



Mémoire du Mouvement Desjardins

Projet de Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement

Présenté à la :

Commission d'accès à l'information du Québec

1^{er} juillet 2023

Introduction

Nous remercions la Commission d'accès à l'information (CAI) de nous donner l'occasion de commenter son projet de lignes directrices sur la validité du consentement, publié le 16 mai dernier. Nous avons pris connaissance des propositions de la CAI et saluons sa démarche visant à faciliter la compréhension de la notion de consentement valide prévue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (ci-après la *Loi*). Nous souhaitons, par le présent mémoire, fournir des commentaires et contribuer de façon constructive aux travaux de la CAI.

Avec un actif de 407 G\$, le Mouvement Desjardins est le 1^{er} groupe financier coopératif en Amérique et le 5^e au monde. Pour répondre aux besoins diversifiés de ses 7,5 millions de membres et clients à travers le Canada, il offre une gamme complète de produits et services par l'entremise de son vaste réseau de points de service, de ses plateformes virtuelles et de ses filiales présentes à l'échelle canadienne. Il exerce ses activités dans les domaines des services aux particuliers et aux entreprises, de la gestion de patrimoine, de l'assurance de personnes et de l'assurance de dommages. Il se classe au 6^e rang des institutions financières les plus sécuritaires en Amérique du Nord et au 34^e rang mondial selon Global Finance.

Dès le début des travaux entourant le Projet de loi 64 (devenu la Loi 25), le Mouvement Desjardins a manifesté son appui aux objectifs visés par le gouvernement du Québec en prenant l'initiative de contribuer de façon utile et constructive aux travaux entourant son étude. L'adoption de la Loi 25 a permis au Québec d'être un précurseur canadien et nord-américain en matière de protection des renseignements personnels. De son côté, le Mouvement Desjardins s'est engagé à être dans le peloton de tête en matière de protection des renseignements personnels. En adoptant les meilleures pratiques reconnues au Canada et même à l'international, le Mouvement Desjardins démontre clairement l'importance accordée à la protection des renseignements personnels de ses membres et clients.

Vous trouverez ci-après nos commentaires et nos recommandations au sujet de votre projet de lignes directrices sur les critères de validité du consentement. Nous adresserons spécifiquement les notions de consentement exprès et principe de démontrabilité, le consentement présumé, le principe d'irréversibilité, le principe de granularité et la lassitude de consentement ainsi que l'élargissement de la définition d'incident de confidentialité. Nous concluons avec des commentaires généraux sur la portée des lignes directrices, le principe de minimisation, l'intégration d'exemples et le délai de transition suivant la publication de la version finale de ces lignes directrices.

Commentaires et recommandations

Consentement exprès et principe de démontrabilité

Le Mouvement Desjardins considère que la transparence et la démontrabilité sont les éléments essentiels pour obtenir un consentement valide. Lorsque possible et nécessaire, un consentement exprès devrait toujours être obtenu. Dans le cas contraire, les entreprises et les organisations devraient faire preuve de transparence en expliquant clairement leurs pratiques impliquant les renseignements personnels des personnes concernées. Elles devraient également exiger un geste positif par lequel chaque personne

concernée vient confirmer sa compréhension des pratiques en place et autoriser l'entreprise ou l'organisation à traiter ses renseignements personnels.

Dans le même ordre d'idée, nous saluons l'introduction du principe de démonstrabilité dans les lignes directrices. Ce principe exigera des entreprises et des organisations qu'elles fassent preuve de transparence quant à leurs pratiques en plus de permettre aux personnes concernées de s'impliquer activement dans la gestion de leurs renseignements personnels. En exigeant un geste positif, les entreprises et les organisations pourront démontrer, sans équivoque, que chaque personne concernée a bien pris connaissance et compris la portée du traitement de ses renseignements personnels. Nous tenons d'ailleurs à souligner que c'est l'approche adoptée par le Mouvement Desjardins dans le cadre du déploiement de sa nouvelle Politique de confidentialité.

Recommandation 1 : Les lignes directrices devraient se baser sur les principes de transparence et de démonstrabilité, ce qui permettra de responsabiliser les entreprises et les organisations et d'impliquer activement les personnes concernées dans la gestion de leurs renseignements personnels.

