

# LCAP

**Le consommateur a-t-il besoin de plus de protection?**

**Formation AJBM**

M<sup>e</sup> Charles Morgan

Le 12 janvier 2012

---

# Contenu de la présentation

## Dispositions antipourriels:

- Comment communiquer avec des clients potentiels?

## Dispositions sur les virus (malware) et les logiciels-espions (spyware)

- « Mise à niveau » ou « malware »?

## Dispositions de la *Loi sur la concurrence*

- Représentations fausses ou trompeuses : sujet « accrocheur » ou « illégal »?

## La raison d'être de la Loi canadienne anti-pourriel (LCAP)

- La loi vise 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 dans la marche des activités commerciales* pour les raisons suivantes:
  - a) elles 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) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;
  - c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;
  - d) elles 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

## LCAP - histoire et statut

- Sanction royale le 15 décembre 2010.
- Publication du projet de règlements du CRTC le 30 juin 2011.
- Publication du projet de règlements d'Industrie Canada le 8 juillet 2011.
- Clôture de la période d'observations le 7 septembre 2011.
- Plus de 55 observations au projet de règlements du CRTC et d'Industrie Canada incluant
  - d'organismes tels que la Chambre de commerce canadienne, ITAC, l'Association des banquiers canadiens, Canadian Marketing Association, Canadian Real Estate Association
  - de sociétés telles que RIM, TELUS, Bell, Johnson & Johnson, Microsoft, Shaw
- La loi devait entrer en vigueur au début de 2012.
- Suite aux commentaires reçus, la mise en vigueur de la loi serait retardée

## Observations sur la LCAP

La Chambre de commerce canadienne:

“the overly broad language in both the Act and the proposed regulations *could circumscribe legitimate business-to-business activities* and inadvertently impact businesses ability to deliver products and services to consumers. The Act and proposed Regulations *do not adequately balance* the objective of preventing unwanted, or harmful behaviour with the objectives of ensuring that perfectly legitimate acts are not made illegal, and preserving the vitality of the Internet for electronic commerce. Furthermore, they introduce conflicting or unnecessary regulatory regimes that *needlessly impose significant costs on legitimate business.*”

## Observations sur la LCAP

### L'Association des banquiers canadiens

“we remain concerned with the broad range of the Anti-spam Act and the strict nature of its language...

In our view, the Anti-spam Act contains provisions that are unnecessary to achieve the stated objective of dealing with malicious spam, including some provisions that will have *a severe negative impact upon legitimate electronic commerce* unless regulations are enacted to exclude from the scope of the Act legitimate electronic communications.....”

“Applying electronic marketing processes to a completely new and extremely broad range of electronic messages will be *time-consuming and expensive* for all Canadian businesses.”

# Structure des dispositions anti-pourriel

Les dispositions anti-pourriel s'éloignent grandement d'autres législations anti-pourriel internationales, lesquelles s'appliquent

- aux courriels envoyés en violation de la demande de désinscription d'un individu ou qui sont de nature frauduleuse, fausse ou trompeuses (US CAN SPAM);
- aux courriels de marketing direct auprès d'individus (EU Directive, UK Act);
- à une liste définie de messages électroniques commerciaux relatifs au marketing direct (Australia Spam Act; NZ Spam Act); et
- à une liste définie de messages électroniques commerciaux relatifs au marketing direct envoyés en nombre (Singapore Spam Act).

## Sanctions très sévères

- Des sanctions administratives pécuniaires avec des plafonds allant jusqu'à 1\$ million pour une personne physique et 10\$ millions pour tous les autres. (s.20(4))
- Droits privés d'action par toute personne touchée par un acte prohibé (s.47(1)) avec sanction consistant en ce qui suit:
  - compensation pour perte, dommages et dépenses; et
  - dédommagement de grande portée avec un plafond de:
    - 1\$ million par jour pour violation des dispositions anti-pourriel,
    - 1\$ million pour chaque act aidant, incitant or procurant une violation des dispositions anti-pourriel.
  - Risque de recours collectifs.

