
CONSENTEMENT ET PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE : REGARDER LE PASSÉ, PRÉPARER L'AVENIR

Karl Delwaide et Antoine Guilmain * †

INTRODUCTION.....	2
1. LA FORMATION DU CONSENTEMENT.....	3
a) L'obligation d'informer de la part de l'organisation	5
i) Un état des lieux : incohérence, complexité, longueur	5
ii) Les voies pour l'avenir : cohérence, clarté, concision et caractère complet.....	7
b) L'obligation de se renseigner de la part de l'individu	10
i) Le principe de droit commun.....	10
ii) Le contexte spécifique de la vie privée.....	11
2. LE CONTRÔLE DU CONSENTEMENT.....	14
a) Les différents modes de consentement	14
b) Le critère de « nécessité » à l'aune du consentement	15
i) Un aperçu du critère de « nécessité ».....	15
ii) Le potentiel du critère de « nécessité ».....	18
CONCLUSION	21

* Respectivement avocat-associé et avocat au sein du cabinet Fasken Martineau (Montréal), groupe national Protection de l'information et de la vie privée.

† Les informations figurant dans le présent document ne sont fournies qu'à titre de renseignements généraux et ne constituent en aucune façon des conseils professionnels d'ordre juridique ou autre. Par ailleurs, les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs; elles ne se veulent pas l'expression de celles du cabinet Fasken Martineau ni de ses clients.

INTRODUCTION

Aujourd'hui, en 2016, la réalité informationnelle a changé, mais le débat reste le même : compte tenu du contexte technologique actuel et futur, quelle viabilité donner au modèle de consentement et quelles solutions avancer pour permettre aux individus d'exercer un meilleur contrôle sur leurs renseignements personnels, tout en assurant un environnement raisonnablement propice au commerce? À l'heure de l'infonuagique, des mégadonnées, de l'Internet des objets, faut-il repenser le modèle de consentement pour protéger encore plus la vie privée?

C'est là les questions formulées par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (ci-après le « Commissariat ») dans un avis de consultation et appel de mémoires de mai 2016¹, mis à jour le 27 juillet 2016. Cet avis est assorti d'un « Document de discussion sur les améliorations possibles au consentement sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* » (ci-après le « Document de discussion »)². On y revient notamment sur le rôle du consentement, le cadre juridique au Canada et dans certaines autres régions du monde (Union européenne et États-Unis), les défis posés par les technologies de l'information et le comportement humain, pour finalement proposer des pistes de solution (amélioration du consentement, solutions de remplacement du consentement, gouvernance et modèles d'application). Sans tenter de résumer *in extenso* ce Document de discussion, nous y ferons plutôt référence tout au long de notre exposé sur une base ponctuelle.

À ce titre, il convient de noter que la discussion initiée par le Commissariat n'est pas si nouvelle. En effet, dès mars 2015, faisant suite à la réunion au sujet des priorités stratégiques du Commissariat tenue à Montréal, le 23 février 2015, l'un des soussignés livrait son opinion au Commissariat sur le modèle de consentement (en quatorze points)³. De plus, plusieurs travaux s'attachaient déjà à mieux saisir l'exigence de consentement, notamment l'article « Leçons tirées de dix ans d'expérience : la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec* »⁴ duquel nous nous inspirerons.

La présente contribution tombe donc à point nommé pour ramasser nos vues sur le consentement en matière de vie privée. À ce chapitre, il faut insister sur nos deux idées maîtresses, qui

¹ Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Avis de consultation et appel de mémoires : document de discussion sur le consentement*, en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/consultations/2016/consent>> (maintenant accessible à l'adresse suivante : https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultation-sur-le-consentement-en-vertu-de-la-loi-sur-la-protection-des-renseignements-personnels-et-les-documents-electroniques/consent_notice-avis_201605/)

² Groupe des politiques et de la recherche du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Document de discussion sur les améliorations possibles au consentement sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, mai 2016, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2016/consent_201605_f.asp>.

³ Courriel de Karl Delwaide à Daniel Therrien daté du 5 mars 2015.

⁴ Karl Delwaide et Antoine Aylwin, « Leçons tirées de dix ans d'expérience : la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec » dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (2005), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2005, pp. 283 et ss.

charpenteront notre raisonnement. Premièrement, comme le titre de notre soumission l'augure, nous croyons que le modèle de consentement peut certes faire l'objet d'améliorations ponctuelles, sans pour autant qu'il soit fait *tabula rasa* des principes et exigences de base. Plus avant, il ne s'agit peut-être pas tant d'énoncer de nouvelles normes que de s'inspirer des anciennes, qui ont fait leur preuve depuis longtemps. Deuxièmement, selon nous, la question du consentement doit avant tout traduire la nécessité de respecter un rapport d'équilibre entre les individus et les organisations. Comme le Commissariat, nous tenons à ce que le consentement ne soit un fardeau ni pour les particuliers ni pour les organisations, qu'il ne fasse pas obstacle à l'innovation, qu'il ne prive pas les individus, les organisations et la société des avantages découlant du progrès technologique⁵.

Compte tenu de l'ampleur du sujet et du temps imparti, nous avons fait le choix de nous concentrer sur deux « moments » du consentement : en amont, la formation du consentement qui fait appel aux obligations d'information et de se renseigner (section 1), en aval, le contrôle du consentement qui dépend des types de consentement et du critère de nécessité (section 2). En conclusion, nous exposerons brièvement nos recommandations.

1. LA FORMATION DU CONSENTEMENT

Nous avons pris note de ce passage du Document de discussion, à la page 12 :

« Pour leur part, les organisations se heurtent à des difficultés concrètes lorsqu'elles essaient d'expliquer leurs pratiques de gestion des renseignements personnels, en particulier dans l'environnement mobile et compte tenu de l'évolution rapide des services en ligne et de la vive concurrence qui règne dans ce secteur. Les organisations doivent innover rapidement pour soutenir la concurrence dans l'économie mondiale et elles bénéficieraient de mécanismes les aidant à se conformer de façon plus efficiente aux exigences en matière de consentement.

Le consentement ne devrait être un fardeau ni pour les particuliers ni pour les organisations et il ne devrait pas faire obstacle à l'innovation ni priver les individus, les organisations et la société des avantages découlant du progrès technologique. Mais quelle est la meilleure façon de s'y prendre pour préserver cet important contrôle dans le paysage actuel et trouver un juste équilibre entre le droit des individus à la vie privée et la nécessité pour les organisations de gérer les renseignements personnels à des fins commerciales raisonnables en vue de réaliser l'objet et les objectifs mêmes de la LPRPDE? Quels outils seraient efficaces et qui est le mieux placé pour les mettre en œuvre? Le présent rapport constitue la première mesure prise par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada pour déterminer les mécanismes qui pourraient aider à renforcer la validité du consentement tout en favorisant l'innovation dans une économie numérique. Le rôle et les responsabilités des acteurs clés demeurent un facteur essentiel dans l'élaboration de ces mécanismes ».

⁵ Document de discussion, p. 12.

Le Commissariat pose adéquatement la problématique; la solution apparaît moins évidente. Il y a incontestablement un équilibre à atteindre entre la protection de la vie privée et les exigences raisonnables du commerce. L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁶ (ci-après la « LPRPDÉ ») nous y incite d'ailleurs : tenir compte du droit des individus à la protection de la vie privée, mais aussi du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins acceptables. Le « comment y arriver » reste toutefois à définir.

Les principes du bijuridisme canadien⁷ nous autorise à faire appel aux principes du droit civil dans l'interprétation et l'application de la LPRPDÉ. Ces principes nous apparaissent d'ailleurs sages et éprouvés par une longue tradition juridique que ce soit sous l'égide du *Code civil du Bas-Canada* ou sous l'actuel *Code civil du Québec*. Nous référerons donc aux principes connus en matière de consentement en droit civil québécois.

