



Mémoire concernant les lignes directrices sur les critères de **validité du consentement**

Équipe Respect de la vie privée et protection
des renseignements personnels | Montréal

Eloïse Gratton, Elisa Henry, François Joli-Cœur, Simon Du Perron, Julie M. Gauthier,
Andy Nagy, Daniel-Nicolas El Khoury, Candice Hévin et Catherine Labasi-Sammartino

Présentation des auteurs



Eloïse Gratton

Associée et co-chef nationale, Respect de la vie privée et protection des renseignements personnels
egratton@blg.com



Elisa Henry

Associée et co-chef nationale, Respect de la vie privée et protection des renseignements personnels
ehenry@blg.com



François Joli-Cœur

Associé
fjolicoeur@blg.com



Simon Du Perron

Avocat
sduperron@blg.com



Julie M. Gauthier

Avocate-conseil
jugauthier@blg.com



Andy Nagy

Avocat
anagy@blg.com



Daniel-Nicolas El Khoury

Avocat principal
delkhoury@blg.com



Candice Hévin

Avocate
chevin@blg.com



Catherine Labasi-Sammartino

Avocate
clabasisammartino@blg.com

* À moins d'indication contraire, les articles cités dans ce mémoire correspondent aux articles de loi tels qu'amendés après l'entrée en vigueur de la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels* (« **Loi 25** »).

Q.1

Quelle évaluation générale faites-vous du projet de lignes directrices?

Nous accueillons de façon favorable l'intention de la CAI¹ de faciliter l'application de la Loi sur l'accès² et de la LPRPSP³ avec les présentes Lignes directrices sur les critères de validité du consentement. De façon générale, nous sommes d'avis que certaines interprétations prises par la CAI et plusieurs exemples proposés susciteront davantage de confusion que de clarté pour les organisations. Nous sommes particulièrement inquiets que l'un des principaux impacts des lignes directrices soit d'exacerber le phénomène de lassitude du consentement⁴ décrié à juste titre par la CAI⁵. Ainsi, nos commentaires visent à faire en sorte que les lignes directrices fournissent un éclairage clair et pratique aux organisations dans la mesure permise par le cadre juridique applicable.

Considérant que le consentement est la seule base juridique reconnue par la LPRPSP pour la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels, il importe que cette notion ne soit pas interprétée d'une manière trop rigide ou contraignante, notamment en exigeant un consentement exprès plus souvent que nécessaire, afin de tenir compte des besoins des entreprises en matière de traitement de renseignements personnels. Le fait d'accorder trop d'importance au consentement exprès peut nuire à l'expérience de l'utilisateur et conduire à une « lassitude du consentement ». Or, l'interprétation de la CAI, notamment en ce qui concerne le profilage et d'autres fonctions technologiques, semble parfois aller au-delà de ce que prévoit la LPRPSP et pourrait ainsi imposer des obligations excessives aux entreprises. Cela pourrait conduire à une augmentation des demandes de consentement dans divers secteurs qui utilisent des témoins de connexion et des technologies similaires, à l'instar des difficultés rencontrées en lien avec la mise en œuvre de la législation européenne stricte sur les témoins de connexion. Étant donné le débat en cours au sein de l'UE sur la praticabilité et l'efficacité d'une telle approche⁶, il est impératif que la CAI révise son interprétation pour s'aligner plus étroitement sur l'esprit et la lettre de la LPRPSP et ainsi éviter les écueils d'application de la loi qui se manifestent en Europe présentement. Cela permettrait de trouver un meilleur équilibre entre le respect du droit à la vie privée des individus et la reconnaissance de la réalité opérationnelle des entreprises, permettant ainsi une application plus efficace et pratique des exigences en matière de consentement.

Les lignes directrices actuelles peuvent représenter un défi pour les entreprises, en particulier celles qui ne sont pas familières avec les différents types de consentement, tels que le « consentement présumé », le « consentement implicite » et le « consentement exprès ». Le manque de clarté autour de ces concepts peut conduire les entreprises à adopter une approche plus conservatrice en matière de conformité et, par conséquent, à s'appuyer inutilement sur le consentement exprès. Par conséquent, les lignes directrices devraient selon nous commencer par décrire clairement chacun de ces types de consentement et les critères spécifiques qui s'appliquent à chacun d'entre eux. Il serait particulièrement utile de donner plus de détails sur le « consentement présumé », étant donné qu'il s'agit désormais d'un élément central de la LPRPSP. En outre, des directives détaillées sont nécessaires pour déterminer quand il convient de se fonder sur le « consentement implicite » et comment satisfaire aux critères de validité du consentement. Pour lui donner son plein effet, le « consentement exprès », qui représente le type de consentement le plus strict, devrait être réservé aux situations où il est justifié et où aucune exception au consentement ne s'applique. Cette approche plus nuancée améliorerait la compréhension des entreprises et réduirait le recours excessif au consentement exprès.

Q.2

Les lignes directrices vous paraissent-elles valides du point de vue juridique? Les orientations qu'elles donnent sont-elles cohérentes entre elles?

Nous tenons à souligner certaines interprétations prises par la CAI qui nous semblent aller au-delà de la portée du texte de loi et de l'intention du législateur.

