de bienfaisance doit être enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra*, note 24. On fait référence ici à une organisation ou un parti politique ou un candidat au sens de toute loi fédérale ou provinciale.

41. *Ibid.*

Il est à noter que l'on retrouve à l'article 7 du Règlement la définition des termes « adhésion » et « club, association ou organisme bénévole » :

[...] l'adhésion est le fait d'être accepté comme membre d'un club, d'une association ou d'un organisme bénévole conformément aux exigences d'appartenance de l'un ou l'autre.

[...] un club, une association ou un organisme bénévole est une organisation sans but lucratif constituée et administrée uniquement pour l'exercice d'activités non lucratives, notamment des activités liées au bien-être social, aux améliorations locales et aux loisirs ou divertissements, et dont aucun revenu n'est versé à un propriétaire, membre ou actionnaire – ou ne peut pas ailleurs servir à son profit personnel – sauf si le propriétaire, membre ou actionnaire est une organisation dont le but premier est de promouvoir le sport amateur au Canada.

En ce qui a trait au calcul des délais permettant d'établir la période de validité des consentements tacites découlant des relations d'affaires et privées en cours, le paragraphe 10(14) de la Loi établit les règles s'appliquant à ce calcul. Ainsi, pour ce qui est de l'achat, du louage, du don ou du cadeau, s'il y a achat ou utilisation étalé sur une période donnée au titre d'un abonnement, d'un compte, d'un prêt ou de toute autre relation semblable, la période mentionnée commence à la date d'expiration de l'abonnement, du compte, du prêt ou de la relation semblable en question. En ce qui concerne une adhésion, la période commence à la date d'expiration de celle-ci.

2.3.2.3 *Autres cas de consentements tacites*

Lorsqu'une personne a publié ou a fait publier bien en vue son adresse courriel, un consentement tacite est présumé si la publication ne comporte pas de mention à l'effet que cette personne ne désire pas recevoir de MEC non sollicités à cette adresse. Toutefois, le MEC transmis doit avoir un lien avec l'exercice des attributions de cette personne, de son entreprise ou des fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise⁴².

Une illustration simple de ce cas est celle d'un professionnel qui publierait bien en vue sur son site Internet son adresse courriel. Bien sûr, son objectif premier est d'être accessible pour sa clientèle actuelle et future. Néanmoins, ce geste serait interprété comme un

42. LCAP, al 10(9)b).

consentement tacite à recevoir des MEC en ce qui a trait à sa profession ou à ses fonctions au sein de son cabinet d'avocats, par exemple. Un éditeur pourrait donc ainsi communiquer avec lui par courriel pour lui faire part des nouveautés en matière de publications juridiques.

Il sera intéressant de voir comment sera interprétée cette disposition, notamment en ce qui concerne des publications d'adresses courriel de façon plus ou moins volontaire et pour des fins très précises. Prenons l'exemple du bottin des avocats sur le site du Barreau du Québec. Est-ce qu'un avocat a fait publier son adresse courriel sur le site du Barreau en acceptant que ses coordonnées figurent sur celui-ci ? Dans ce cas précis, dès lors que l'avocat accepte de publier ses coordonnées, il n'a pas le choix d'accepter la publication de son adresse courriel. Il ne peut décider de l'ampleur des informations qui seront publiées. Au surplus, l'avocat n'a pas le loisir d'ajouter une mention précisant qu'il ne désire pas recevoir de MEC non sollicités à cette adresse courriel. Dans les circonstances, un expéditeur de MEC devrait s'abstenir de recueillir des adresses courriel à partir de telles bases de données professionnelles. D'autre part, il serait pertinent pour le Barreau de permettre à l'avocat de retirer son adresse courriel ou d'ajouter une mention indiquant qu'il ne désire pas recevoir de MEC non sollicités.

Notons que la Loi vient modifier la LPRPDÉ afin que la collecte d'adresses courriel à l'aide d'un programme d'ordinateur conçu principalement pour produire, rechercher ou recueillir des adresses courriel nécessite un consentement exprès. Conséquemment, la collecte d'adresses courriel en ligne aux fins de la transmission de MEC ne sera admissible, en l'absence de consentement exprès, que si elle est faite manuellement⁴³.

La Loi prévoit un autre cas qui s'apparente au précédent. Un consentement tacite est présumé lorsque la personne destinataire du MEC a communiqué son adresse courriel à l'expéditeur sans mentionner qu'elle ne veut pas recevoir de MEC non sollicités à cette adresse. Tout comme le cas précédent, le MEC transmis doit avoir un lien avec l'exercice des attributions de cette personne, de son entreprise ou des fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise⁴⁴. L'exemple le plus courant est la remise d'une carte professionnelle dans le cadre d'une activité de réseautage et sur laquelle est inscrite l'adresse courriel de l'individu.