À partir des années 1970, les juristes ont senti le besoin de dissocier le droit « commun » du droit de la protection du consommateur. On jugeait qu'il fallait plus d'information, toujours plus détaillée, pour protéger la « partie faible » au contrat. Le consumérisme a augmenté la tâche d'informer adéquatement l'individu.

Il nous semble que la LPRPDÉ ne participe pas totalement à ce courant. La justification constitutionnelle de l'adoption de cette loi par le Parlement fédéral repose d'abord et avant tout sur les constats que le commerce électronique se développe, qu'il est bon et valable pour les Canadiens, qu'il ne souffre pas vraiment de frontières et qu'enfin pour rassurer les Canadiens et faire croître le commerce électronique, il y a avantage à encadrer la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels. Bref, la justification première de la LPRPDÉ reposerait sur le pouvoir fédéral relatif au commerce interprovincial et international ainsi que sur la compétence relative aux entreprises fédérales (« federal undertakings »).

Sauf pour des cas bien particuliers (en matière de génétique, par exemple), nous croyons peu ou prou aux « zones interdites » ou encore à un processus de pré-autorisation. Au Canada, les lois relatives à la protection des renseignements personnels semblent bâties sur le modèle de l'« intérêt légitime » d'une organisation à colliger, utiliser et communiquer des renseignements personnels, en plus d'assujettir de telles collecte, utilisation et communication au consentement des individus (sauf exceptions précisées à ces lois). C'est donc une approche basée sur la bonne foi des organisations et qui confie au régulateur un rôle de surveillance *a posteriori*. Une approche basée sur des zones interdites ou des pré-autorisations nous semble contraire à cette philosophie de base et exigerait de repenser plus en profondeur la LPRPDÉ et autres lois similaires.

Il nous semble aussi que la LPRPDÉ comporte déjà les paramètres et les éléments utiles à l'encadrement du consentement, quitte à en préciser certains aspects. Voici pourquoi.

Dans le domaine de la vie privée, la formation du consentement doit nécessairement être envisagée comme un concept à deux faces. D'un côté, le *consentement éclairé*, en ce sens que

⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5.

⁷ Articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, LRC (1985), ch. I-21.

l'organisation doit remplir son obligation d'information envers les individus (a). De l'autre côté, le *consentement prudent*, dans la mesure où l'individu doit satisfaire à son obligation de se renseigner sur les pratiques des organisations concernant les renseignements personnels (b). Si l'obligation d'information est depuis longtemps mise de l'avant et discutée par de nombreux observateurs, il nous semble que l'obligation de se renseigner est trop souvent négligée. Cette partie porte donc une recommandation, à tout le moins une invitation, à recentrer le balancier.

Nous n'ignorons pas les principes de l'arrêt *Richard c. Time Inc.*⁸ de la Cour suprême du Canada sur le consentement en matière de protection du consommateur. Nous y reviendrons ci-dessous dans la section relative à l'obligation de se renseigner de la part de l'individu.

a) **L'obligation d'informer de la part de l'organisation**

Les organisations ont une obligation d'informer les individus sur la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels auxquelles ils ont consenti. Toutefois, les politiques de confidentialité – qui sont censées concrétiser cette obligation d'informer – sont aujourd'hui mises à l'épreuve par des excès de précision, de complexité et de longueur (i). Il convient dès lors de relever ce défi en prônant une « règle des 4 C » dans la rédaction des politiques de confidentialité (cohérence, clarté, concision et caractère complet), tout en demeurant vigilant aux fausses solutions miracles (ii).

i) Un état des lieux : incohérence, complexité, longueur

L'obligation générale d'information, c'est-à-dire l'obligation de fournir à l'autre cocontractant les informations nécessaires à un consentement pleinement éclairé, est reconnue depuis longtemps dans de nombreux domaines⁹. À ce stade, il convient d'apporter deux précisions. D'une part, l'obligation d'information vaut aussi bien lors de la *formation* du contrat qu'*en cours d'exécution* du contrat¹⁰. D'autre part, l'obligation d'*informer* ne doit pas être confondue avec celle de *conseiller* : « [I]a première vise uniquement la communication au cocontractant éventuel de faits pertinents à sa prise de décision et qui peuvent avoir sur l'adhésion au contrat un impact important. La seconde, qui peut d'ailleurs former l'obligation principale de certains contrats, va plus loin : elle oblige son débiteur, non seulement à la communication de l'information, mais aussi à une présentation objective de l'ensemble des renseignements obtenus, à l'évaluation des différentes décisions que le cocontractant peut prendre, et même éventuellement à l'émission d'une opinion sur l'opportunité pour lui de conclure l'engagement »¹¹ [nous soulignons].

Cette même obligation d'information se retrouve également dans le domaine de la vie privée, et se décline de la manière suivante.

⁸ [2012] 1 R.C.S 265.

⁹ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013, para 303, p. 398.

¹⁰ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554, 1992 CanLII 71 (CSC), p. 593.

¹¹ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013, para 306, p. 405.

- Sur le plan fédéral, la LPRPDÉ contient plusieurs dispositions qui y réfèrent, que ce soit en matière de consentement, d'accès aux renseignements personnels ou dépôt de plainte. Plus particulièrement, le principe 4.3.2 de l'Annexe 1 prévoit ce qui suit :

« **4.3.2.** Suivant ce principe, il faut informer la personne au sujet de laquelle on recueille des renseignements et obtenir son consentement. Les organisations doivent faire un effort raisonnable pour s'assurer que la personne est informée des fins auxquelles les renseignements seront utilisés. Pour que le consentement soit valable, les fins doivent être énoncées de façon que la personne puisse raisonnablement comprendre de quelle manière les renseignements seront utilisés ou communiqués. » [nous soulignons]

La *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques*¹² (anciennement le « projet de loi S-4 »), sanctionnée en juin 2015, est d'ailleurs venue ajouter l'article 6.1 à la LPRPDÉ qui dispose :

« **6.1** Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1, le consentement de l'intéressé n'est valable que s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un individu visé par les activités de l'organisation comprenne la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels auxquelles il a consenti. » [nous soulignons]

- Sur le plan provincial, au Québec, l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹³ (ci-après la « Loi sur le secteur privé ») stipule que :

« **8.** La personne qui recueille des renseignements personnels auprès de la personne concernée doit, lorsqu'elle constitue un dossier sur cette dernière, l'informer :

- 1° de l'objet du dossier;
- 2° de l'utilisation qui sera faite des renseignements ainsi que des catégories de personnes qui y auront accès au sein de l'entreprise;
- 3° de l'endroit où sera détenu son dossier ainsi que des droits d'accès ou de rectification. » [nous soulignons]

L'obligation d'information n'est donc pas absente de la vie privée. Toutefois, les politiques de confidentialité, qui sont censées cristalliser l'obligation d'information, feraient « l'objet de nombreuses critiques en raison du jargon juridique qui y est utilisé et des efforts requis pour les lire »¹⁴. À titre d'illustration, le Document de discussion réfère à des recherches qui auraient démontré qu'il faudrait pas moins de 244 heures par an par internaute pour lire, voire comprendre, les politiques de confidentialité des sites qu'il a visités¹⁵. Les politiques de

¹² *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques*, LC 2015, c 32.

¹³ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1.

¹⁴ Document de discussion, p. 14.

¹⁵ *Ibid.*

confidentialité seraient donc des documents tout simplement ineffectifs, qui n'atteindraient pas le but recherché de *renseigner* les individus.