Recours aux exceptions au consentement (par. 10). La CAI indique qu'en vertu du principe de responsabilité, formulé à l'article 3.1 LPRPSP, une organisation devrait décrire clairement les actions qu'elle pose sans consentement dans une politique de confidentialité ou dans tout autre document de même nature⁷. Or, l'article 3.1 – ni aucun autre article de la LPRPSP – ne prévoit une telle obligation. Nous comprenons que l'objectif sous-jacent est de préserver les droits des individus, tels que l'accès et la rectification, et de permettre aux individus de formuler une plainte le cas échéant. Cependant, les moyens choisis par la CAI ne nous semblent pas efficaces pour atteindre cet objectif. D'abord, l'ajout d'une description de toutes les actions qu'une entreprise peut entreprendre en vertu de la LPRPSP sans consentement pourrait rendre les politiques de confidentialité plus longues et difficiles à comprendre pour l'individu moyen, ce qui nuirait à sa capacité d'exercer ses droits de manière efficace. Par ailleurs, étant donné que les exceptions au consentement dépendent souvent du contexte et ne sont pas toujours clairement définies dans la loi, il est peu probable que les individus soient en mesure, sur la base des descriptions fournies dans une politique, de déterminer de manière fiable si une exception s'applique à eux dans une situation donnée. Enfin, cette exigence risque de détourner les ressources des entreprises de la mise en œuvre d'autres mesures plus directement bénéfiques à la protection des renseignements personnels et à l'exercices des droits individuels (ex. la mise en place de procédures plus efficaces pour répondre aux demandes et aux plaintes, la formation du personnel sur les obligations en matière de protection de la vie privée, l'amélioration des mécanismes de consentement, etc.). À titre d'exemple, il nous semble irréaliste d'exiger des organisations qu'elles décrivent dans leurs politiques de confidentialité la myriade de fins compatibles en vertu desquelles elles peuvent utiliser des renseignements personnels qui lui ont été fournis suite à l'obtention d'un consentement présumé. Pensons à une organisation qui obtient le consentement présumé des individus pour un produit financier et qui utilise ensuite les renseignements du client pour différentes fins connexes et compatibles, comme la production de relevés et l'envoi de rappels avant l'échéance.

Irréversibilité du consentement (par. 12). La CAI indique qu'une organisation ayant sollicité le consentement d'un individu pour une fin précise ne peut, si ce dernier refuse de consentir ou retire son consentement, plutôt choisir de s'appuyer sur une exception au consentement prévue par la loi pour cette même fin⁸. Cette recommandation, qui ne semble être fondée sur aucune disposition précise de la loi, néglige de reconnaître le fait que plusieurs exceptions au consentement sont liées à des fins qui sont soit nécessaires à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat, soient requises par la loi⁹. En d'autres termes, le fait d'interdire à une entreprise de poursuivre une fin reconnue par une exception au consentement, sous prétexte de respecter le consentement, pourrait empêcher de fournir un produit ou un service demandé par la personne concernée ou encore placer l'entreprise dans une situation de violation d'une obligation légale. La position prise par la CAI nous semble donc difficilement conciliable avec l'article 9 LPRPSP et risque de causer des défis opérationnels inutiles et lourds pour les organisations, particulièrement les petites et moyennes entreprises (PMEs). À titre d'exemple, plusieurs organisations mettent en place des mécanismes et des modèles de détection de la fraude afin de protéger le public et de se conformer à leurs obligations légales¹⁰. Donner aux individus la possibilité de refuser cette utilisation par l'entremise du consentement, empêcherait les organisations de détecter et de rapporter des transactions suspectes, ce qui aura un impact négatif sur l'ensemble de la clientèle.

Application des lignes directrices (par. 20). L'article 123 (9) de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (Loi sur l'accès) prévoit que la CAI a pour fonction d'élaborer des lignes directrices pour faciliter l'application de cette loi et de LPRPSP. La CAI semble toutefois conférer un effet juridique plus grand aux lignes directrices, lorsqu'elle indique que « Les organisations devraient déployer les efforts nécessaires pour les appliquer. Si elles ne le font pas, elles devraient être en mesure d'en expliquer les raisons. » Nous sommes d'avis que la CAI devrait se limiter à encourager les organisations à se conformer aux lignes directrices sans en faire une exigence formelle. À tout le moins, les lignes directrices devraient préciser que les exemples ne sont donnés qu'à titre illustratif et n'ont pas de valeur juridique.

Le consentement exprès comme règle générale (par. 30). La CAI indique qu'en règle générale, le consentement doit être exprès¹¹; ce qui semble indiquer qu'une entreprise ne peut s'appuyer sur d'autres formes de consentement que dans les cas prévus par la loi. Or, cette interprétation nous semble aller à l'encontre des dispositions de la LPRPSP. En effet, l'article 12 al. 1 précise qu'un consentement doit être manifesté de façon expresse lorsqu'une utilisation à des fins secondaires vise des renseignements personnels sensibles. L'article 8.3 reconnaît également une autre forme de consentement, le consentement présumé, comme valide lorsque les individus fournissent leurs renseignements personnels après avoir été informés conformément à l'article 8. Ainsi, il nous semble erroné de soutenir que le consentement exprès constitue la forme de consentement « par défaut » dans la mesure où le consentement présumé nous semble couvrir un large éventail de situations. La position prise par la CAI de « privilégier le consentement exprès chaque fois que possible » s'écarte de la situation en vigueur dans les autres régimes juridiques dotés d'une législation en matière de protection des renseignements personnels et elle nous semble contraire aux attentes raisonnables des individus. Se conformer à un tel standard risque d'entraîner des processus technologiques et des formulaires de consentement inutilement lourds pour des traitements de renseignements personnels non-sensibles et d'ainsi augmenter la lassitude du consentement. À notre avis, les lignes directrices de la CAI devraient refléter le comportement réel des consommateurs qui n'ont pas une tolérance illimitée aux avis complexes et aux demandes de consentement répétées.