43. LCAP, art 82. ; LPRPDÉ, para 7.1(2).

44. LCAP, al 10(9)c).

Il est étonnant de constater que dans ces deux situations, aucun délai n'est prévu à la Loi ou aux règlements, contrairement aux autres cas de consentement tacite qui sont limités dans le temps à deux ans ou six mois, selon le cas. Est-ce donc dire qu'un consentement tacite dans le cas du partage d'une carte professionnelle n'a pas d'expiration, à moins que le destinataire demande de ne plus recevoir de MEC à l'avenir ? Cela semble effectivement le cas. Qu'advient-il si une personne ajoute après la cueillette de l'adresse courriel sur son site Internet une mention indiquant qu'elle ne désire pas recevoir de MEC non sollicités à cette adresse ? Doit-on vérifier la présence d'une telle mention avant l'envoi ? Plusieurs questions restent sans réponse. Néanmoins, il est fortement recommandé en pareilles circonstances de prévoir un calendrier de conservation et de destruction relatif aux adresses courriel et renseignements détenus aux fins de la transmission de MEC, qui tiendra notamment compte des particularités liées au mode d'obtention des adresses courriel et conséquemment du consentement tacite. Les organisations devraient également en pareilles circonstances évaluer la pertinence d'obtenir un consentement exprès de la part du destinataire.

2.3.3 La nécessité d'obtenir un consentement exprès

Reportons-nous au point 11 du schéma présenté plus tôt. Nous examinerons maintenant les exigences requises lorsqu'il n'y a pas d'exceptions applicables et qu'on ne peut s'appuyer sur un consentement tacite. Il y a donc nécessité d'avoir un consentement exprès pour transmettre un MEC. Regardons donc les conditions d'obtention d'un consentement exprès valide.

Le paragraphe 10(1) de la Loi ainsi que l'article 4 du Règlement du CRTC édictent que la personne qui requiert le consentement pour la transmission de MEC doit, lors de sa demande, énoncer en des termes simples et clairs les renseignements suivants :

- les fins auxquelles le consentement est sollicité ;
- le nom sous lequel la personne qui sollicite le consentement exerce ses activités commerciales s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom ;
- si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom ;

- si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui sollicite le consentement et celui au nom de qui il est sollicité ;
- l'adresse postale⁴⁵ **et** soit :
 - le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale ; **ou**
 - l'adresse courriel ; **ou**
 - l'adresse du site Internet de la personne qui sollicite le consentement, ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est sollicité ;
- un énoncé indiquant que la personne auprès de qui le consentement est sollicité peut retirer son consentement.

Il est à noter que le Règlement du CRTC établit que la demande de consentement peut être faite oralement ou par écrit. Les Lignes directrices du Règlement du CRTC⁴⁶ viennent préciser que les types de preuve suivants sont suffisants pour démontrer le consentement obtenu oralement :

- vérification par une tierce personne indépendante ; ou
- possession d'un enregistrement sonore complet et intégral du consentement accordé.

Il faut se rappeler que ce sont des lignes directrices et qu'il ne s'agit donc pas d'une liste exhaustive des moyens de consigner le consentement obtenu. Les circonstances ne permettant pas toujours d'enregistrer le consentement obtenu, l'organisation recueillant un tel consentement peut mettre en place un système qui permettra de consigner toute l'information relative aux circonstances entourant l'obtention du consentement, ainsi que son étendue. Bien sûr, il pourra être pertinent de revoir certains modes de collecte des consentements afin de privilégier un mode d'obtention par écrit, qui permettra de fournir une preuve simple et fiable en cas de plainte.

Pour ce qui est du consentement par écrit, il comprend les consentements en formats papier et électronique, dans la mesure où l'information est vérifiable. Le CRTC estime que les demandes de consentement ne doivent pas être intégrées dans les demandes de

45. Le CRTC estime que l'adresse postale actuelle et valide est composée de l'adresse municipale, de la case postale, de la route rurale, ou de poste restante de l'expéditeur.

46. *Supra*, note 13.

consentement relatives aux conditions générales d'utilisation ou de vente. La même logique s'appliquerait donc à tout autre consentement, notamment à celui lié à l'acceptation des termes de la politique de confidentialité. La demande de consentement aux fins de recevoir des MEC devrait donc faire l'objet d'une demande distincte. Ainsi, une personne pourrait consentir aux conditions de vente tout en refusant de fournir son consentement pour la réception de MEC.

Il est à noter que le CRTC a également émis des Lignes directrices sur les cases d'activation⁴⁷. Ces lignes directrices traitent principalement des mécanismes d'obtention du consentement. Le CRTC estime qu'afin de se conformer aux dispositions relatives au consentement prévues à la Loi, une manifestation positive ou explicite de la volonté est requise. Conséquemment, le consentement ne peut être obtenu au moyen de mécanismes de retrait de consentement. Si la case d'activation (case à cocher) est utilisée pour obtenir le consentement, celle-ci ne doit pas être cochée au préalable. La personne doit donc effectuer un geste positif afin de fournir son consentement. D'autres mécanismes peuvent également être mis en place. Le CRTC donne un exemple similaire à celui-ci : « Entrez votre adresse courriel pour recevoir l'infolettre [...] », le tout suivi d'un espace à remplir et du bouton « soumettre ».