Ce constat ne peut et ne doit pas être attribué à la malveillance des organisations. Selon nous, le comportement des organisations est souvent motivé d'abord et avant tout par le désir de se prémunir contre les poursuites judiciaires. En effet, les responsables de l'élaboration des politiques de confidentialité sont confrontés au « paradoxe de la transparence »¹⁶ : ils doivent constamment trouver un équilibre entre le « ni trop » et le « ni pas assez » concernant le degré de précision, de complexité et de longueur des politiques. La tâche n'est pas aisée, mais à nos yeux peut laisser place à certaines améliorations.

ii) Les voies pour l'avenir : cohérence, clarté, concision et caractère complet

Contrairement à certains auteurs, nous ne croyons pas qu'« une politique de confidentialité brève et simple ne saurait refléter la complexité de la circulation de l'information de manière suffisamment détaillée pour permettre un consentement éclairé »¹⁷. Les arguments de complexité inhérente aux technologies de l'information nous semblent être un faux problème, et doivent plutôt céder le pas à l'enseignement de Nicolas Boileau « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément ». Plus concrètement, il est tout à fait concevable de penser à un formulaire type, unique et relativement standardisé, qui s'appliquerait à toutes les politiques de confidentialité au Canada. Une sorte de sommaire « one-pager » sous forme de « point form » qui apparaîtrait en premier avec la possibilité d'accéder à la version longue. Sans prétendre à l'exhaustivité, voici une « règle des 4 C » sur lesquels un tel formulaire pourrait reposer :

- **Cohérence** : Il faut avant tout habituer/familiariser les individus à une structure informationnelle pour les politiques de confidentialité, du type quoi? (collecte des données), pourquoi? (utilisation des données), à qui? (communication des données), comment? (sécurité des données), où? (conservation des données), les droits? (droit d'accès et de rectification). Cette méthode lui permettrait à la fois de mieux *comprendre* les enjeux en matière de protection des renseignements personnels, tout en lui permettant de *comparer* avec ses expériences précédentes. Les valeurs de « structure » et de « stabilité » sont ainsi sauvegardées;
- **Clarté** : Il convient d'éviter le langage trop technique (que ce soit sur le plan juridique, technologique, ou autre), offrir une présentation calculée et agréable (polices, interlignes, couleurs), utiliser les hyperliens pour simplifier le texte (les « cookies » ou la géolocalisation peuvent faire l'objet d'un simple lien plutôt qu'une définition détaillée, d'autant que ces notions sont de mieux en mieux connues), ou encore prendre en compte les contraintes d'affichage de la technologie visée (particulièrement pour les applications mobiles). Ce type de normes pourrait être défini en amont en concertation avec les acteurs du milieu,

¹⁶ Helen Nissenbaum, « A Contextual Approach to Privacy Online », (2011) 140:4 *Daedalus the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*.

¹⁷ Document de discussion, p. 14.

avec un degré de flexibilité raisonnable, pour ensuite être imposé aux organisations;

- **Concision** : Il faut finalement prévoir une limite de longueur aux politiques de confidentialité, que ce soit sur une base de page, de mots ou de caractères. On pourrait tout à fait envisager un document interactif d'une page ou deux avec des champs (limités en nombre de caractères) à remplir;
- **Caractère complet** : « Intégral » et « interminable » ne sont pas synonymes. Il est tout à fait possible d'être complet, tout en étant cohérent, clair et concis. Cela rejoint d'ailleurs, à nos yeux, le principe de transparence.

Cette approche n'est pas si novatrice puisque, déjà en 2012, aux États-Unis, la *Federal Trade Commission* définissait comme principe que « [p]rivacy notices should be clearer, shorter, and more standardized to enable better comprehension and comparison of privacy practices »¹⁸. Cependant, trop souvent aujourd'hui, les technologies de l'information et les nouveaux modèles d'affaires suffisent pour faire abdiquer la recherche de simplicité et de transparence.

Si on s'en tient au seul consentement, qu'il nous soit permis de résumer notre pensée de la façon suivante, reprenant en cela, en partie notre courriel au Commissariat daté du 5 mars 2015 :

« **14)** Enfin, nous nous permettons d'avancer une approche d'encadrement, qui permet d'allier contrôle, simplification et transparence, sans devenir trop contraignante. Selon nous, le reproche sous-jacent à la situation est le fait qu'il est parfois difficile de véritablement cerner ce à quoi on consent. Et pour le régulateur cela ne simplifie pas les choses. Une formule de consentement de plusieurs pages de texte à simple interligne est assez « indigeste ». Il faut simplifier pour que les circonstances du consentement soient clairement énoncées et compréhensibles. Pourquoi ne pas exiger un sommaire (qui devrait tenir sur une seule page, en « point form ») sur lequel seraient inscrites a) les objets de la cueillette, de l'utilisation et de la communication des RP et ce, séparément pour chacune, b) le consentement demandé pour chacune, c) un énoncé de ce en quoi cela est nécessaire et d) la présence ou non de « cookies » ou autres éléments du genre. Le sommaire en question devrait apparaître dès le début de la « publication » de la demande de consentement. Le but est de donner à l'individu un portrait succinct de ce qui lui est expliqué et demandé en long et en large dans les autres pages du formulaire de consentement. Il s'agit de mettre en application l'adage bien connu « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire viennent aisément! ». Le Commissariat pourrait même adopter et publier un formulaire-type comportant ces différentes rubriques. Nous n'avons pas identifié de dispositions autorisant le Commissariat à imposer l'utilisation d'un tel formulaire et même à en prescrire la teneur, voire à en limiter l'étendue (éviter

¹⁸ Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations For Businesses and Policymakers*, mars 2012, rapport en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>.

des avis-fleuves qui reviendraient à réécrire de nombreuses pages, tout aussi incompréhensibles). (...) Un amendement législatif pourrait être requis. En attendant, cela pourrait être suggéré par le Commissariat comme partie intégrante des « best practices » en matière de protection des RP ».

Pour finir sur cet aspect, nous aimerions donner notre « son de cloche » sur les solutions possibles identifiées dans le Document de discussion pour améliorer le consentement. On y réfère tous azimuts à des avis concernant la protection de la vie privée à des étapes clés de l'expérience des utilisateurs, à plusieurs options créatives numériques, à la gestion des préférences, à des mesures de sécurité propres à une technologie donnée, etc.¹⁹ Ces pistes de solution nous semblent porteuses sous réserve d'éviter les trois biais suivants.

Pas trop d'information. Le fait de vouloir assurer un suivi régulier sur la protection de la vie privée des individus, « pour les aider à comprendre la circulation complexe de l'information »²⁰, ou le désir de développer des outils créatifs d'information, peut sembler évident et inoffensif. Il peut cependant y avoir des effets pervers dans la mesure où le surplus d'information sur la vie privée peut conduire les individus à se désintéresser du sujet (surtout compte tenu du faible intérêt actuel), en plus des coûts engagés par les organisations pour maintenir de tels processus. À ce registre, la prudence est donc de mise en gardant à l'esprit l'adage « trop d'information tue l'information ».

Pas trop de créativité. Pour le Commissariat, « [i]l y a lieu d'explorer également des options créatives pour adapter le consentement à l'évolution de la situation et des préférences [...] [p]ar exemple, les organisations pourraient améliorer leur politique de confidentialité au moyen de cartes de données, d'outils infographiques dynamiques et interactifs ou de courtes vidéos »²¹. Là encore, l'idée est bonne sur le principe avec toutefois ses limites. En effet, comme nous l'avons indiqué, il convient avant tout de familiariser les individus à une certaine structure informationnelle (quoi, pourquoi, à qui, comment, où, etc.) concernant les politiques de confidentialité. Au contraire, l'innovation et la créativité numérique poussées à l'excès pourraient multiplier les formes de présentation de l'information, ce qui créerait une instabilité permanente pour les individus qui expérimenterait des outils toujours différents. Sans oublier les fonds investis par les organisations pour développer ce type d'options créatives. Au bout du compte, il ne s'agit pas tant de bloquer toute forme de *créativité* que de la contenir pour qu'elle cohabite avec la valeur de *stabilité*.

Pas trop de « technomagie ». Finalement, le Commissariat fait référence à la gestion des préférences, aux mesures de sécurité propres à une technologie donnée et aux paramètres par défaut pour « alléger le plus possible le fardeau associé à la prise de décisions »²², « éliminer la nécessité de comprendre parfaitement toutes les pratiques de protection de la vie privée d'une organisation »²³, ou encore pour que « la protection de la vie privée [soit] intégrée par défaut

¹⁹ Document de discussion, pp. 14-17.