Identification, localisation et profilage (par. 31). La CAI assimile l'obligation d'informer les personnes concernées des moyens permettant d'activer les technologies dotées de fonctions permettant de les identifier, de les localiser ou d'effectuer un profilage, prévue à l'article 8.1 LPRPSP, à une exigence d'obtenir un consentement exprès¹². Selon cette interprétation, les moyens d'activation doivent non seulement être obtenus par un « geste positif », mais doit également répondre à tous les autres critères de validité du consentement, ce qui nous semble contraire au texte de loi et au contexte général de la LPRPSP. D'une part, l'article 8.1 utilise les termes « moyens offerts pour activer » et non le terme « consentement exprès ». Étant donné que le législateur a pris soin de préciser dans d'autres dispositions de la loi quand un consentement exprès est requis¹³, il semble incongru d'interpréter l'article 8.1 comme exigeant un tel consentement en l'absence d'une formulation claire à cet effet. D'autre part, l'article 8.1 se trouve dans la section II de la LPRPSP, qui traite de la collecte de renseignements personnels, et vise principalement à compléter les éléments qui doivent être fournis aux individus en vertu de l'article 8 lorsque leurs renseignements personnels sont recueillis auprès d'eux¹⁴. Il s'agit donc avant tout d'une obligation de transparence qui doit être lue conformément aux articles 8 et suivants de la LPRPSP. Or, comme le précise la CAI, les renseignements recueillis conformément à l'article 8 bénéficient d'un « consentement présumé » en vertu de l'article 8.3 de la LPRPSP, ce qui signifie que l'entreprise n'est pas tenue d'évaluer les critères de validité du consentement énoncés à l'article 14¹⁵. Pour ces raisons, il semble erroné d'assimiler l'obligation d'informer les individus des moyens offerts pour activer certaines fonctions technologiques à l'obligation d'obtenir un « consentement exprès ». Cette obligation devrait plutôt être interprétée comme exigeant un « consentement présumé », fondé sur la transparence et, le cas échéant, un moyen d'activation (ex. case à cocher, cliquer sur un bouton), sans qu'il soit nécessaire de remplir tous les

critères de validité du consentement. Par ailleurs, le fait d'associer l'utilisation de technologies d'identification, de localisation ou de profilage à une obligation d'obtenir un consentement exprès est diamétralement opposé au régime de consentement implicite pour la publicité en ligne proposé par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et auquel adhère déjà une grande partie de l'industrie canadienne¹⁶. Toutefois, nous comprenons que les lignes directrices sur le consentement ont une portée générale et pourraient ne pas être le moyen le plus approprié pour traiter des préoccupations spécifiques soulevées par l'article 8.1, notamment en ce qui concerne certaines pratiques susceptibles de tomber sous son champ d'application, comme la publicité comportementale, la personnalisation du contenu, etc. La CAI pourrait élaborer des lignes directrices spécifiques et consulter les principaux intervenants concernés pour formuler des recommandations adaptées au contexte technologique et aux différents enjeux qui sont liés à ces sujets.

Informations à fournir aux individus (par. 49 et 50). La CAI dresse une liste d'informations que les organisations doivent être en mesure de fournir aux personnes concernées afin d'obtenir un consentement éclairé. Bien que nous saluons la volonté du régulateur de synthétiser l'obligation de transparence prévue dans la loi, il importe selon nous d'apporter quelques nuances et corrections. Premièrement, la CAI omet de distinguer les éléments qui doivent obligatoirement être fournis lors de la collecte de ceux qui sont accessibles sur demande de la personne concernée¹⁷. Deuxièmement, la LPRPSP ni la Loi sur l'accès, ne prévoient d'obligation d'informer les personnes concernées des « risques ou conséquences raisonnablement prévisibles associés à l'opération visée par le consentement »¹⁸ ou des « éléments pouvant être surprenants pour la personne concernée (durée de validité longue, utilisation d'un moyen technologique peu commun, risques nombreux ou importants, etc.) »¹⁹. Cette exigence semble plutôt avoir été tirée des lignes directrices du CPVP, puis s'avère très difficile à interpréter. Troisièmement, il convient de tenir compte du fait que la Loi 25 a remplacé l'obligation prévue à l'article 8 LPRPSP d'indiquer l'endroit où les renseignements personnels sont conservés par une obligation, plus flexible, de mentionner la possibilité que les renseignements soient communiqués à l'extérieur du Québec²⁰.

Durée de validité du consentement (par. 66 à 69). La CAI semble introduire une obligation, pour les organisations, de déterminer, en amont, la durée de validité du consentement qu'elles sollicitent et de l'indiquer aux personnes concernées afin d'obtenir leur consentement éclairé²¹. Or, l'obligation d'indiquer la durée de validité du consentement n'est pas explicitement prévue dans la loi et semble incompatible avec le critère du « consentement éclairé »²². L'obligation de préciser la période de validité du consentement introduit une complexité inutile dans le processus de consentement, puisque cette période peut, en pratique, fluctuer en fonction de plusieurs facteurs, notamment la nature des services fournis, les obligations légales et les besoins commerciaux de l'entreprise. À titre d'exemple, une organisation peut obtenir le consentement des individus pour partager ses renseignements personnels avec un tiers pour la durée de la relation entre l'individu et ce tiers, sans toutefois savoir combien de temps durera cette relation. L'organisation devra donc envoyer des demandes répétées aux individus pour prolonger la durée ce qui pourrait perturber leur capacité à obtenir un produit ou un service. En outre, cela pourrait induire les individus en erreur en laissant entendre que leurs renseignements ne seront plus conservés ou traités après l'expiration de la période de validité du consentement, alors qu'en réalité l'entreprise peut avoir le droit de conserver et de traiter ces renseignements sans leur consentement pendant un certain temps. En effet, la durée de validité du consentement et la période de rétention sont deux notions distinctes qui peuvent fonctionner indépendamment l'une de l'autre²³. Enfin, il convient de noter que cette obligation de déterminer la durée de validité du consentement sollicité pourrait s'avérer superflue dans les situations où la période de validité du consentement est évidente pour les personnes concernées en raison du contexte. Par conséquent, l'imposition d'une telle exigence ne contribuerait pas nécessairement à rendre le consentement plus éclairé, mais pourrait plutôt créer de la confusion et de l'incertitude pour les individus.