Dans ses Lignes directrices sur les cases d'activation, le CRTC fait remarquer qu'une fois le consentement exprès obtenu, un accusé de réception devrait être envoyé à la personne qui a accordé son consentement.

Finalement, il est primordial de souligner qu'il n'y a pas de durée spécifique relative à la validité d'un tel consentement exprès. Celui-ci serait donc valide jusqu'à ce que la personne l'ayant fourni le retire.

2.4 Contenu des MEC

Le paragraphe 6(2) de la Loi ainsi que l'article 2 du Règlement du CRTC prévoient les renseignements à inclure dans les MEC. Ainsi, tout MEC doit comporter les renseignements suivants en termes clairs et facilement lisibles :

- le nom sous lequel la personne qui envoie le message exerce ses activités commerciales s'il diffère du sien ou, à défaut, son nom ;

⁴⁷. *Supra*, note 14.

- si le message est envoyé au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom ;
- 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 ;
- l'adresse postale⁴⁸ **et** soit :
 - le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale ; **ou**
 - l'adresse de courriel ; **ou**
 - l'adresse du site Internet de la personne qui envoie le message ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est envoyé ;
- la description du mécanisme d'exclusion ;
- une adresse électronique ou un lien vers une page Internet pour se désabonner.

L'adresse électronique ou la page Internet pour se désabonner doivent être valables pendant au moins 60 jours après la transmission du message⁴⁹. De même, les renseignements décrits ci-dessus permettant de communiquer avec la personne qui envoie le message ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est envoyé, doivent être valables pendant au moins 60 jours après la transmission du message⁵⁰. Toute demande d'une personne qui ne désire plus recevoir de MEC doit être traitée sans délai et, en tout état de cause, au plus tard 10 jours ouvrables suivant le moment où elle a exprimé sa volonté⁵¹.

Le mécanisme d'exclusion mentionné ci-dessus se doit d'être conforme au paragraphe 11(1) de la Loi et au paragraphe 3(2) du Règlement du CRTC. Il doit pouvoir s'exécuter facilement et permettre à la personne qui reçoit le MEC d'exprimer sans frais sa volonté de ne plus recevoir d'autres MEC – ou certaines catégories de ceux-ci, en utilisant soit la méthode qui a été employée pour envoyer le message, soit, si cela est pratiquement impossible, toute autre méthode électronique qui lui permet d'exprimer cette volonté.

48. Comme mentionné précédemment, le CRTC estime que l'adresse postale actuelle et valide est composée de l'adresse municipale, de la case postale, de la route rurale, ou de poste restante de l'expéditeur.

49. LCAP, para 11(2).

50. LCAP, para 6(3).

51. LCAP, para 11(3).

Il peut arriver qu'il soit impossible ou pratiquement impossible d'inclure tous les renseignements mentionnés ci-dessus, incluant le mécanisme d'exclusion, notamment dans le cas de messages texte. Il est alors permis d'afficher ceux-ci sur une page Internet facilement accessible sans frais par le destinataire au moyen d'un lien indiqué dans le MEC en termes clairs et facilement lisibles.

Concernant l'obligation de mentionner lors de la transmission du message le nom de la personne qui envoie le message au nom d'une autre personne, le CRTC estime que l'article 2 du Règlement du CRTC n'exige pas que les personnes relayant le message soient nécessairement identifiées. Il n'y aurait pas lieu d'identifier des personnes qui facilitent la distribution d'un MEC mais qui n'ont aucune influence sur son contenu ou le choix des destinataires⁵².

Une dernière recommandation quant au contenu des MEC : comme la mémoire est une faculté qui oublie, il est plus que pertinent de préciser dans le MEC les circonstances entourant l'envoi du message et de rappeler au destinataire, le cas échéant, le moment et la façon dont il a consenti à recevoir ce MEC.

3. MESURES TRANSITOIRES

La seule mesure transitoire prévue à la Loi concerne les relations d'affaires ou privées en cours au moment de l'entrée en vigueur de la Loi. L'article 66 de la Loi prévoit que si à l'entrée en vigueur de l'article 6 de la Loi des personnes ont des relations d'affaires ou privées en cours dans le cadre desquelles elles se sont envoyé des MEC, elles ont consenti tacitement à recevoir de tels MEC jusqu'à l'expiration du délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur de cet article⁵³, à moins que la personne ne retire son consentement. On vient donc prolonger la validité du consentement tacite en pareilles situations.