²⁰ *Ibid.*, p. 14.

²¹ *Ibid.*, p. 14.

²² *Ibid.*, p. 14.

²³ *Ibid.*, p. 15.

comme élément inhérent au programme ou au système »²⁴. Ces pistes sont évidemment prometteuses, mais elles ne sont certainement pas neutres sur le plan technologique et éthique. D'une part, de telles options reposent sur des technologies spécifiques qui sont en constante évolution. En ce sens, il nous paraît irréaliste et dangereux de vouloir les réglementer au cas par cas, et il faudrait plutôt assurer la pérennité du principe de « neutralité technologique »²⁵ consacré par la LPRPDÉ²⁶. D'autre part, en substance, toutes ces solutions technologiques semblent envisagées comme une manière de « déresponsabiliser », voire infantiliser, les individus. Or, plutôt que s'arrêter à l'absence de motivation et/ou au manque de compétence, il nous semble salutaire de considérer les individus comme des acteurs responsables, dotés de discernement et capables de raisonner. Cette position, qui repose sur une certaine conception de l'être humain, et plus largement sur les rapports entre l'éthique et la vie privée, se cristallise pour nous dans l'« obligation de se renseigner ».

b) L'obligation de se renseigner de la part de l'individu

En droit commun, il est admis que l'obligation de se renseigner est l'envers de la médaille de l'obligation d'information : « c'est la limite qui lui est imposé »²⁷ (i). Ce principe est également présent dans le contexte de la vie privée, mais, selon nous, il doit être remis au goût du jour tout en étant sauvegardé pour l'avenir (ii).

i) Le principe de droit commun

« Les lois viennent au secours des gens vigilants, non de ceux qui dorment », selon la locution latine²⁸. Ce principe, développé depuis longtemps sous le droit romain, s'est perpétué et demeure toujours invoqué par les tribunaux canadiens²⁹. En un mot, la loi repose sur la « responsabilisation » des sujets de droit, et non pas sur leur « infantilisation ».

Dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Portalis résume ainsi cette position :

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁵ Voir Pierre Trudel, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 19 : « Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place. La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre ». Voir également Vincent Gautrais, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Thémis, 2012.

²⁶ Voir notamment LPRPDÉ, Annexe 1, principe 4.7.1 : « [...] Les organisations doivent protéger les renseignements personnels quelle que soit la forme sous laquelle ils sont conservés. »

²⁷ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013, para 314, p. 413.

²⁸ En latin « vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt »

²⁹ *Canadian Acceptance Corp. c. Zerbes*, (1945) C.S. 200; *Torino c. English Transcontinental (Canada) Ltd*, (1960) B.R. 499; *Lehrer c. Trans Island Motors*, (1965) B.R. 267; *Gagné c. Riendeau et al.*, (1968) B.R. 531; *Lambert c. Lévis Automobiles et al.*, (1957) 1 S.C.R. 623; *Delisle c. Clavet*, (1972) C.A. 898; *The Federation Ins. Co. of Canada c. Craig, Forget et Cie*, (1973) C.S. 431, 438; *Letarte c. Les Prévoyants du Canada*, (1974) R.P. 428, 430.

« On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition. »³⁰ [nous soulignons]

En matière contractuelle, ce principe a été repris et décliné en une « obligation de se renseigner ». En effet, si le contractant a eu la possibilité de connaître l'information ou d'y avoir accès, celui-ci doit également prendre les mesures raisonnables pour bien en connaître les enjeux importants, les faits susceptibles d'influencer sa décision³¹. Cette idée a été confirmée par la Cour suprême du Canada qui est venu indiquer qu'« il ne faut pas donner à l'obligation [d'information] une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires »³².

Par ailleurs, cette obligation de se renseigner se manifeste dans de nombreux domaines de droit, tels que le contrat d'assurance terrestre pour la déclaration de risque par l'assuré, la garantie contre les vices cachés, la responsabilité extracontractuelle du fabricant pour un défaut de sécurité, etc.³³ À cet égard, notons ici que le cadre juridique déjà connu des contrats d'adhésion peut servir de « point d'ancrage » pour encadrer les obligations d'informer et de se renseigner en matière de vie privée.

En bout du compte, en reprenant les termes de Jean-Louis Baudouin, « le droit entend protéger le contractant contre une inégalité situationnelle, mais non contre sa propre sottise ou négligence [...] [a]utrement, conclure des contrats serait impraticable »³⁴. Un effort informationnel prudent et diligent doit donc toujours être effectué.

ii) Le contexte spécifique de la vie privée

Il existe également une obligation de se renseigner en vertu de la LPRPDÉ : « il incombe aux individus de se renseigner eux-mêmes sur les pratiques d'une organisation en matière de gestion des renseignements personnels et de comprendre la nature, les fins et les conséquences de leur consentement à la collecte, à l'utilisation et à la communication de leurs renseignements personnels par l'organisation »³⁵.

³⁰ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804, 1801.

³¹ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013, para 314, p. 413.

³² *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554, 1992 CanLII 71 (CSC), p. 587.

³³ Pour aller plus loin, voir Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013, para 314, p. 414.

³⁴ *Ibid.*, para 314, p. 415.

³⁵ Document de discussion, p. 10.

Pour nos fins, la question implicite découlant du Document de discussion peut être reformulée ainsi : faudrait-il repenser l'obligation de se renseigner compte tenu des technologies de l'information et du comportement humain? Nous ne le croyons pas. Nous aborderons successivement ces deux aspects pour soutenir notre position.

En premier lieu, les technologies de l'information ont certes modifié la donne, qu'on réfère à l'infonuagique, aux mégadonnées ou à l'Internet des objets. Le Commissariat note que « les transferts traditionnels de données d'un point à un autre sont remplacés par des flux de données qui transitent par des systèmes répartis, si bien que les individus ont de la difficulté à savoir quelles organisations traitent leurs données et à quelles fins »³⁶. Ce constat doit toutefois être nuancé. Le modèle de *consentement* a assurément changé, mais le *consentant* également. Les individus sont aujourd'hui constamment confrontés aux technologies de l'information (courriels, réseaux sociaux, téléphones intelligents), s'en servent sur une base régulière, voire quotidienne (au moins dans un contexte professionnel), maîtrisent de plus en plus les paramètres de confidentialité. On rejoint ici l'idée maîtresse de l'historien André Leroi-Gourhan qui considérait que nous, humains, formons nos outils, mais également que nos outils nous forment³⁷. Ce constat est d'autant plus vrai que les nouvelles générations naissent et baignent dans cet écosystème d'information. On peut ici penser aux travaux du philosophe Michel Serres qui considère que l'essor des nouvelles technologies a fait naître un nouvel humain³⁸. En fin de compte, l'affirmation courante selon laquelle « les technologies de l'information et les nouveaux modèles d'affaires seraient trop complexes » nous semble trop étriquée : la figure du consentant évolue également, et il demeure en mesure de s'acquitter de son obligation de se renseigner.

En deuxième lieu, le comportement humain est un enjeu indissociable du consentement, il faudrait que le modèle de consentement reflète fidèlement le comportement des gens³⁹. Cependant, tel que plusieurs études le démontreraient, reprises dans le Document de discussion, les individus adoptent des comportements, tantôt naïfs⁴⁰, tantôt défaitistes⁴¹, tantôt contradictoires⁴². Par ailleurs, des travaux révéleraient que les individus ne liraient pas les politiques de confidentialité pour diverses raisons (longueur, technicité, formatage, langage,

³⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁷ André Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, Paris, Albin Michel, 1964.

³⁸ Michel Serres, *Petite Poucette*, Paris, Le Pommier, 2012. Voir Michel Serres, « Petite Poucette. Les nouveaux défis de l'éducation », Académie française, Séance solennelle du 1^{er} mars 2011 : « Il ou elle n'a plus le même corps, la même espérance de vie, n'habite plus le même espace, ne communique plus de la même façon, ne perçoit plus le même monde extérieur, ne vit plus dans la même nature; né sous péridurale et de naissance programmée, ne redoute plus la même mort, sous soins palliatifs. N'ayant plus la même tête que celle de ses parents, il ou elle *connaît autrement*. »

³⁹ Ian Kerr, Jennifer Barrigar, Jacquelyn Burkell et Katie Black, « Soft Surveillance, Hard Consent » dans *Lessons from the Identity Trail*, Oxford University Press, 2009, p. 21.