Q.3

Les lignes directrices ont-elles une portée adéquate, compte tenu de leur objectif (clarifier les critères de validité du consentement)? Sont-elles complètes?

Nous tenons à souligner certaines ambiguïtés qui mériteraient d'être clarifiées afin d'éviter toute confusion dans l'interprétation des nouvelles dispositions législatives.

Limites au droit de retirer son consentement (par. 14 et 46). Nous sommes d'avis que la CAI devrait saisir l'opportunité que constitue les présentes Lignes directrices pour clarifier les limites au droit des individus de retirer leur consentement. À l'instar des autres lois canadiennes en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé²⁴, le droit de retirer le consentement devrait être sujet à un préavis raisonnable et à des restrictions contractuelles ou légales raisonnables. D'ailleurs, cette interprétation semble conforme aux dispositions de la LPRPSP. Par exemple, l'article 9 stipule que les demandes de biens, de services ou d'emplois peuvent être subordonnées à la collecte de renseignements dans certains cas²⁵. Il serait donc incohérent d'accorder un droit absolu au retrait du consentement dans ces situations, car cela pourrait empêcher l'entreprise de fournir le service demandé ou de remplir les obligations contractuelles ou légales qui s'y rapportent. En revanche, l'article 22 semble établir un droit spécifique au retrait du consentement pour les activités de prospection commerciale ou philanthropique. Selon les règles générales d'interprétation législative, le fait que ce droit spécifique soit expressément énoncé dans ce contexte particulier suggère que si le législateur avait eu l'intention de créer un tel droit au retrait du consentement dans d'autres contextes, il l'aurait fait de manière expresse. Par conséquent, l'absence d'une telle mention explicite dans d'autres dispositions de la LPRPSP, notamment à l'article 8, suggère que certaines conditions raisonnables pour le retrait du consentement pourraient être imposées dans ces autres contextes. Toutefois, il serait opportun que la CAI clarifie ce point afin de contribuer à une mise en œuvre plus cohérente et prévisible du droit au retrait du consentement.

Consentement exprès obligatoire (par. 31). La CAI indique au para. 31 a) (ii) qu'un consentement n'est pas requis pour l'utilisation ou la communication d'un renseignement personnel sensible aux fins primaires justifiant sa collecte tout en référant à l'article 8.3 LPRPSP qui prévoit le consentement présumé²⁶. Or, le consentement présumé constitue une forme de consentement valide. Il y a donc lieu de préciser que c'est le consentement exprès qui n'est pas requis en l'espèce.

Consentement implicite (par. 36 à 38). La notion de consentement implicite, telle qu'elle est interprétée par la CAI, suscite une certaine confusion et mérite d'être clarifiée. La CAI reconnaît que le consentement peut être « implicite », c'est-à-dire « déduit en raison du silence ou de l'inactivité de la personne concernée ou d'une autre action qu'elle pose, sans lien direct avec le consentement », dans certaines situations répondant à trois conditions²⁷. Néanmoins, la CAI complique cette position en précisant que les entreprises doivent démontrer que le consentement implicite répond aux critères du « consentement manifeste »²⁸, ce qui introduit une incertitude quant à la nature précise du comportement ou de l'action qui permettrait de déduire un tel consentement. En outre, la CAI précise que le consentement implicite doit satisfaire à tous les critères de validité du consentement²⁹, ce qui inclut vraisemblablement la granularité, la spécificité et le caractère distinct du consentement. Or, l'application de ces critères au consentement implicite soulève plusieurs questions, qui pourraient limiter la flexibilité et l'utilité du consentement implicite. Par exemple, il peut être difficile de démontrer la « granularité » du consentement lorsqu'il est déduit du silence ou de l'inactivité de l'individu, plutôt que d'une indication claire. De même, il n'est pas toujours possible de rattacher le

consentement implicite à une finalité spécifique ou à un acte distinct en l'absence d'une déclaration explicite de la part de l'individu. Enfin, la position de la CAI selon laquelle les entreprises devraient s'appuyer sur le consentement explicite « en cas de doute sur la volonté réelle de la personne par rapport [au traitement] de ses renseignements » pourrait décourager les entreprises d'utiliser le consentement implicite, alors que celui-ci peut être tout à fait légitime et approprié dans certains contextes³⁰. Cela pourrait conduire à une augmentation du nombre de demandes de consentement explicite, ce qui pourrait exacerber les préoccupations concernant la lassitude du consentement. Il serait donc utile que la CAI clarifie sa position sur la notion de consentement implicite, afin de fournir aux entreprises des directives plus claires et d'assurer une interprétation et une mise en œuvre cohérentes de cette notion.