## Sanctions accessoires et de responsabilité civile de grande portée

- La responsabilité revient à toute personne qui aide, incite ou procure un acte prohibé. (s.9)
- Les entreprises sont responsables des actes de leurs employés dans l'étendue de leur autorité. (s.32, s.53)
- La responsabilité revient aux dirigeants, administrateurs ou mandataires s'ils ordonnent, autorisent, consentent ou participent à un acte prohibé. (s.31, s.52)
- Une personne n'est pas responsable de violation de la Loi si cette personne prouve qu'elle a pris toutes les précautions voulues pour la prévenir. (s.33, s.54)

## Étendue territoriale

- Les dispositions anti-pourriel s'appliquent à tout message par un système informatique situé "in Canada is used to send or access the electronic message". (s.12(1))
- ITAC: "CASL will impact a range of business decisions that could have unintended negative effects on the competitiveness of a wide range of Canadian technology companies..."
  - "First, Canadian multi-national companies sending messages to non-Canadian customers are incented to use vendors located outside Canada to send those messages...."
  - Second, foreign companies deciding where to locate...facilities related to cloud computing... may choose against Canada because of the extra cost of complying with CASL...
  - Third, Canadian providers of outsourced services to non-Canadian businesses will be at a major disadvantage compared to competitors in other countries."
- Problèmes également pour les entreprises

# Dispositions antipourriels :

Comment communiquer avec  
des clients potentiels?

## « Message électronique commercial »

- Dans le Projet de loi C-28, la définition de «messages électroniques commerciaux» est une définition «ouverte»:
  - Un «**message électronique commercial**» est un message électronique au sujet duquel 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**
  - “**activité commerciale**” est «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».

## La prohibition des pourriels

- **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 le recevoir;
  - b) le message est conforme aux prescriptions du paragraphe (2)

### → Note:

- Cette disposition réfère au fait d'«envoyer» un message ou de «permettre qu'il soit envoyé». Ainsi, un dirigeant pourrait être responsable d'avoir «acquiescé» à l'envoi ou d'avoir «aidé» en «permettant» qu'un ou des messages soient envoyés par un employé.
- Un message électronique ne peut être envoyé sans le consentement exprès du destinataire. Si le consentement n'est pas exprès, il peut être tacite s'il répond à un certain nombre de conditions.
- Les messages électroniques doivent se conformer à certaines formalités.

## Quels messages et systèmes de messagerie sont inclus :

- Est-ce que les dispositions s'appliquent à des comptes de messagerie? :
  - Courriels, par exemple: gmail, hotmail, exchange, etc.;
  - Messagerie instantanée (BBM, Google talk);
  - Réseaux sociaux, par exemple: LinkedIn, Facebook, Twitter tweets ou autres messages directs;
  - Services de géo-location ;
  - Comptes situés sur des portails de commerce électronique (e-commerce);
  - Babillards électroniques
- → Les entreprises et leurs employés communiquent à des fins commerciales via de multiple sources.
- → Davantage de réglementation est nécessaire pour que de telles entreprises puissent obtenir un consentement qui correspond aux exigences de la loi et ce, pour chaque plate-forme utilisée pour envoyer des messages électroniques commerciaux.

## Exceptions générales aux dispositions antipourriels

- Les 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**, au sens des règlements; (art. 6(5)a))
- Les 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 ces activités**; (art. 6(5)b))
- Les messages qui font partie d'une **catégorie réglementaire** ou qui sont envoyés dans les circonstances précisées par règlements. (art. 6(5)c)). (Nous ne savons pas encore ce que cette catégorie inclura.)
- Ne s'applique pas au télécommunicateur du seul fait qu'il offre un service de télécommunication qui rend possible la transmission du message. (art. 6(7)).
- Messages envoyés 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. (art. (1) et 6(4))