Bien que des mesures transitoires soient prévues à la Loi pour les relations d'affaires existantes donnant ouverture à un consentement tacite, il y a absence de mesures transitoires dans la Loi pour les consentements exprès ou implicites obtenus avant l'entrée en vigueur de la Loi et respectueux de la législation en vigueur en matière de protection des renseignements personnels. Cette situation a causé plusieurs mécontentements chez les acteurs de l'industrie et

52. Lignes directrices du Règlement du CRTC, art 6.

53. Puisque cet article entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2014, l'expiration de ce délai sera le 1^{er} juillet 2017.

a fait l'objet de multiples mémoires et pressions auprès des autorités compétentes. Ces pressions n'auront pas été entièrement vaines puisque, malgré l'absence de dispositions transitoires à la Loi ou aux règlements, Industrie Canada, dans le cadre du Résumé, est venue préciser que les consentements exprès obtenus avant l'entrée en vigueur de la Loi et qui sont conformes à la LPRPDÉ seront reconnus en vertu de la Loi.

Il s'agit donc d'un aspect très positif pour les entreprises qui avaient déjà mis en place des pratiques visant à obtenir au préalable un consentement exprès pour la cueillette et l'utilisation des renseignements personnels, notamment dans le cadre de leurs communications électroniques.

4. QUELQUES CAS PARTICULIERS

4.1 Les réseaux sociaux

Dans le cadre de l'examen des exemptions à l'article 6 de la Loi, l'exemption prévue à l'alinéa 3d) du Règlement a été soulignée, laquelle pouvait s'appliquer aux messages transmis par l'entremise des messageries des réseaux sociaux. Les limites liées à l'application de cette exemption ont également été soulignées. En conséquence, à moins de rencontrer les critères édictés par l'alinéa 3d) du Règlement, les messages privés transmis par l'entremise de telles plateformes seront visés par l'article 6 de la Loi. L'analyse à savoir si une autre exemption s'applique au message et la nature du consentement requis, le cas échéant, sera donc la même que pour tout autre MEC.

D'autres questions intéressantes ont été discutées relativement à l'application de la Loi dans le contexte de l'utilisation des réseaux sociaux.

Est-ce que les publications sur un fil de nouvelles ou un babillard constituent la transmission d'un MEC ?

De telles publications ne seraient pas considérées comme étant des MEC puisque ce ne sont pas des messages transmis à une adresse électronique. D'ailleurs, le Résumé est venu confirmer que le contenu des publications sur les babillards des réseaux sociaux, qui n'implique pas la transmission de messages à une adresse électronique, n'est pas visé par la Loi.

Si une organisation met à la disposition des internautes un mode de partage du contenu, est-ce qu'elle permet que le message soit envoyé au sens de l'article 6 de la Loi ?

Le Résumé est venu préciser que lorsqu'une entreprise met à la disposition des internautes un lien de type « Transférez à un ami » ou qu'elle les encourage à envoyer des MEC à des amis ou membres de la famille, elle disposera d'un moyen de défense si, lorsqu'elle incite la transmission de tels messages, elle informe les internautes que les MEC ne doivent être transmis qu'aux personnes avec qui ils entretiennent des liens familiaux ou des liens personnels au sens de la Loi. Ainsi, ces messages pourront bénéficier de l'exemption prévue à l'alinéa 6(5)a) de la Loi.

Plusieurs autres questions devront certainement trouver réponses au sujet de la Loi et les réseaux sociaux dans les prochains mois. Chaque activité promotionnelle sur les réseaux sociaux nécessitera une attention particulière pour éviter les violations à la Loi.

4.2 Le consentement obtenu au nom d'une tierce partie inconnue

Le Règlement, à son article 5, précise les conditions applicables à l'utilisation du consentement exprès obtenu au nom d'une tierce personne inconnue conformément au paragraphe 10(2) de la Loi. Cette disposition du Règlement vise principalement à encadrer les situations où un consentement exprès à la transmission de MEC est obtenu sans préciser le nom de l'expéditeur éventuel des MEC, celui-ci étant inconnu au moment de l'obtention du consentement. En pratique, ces règles seront le plus souvent applicables dans le cadre de partages de listes avec des partenaires inconnus au moment de l'obtention du consentement. Certains intervenants désiraient que ces règles soient assouplies, ce qui n'a pas été retenu. Les exigences prévues au Règlement, notamment quant au suivi requis lors des demandes de désabonnement et au contenu des MEC transmis, sont très exigeantes et auront certainement pour effet de décourager plusieurs organisations d'adopter une telle pratique.

La personne qui a obtenu le consentement exprès au nom d'une autre personne dont l'identité était inconnue peut autoriser toute personne à utiliser le consentement, à condition de veiller à ce que, dans tout MEC envoyé :

- son identité soit établie à titre de personne ayant obtenu le consentement ;
- la personne autorisée fournisse un mécanisme d'exclusion qui, en plus d'être conforme à l'article 11 de la Loi, permette à la personne de le retirer à la personne qui l'a obtenu ou à toute autre personne autorisée à l'utiliser.

De plus, la personne qui a obtenu le consentement doit veiller à ce que la personne autorisée qui a envoyé le message l'avise dès qu'elle est informée que le consentement a été retiré :

- à la personne qui a obtenu le consentement ; ou
- à la personne autorisée qui a envoyé le message ; ou
- à toute autre personne autorisée à utiliser le consentement.