Q.4

En tenant compte de vos activités, de celles des personnes ou des organisations que vous représentez (le cas échéant) et de votre expertise, pensez-vous que ces lignes directrices peuvent être appliquées concrètement et qu'elles sont réalistes? Anticipez-vous des conséquences négatives découlant des orientations présentées, et, si oui, lesquelles?

Nous tenons à souligner certaines orientations qui nous semblent irréalistes et qui risquent d'entraîner des répercussions négatives pour nos clients.

Incident de confidentialité (par. 16). D'abord, nous sommes d'avis que les dispositions relatives aux incidents de confidentialité (art. 3.5 à 3.8 LPRPSP) ne devraient pas être visées par les présentes lignes directrices. Ceci étant dit, la CAI semble considérer que toute utilisation ou communication d'un renseignement personnel sans consentement, qui ne fait pas l'objet d'une exception, constitue un incident de confidentialité au sens de l'article 3.6 LPRPSP³¹. Par conséquent, l'entreprise doit respecter ses obligations liées aux incidents (prendre des mesures de mitigation, tenir un registre, aviser la CAI et les personnes concernées en cas de risque de préjudice sérieux, etc.). Bien que nous reconnaissons que l'article 3.6 LPRPSP prévoit qu'une utilisation et une communication « non autorisée » de renseignements personnels constitue un incident de confidentialité, nous sommes d'avis qu'une interprétation aussi large du critère de « non-autorisation » risque de dénaturer le régime de signalement des incidents mis en place par le législateur. En effet, cette orientation risque d'entraîner une surabondance d'inscriptions dans le registre des incidents des organisations et ainsi nuire à sa pertinence de même qu'à une disproportion de ressources consacrées à l'analyse du risque de préjudice sérieux. Cette position risque également de mener à une surreprésentation de déclarations d'incidents de confidentialité à la CAI et aux personnes concernées, banalisant ainsi l'obligation de notification. À notre avis, l'interprétation de la notion d'utilisation ou de communication « non autorisée » de renseignements personnels ne doit pas seulement tenir compte du respect du consentement, mais également de l'adhésion aux politiques et aux procédures internes de l'organisation en matière de gestion des renseignements personnels. D'ailleurs, il convient de souligner que la définition d'incident de confidentialité se situe dans la Section I.1 « Responsabilités relatives à la protection des renseignements personnels » de la LPRPSP et non dans les sections II et III qui abordent les règles relatives au consentement. Par ailleurs, il n'est pas anodin que cette définition d'incident de confidentialité ait été introduite dans la LPRPSP dans la foulée de l'incident de sécurité au

sein de la Fédération des caisses Desjardins qui mettait en cause l'accès, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par un employé malintentionné en contravention avec les politiques de l'entreprise. À notre avis, le législateur avait en tête de couvrir ce type de situations et non toute forme d'utilisation ou de communication de renseignements personnels sans consentement. Puisque la notion d'incident de confidentialité n'est pas directement liée aux règles relatives à la validité du consentement et afin d'éviter toute forme de confusion, nous sommes d'avis que cette section devrait être retirée.

Demandes de consentement à répétition (par. 41). La CAI indique que le fait de demander un consentement à répétition alors qu'il a déjà été refusé peut contrevenir à son caractère libre; le consentement ne devrait donc être demandé qu'une fois pour un même objet, à moins qu'un changement substantiel dans le contexte le justifie³². Bien que nous saluons l'intention de la CAI de s'attaquer aux sites Web qui intègrent certains mécanismes destinés à tromper les utilisateurs, communément appelés "*dark patterns*" en anglais, nous sommes d'avis que les termes utilisés par la CAI méritent d'être nuancés considérant qu'une organisation peut avoir plusieurs raisons légitimes pour réitérer une demande de consentement. En d'autres termes, le fait de demander un consentement à plusieurs reprises pour un même objet ne devrait pas être automatiquement qualifié comme une atteinte à la liberté du consentement sans tenir compte des circonstances de la demande, notamment les finalités poursuivies par l'organisation.

Caractère granulaire du consentement (par. 45, 59 et 60). La position de la CAI sur le critère de granularité du consentement pourrait poser des difficultés pratiques aux entreprises. En effet, selon l'interprétation de la CAI, ce critère semble exiger des entreprises qu'elles demandent le consentement pour chaque finalité spécifique, et ce, séparément. En d'autres termes, elles ne peuvent pas regrouper différentes finalités de traitement dans une même demande de consentement. Cependant, en pratique, il n'est pas toujours réaliste de séparer chaque finalité du traitement lors de la demande de consentement. Les activités de traitement peuvent être complexes et impliquer plusieurs finalités interdépendantes qui ne peuvent pas être facilement isolées les unes des autres. Par exemple, lors d'un achat en ligne, l'adresse courriel d'un individu, combinée à d'autres renseignements non-sensibles, est souvent utilisée pour plusieurs activités de marketing interdépendantes. Ces activités peuvent inclure la segmentation de la clientèle, le marketing par courriel et le ciblage sur des plateformes tierces. Chacune de ces finalités, bien qu'étant des aspects distincts, fait partie intégrante d'une stratégie marketing globale basée sur l'adresse courriel et d'autres renseignements recueillis au cours des interactions de l'individu avec l'entreprise. Dans ce contexte, il serait difficile, voire inapproprié, de demander un consentement séparé pour chacune de ces finalités. En outre, l'exigence d'obtenir un consentement distinct pour chaque finalité pourrait faire en sorte que les individus aient à passer au travers de plusieurs fenêtres afin d'avoir accès à un produit ou un service et ainsi accroître considérablement le phénomène de lassitude de consentement qui est justement décrié par la CAI³³. Nous croyons donc qu'une approche plus souple du critère de granularité serait appropriée, prenant en compte des facteurs tels que la sensibilité des renseignements, les attentes raisonnables des individus et le caractère interdépendant des finalités concernées.