⁴⁰ Chris Jay Hoofnagle et Jennifer M. Urban, « Alan Westin's Privacy Homo Economicus », *The Wake Forest Law Review*, vol. 49, no 261, 19 mai 2014, p. 261-317.

⁴¹ Joseph Turow, Michael Hennessy et Nora Draper, « The Tradeoff Falacy: How Marketers Are Misrepresenting American Consumers And Opening Them up to Exploitation », Annenberg School for Communication, University of Pennsylvania, juin 2015.

⁴² Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte et George Loewenstein, « Privacy and Human Behavior in the Age of Information », *Science*, vol. 347, no 6221, 30 janvier 2015, p. 509-514.

etc.)⁴³. Le Commissariat avance finalement qu'« [i]l est prouvé que le comportement nuit à l'efficacité du modèle de consentement »⁴⁴, en insistant sur « les paradoxes du comportement humain et des réalités pratiques selon lesquelles la personne concernée dispose de peu de temps et n'a pas assez d'énergie pour s'intéresser comme il se doit aux politiques de confidentialité »⁴⁵. Un tel constat appelle à plusieurs remarques. Tout d'abord, l'individu est perçu comme son pire ennemi, on devrait nécessairement le prendre par la main pour qu'il donne un consentement éclairé. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que l'obligation d'*informer* ne recoupe pas celle de *conseiller*⁴⁶. Ensuite, la formule « on peut consentir contre sa volonté », introduite par Homère, semble ici généralisée (ce serait la norme) et juridicisée (ce devrait guider la norme). Malgré la distinction entre les notions de « consentement » et de « volonté »⁴⁷, nous croyons que le débat devrait plutôt se concentrer sur le levier juridique que constitue le « consentement », sans trop s'éparpiller sur notion de « volonté » qui « est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme »⁴⁸. En somme, au risque de nous répéter, il faut se prémunir du « nivellement par le bas » qui voudrait que les lois viennent au secours des endormis, des étourdis et des négligents. Les anciens, dont Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil français, nous mettaient déjà en garde contre cette dérive.

Selon nous, l'obligation de se renseigner doit résister aux arguments trop faciles des technologies de l'information et du comportement humain. L'approche « infantilisante » doit céder le pas à celle « responsabilisante », nettement plus prometteuse à nos yeux, et qui appelle à des enjeux différents d'éducation, de formation et de sensibilisation du public (c'est-à-dire les individus et les organisations). Plus avant, nous faisons nôtres les propos de l'auteur Serge Soudoplatoff, qui se demande *Avec Internet, où allons-nous?* et en vient au constat que :

« [C]e n'est pas l'entreprise, la société, l'humain, le monde qui sont devenus plus complexes, c'est la manière dont nous les considérons qui a fortement évolué. [...] Pour bien vivre dans cette "société de l'interaction et de la complexité" »

⁴³ Voir notamment Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données. Avis 15/2011 sur la définition du consentement, 13 juillet 2011.

⁴⁴ Document de discussion, p. 11.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁶ Voir *supra*.

⁴⁷ Marie-Anne Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, pp. 573 et ss. : « Il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté. Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement. C'est bien ainsi que le définit le *Vocabulaire philosophique de Lalande* : consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser le pavillon devant une assertion ou devant une autre personne. Tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. C'est pourquoi la figure de la liberté est celle du martyr et du héros : celui qui ne s'avoie jamais vaincu, celui qui ne consent jamais. En Occident, la liberté dans le "non"; le consentement est dans le "oui". Par la volonté, je domine; par le consentement, je me sou mets. La force est du côté de la volonté; la faiblesse du côté du consentement. »

⁴⁸ *Ibid.*

[concept introduit par l'auteur], nous ne pouvons plus nous contenter d'être des spectateurs passifs, nous devons devenir des acteurs du système, et surtout en avoir pleine conscience. »⁴⁹ [nous soulignons]

En terminant sur ce sujet, nous ne croyons pas que la LPRPDÉ incorpore ou doive incorporer le test du « consommateur crédule et inexpérimenté » auquel réfère la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Richard c. Time Inc.*⁵⁰ D'abord ce test a été discuté et développé dans le cadre du texte de la *Loi sur la protection du consommateur*⁵¹ et de son contexte. Ensuite, nous ne croyons pas qu'une approche similaire doive être retenue en ce qui concerne la LPRPDÉ puisqu'elle ne vise pas (contrairement à la *Loi sur la protection du consommateur*) à mettre l'accent uniquement sur la protection des droits des individus (en tant que « parties faibles » à un contrat). La LPRPDÉ vise tout autant à permettre de créer un environnement propice au développement des activités commerciales, dont le commerce électronique. Bref, cette recherche d'équilibre entre le droit des individus à la vie privée à l'égard de leurs renseignements personnels et le besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer de tels renseignements personnels s'accommode mal d'un test aussi drastique que celui du « consommateur crédule et inexpérimenté ». Enfin, nous sommes d'avis que cet équilibre est établi ou préservé par ce que nous suggérons à la section 2 du présent mémoire, à savoir que le critère de « nécessité » peut jouer un rôle de « garde-fou » à chacune des étapes de collecte, d'utilisation ou de communication de renseignements personnels.

En définitive, nous reconnaissons que le choix ultime en est un d'approche, de philosophie du droit : prendre pour acquise l'apathie informatique généralisée ou souhaiter une plus grande implication de l'individu. Notre position est celle de la recherche d'un équilibre : certes, les organisations se doivent d'informer de façon cohérente, claire, concise et complète; mais l'individu doit aussi faire les efforts raisonnables pour se renseigner et comprendre.

2. LE CONTRÔLE DU CONSENTEMENT

a) Les différents modes de consentement

Nous n'entendons pas nous pencher sur les critères relatifs à la validité du consentement, pas plus que sur les exceptions à l'exigence d'obtenir un consentement.

Pour nos fins, il suffit d'énoncer succinctement que la LPRPDÉ et la Loi sur le secteur privé consacrent toutes deux l'exigence de consentement, avec toutefois quelques nuances quant à la forme du consentement. En effet, tandis que la LPRPDÉ autorise les consentements explicite *et* implicite selon les circonstances⁵², la Loi sur le secteur privé n'autorise, en principe, que le consentement explicite.

⁴⁹ Serge Soudoplatoff, *Avec Internet, où allons-nous?*, Paris, Le Pommier, 2004, chapitre 1.

⁵⁰ [2012] 1 R.C.S. 265, para 78.

⁵¹ L.R.Q., ch. P-40.1.

⁵² Voir LPRPDÉ, Annexe 1, principe 4.3.6 : « La façon dont une organisation obtient le consentement peut varier selon les circonstances et la nature des renseignements recueillis. En général, l'organisation devrait chercher à obtenir un consentement explicite si les renseignements sont susceptibles d'être considérés comme sensibles.

Nous nous sommes plutôt penchés sur l'encadrement du consentement et ses limites pour clarifier, à nos yeux, si le consentement peut véritablement être utilisé pour en arriver à obtenir des individus qu'ils acceptent d'agréer à une situation parce qu'ils n'auraient pas le choix.

b) Le critère de « nécessité » à l'aune du consentement

La plupart des lois sur la protection des renseignements personnels ont institué une sauvegarde de sécurité, une sorte de « garde-fou », à l'exigence du consentement : il s'agit du critère de « nécessité ». Autrement dit, quand bien même l'individu aurait donné son *consentement*, les organisations doivent toujours s'assurer que les renseignements collectés, utilisés ou communiqués sont *nécessaires* à l'objet du dossier ou aux fins indiquées. Après avoir examiné le critère de « nécessité » (i), nous exposerons en quoi cela permet déjà – selon nous – de répondre aux « insuffisances » du modèle de consentement (ii).

i) Un aperçu du critère de « nécessité »

L'article 5 de la Loi sur le secteur privé impose à la personne qui « recueille des renseignements personnels afin de constituer un dossier sur autrui ou d'y consigner de tels renseignements » de ne « recueillir que les renseignements nécessaires à l'objet du dossier » [nous soulignons].