Sur réception d'un avis de retrait du consentement concernant toute personne autorisée à utiliser le consentement, la personne qui a obtenu le consentement doit aviser sans délai la personne intéressée.

Finalement, la personne qui a obtenu le consentement doit donner suite au retrait du consentement et doit veiller à ce que toute autre personne autorisée à utiliser le consentement fasse de même, le cas échéant.

4.3 Les représentations fausses ou trompeuses en vertu de la *Loi sur la concurrence*

Parmi les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence*, une est particulièrement d'intérêts en ce qui concerne la transmission de messages électroniques. Un nouvel article est ajouté à cette Loi. Il traite des informations fausses ou trompeuses que l'on pourrait retrouver non seulement dans le contenu du message mais également dans les renseignements sur l'expéditeur, dans l'objet du message ainsi que dans le localisateur. Il s'agit de l'article 52.01⁵⁴ :

52.01(1) Nul ne peut, aux fins de promouvoir, directement ou indirectement, soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, envoyer ou faire envoyer, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses *dans les renseignements sur l'expéditeur* ou *dans l'objet* d'un message électronique.

(2) Nul ne peut, aux fins de promouvoir, directement ou indirectement, soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, envoyer ou faire envoyer *dans un message électronique*, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses *sur un point important*.

54. LCAP, art 75.

(3) Nul ne peut, aux fins de promouvoir, directement ou indirectement, soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner ou faire donner, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses *dans un localisateur*.

(4) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, afin d'établir qu'il y a eu infraction à l'un ou l'autre des paragraphes (1) à (3), de prouver que quelqu'un a été trompé ou induit en erreur.

(5) Dans toute poursuite intentée en vertu des paragraphes (1) à (3), il est tenu compte de l'impression générale que les indications donnent ainsi que de leur sens littéral. [Les italiques sont nôtres.]

On entend par « renseignements sur l'expéditeur », « objet » et « localisateur »⁵⁵ :

« renseignements sur l'expéditeur » Partie du message électronique, notamment les données liées à la source, au routage, à l'adressage ou à la signalisation, qui contient ou qui est censée contenir l'identité de l'expéditeur ou l'origine du message.

« objet » Partie du message électronique qui contient des renseignements censés résumer le contenu du message ou donner une indication à l'égard de ce contenu.

« localisateur » Toute chaîne de caractères normalisés ou tout renseignement servant à identifier une source de données dans un ordinateur, notamment l'adresse URL.

Il est important de souligner que pour qu'une infraction soit commise en vertu de cette nouvelle disposition, il ne serait pas nécessaire de démontrer que les représentations faites dans les renseignements sur l'expéditeur, l'objet ou le localisateur sont fausses ou trompeuses sur un point important.

5. VIOLATIONS À LA LOI ET RECOURS

5.1 Organismes de réglementation

Trois organismes gouvernementaux fédéraux sont responsables de l'application de la Loi : le CRTC, le Bureau de la concurrence ainsi que le Commissariat à la protection de la vie privée.

55. LCAP, art 70 ; *Loi sur la concurrence*, art 2.

Le CRTC a la responsabilité principale en matière d'application de la Loi. Il est le principal organisme de réglementation chargé d'entamer des poursuites et d'imposer des peines administratives contre ceux qui violent la Loi. Il pourra faire enquête, prendre des mesures et fixer des sanctions administratives pécuniaires⁵⁶. Il agit tant à titre d'enquêteur que de décideur.

Quant au Bureau de la concurrence, la Loi lui permet de s'attaquer plus efficacement aux indications fausses et trompeuses dans le marché électronique, y compris, tel qu'examiné plus tôt, les indications fausses ou trompeuses dans les renseignements sur l'expéditeur, dans l'objet d'un message électronique, dans un message électronique et dans un localisateur.

Finalement, la Loi permet au Commissariat à la protection de la vie privée d'appliquer la Loi en ce qui concerne la cueillette des renseignements personnels en accédant aux systèmes informatiques et la collecte d'adresses électroniques en contravention de la Loi⁵⁷.

Il est à souligner que la Loi autorise la coopération, la coordination et l'échange d'information entre ces trois organismes de manière à faciliter les activités d'application de la Loi⁵⁸. À cet effet, comme les trois organismes pourraient dans le cadre de leur mandat respectif exercer des activités d'application de la Loi susceptibles de se chevaucher, ils ont conclu en octobre 2013 un protocole d'entente sur la coopération, la coordination et l'échange d'information⁵⁹.

5.2 Sanctions et recours

Notre examen sera limité aux sanctions et aux recours découlant de violations aux articles 6 à 9 de la Loi. Les sanctions et recours suite à des violations aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* et de la LPRPDÉ ne seront pas examinées.