Q.5

Les exemples illustrant les lignes directrices sont-ils utiles pour illustrer les orientations de la Commission? Sont-ils crédibles?

Nous reconnaissons que la rédaction d'exemples clairs d'application des différents critères de validité du consentement est un exercice difficile considérant le risque d'obsolescence lié au développement des technologies de traitement des données. Nous avons néanmoins soulevé plusieurs enjeux en lien avec de nombreux exemples mentionnés dans les présentes lignes directrices, notamment les exemples décrivant des pratiques a priori non conformes. Pour éviter de créer la confusion auprès du public, nous suggérons donc à la CAI de conserver uniquement les exemples de pratiques a priori conformes. Sinon, nous tenons, à tout le moins, à souligner les exemples suivants qui nous semblent particulièrement problématiques :

- **Exemple 16.2** – Cet exemple ne considère pas le fait que le réseau social pourrait s'appuyer sur le consentement présumé des utilisateurs pour cette pratique (les plateformes de réseaux sociaux recueillent généralement l'adresse courriel et le numéro de téléphone des utilisateurs et les utilisent à diverses fins). L'utilité de cet exemple est négligeable puisqu'il décrit une pratique qui vise qu'un très petit nombre d'entreprises (les plateformes de réseaux sociaux). Sous réserve de nos commentaires précédents (voir la réponse à la question 4), il serait préférable d'utiliser un exemple d'incident de confidentialité plus standard, comme l'envoi d'un courriel contenant des renseignements personnels au mauvais destinataire.
- **Exemple 23.1** – La CAI indique que la conservation d'un enregistrement audio pour documenter l'obtention d'un consentement est susceptible de ne pas respecter le principe de minimisation. Or, non seulement cette pratique est recommandée par d'autres régulateurs³⁴, mais elle constitue la meilleure preuve d'obtention du consentement. La méthode alternative proposée par la CAI (un agent inscrit la date et l'heure du consentement dans un document) risque de créer des situations de déclarations contradictoires (l'appelant affirme ne pas avoir consenti contrairement à ce qu'indique le registre).
- **Exemples 33.1 et 33.2** – Les deux méthodes proposées pour diminuer la lassitude de consentement (formule mathématique et minuterie) sont plutôt susceptibles d'avoir exactement l'effet inverse et de causer davantage d'irritation pour le consommateur, ce qui aura un impact négatif sur les entreprises qui tentent de se conformer à loi. Dans les deux cas, les exemples proposés sont inusités et ne reflètent aucunement les pratiques de l'industrie.
- **Exemple 34.1** – Cet exemple donne l'impression qu'un consentement exprès est nécessaire pour tout projet impliquant un système d'intelligence artificielle même lorsque les renseignements personnels impliqués ne sont pas sensibles. En effet, aucun détail n'est fourni concernant l'EFVP effectuée par le comité sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. D'ailleurs, il n'est pas clair pourquoi l'organisme ne s'est pas plutôt appuyé sur une exception au consentement (fin compatible ou fin de recherche) pour cette utilisation. Cet exemple risque de nuire à l'innovation, car il semble limiter indûment le recours à l'IA pour offrir une meilleure expérience au consommateur.
- **Exemple 34.2** – Cet exemple conclut très rapidement que les témoins de connexion permettent d'effectuer un profilage et sont donc visés par l'article 8.1 LPRPSP. Or, il n'est pas clair si la personnalisation décrite dans cet exemple est effectuée par les témoins de connexion ou par les algorithmes de recommandation internes de l'entreprise. En outre, l'article 8.1 ne prévoit pas précisément que les boutons « Acceptez » et « Refusez » doivent

être mis en valeur de la même façon et cet article n'est pas assujéti aux critères de validité du consentement prévu à l'article 14. L'article 8.1, tel qu'il est libellé, ne prévoit pas non plus d'exigence de consentement exprès, voire de consentement de manière générale. Nous sommes d'avis qu'il serait préférable d'avoir un exemple de situation qui nécessite clairement un consentement exprès (e.g. communication de renseignements personnels sensibles à un tiers).