L'article 9 de cette même loi énonce ce qui suit :

« 9. Nul ne peut refuser d'acquiescer à une demande de bien ou de service ni à une demande relative à un emploi à cause du refus de la personne qui formule la demande de lui fournir un renseignement personnel sauf dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- 1° la collecte est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat;
- 2° la collecte est autorisée par la loi;
- 3° il y a des motifs raisonnables de croire qu'une telle demande n'est pas licite.

En cas de doute, un renseignement personnel est réputé non nécessaire. »

L'article 64 alinéa 1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁵³ (ci-après « Loi sur l'accès ») dispose que « nul ne peut, au nom d'un organisme public, recueillir un renseignement personnel si cela n'est pas nécessaire à l'exercice des attributions de cet organisme ou à la mise en œuvre d'un programme dont il a la gestion » [nous soulignons].

Le principe 4.2.2 de l'Annexe 1 de la LRPDÉ prévoit dans le même sens que « suivant le principe de la limitation en matière de collecte (article 4.4), l'organisation ne doit recueillir que les renseignements nécessaires aux fins mentionnées » [nous soulignons]. Sans oublier les principes 4.3.3. et 4.4.

Lorsque les renseignements sont moins sensibles, un consentement implicite serait normalement jugé suffisant. Le consentement peut également être donné par un représentant autorisé (détenteur d'une procuration, tuteur). »

⁵³ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1.

On peut ici légitimement se demander que signifie le terme « nécessaire »? Est-il possible déterminer la « nécessité » sur la base de critères objectifs? Pour notre part, par souci de simplicité, nous nous limiterons à certaines décisions de la Commission d'accès à l'information⁵⁴ (ci-après la « CAI ») et de la Cour du Québec, qui nous semblent par ailleurs pertinentes à une échelle plus large.

Le fardeau de démontrer la nécessité de recueillir les renseignements personnels demandés repose sur l'organisation qui demande les renseignements⁵⁵. Cela étant dit, et avec toutes les nuances que suscite une telle affirmation⁵⁶, on peut considérer que le critère de nécessité a été interprété tantôt grammaticalement (arguments de texte) tantôt téléologiquement (arguments de finalité)⁵⁷.

D'un côté, la CAI a appliqué une définition littérale et rigoureuse du terme « nécessité » que le juge Louis-Philippe Pigeon résume ainsi : « une chose absolument indispensable, ce dont on ne peut rigoureusement se passer [...] une nécessité inéluctable »⁵⁸. En ce sens, un renseignement personnel qui est simplement utile (ou commode) pour l'organisme public ne répond pas au critère de nécessité⁵⁹. Selon ce point de vue, en l'absence de tout fondement raisonnable

⁵⁴ Les développements qui suivent sont largement inspirés du travail antérieur : Karl Delwaide et Antoine Aylwin, « Leçons tirées de dix ans d'expérience : la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec » dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (2005), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2005, pp. 298-302.

⁵⁵ *X c. Entreprise A*, 2011 QCCA 296, para 21. Voir également *X. c. Le Groupe Jean Coutu (P.J.C.) Inc.*, [1995] CAI 128; *Tremblay c. Caisse Populaire Desjardins de St-Thomas*, [2000] CAI 154; *Therrien c. Montréal (Ville de)*, [2001] C.A.I. 208; *Julien c. Domaine Laudance*, [2003] CAI 77; *A. c. C.*, [2003] CAI 534.

⁵⁶ Pour une analyse similaire avec quelques nuances, voir Raymond Doray et François Charette, *Accès à l'information : loi annotée, jurisprudence, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, art. 64, pp. III/64-2 à 64-6.

⁵⁷ Voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009, pp. 295 et s. et pp. 441 et s.

⁵⁸ Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Collection Études juridiques, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 15, repris à la page 15 du rapport final d'enquête de la CAI, en date d'août 1995, dans l'affaire du Regroupement des Comités logement et Association de locataires du Québec, dossier 94 14 03.

⁵⁹ *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 et Caisse populaire St-Stanislas de Montréal*, D.T.E. 99T-59 (T.A.). Voir également *Therrien c. Montréal (Ville de)* (C.A.I.) [2001] C.A.I. 209. Voir finalement *M.L. c. Gatineau (Ville de)*, 2010 QCCA 68, para 75 : « Avec respect pour l'opinion de la Cour du Québec, la Commission est d'avis qu'il n'y a pas lieu de substituer le test élaboré dans *Oakes* à la règle, généralement utilisée, de l'interprétation contextuelle du critère de la nécessité. La Commission est, en effet, d'avis de retenir, pour l'interprétation du terme nécessité, le sens donné par la juge de la Cour d'appel, Mme Marie-France Biche, alors qu'elle était arbitre de griefs. » Voir également *Techniciennes et techniciens et artisans et artisans du réseau français de Radio-Canada (STARF) et Société Radio-Canada* (grief syndical), (T.A., 2012-01-11), SOQUIJ AZ-50820556, 2012EXPT-264, D.T.E. 2012T-88, para 51-52 : « Compte tenu du caractère fondamental du droit à la vie privée, il faut se garder de donner une interprétation trop large au mot "nécessaire" car autrement toute intrusion pourrait alors être permise et le droit à la vie privée ne serait alors plus qu'un vœu pieux. Les dictionnaires le Petit Robert et le Multi Dictionnaire de la langue française donnent respectivement les définitions suivantes à ce mot : [...] De l'avis du tribunal, pour que l'employeur puisse requérir qu'un employé soit soumis à une expertise médicale (ce qui constitue une intrusion parmi les plus importantes à la vie privée) il faut que cela soit indispensable et/ou essentiel de connaître son état de santé et non simplement utile ou commode. C'est pourquoi il doit faire la preuve qu'il dispose de motifs raisonnables l'amenant à conclure que tel examen est nécessaire. Par exemple, de tels motifs pourraient être une croyance raisonnable à l'effet que l'absence était frauduleuse, injustifiée ou qu'elle était due à une cause autre

permettant de douter de la véracité du renseignement, une indication selon laquelle un employé est malade justifie son absence sans qu'il n'ait à fournir un diagnostic médical⁶⁰. En outre, pour remplir des sections d'une demande de règlement d'assurance, un employeur n'a pas besoin de connaître, sauf s'il est responsable de l'administration des demandes de prestations d'invalidité, le diagnostic précis d'un employé absent de son travail. La déclaration d'un médecin portant sur l'invalidité de l'employé (et la période applicable) devrait suffire⁶¹. Si un renseignement n'est pas « absolument indispensable » à l'objet du dossier, comme le numéro d'assurance sociale ou le nom d'un parent proche, il n'est pas considéré nécessaire et ne peut être recueilli ni demandé⁶². En fait, le numéro d'assurance sociale et le numéro de permis de conduire des personnes ne peuvent être utilisés qu'aux fins précises pour lesquelles ils ont été initialement prévus, et ils ne peuvent être demandés pour d'autres fins, comme pour des fins d'identification générale⁶³.

De l'autre côté, surtout dans le contexte de la Loi sur l'accès, la CAI a mis de l'avant une approche contextuelle et flexible. Le critère de « nécessité » présuppose ainsi une fin sous-jacente à la cueillette de renseignements et doit s'apprécier à la lumière de cette fin. Par exemple, dans le cadre d'un emploi, le numéro de téléphone résidentiel fut considéré nécessaire pour un employeur en raison de certaines exigences précises liées à l'emploi. Le critère appliqué fut que ce renseignement personnel était « plus qu'utile » dans le contexte précis de l'emploi⁶⁴. À la lumière de la preuve soumise dans une autre cause, le numéro d'assurance sociale n'a pas été retenu comme étant nécessaire puisque d'autres renseignements pouvaient être utilisés aux fins avancées pour justifier l'identification des individus⁶⁵.