## Obtenir un consentement avant d'envoyer un message électronique commercial

- **Consentement exprès**
- Quiconque entend obtenir le consentement exprès d'une personne pour accomplir un acte visé à l'un des articles 6 à 8 doit, lorsqu'il demande le consentement, énoncer en **termes simples et clairs**, les renseignements suivants : a) les **fins auxquelles le consentement est sollicité**; b) les renseignements réglementaires permettant **d'identifier la personne** qui sollicite le consentement et, s'il est sollicité au nom d'une autre personne, les renseignements réglementaires permettant d'identifier celle-ci; c) **tout autre renseignement précisé par règlement**. (art. 10(1)). Voir aussi (2).
- Comment les entreprises peuvent-elles obtenir un consentement dans un message électronique **si l'envoi d'un message dans le but d'obtenir un consentement est lui-même prohibé?** (art.1(3))

## Le consentement tacite et l'envoi de messages électroniques commerciaux

- Un **consentement tacite** suffit pour l'application des dispositions antipourriels seulement si:
- a) il y a une «**relation d'affaires en cours**» ou une «**relation privée en cours**», termes spécifiquement définis dans la loi (art. 10(9)).
  - “relation d'affaires en cours” est une relation qui émane de **l'achat ou du louage au cours des 2 années précédentes**; de l'acceptation d'une possibilité d'affaires ou d'un investissement ou de jeu dans les 2 années précédentes, d'un troc, de tout contrat venu à échéance au cours de cette période ou de toute autre demande, notamment des demandes de renseignements dans les 6 mois précédents.  
(art.10(10))
  - “relation privée en cours” est **une relation qui émane d'un don ou d'un cadeau, du travail bénévole dans les 2 années précédentes**, d'une adhésion au cours des 2 années précédentes à un club, une association ou un organisme bénévole tel que défini par la loi.  
(art.10(13))

## Le consentement tacite et l'envoi de messages électroniques commerciaux

- b) la personne à qui le message est envoyé a fait **publier son adresse courriel** sans spécifier si elle était désireuse ou non de recevoir des courriels commerciaux non sollicités à cette adresse électronique et **le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne**, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise.
- c) la personne à qui le message a été divulgué, la personne qui envoie le message, son adresse électronique sans indiquer un désir de ne pas recevoir de courriel, et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise; ou
- d) le message est envoyé dans **les circonstances décrites dans la réglementation**.

## Exigence pour un site web

### CFIB:

- “The assumption is that every single business in Canada has a website, however only about half of small businesses have a website...”
- “Newer businesses trying to increase their customer base and garner revenue might not be able to initially spend money on a new website, but this requirement will force them to take time and money away from their priorities to comply with the rules”.

## Comment un destinataire peut retirer son consentement

### RIM:

“Subsection 4(e) requires the sender to include a statement telling recipients that they can withdraw consents using any of this contact information...this requirement will mandate that companies and their agents maintain multiple mechanisms to collect these indications, making it inefficient and costly.”

## Le message électronique : exigences de forme

- Le message électronique doit être soumis dans la forme prévue et doit:
  - a) inclure les information requises qui **identifient l'expéditeur**;
  - b) inclure l'information permettant au destinataire qui reçoit le message de **pouvoir contacter celui qui envoie le message** (l'information ainsi indiquée doit être valide pour au moins 60 jours) ; et
  - c) inclure un **mécanisme d'exclusion** (unsubscribe/se désabonner) (art. 6(2) et (3)).
- Le mécanisme d'exclusion doit respecter les exigences suivantes:
  - a) permettre à la personne qui reçoit le message d'exprimer sans frais sa volonté de ne plus recevoir d'autres messages (ou certains d'entre eux) en utilisant soit la méthode qui a été employée pour envoyer le message ou toute autre méthode électronique qui lui permet d'exprimer cette volonté; b) fournir l'adresse électronique ou un lien à la page web à laquelle la personne peut communiquer sa volonté. (art. 11(1) et (2))

## Se désinscrire en deux clics

### CMA:

- “The restrictive form of the unsubscribe mechanism will effectively prevent the practice of allowing recipients to select within a preference centre the types of messages to which recipients wish to unsubscribe, *as multiple clicks are typically necessary to allow for the narrowing of a subscription*. This valid practice should not be discouraged as it provides recipients with greater control over the type of information they receive.”
- “The use of the term “click” itself creates problems as it is not technologically neutral. The term does not allow for the use of platforms such as mobile and tablet.”