- **Consentement implicite** – Tous les exemples proposés (36.1 à 36.4) décrivent des pratiques a priori non conformes. Il serait plutôt pertinent d'avoir des exemples de pratiques conformes au consentement implicite considérant l'incertitude entourant cette notion (voir notre réponse à la question 3).
- **Exemple 42.2** – Cet exemple entre en conflit avec la Loi canadienne anti-pourriel qui prévoit qu'une organisation peut envoyer des messages électroniques commerciaux à un destinataire sur la base d'un consentement implicite lorsque celle-ci a une relation d'affaires en cours avec l'individu³⁵. Nous sommes d'avis qu'il serait préférable d'avoir un exemple qui n'implique pas de messages électroniques commerciaux afin d'éviter toute confusion en lien avec la Loi canadienne anti-pourriel, de même qu'avec l'art. 22 LPRPSP (ex. envoi d'offres promotionnelles par le biais de brochures papiers).
- **Exemple 46.2** – Cet exemple porte à confusion, puisqu'il décrit un service qui n'existe pas sur le marché à notre connaissance. En effet, la personnalisation constitue, de nos jours, un aspect incontournable de toute plateforme numérique, qu'il s'agisse d'un réseau social, d'un média ou d'un service de diffusion en continu. Ainsi, cette fonctionnalité peut, dans certains cas, être considérée « essentielle » pour la prestation du service. Dans tous les cas, « huit clics » nous semble être une norme arbitraire pour déterminer à partir de quel point il devient trop difficile de retirer son consentement à une fonctionnalité d'une plateforme numérique. Il est forcément normal que le retrait d'un consentement suite à l'adhésion à une plateforme requière davantage d'actions que le fait de fournir un consentement lors de l'adhésion. Bref, nous suggérons de ne pas fixer un nombre de clic précis.
- **Exemple 57.2** – Cet exemple porte à confusion, car le transfert des coordonnées des clients au nouveau partenaire d'affaires pourrait être visé par l'exception au consentement dans le cadre d'une transaction commerciale³⁶. De plus, cet exemple néglige de considérer le fait que la loi permet à l'entreprise d'informer l'individu des catégories de tiers à qui les renseignements peuvent être transmis (art. 8 para. 2 LPRPSP). Ainsi, l'entreprise aurait pu avoir un consentement présumé valide pour cette communication.
- **Exemple 63.1** – Cet exemple fait une association entre l'exigence de langage clair de la demande de consentement (art. 14 al. 1 LPRPSP) et l'obtention d'un consentement exprès par la voie d'une boîte à cocher. Or, rien n'indique dans la situation proposée qu'un consentement exprès est requis par la loi. L'exemple devrait s'en tenir à illustrer une reformulation du texte de consentement en langage clair.
- **Exemple 67.1** – Cet exemple fait référence à une « obligation » d'informer les individus de la durée de validité de leur consentement. Or, cette obligation n'existe pas dans la loi (voir notre réponse à la question 2). Nous sommes d'avis que l'exemple fourni ne devrait pas être axé sur l'obligation de transparence, cette dernière n'étant pas liée à la nature temporaire du consentement.
- **Exemple 71.1** – Cet exemple porte à confusion, car la communication des renseignements personnels de l'assuré à l'assureur nous semble être une fin primaire qui devrait être couverte par le consentement présumé. En outre, la mention de l'ajout des cases « Oui » / « Non » nous semble superflu considérant que cet exemple traite du caractère distinct du consentement et non de la forme du consentement.

Q.6

Le format des lignes directrices est-il adapté et en facilite-t-il la consultation? Le texte est-il suffisamment clair?

Plusieurs clients nous ont indiqué avoir eu de la difficulté à réviser les lignes directrices dans leur entièreté en une seule lecture considérant la longueur du document. Nous suggérons de raccourcir le document pour faciliter la compréhension du lectorat. D'abord, il serait selon nous plus efficace d'avoir un document pour le secteur public et un document pour le secteur privé. La combinaison des deux régimes rend le document inutilement long et complexe. Ensuite, la CAI pourrait couper certaines répétitions à travers le document (certains critères de validité, notamment la granularité, sont interprétés de façon différente à plusieurs endroits dans le document ce qui crée de la confusion) ainsi que le nombre d'exemples fournis (voir notre réponse à la question 5).