Finalement, dans la décision de principe *Laval (Ville de) c. X*⁶⁶, la Cour du Québec a adopté une approche plus complexe. En se basant sur une revue de la jurisprudence antérieure, et sans vraiment distinguer la Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé, la Cour du Québec énonce une nouvelle interprétation selon laquelle :

« [33] Ce principe d'interprétation, voulant que la nécessité doit être évaluée relativement aux fins pour lesquelles un renseignement est requis, est conforme à la lettre et à l'esprit de la loi. Il ne s'agit pas de déterminer ce qu'est la nécessité en soi, mais plutôt de chercher, dans le contexte de la protection des renseignements personnels, et pour chaque situation, ce qui est nécessaire à l'accomplissement de chaque fin particulière pour laquelle un organisme public

que la maladie. Cette nécessité pourrait également découler du fait que l'employeur ait des motifs raisonnables de douter de la capacité d'un employé à reprendre ses fonctions. »

⁶⁰ *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 et Caisse populaire St-Stanislas de Montréal*, D.T.E. 99T-59 (T.A.).

⁶¹ *X. et Synergic International 1991 inc.*, [1995] C.A.I. 361.

⁶² *X. et Ameublements Tanguay*, A.I.E. 95AC-112 (Rapport d'enquête) et *X. et Boîte noire*, A.I.E. 96AC-33 (Rapport d'enquête) et *X. et Ordre des comptables agréés du Québec*, A.I.E. 95AC-115 (Rapport d'enquête).

⁶³ *Comeau c. Bell Mobilité*, [2002] C.A.I. 1; *Moses c. Caisse populaire Notre-Dame-de-la-Garde*, [2002] C.A.I. 4.

⁶⁴ *Bellerose c. Université de Montréal*, [1988] C.A.I. 377 (C.Q.).

⁶⁵ *Bayle c. Université Laval*, [1992] C.A.I. 240.

⁶⁶ *Laval (Ville) c. X.*, 2003 CanLII 44085 (QC CQ).

plaide la nécessité. Or, pour accomplir cette tâche, la Cour constate l'absence d'un critère de nécessité, qui soit véritablement fonctionnel. »

Dans son évaluation du critère approprié, la Cour a appliqué un test semblable à celui élaboré dans la décision *R. c. Oakes*⁶⁷. Puisque la protection de la vie privée constitue un droit fondamental consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁸ (québécoise) et le *Code civil du Québec*⁶⁹, la Cour précise que les renseignements seront nécessaires s'ils sont recueillis en vue d'un objectif légitime et important et que l'atteinte à la vie privée est proportionnellement moins importante que ces objectifs. La Cour a donc privilégié une méthode basée sur l'équilibre des droits pour protéger les droits fondamentaux à la vie privée, lorsque la situation l'exige.

Cette méthode interprétative a notamment été réétudiée et confirmée dans l'affaire *Grenier c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*⁷⁰. Cette décision vient d'ailleurs préciser qu'« [i]l n'y a aucune raison que cette exigence [de nécessité] pour la cueillette d'un renseignement cesse de s'appliquer dans le temps » et qu'« [i]l serait illogique de conclure que le législateur a prévu l'exigence de nécessité pour obtenir le renseignement et non pas pour le conserver »⁷¹.

ii) Le potentiel du critère de « nécessité »

Une fois le portrait du critère de « nécessité » dressé, il convient maintenant de s'interroger sur ses interactions avec le modèle de consentement. Autrement dit, est-ce une exigence alternative ou cumulative au consentement?

Dans un premier temps, certains ont pu considérer que le critère de nécessité était alternatif à l'exigence de consentement. C'est le cas du Commissaire Iuticone, minoritaire sur cette question, dans *Tremblay c. Caisse populaire Desjardins de St-Thomas*, qui estimait que « si tout est conforme au consentement en ce qui concerne son objet, d'une part, et que le consentement est libre, éclairé et donné pour des fins spécifiques, d'autre part, il n'y a pas lieu de démontrer la nécessité de la cueillette du renseignement personnel »⁷².

Dans un deuxième temps, et depuis la décision *Laval (Ville de) c. X*⁷³, le critère de nécessité apparaît cumulatif à l'exigence du consentement. Cette position s'inscrit dans le contexte de l'article 64 de la Loi sur l'accès. Le juge Fillion croit alors que la mention « nul ne peut recueillir, au nom d'un organisme, un renseignement qui n'est pas nécessaire [...] dans une loi à caractère prépondérant, doit être interprété comme signifiant une impossibilité supérieure à une

⁶⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 1986 CanLII 46 (CSC).

⁶⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

⁶⁹ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991.

⁷⁰ *Grenier c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2010 QCCQ 9397, para 147 et s.

⁷¹ *Ibid.*, para 101.

⁷² *Tremblay c. Caisse populaire Desjardins de St-Thomas* (C.A.I., 2000-04-05), SOQUIJ AZ-50076020, A.I.E. 2000AC-43, [2000] C.A.I. 154, p. 5. Voir également *Julien c. Domaine Laudance*, [2003] C.A.I. 77 ; *A. c. C.*, [2003] C.A.I. 534 et *Agyemang c. Ipex Inc.*, [2001] C.A.I. 201.

⁷³ *Laval (Ville de) c. X.*, 2003 CanLII 44085 (QC CQ).

impossibilité relative à l'absence ou à la présence d'un consentement »⁷⁴ [nous soulignons]. Autrement dit, même si une personne consent à la cueillette de renseignements personnels, le critère selon lequel ces renseignements sont « nécessaires » à la confection d'un dossier ou d'un fichier précis doit quand même être prouvé. En l'absence d'une exception précise, la nécessité et le consentement s'appliquent tous deux comme conditions cumulatives à la cueillette de renseignements personnels.

Dans un troisième temps, ce raisonnement a été étendu à la Loi sur le secteur privé, comme nous le préconisons depuis un certain temps⁷⁵. La décision *M.S. c. Demers-Dion* est peut-être la plus explicite sur le sujet où la Commissaire, en s'appuyant sur *Laval (Ville de) c. X*⁷⁶, admet sans détour que « [la Loi sur le secteur privé] ne permet pas qu'une entreprise recueille, même avec le consentement de la personne concernée, un renseignement qui n'est pas nécessaire à l'objet d'un dossier »⁷⁷.

On voit donc bien que le critère de nécessité permet déjà de combler, les « faiblesses » du modèle de consentement; il s'agit d'une sorte de « cran de sécurité » qui a fait ses preuves et qu'il ne faut pas négliger. En ce sens, il n'est peut-être pas si « nécessaire » de réinventer la roue en matière de consentement, à tout le moins il convient de toujours penser le consentement à l'aune du critère de « nécessité ».

En terminant sur ce sujet qu'il nous soit permis de commenter quelque peu l'énoncé suivant du Commissariat, tiré de la page 3 du Document de discussion :

« Certaines obligations prévues par la loi s'appliquent même si le consentement n'est pas exigé. Par exemple, le paragraphe 5(3) de la LPRPDE limite les fins de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels par une organisation à celles « qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances ». Cette disposition aide à protéger les individus contre la collecte, l'utilisation et la communication inappropriées de leurs renseignements personnels même s'ils y consentent ou dans les cas où le consentement n'est pas exigé. Tous les autres principes énoncés dans la LPRPDE, par exemple les mesures de sécurité et la responsabilité, continuent aussi de s'appliquer même si le consentement n'est pas exigé ».

Selon nous, un tel énoncé devrait être complété en ce sens que le paragraphe 5(3) de la LPRPDÉ est indissociable notamment des principes 4.2.2, 4.3.3 et 4.4 de l'Annexe 1 :

⁷⁴ *Ibid.*, para 67.