5.2.1 Les sanctions découlant d'une violation

Toute contravention à l'un des articles 6 à 9 de la Loi constitue une violation exposant son auteur à une sanction administrative pécuniaire⁶⁰. La Loi précise que l'imposition de la sanction vise non

56. LCAP, art 15 et s.

57. LCAP, art .82 et s.

58. LCAP, art 56 et s.

59. Ce protocole est notamment disponible sur le site du Bureau de la concurrence : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03643.html>>.

60. LCAP, art 20.

pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la Loi. Bien qu'une sanction administrative pécuniaire remplit habituellement cet objectif, les montants de la sanction peuvent être si élevés qu'on pourrait croire que le but est également de punir.

Le montant maximal de la sanction pour une violation 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 personne (par exemple, une personne morale)⁶¹. Il est à noter qu'il s'agit de la sanction « par violation » et qu'une violation distincte serait commise pour chacune des adresses électroniques auxquelles a été transmis un MEC en contravention de la Loi. La Loi a des dents, c'est le moins que l'on puisse dire.

Les facteurs suivants seront pris en compte pour la détermination du montant de la sanction⁶² :

- le but de la sanction ;
- la nature et la portée de la violation ;
- les antécédents de l'auteur de la violation, à savoir violation à la Loi, comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* et contravention à l'article 5 de la LPRPDÉ qui met en cause une collecte ou une utilisation visée aux paragraphes 7.1(2) ou (3) de cette loi ;
- ses antécédents au regard des engagements contractés en vertu du paragraphe 21(1) et des consentements signés en vertu du paragraphe 74.12(1) de la *Loi sur la concurrence* concernant des actes ou omissions qui constituent des comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.011 de cette loi ;
- tout avantage financier qu'il a retiré de la commission de la violation ;
- sa capacité de 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 ;
- tout critère prévu par règlement⁶³ ;
- tout autre élément pertinent.

61. LCAP, para 20(4).

62. LCAP, para 20(3).

63. Aucun critère à cet effet n'a été prévu par règlement à ce jour.

5.2.2 Les pouvoirs d'enquête du CRTC

Aux fins d'assurer le respect de la Loi et de décider si une contravention à l'un des articles 6 à 9 de la Loi a été commise, le CRTC s'est vu attribuer des pouvoirs variés afin de lui permettre de mener à bien ses enquêtes, de recueillir la preuve et de préserver les données nécessaires à celles-ci. La personne désignée par le CRTC⁶⁴ bénéficie donc de pouvoirs variés, incluant :

- la signification à un télécommunicateur d'une demande afin de l'obliger à préserver les données de transmission qui sont ou seront en sa possession ou sous sa responsabilité⁶⁵ ;
- la signification à toute personne d'un avis afin de l'obliger à communiquer copie de tout document en sa possession ou sous sa responsabilité ou à établir tout document à partir de données, renseignements ou documents qui sont en sa possession ou sous sa responsabilité et à le communiquer⁶⁶ ;
- la production d'une demande ex parte afin d'obtenir d'un juge de paix un mandat l'autorisant à la visite d'un lieu afin :
 - d'examiner toute chose se trouvant dans le lieu ;
 - d'utiliser ou de faire utiliser les moyens de communication se trouvant dans le lieu ;
 - d'utiliser ou de faire utiliser un ordinateur se trouvant dans le lieu pour examiner les données qu'il contient ou auxquelles il donne accès ;
 - d'établir ou de faire établir des documents fondés sur ces données ;
 - d'utiliser ou de faire utiliser le matériel de reproduction pour copier des documents ;
 - d'emporter, pour examen ou reproduction, toute chose se trouvant dans le lieu ;
 - d'interdire ou de limiter l'accès à tout ou partie du lieu.

5.2.3 Le procès-verbal

Lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une violation a été commise, le CRTC peut dresser un procès-verbal qu'il fait signifier

64. LCAP, art 14.

65. LCAP, art 15.

66. LCAP, art 17.

à l'auteur présumé de la violation. Toute personne à qui est signifié un procès-verbal doit, selon les modalités qui y sont prévues, soit payer le montant de la sanction, soit présenter des observations. Le délai habituel de réponse est de 30 jours suivant la signification, à moins qu'un délai plus long ne soit précisé sur le procès-verbal. Le défaut de paiement ou l'omission de présenter des observations dans les délais équivaut à une déclaration de responsabilité et entraîne l'imposition de la sanction prévue⁶⁷.

Les procédures en violation se prescrivent par trois ans à compter de la date où le CRTC a eu connaissance des éléments constitutifs de la violation⁶⁸.

5.2.4 L'engagement

La Loi permet à toute personne de contracter un engagement, avant ou après l'émission d'un procès-verbal. Cet engagement doit être accepté par le CRTC, énoncer les actes et omissions visés et mentionner les dispositions en cause. Il pourra comporter les conditions que la personne estime indiquées ainsi que prévoir l'obligation de payer une somme précise. Il est important de noter qu'aucun procès-verbal ne peut être signifié à la personne qui contracte un engagement à l'égard des actes ou omissions qui y sont mentionnés⁶⁹.

