

Les règles de la *Loi canadienne anti-pourriel* en ce qui concerne les programmes d'ordinateur ont une portée beaucoup plus vaste que les logiciels espions

Le ministre de l'Industrie a annoncé que la *Loi canadienne anti-pourriel* (aussi désignée par « LCAP ») entrera en vigueur en 2013. Qui plus est, la LCAP imposera un régime fondé sur le consentement exprès (et volontaire) pour l'installation d'un programme d'ordinateur sur un ordinateur personnel, un téléphone intelligent ou tout autre appareil informatique appartenant à une autre personne.

Les nouvelles règles s'appliquent à tout programme d'ordinateur, peu importe s'il est installé dans le but de nuire ou non. Par conséquent, presque toutes les organisations qui s'occupent du fonctionnement d'un site Web, offrent des applications pour appareils mobiles, introduisent des logiciels dans leurs produits ou, d'une quelconque façon, rendent un logiciel accessible aux consommateurs devront modifier leurs pratiques afin d'obtenir un consentement, à moins d'être prêtes à s'exposer à de nouvelles sanctions sévères.

SANCTIONS SÉVÈRES

Les nouvelles règles comporteront la mise en place de sévères sanctions, dont des sanctions administratives pécuniaires pouvant atteindre 10 millions de dollars canadiens pour les sociétés (1 million de dollars pour les individus) et des dommages et intérêts d'origine législative pouvant atteindre 1 million de dollars par jour. De plus, l'octroi d'un droit d'action permettra aux consommateurs et aux entreprises d'entamer un recours en dommages et intérêts. On prévoit que des recours collectifs seront intentés.

EXIGENCES LIÉES AU CONSENTEMENT VOLONTAIRE

Toute personne qui, dans le cadre d'une activité commerciale, installe directement ou indirectement un programme d'ordinateur sur l'ordinateur d'une autre personne devra obtenir, au préalable, le consentement exprès de l'autre personne, sauf à quelques exceptions près. Le consentement exprès sera aussi nécessaire si une personne, réputée avoir installé un programme d'ordinateur, déclenche l'envoi d'un message électronique à partir de l'ordinateur.

Un consentement valable ne peut être obtenu au moyen de cases cochées d'avance ou d'autres formes d'option de refus. De plus, les demandes de consentement faites au consommateur ne peuvent être intégrées dans les demandes de consentement relatives aux contrats de licence ou à d'autres ententes (comme les politiques de confidentialité ou les conditions générales d'utilisation et de vente). Le consommateur doit plutôt avoir la possibilité d'accepter les modalités de l'entente puis, de façon distincte, avoir la capacité de refuser de donner son consentement à l'égard de l'installation de programmes d'ordinateur.

« Programme d'ordinateur », désignera de façon très générale un « ensemble de données qui représentent des instructions ou des relevés et qui, lorsque traitées par l'ordinateur, lui font remplir une fonction. »

EXIGENCES QUANT À LA PUBLICATION DE RENSEIGNEMENTS « GÉNÉRAUX »

Au moment de solliciter le consentement, les entreprises seront tenues de fournir une description claire et simple :

- de la fonction du programme d'ordinateur qui sera installé et de dire à quelles fins il est destiné (en termes généraux);
- de la raison de la demande de consentement;
- des renseignements prescrits permettant d'identifier la personne qui sollicite le consentement ou la personne au nom de laquelle le consentement est demandé.

EXIGENCES QUANT À LA PUBLICATION DE RENSEIGNEMENTS AU SUJET DE FONCTIONS PARTICULIÈRES

La publication de renseignements au sujet de programmes qui effectuent des fonctions particulières (notamment les conséquences prévisibles qu'ils auront sur l'ordinateur de l'utilisateur et sur la liste de contacts) et des confirmations écrites seront aussi requises si le programme a pour effet de faire fonctionner l'ordinateur d'une façon contraire aux attentes raisonnables du propriétaire ou de l'utilisateur en ce qui a trait à l'une ou à plusieurs des fonctions suivantes :

- la collecte de renseignements personnels stockés dans l'ordinateur;
- l'entrave au contrôle de l'ordinateur par le propriétaire ou l'utilisateur autorisé de celui-ci;
- la modification des paramètres, préférences ou commandes déjà installés ou mis en mémoire dans l'ordinateur ou l'entrave à leur utilisation, à l'insu du propriétaire ou de l'utilisateur autorisé de l'ordinateur;

- la modification des données déjà mises en mémoire dans l'ordinateur ayant pour effet d'empêcher, d'interrompre ou d'entraver l'accès ou l'utilisation légitimes de ces données par le propriétaire ou l'utilisateur autorisé de celui-ci;
- la communication de l'ordinateur, sans l'autorisation de son propriétaire ou utilisateur autorisé, avec un autre ordinateur ou dispositif;
- l'installation d'un programme activé par un tiers à l'insu du propriétaire ou de l'utilisateur autorisé de l'ordinateur.

En cas de non-conformité aux exigences de publication de renseignements au sujet de fonctions particulières, la personne sera tenue d'aider le propriétaire ou l'utilisateur de l'appareil informatique à enlever ou à désactiver le programme sans frais. Une responsabilité éventuelle existe en vertu des dispositions générales en matière de sanctions qui ont été décrites ci-dessus.

EXCEPTIONS AUX EXIGENCES D'OBTENTION D'UN CONSENTEMENT EXPRÈS

La LCAP « considérera » qu'un consentement exprès a été donné dans le cas de certaines catégories de programmes d'ordinateur s'il est raisonnable de croire qu'elle a consenti à l'installation du programme. Les catégories de programmes applicables sont :

- un témoin de connexion,
- un code HTML;
- un JavaScript;
- un système d'exploitation;
- tout autre programme qui ne peut être exécuté que par l'entremise d'un autre programme auquel la personne a déjà expressément consenti à l'installation ou à l'utilisation;
- tout autre programme précisé par règlement.

Par ailleurs, afin de permettre l'offre de services de mise à jour automatique des éditeurs de logiciel, l'installation d'une mise à jour ou d'une mise à niveau d'un programme informatique ne requerra pas l'obtention d'un consentement exprès si la première installation du programme a été faite dans le respect des exigences relatives à l'obtention d'un consentement et à la publication de renseignements « généraux », le consentement initial donné par les personnes permet l'installation d'une mise à jour ou d'une mise à niveau des programmes, et l'installation est effectuée dans le respect du consentement initial. Aucune exemption n'est accordée à l'égard des règles de publication de renseignements au sujet de fonctions particulières.

Fait intéressant, si un programme d'ordinateur a été installé sur l'appareil informatique d'une personne avant l'entrée en vigueur de la LCAP, le consentement de la personne à l'installation d'une mise à jour ou d'une mise à niveau pourra être considéré comme implicite jusqu'à la fin d'une période de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la Loi ou jusqu'à ce que la personne envoie un avis selon lequel elle désire retirer son consentement à une telle installation.

Pour obtenir de plus amples renseignements sur la façon dont Osler peut vous aider à accomplir vos activités de conformité, veuillez communiquer avec :

Michael Fekete
mfekete@osler.com
416.862.6792

Adam Kardash
akardash@osler.com
416.862.4703

Ce commentaire trace un aperçu général de la question et ne saurait être considéré comme un avis d'ordre juridique. Abonnez-vous à toute une gamme de publications sur osler.com. Vous pouvez vous désabonner en tout temps sur osler.com ou à l'adresse <http://desabonnement.osler.com>.
© Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

counsel@osler.com
osler.com

Toronto
Montréal
Calgary
Ottawa
New York