⁷⁵ Karl Delwaide et Antoine Aylwin, « Leçons tirées de dix ans d'expérience : la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec » dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information* (2005), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2005, p. 301 : « Nous croyons que le même raisonnement devrait également s'appliquer à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels, de sorte que les deux critères, soit le "consentement" et la "nécessité", doivent être remplis pour permettre à une entreprise de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels. »

⁷⁶ *Laval (Ville) c. X*, 2003 CanLII 44085 (QC CQ).

⁷⁷ *M.S. c. Demers-Dion*, 2008 QCCA 189, para 52.

« 4.2.2 Le fait de préciser les fins de la collecte de renseignements personnels avant celle-ci ou au moment de celle-ci permet à l'organisation de déterminer les renseignements dont elle a besoin pour réaliser les fins mentionnées. Suivant le principe de la limitation en matière de collecte (article 4.4), l'organisation ne doit recueillir que les renseignements nécessaires aux fins mentionnées.

4.3.3 Une organisation ne peut pas, pour le motif qu'elle fournit un bien ou un service, exiger d'une personne qu'elle consente à la collecte, à l'utilisation ou à la communication de renseignements autres que ceux qui sont nécessaires pour réaliser les fins légitimes et explicitement indiquées.

4.4 Quatrième principe - Limitation de la collecte

L'organisation ne peut recueillir que les renseignements personnels nécessaires aux fins de déterminées et doit procéder de façon honnête et licite ». [nous soulignons]

Des rapports de conclusions du Commissariat font ressortir une volonté d'appliquer le critère de « nécessité » cumulativement au consentement.

À titre d'exemple, le Rapport de conclusions no 2008-389 reprend le test en quatre temps retenu par le Commissariat dans la détermination du caractère approprié des fins dont il est question au paragraphe 5(3) de la LPRPDÉ :

- « •Est-il possible de faire la preuve que la mesure est nécessaire pour répondre à un besoin particulier?
- Cette mesure est-elle susceptible d'être efficace pour répondre à ce besoin?
- L'atteinte à la vie privée est-elle proportionnelle à l'avantage qui en découlera?
- Existe-t-il un autre moyen moins envahissant qui pourrait permettre d'atteindre le même objectif? »

Le passage suivant tiré du Rapport de conclusions no 2008-389 rejoint la même ligne de pensée :

« Nous n'avons pas cherché à savoir si le mis en cause a tenté ou non d'obtenir un consentement pour l'utilisation de Detective Mode. Le paragraphe 5(3) de la Loi fournit une norme objective à partir de laquelle on peut mesurer la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels, indépendamment du consentement ou de l'absence de consentement des utilisateurs. En conséquence, même la collecte de renseignements personnels faite avec le consentement de la personne est susceptible de contrevenir à la Loi si elle est effectuée à des fins inacceptables selon le paragraphe 5(3) ». [nous soulignons]

Bien que ce tout dernier énoncé ne vise que l'étape de la « collecte » des renseignements personnels, nous croyons que la même approche devrait guider les pas des organisations en matière d'utilisation et de communication de renseignements personnels. En résumé, un consentement est requis, mais même s'il est obtenu, il ne pourrait obvier au fait que les organisations doivent s'assurer qu'il ne s'applique qu'à ce qui est « nécessaire » de colliger,

d'utiliser ou de communiquer pour des fins jugées acceptables ou appropriées. L'équilibre recherché entre protection des renseignements personnels et besoins du commerce nous semble alors préservé.

Ainsi, le consentement ne peut pas obvier à l'exigence de nécessité expressément imposée par ces principes. Si tel n'est pas le cas, le paragraphe 5(3) de la LPRPDÉ pourrait être clarifié.

Essentiellement, à l'instar de la Loi sur le secteur privé, la LPRPDÉ peut encadrer le consentement d'une façon raisonnable et équilibrée : il y a devoir d'informer adéquatement l'individu, mais celui-ci doit raisonnablement se renseigner, s'informer. Une approche simplifiée, celle dite du « one pager » pourrait y contribuer. Quant à clarifier ce qu'une organisation pourra faire des renseignements personnels obtenus, cela aussi sera encadré à la fois par cette exigence d'un consentement cohérent, clair, concis et au caractère complet, mais aussi par les « limites » imposées au consentement : en aucun cas ne pourrait-elle contourner l'exigence, à quelque étape que ce soit, que la collecte, l'utilisation ou la communication recherchées soient « nécessaires » aux fins/objets auxquels l'individu aura consenti.

CONCLUSION

Nous nous sommes penchés sur deux aspects particuliers du consentement (principalement sur l'obligation d'informer et son corollaire, celle de se renseigner), de même que sur les limites inhérentes au consentement découlant du critère de « nécessité », pour répondre aux deux questions suivantes de l'avis de consultation :

« 2. Avez-vous d'autres solutions à proposer pour relever les défis associés au consentement? Veuillez expliquer.

3. Quels rôles, responsabilités et pouvoirs devrait-on attribuer aux parties chargées de promouvoir l'élaboration et l'adoption de solutions pour mettre en place le système le plus efficace possible? »

Selon nous, les lois sur la protection des renseignements personnels, jumelées aux principes du droit commun, portent déjà en elles une grande partie des solutions aux enjeux du consentement à l'ère des technologies de l'information et des nouveaux modèles d'affaires.

En amont, la formation du consentement doit reposer sur un équilibre entre l'obligation d'informer des organisations, sous réserve d'une obligation de simplifier le modèle des politiques de confidentialité (« règle des 4 C » : cohérence, clarté, concision et caractère complet) et l'obligation de se renseigner pour les individus. À ce sujet, rappelons notre proposition de mars 2015 :

« 14) Enfin, nous nous permettons d'avancer une approche d'encadrement, qui permet d'allier contrôle, simplification et transparence, sans devenir trop contraignante. Selon nous, le reproche sous-jacent à la situation est le fait qu'il est parfois difficile de véritablement cerner ce à quoi on consent. Et pour le régulateur cela ne simplifie pas les choses. Une formule de consentement de plusieurs pages de texte à simple interligne est assez « indigeste ». Il faut

simplifier pour que les circonstances du consentement soient clairement énoncées et compréhensibles. Pourquoi ne pas exiger un sommaire (qui devrait tenir sur une seule page, en « point form ») sur lequel seraient inscrites a) les objets de la cueillette, de l'utilisation et de la communication des RP et ce, séparément pour chacune, b) le consentement demandé pour chacune, c) un énoncé de ce en quoi cela est nécessaire et d) la présence ou non de « cookies » ou autres éléments du genre. Le sommaire en question devrait apparaître dès le début de la « publication » de la demande de consentement. Le but est de donner à l'individu un portrait succinct de ce qui lui est expliqué et demandé en long et en large dans les autres pages du formulaire de consentement. Il s'agit de mettre en application l'adage bien connu « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire viennent aisément! ». Le Commissariat pourrait même adopter et publier un formulaire-type comportant ces différentes rubriques. Nous n'avons pas identifié de dispositions autorisant le Commissariat à imposer l'utilisation d'un tel formulaire et même à en prescrire la teneur, voire à en limiter l'étendue (éviter des avis-fleuves qui reviendraient à réécrire de nombreuses pages, tout aussi incompréhensibles). (...) Un amendement législatif pourrait être requis. En attendant, cela pourrait être suggéré par le Commissariat comme partie intégrante des « best practices » en matière de protection des RP ».

En aval, le critère de « nécessité » peut jouer un rôle de « garde-fou » à chacune des étapes de collecte, d'utilisation ou de communication des renseignements personnels. Si le paragraphe 5(3) de la LPRPDÉ est ambigu à cet égard, il devra être amendé pour assurer que le consentement et la « nécessité » soient considérés comme cumulatifs à chacune de ces étapes de collecte, d'utilisation et de communication de renseignements personnels.

Le tout étant respectueusement soumis.

Karl Delwaide et Antoine Guilmain, avocats.
Montréal, le 4 août 2016.