Références

- 1 Commission d'accès à l'information.
- 2 *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c. A-2.1 (« **Loi sur l'accès** »).
- 3 *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c. P-39.1 (« LPRPSP »).
- 4 À ce sujet, nous recommandons la lecture des articles suivants : Colin M Gray et al., "Dark Patterns and the Legal Requirements of Consent Banners: An Interaction Criticism Perspective" (2021) dans Proc 2021 CHI Conf Hum Factors Comput Syst (New York: Association for Computing Machinery) 1 aux pages 6 à 8, Neil Richards & Woodrow Hartzog, "The Pathologies of Digital Consent" (2019) dans 96:6 Wash ULR 1461 aux pages 1492 à 1494; Bart W. Schermer et al., "The crisis of consent: how stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection" (2014) dans 16 Ethics Inf Technol 171 aux pages 176 à 178 et Hanbyul Choi et al., "The role of privacy fatigue in online privacy behavior" (2018) dans 81 Computers in Human Behavior 42 à la page 43.
- 5 Commission d'accès à l'information, *Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement*, 16 mai 2023, par. 33 (« **Lignes directrices** »).
- 6 Il est intéressant de noter que la Commission Européenne reconnaissait récemment plusieurs défis avec l'utilisation excessive de bannières sur les sites web, lesquelles non seulement perturbent l'utilisation du Web mais lesquelles sont de plus souvent ignorées par les utilisateurs (voir « Cookie Pledge : A reflection on how to better empower consumers to make effective choices regarding tracking-based advertising models. » disponible à https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/cookie-pledge_fr).
- 7 Lignes directrices, par. 10.
- 8 Lignes directrices, par. 12.
- 9 Art. 12 LPRPSP qui prévoit qu'un renseignement personnel peut être utilisé au sein de l'entreprise pour des fins autres que celles pour lesquelles il a été recueilli, sans le consentement de la personne concernée, « lorsque son utilisation est nécessaire à des fins de fourniture ou de livraison d'un produit ou de prestation d'un service demandé par la personne concernée » (art. 12 al. 2 (4) LPRPSP). Art. 18 LPRPSP qui prévoit qu'une personne qui exploite une entreprise peut, sans le consentement de la personne concernée, communiquer un renseignement personnel qu'elle détient sur autrui « au directeur des poursuites criminelles et pénales si le renseignement est requis aux fins d'une poursuite pour infraction à une loi applicable au Québec » (art. 18 (2) LPRPSP) ; « à une personne ou à un organisme chargé en vertu de la loi de prévenir, détecter ou réprimer le crime ou les infractions aux lois, qui le requiert dans l'exercice de ses fonctions, si le renseignement est nécessaire pour la poursuite d'une infraction à une loi applicable au Québec » (art. 18 (3) LPRPSP) ; « à une personne à qui il est nécessaire de communiquer le renseignement dans le cadre d'une loi applicable au Québec ou pour l'application d'une convention collective » (art. 18 (4) LPRPSP) et « à une personne ou à un organisme ayant pouvoir de contraindre à leur communication et qui les requiert dans l'exercice de ses fonctions » (art. 18 (6) LPRPSP).
- 10 Notamment la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17.
- 11 Titre 2.1.1 et par. 30.
- 12 Lignes directrices, par. 31 b).
- 13 Art. 12 et 13 LPRPSP; art. 44 LCCJTI.
- 14 Art. 8.1 LPRPSP précise qu'il s'applique "[e]n plus des informations devant être fournies suivant l'article 8. »
- 15 Lignes directrices, par. 14.
- 16 CPVP, *Position de principe sur la publicité comportementale en ligne*, Décembre 2015 (révisé le 13 août 2021), https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/technologie/protection-de-la-vie-privee-en-ligne-surveillance-et-temoins/pistage-et-publicite/bg_ba_1206/
- 17 Les entreprises sont uniquement obligées de fournir les éléments prévus aux sous-paragraphes f) et g) du paragraphe 49 si la personne concernée en fait la demande.
- 18 Lignes directrices, par. 49 i).
- 19 Lignes directrices, par. 50 (a)(1)
- 20 Lignes directrices, par. 49 k). Ancien art. 8 (3) LPRPSP (avant l'EEV de la Loi 25) : « La personne qui recueille des renseignements personnels auprès de la personne concernée doit, lorsqu'elle constitue un dossier sur cette dernière, l'informer [...] de l'endroit où sera détenu son dossier ainsi que des droits d'accès ou de rectification. Nouvel art. 8 al. 2 LPRPSP (après l'EEV de la Loi 25) : « Le cas échéant, la personne concernée est informée [...] de la possibilité que les renseignements soient communiqués à l'extérieur du Québec ». Ancien art. 65 (1) LAI (avant l'EEV de la Loi 25) : « Quiconque, au nom d'un organisme public, recueille verbalement un renseignement personnel auprès de la personne concernée doit se nommer et, lors de la première collecte de renseignements et par la suite sur demande, l'informer du nom et de l'adresse de l'organisme public au nom de qui la collecte est faite [...] ». Nouvel art. 65 al. 2 LAI (après l'EEV de la Loi 25) : « Le cas échéant, la personne concernée est informée [...] de la possibilité que les renseignements soient communiqués à l'extérieur du Québec. »
- 21 Lignes directrices, par. 68.
- 22 Ce critère vise à permettre aux individus de comprendre la nature, la finalité et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication de leurs renseignements personnels et de prendre des décisions éclairées sur la manière dont leurs renseignements personnels sont traités.
- 23 Voir art. 23 LPRPSP qui prévoit qu'une entreprise doit détruire ou anonymiser un renseignement personnel qu'elle détient lorsque les fins auxquelles le renseignement a été recueilli ou utilisé sont accomplies, sous réserve d'un délai de conservation prévu par une loi.
- 24 Principe 4.3.8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (« **LPRPDÉ** »); articles 9 et 35 de la Personal Information Protection Act (Colombie-Britannique); articles 9 et 35 de la *Personal Information Protection Act* (Alberta).

25 Art. 9 LPRPSP : (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.

26 Lignes directrices, par. 31 a) (ii).

27 Lignes directrices, par. 36. Il est possible de s'appuyer sur un consentement implicite lorsque l'activité de traitement pour laquelle le consentement est demandé : (i) ne vise pas des renseignements personnels sensibles; (ii) ne va pas à l'encontre des attentes raisonnables des individus concernés; et (iii) aucun risque de préjudice grave ne résulte de l'activité de traitement.

28 Lignes directrices, par. 37.

29 Lignes directrices, par. 38.

30 Lignes directrices, par. 39.

31 Lignes directrices, par. 16.

32 Lignes directrices, par. 41 b).

33 Lignes directrices, par. 33.

34 Le CRTC a indiqué qu'un enregistrement sonore complet et intégral du consentement accordé constitue une preuve adéquate d'un consentement oral en vertu de la Loi canadienne anti-pourriel (voir *Bulletin d'information de Conformité et Enquêtes CRTC 2012-548*, par. 23).

35 Art. 10 Loi canadienne anti-pourriel.

36 Art. 18.4 LPRPSP.

Ce document n'est ni un avis juridique, ni un énoncé complet de la législation pertinente, ni un avis sur un quelconque sujet. Personne ne devrait agir ni omettre d'agir sur la foi de celui-ci sans procéder à un examen approfondi du droit après avoir soupesé les faits d'une situation précise. Vous êtes prié(e) de consulter un conseiller juridique pour toute question ou préoccupation particulière. BLG ne garantit pas l'exactitude, la fiabilité ou l'exhaustivité de document. Il est interdit de reproduire, même partiellement, ce document sans autorisation écrite préalable de Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.

blg.com

Vos avocats au Canada

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L. est une société à responsabilité limitée de l'Ontario.