5.2.5 Les procédures en cas de poursuites

Dans le cadre des procédures, le CRTC peut décider aussi bien des questions de droit que des questions de fait⁷⁰. Sur les questions de fait, il peut décider sans être lié par les conclusions ou jugements des tribunaux, lesquels sont cependant admissibles devant lui⁷¹. Il a les attributions d'une cour supérieure en ce qui concerne la comparution et l'interrogatoire des témoins et la production et l'examen de la preuve⁷². Le CRTC peut former des comités chargés de décider, en son nom, de toute question dans une procédure prévue par la Loi⁷³. Le CRTC peut établir des règles relatives à la présentation des demandes et des observations qui lui sont adressées et la tenue des procédures engagées devant lui⁷⁴.

67. LCAP, art 22 et 24.

68. LCAP, para 23(1).

69. LCAP, art 21.

70. LCAP, para 34(1).

71. LCAP, para 34(2).

72. LCAP, art 35.

73. LCAP, art 36.

74. LCAP, art 37.

Fait important à noter et qui peut avoir une incidence sur la réputation et l'image des organisations, le CRTC peut rendre public le nom des personnes qui sont réputées responsables d'une violation ou qui ont contracté un engagement à mettre fin aux activités interdites par la Loi. Il peut aussi rendre publics les détails de cette violation ou de cet engagement : selon le cas, les actes ou les omissions et les dispositions en cause, les conditions, ainsi que le montant à payer⁷⁵.

5.2.6 La décision, l'appel et le recouvrement

Si la personne présente des observations, le CRTC doit décider, selon la prépondérance des probabilités, de sa responsabilité à l'égard de la violation. Le cas échéant, il peut imposer la sanction prévue dans le procès-verbal, en réduire le montant, y renoncer ou encore en suspendre le paiement aux conditions qu'il estime nécessaires pour l'observation de la Loi⁷⁶.

La preuve du consentement nécessaire à l'accomplissement de tout acte qui serait par ailleurs interdit au titre de l'un des articles 6 à 8 de la Loi incombe à la personne qui en allègue l'existence⁷⁷.

De plus, en cas de déclaration de responsabilité, le CRTC peut, par ordonnance, enjoindre à la personne de cesser de contrevenir à la disposition en cause⁷⁸.

De telles décisions ou ordonnances peuvent faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale dans les 30 jours suivant la date de la décision ou de l'ordonnance. Toutefois, un appel portant sur une question de fait sera subordonné à l'autorisation de la Cour d'appel fédérale, sur demande présentée dans les mêmes délais⁷⁹.

Tout paiement lié à une sanction constitue une créance de Sa Majesté et doit être versé au Receveur général du Canada, y compris les frais raisonnables engagés en vue de recouvrer ce paiement⁸⁰. Le montant de la sanction mentionné dans un procès-verbal est dû à compter de la date de paiement qui y est précisée, sauf en cas de présentation d'observations. S'il y a présentation d'observations, le montant de la sanction sera payable à la date de la décision du CRTC ou de la Cour d'appel fédérale, le cas échéant. Le recouvrement de

75. LCAP, art 39.

76. LCAP, art 25.

77. LCAP, art 13.

78. LCAP, art 26.

79. LCAP, art 27.

80. LCAP, art 28.

la créance se prescrit par cinq ans. Le CRTC peut établir pour toute créance impayée, un certificat de non-paiement qui peut être enregistré à la Cour fédérale, ce qui lui confère valeur de jugement de ce tribunal pour la somme exigée⁸¹.

5.2.7 Les moyens de défense

La Loi prévoit un moyen de défense d'importance pour les personnes qui auraient commis une violation à la Loi. L'article 33 prévoit que nul ne peut être tenu responsable s'il prouve qu'il a pris toutes les précautions voulues pour prévenir la commission de la violation.

Il ne s'agit pas ici de simplement démontrer l'absence d'intention de commettre la violation, mais plutôt de démontrer que la personne a pris toutes les précautions et mesures nécessaires pour se conformer à la Loi et éviter les violations. Les mesures suivantes seraient certainement considérées :

- révision du processus entier de communication électronique et implantation des modifications requises dans le but de se conformer à la Loi ;
- mise sur pied d'un système fiable de suivi et de conservation des consentements (tacites et exprès) ;
- mise en place de mesures techniques permettant le respect de la Loi, notamment le traitement des demandes de désabonnement ;
- rédaction de politiques internes relatives à la transmission des MEC ;
- diffusion de ces politiques auprès des dirigeants, employés et mandataires ;
- formation des dirigeants, employés et mandataires ;
- révision des contrats avec les mandataires ou autres tierces parties, etc.

De plus, il est précisé que les règles et principes de common law qui font d'une circonstance une justification ou une excuse s'appliquent à l'égard de toute violation, sauf dans la mesure où ils sont incompatibles avec la Loi.