Note: the “two click” requirement makes it difficult to give individuals an ability to unsubscribe from each business line, affiliate business or any other specified class of messages.

# Dispositions sur les virus (malware) et les logiciels-espions (spyware) :

«Mise à niveau» ou «malware»?

# L'interdiction

- **8. (1)** Il est interdit, dans le cadre **d'activités commerciales**, d'**installer** ou de faire installer **un programme d'ordinateur** dans l'ordinateur d'une autre personne ou, après avoir ainsi installé ou fait installer un programme d'ordinateur, de **faire envoyer un message électronique** par cet ordinateur, sauf si la personne qui accomplit l'acte en question :
  - a) soit le fait avec le consentement exprès du propriétaire ou de l'utilisateur autorisé de l'ordinateur et se conforme au paragraphe 11(5);
  - b) soit le fait en vertu d'une ordonnance judiciaire.

➔ On ne pourra agir en cas de consentement tacite. Seul un consentement exprès sera valide, à condition par ailleurs de remplir les autres critères établis par la loi.

➔ Les ententes écrites ou ententes exigeant le consentement exprès apparaissant à l'écran (communément appelés «click-wraps») respectent les exigences de la loi. Toutefois, les ententes qui ne sont disponibles que via un hyperlien (communément appelés «web-wraps») ne semblent pas se conformer aux exigences imposées par la loi.

## Portée de l'interdiction

- S'applique à des «**programmes d'ordinateur**» (tel que définis à l'art. 342.1(2) du *Code criminel*) et signifiant «Ensemble de données qui représentent des instructions ou des relevés et qui, lorsque traités par l'ordinateur, lui font remplir une fonction».
- → Les «programmes d'ordinateurs» ne sont pas limités aux seuls virus et logiciels-espions.
- Installer sur un «**ordinateur**» (tel que défini à l'art. 342.1(2) du *Code criminel*) signifie : «Dispositif ou ensemble de dispositifs connectés ou reliés les uns aux autres, dont l'un ou plusieurs d'entre eux : *a*) contiennent des programmes d'ordinateur ou d'autres données; *b*) conformément à des programmes d'ordinateur : (i) soit exécutent des fonctions logiques et des commandes, (ii) soit peuvent exécuter toute autre fonction».
- → Les systèmes informatiques pourraient inclure: des ordinateurs (PC), des téléphones, des téléphones intelligents (smartphones), des tablettes telles le iPad, les lecteurs e-book, le "Cloud computing", des sites web ou des services web, des serveurs, des machines industrielles, des électroménagers, des voitures et d'autres produits de consommation.

# Virus et les logiciels-espions: divulgation obligatoire

Il existe deux niveaux de divulgation pour obtenir un consentement:

- **Divulgation minimale:** Quiconque entend obtenir le consentement exprès d'une personne doit, lorsqu'il demande le consentement, fournir les renseignements précisés par règlement et **énoncer en termes simples, clairs et généraux la fonction et l'objet du programme d'ordinateur** qui sera installé si le consentement est donné. (art.10(3))
- **Divulgation complète:** Si le programme d'ordinateur rencontre les spécificités des **logiciels-espions ou des virus** (tel que défini à l'art. 10(5)), la personne qui sollicite le consentement «doit **décrire les éléments du programme qui effectuent ces fonctions** — notamment **leur nature et objet et les conséquences prévisibles** qu'ils auront sur le fonctionnement de l'ordinateur — et les porter à l'attention de l'autre personne, de la façon prévue par règlement, en termes clairs et facilement lisibles et ailleurs que dans le contrat de licence.
- → La divulgation complète est nécessaire lorsque le programme en question a pour effet de: faire la collecte de renseignements personnels sur l'ordinateur; entraver le contrôle de l'ordinateur; modifier des paramètres, des préférences ou commandements; modifier des données ou l'accès à des données; permettre une communication entre l'ordinateur et d'autres ordinateurs sans permission; installer un programme par un tiers à l'insu du propriétaire; toute autre fonction prévue par les règlements.