81. LCAP, art 29.

5.2.8 La responsabilité des acteurs

Afin de bien évaluer l'étendue de l'application de la Loi et la responsabilité des acteurs, il est important de relire avec attention le paragraphe 6(1) de la Loi :

6.(1) Il est interdit d'envoyer à une adresse électronique un message électronique commercial, *de l'y faire envoyer ou de permettre qu'il y soit envoyé*, sauf si :

- a) La personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à la recevoir ;
- b) Le message est conforme au paragraphe (2). [...] [Les italiques sont nôtres.]

La personne responsable n'est pas seulement celle qui transmet le message mais également celle qui requiert ou permet sa transmission.

De plus, l'article 9 de la Loi indique qu'il est interdit de faire accomplir, même indirectement, tout acte contraire à l'un des articles 6 à 8, ou d'aider ou d'encourager quiconque à accomplir un tel acte.

Notons toutefois que l'article 6 ne s'applique pas au télécommunicateur du seul fait qu'il offre un service de télécommunication qui rend possible la transmission du message⁸².

La Loi vient également ajouter à ses articles 31 et 32 des règles relatives à la responsabilité :

- les dirigeants, administrateurs ou mandataires d'une personne morale qui ont ordonné, autorisé, consenti ou participé à la commission d'une violation, sont responsables ;
- l'employeur ou le mandant est responsable de la violation commise par son employé ou mandataire dans le cadre de son emploi ou de son mandat.

5.3 Droit privé d'action

Sans aller dans tous les détails relatifs à ce recours, il est important de savoir que la Loi, à son article 47, a créé un droit privé d'action. Ce droit permet à toute personne qui prétend être lésée par les actes ou les omissions qui constituent notamment une contra-

82. LCAP, para 6(7).

vention à l'article 6 de la Loi, de demander au tribunal compétent de rendre une ordonnance au titre de l'article 51 de la Loi à l'endroit de l'auteur de la contravention.

Selon l'article 51, le tribunal saisi peut ordonner que les sommes suivantes soient versées au demandeur :

- une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'il a subis ou des dépenses engagées ;
- dans le cas d'une contravention à l'article 6 de la Loi, une somme maximale de 200 \$ à l'égard de chaque contravention, jusqu'à concurrence de 1 000 000 \$ par jour pour l'ensemble des contraventions.

Le recours privé se prescrit par trois ans à compter de la date où le demandeur a eu connaissance des éléments constitutifs de la contravention⁸³.

À noter que le tribunal ne peut examiner la demande alléguant une contravention, notamment à l'article 6 de la Loi, visant à obtenir l'ordonnance prévue à l'alinéa 51(1)b), si la personne visée par la demande a contracté un engagement en vertu du paragraphe 21(1) de la Loi ou reçu signification d'un procès-verbal en vertu du paragraphe 22(1) à l'égard des actes ou des omissions mentionnés dans la demande⁸⁴.

C'est donc dire qu'en cas de violation, une personne devrait tout d'abord agir rapidement pour corriger la situation et éviter qu'elle ne se reproduise et considérer sérieusement faire rapport de l'événement en question au CRTC dans le but de contracter un engagement. Ainsi, elle pourrait éviter que soit entreprise contre elle une action en vertu du droit privé d'action, voire même un recours collectif.

Les dispositions relatives au droit privé d'action n'entreront en vigueur que le 1^{er} juillet 2017. En repoussant ainsi la date d'entrée en vigueur de ces dispositions, le gouvernement canadien souhaitait réduire l'incertitude des entreprises canadiennes concernant l'interprétation de la Loi.

6. CONCLUSION

Le compte à rebours est commencé, et pour certains, depuis déjà bien longtemps. En effet, depuis un bon moment déjà, plusieurs

83. LCAP, para 47(2).

84. LCAP, art 48.

ont entamé l'examen de leur pratique ainsi que le travail requis pour la mise en place de mesures correctives en vue de se conformer à la Loi. Mais ce n'est que depuis le mois de décembre 2013 que les entreprises et organisations connaissent la pleine et réelle étendue de leurs obligations. Au moment de l'entrée en vigueur le 1er juillet 2014, elles auront disposé de moins de sept mois à la suite de la publication du Règlement et l'annonce de l'entrée en vigueur pour faire face à la musique, alors que plus d'un croyait profiter d'une année entière pour ce faire.

Cela est une chose que d'analyser dans un contexte global les dispositions de la Loi, des règlements et des lignes directrices, mais d'appliquer toutes ces dispositions aux situations courantes et particulières de chaque entreprise et organisation est une tout autre aventure. Malheureusement, cette Loi aurait peut-être eu intérêt à être complètement mise de côté et bénéficier d'une nouvelle rédaction dans sa totalité. On a tenté tant bien que mal de corriger ses failles par la réglementation. On peut craindre que la façon de faire qui a été retenue causera bien des maux de tête dans les mois et années à venir.