## Exceptions pour les mises à jour, les mises à niveau («update») et les corrections («patch»)

- Le consentement exprès et la divulgation minimale ne s'appliquent pas à l'installation de la mise à jour ou à niveau d'un programme d'ordinateur installé ou utilisé avec consentement exprès donné conformément à ces paragraphes si la personne qui a donné le consentement a le droit de recevoir la mise à jour ou à niveau aux termes de celui-ci et que l'installation est faite conformément à ceux-ci. (art.10(7)).
- ➔ Cette exception ne s'étend pas au critère de la divulgation complète.

## Exclusions des exigences de consentement et de divulgation

- La personne est réputée consentir expressément à l'installation d'un programme d'ordinateur si, à la fois :
  - a) le programme est, selon le cas:
    - i. un témoin de connexion,
    - ii. un code HTML,
    - iii. un Java Script,
    - iv. un système d'exploitation,
    - v. tout autre programme qui ne peut être exécuté que par l'entremise d'un autre programme auquel elle a déjà expressément consenti à l'installation ou à l'utilisation,
    - vi. tout autre programme précisé par règlement; et
  - b) il est raisonnable de croire, d'après son comportement, qu'elle consent à l'installation du programme. (art. 10(8))
- ➔ Note: il n'y a pas de renonciation possible à l'obligation de divulgation prévue, mais la divulgation n'est requise que lorsqu'une demande expresse est recherchée.

## Dispositions de la *Loi sur la concurrence* :

Représentations fausses ou trompeuses:  
sujet «accrocheur» ou «illégal»?

## ***Loi sur la concurrence – deux nouvelles dispositions: art. 74.011 et art. 52.01***

- Interdit les représentations qui sont fausses ou trompeuses dans un message qui est de nature électronique
- Interdit la fausse représentation ou la représentation trompeuse dans:
  - les données au sujet de l'expéditeur, dans un message électronique
  - l'«objet» du message électronique
  - localisateur
- Distinguer l'impression générale et la signification littérale
- Aucun concept ni exception dans des cas où il y aurait consentement ou une relation d'affaire préalable.

# Questions / Réponses

## **VANCOUVER**

Suite 1300, 777 Dunsmuir Street  
P.O. Box 10424, Pacific Centre  
Vancouver (Colombie-Britannique) V7Y 1K2  
Tel: 604-643-7100  
Fax: 604-643-7900  
Toll-Free: 1-877-244-7711

## **CALGARY**

Suite 3300, 421 7th Avenue SW  
Calgary (Alberta) T2P 4K9  
Tel: 403-260-3500  
Fax: 403-260-3501  
Toll-Free: 1-877-244-7711

## **TORONTO**

Box 48, Suite 5300  
Toronto Dominion Bank Tower  
Toronto (Ontario) M5K 1E6  
Tel: 416-362-1812  
Fax: 416-868-0673  
Toll-Free: 1-877-244-7711

## **OTTAWA**

440, avenue Laurier Ouest, bureau 200  
Ottawa (Ontario) K1R 7X6  
Tél. : 613-238-2000  
Télééc. : 613-563-9386  
Sans frais : 1-877-244-7711

**mccarthy**  
**tétrault**

## **MONTRÉAL**

Bureau 2500  
1000, rue De La Gauchetière Ouest  
Montréal (Québec) H3B 0A2  
Tél. : 514-397-4100  
Télééc. : 514-875-6246  
Sans frais : 1-877-244-7711

## **QUÉBEC**

Le Complexe St-Amable  
1150, rue de Claire-Fontaine, 7<sup>e</sup> étage  
Québec (Québec) G1R 5G4  
Tél. : 418-521-3000  
Télééc. : 418-521-3099  
Sans frais : 1-877-244-7711

## **UNITED KINGDOM & EUROPE**

125 Old Broad Street, 26th Floor  
London EC2N 1AR  
UNITED KINGDOM  
Tel: +44 (0)20 7489 5700  
Fax: +44 (0)20 7489 5777