Consentement présumé

Le consentement présumé introduit par les lignes directrices soulève davantage de questions d'interprétation qu'il n'apporte de clarifications. Nous comprenons que nous pouvons avoir recours au consentement dit présumé en se basant sur l'article 8.3 de la *Loi* si les conditions de l'article 8 sont remplies. Toutefois, les lignes directrices précisent parallèlement la notion de consentement implicite qui doit également répondre à ses propres conditions.

L'apparition de cette notion de consentement présumé nous entraîne sur un terrain glissant où les possibilités d'interprétation risquent d'outrepasser l'intention du législateur. Les entreprises et les organisations se retrouveront devant des lignes directrices difficilement applicables, car l'utilisation d'un consentement implicite, présumé ou explicite devient tout à coup source de confusion. Il serait donc préférable de maintenir uniquement les notions d'exceptions à la nécessité d'obtenir un consentement et celles de consentement implicite et explicite, ce qui est d'ailleurs conforme aux requis des cadres internationaux en matière de protection de la vie privée comme le cadre européen du RGPD.

Recommandation 2 : La CAI devrait retirer la notion de consentement présumé de ses lignes directrices et donner davantage de clarté sur le concept de consentement implicite.

Principe d'irréversibilité

À la lecture des lignes directrices, nous comprenons que le principe d'irréversibilité vise à éviter qu'une entreprise ou une organisation modifie son approche en raison des réponses obtenues de la part des personnes concernées. Bien que nous comprenions l'intention de la CAI et soyons en accord avec celle-ci, nous craignons que l'introduction du principe d'irréversibilité, tel que rédigé, nuise à la capacité des entreprises et des organisations de faire preuve d'innovation et d'adapter leur approche en fonction de leur réalité et de leur clientèle.

Les entreprises et les organisations sont appelées à utiliser diverses stratégies pour communiquer leurs pratiques en matière de protection des renseignements personnels. Il existe un risque que le principe d'irréversibilité soit interprété comme un bloquant à solliciter à nouveau ou via un autre canal une personne concernée qui a refusé un consentement par le passé. Il est clair que le refus de consentir par une personne concernée doit toujours être respecté, mais le processus de collecte de consentement doit demeurer vivant et être évolutif. Une personne concernée qui a refusé un consentement par le passé pourrait décider de consentir par la suite si elle y voit un avantage. Il est donc important de permettre aux entreprises et aux organisations de pouvoir relancer leur clientèle, tout en s'assurant qu'elles respectent les consentements obtenus par le passé.

Recommandation 3 : Nous recommandons à la CAI de préciser la ligne directrice 12 pour clairement délimiter le principe d'irréversibilité et éviter que celui-ci ne nuise à la capacité des entreprises et des organisations de faire preuve d'innovation et d'adapter leur approche en fonction de leur réalité et de leur clientèle.

Principe de granularité et lassitude de consentement

Le principe de granularité tel que présenté dans les lignes directrices soulève plusieurs enjeux.

Les entreprises et les organisations utilisent les renseignements personnels recueillis pour une multitude de finalités. Demander un consentement spécifique pour chacune des finalités serait simplement impraticable, en plus d'amplifier la fatigue de consentement vécue par les personnes concernées. Il n'est pas réaliste d'imposer à la personne concernée d'accepter de multiples consentements spécifiques sous la prémisse que son choix sera plus libre si les consentements sont présentés à la pièce.

Pour répondre au critère de granularité, nous proposons que les entreprises et les organisations puissent créer des regroupements de finalités similaires, en fournissant des informations précises et distinctes pour chaque finalité. À notre avis, le fardeau de déterminer la meilleure stratégie pour obtenir des consentements valides qui répondent aux exigences de la *Loi* revient aux entreprises et aux organisations. Les lignes directrices devraient donc leur laisser cette marge de manœuvre.

Une personne concernée pourrait tout à fait manifester sa volonté pour chaque finalité en les acceptant ou en les refusant en bloc si le processus est transparent, cohérent et facile à comprendre. À l'inverse, surcharger une personne de consentements spécifiques pour chacune des finalités alourdira plutôt son expérience client et risquera de générer de l'incompréhension, voire de la méfiance. Rappelons à ce sujet que la CAI propose une hiérarchisation des informations à présenter pour obtenir un consentement éclairé, reconnaissant ainsi que la surcharge d'informations risque d'entraîner de la confusion auprès des personnes concernées.

Il existe une incohérence irréconciliable entre le principe de granularité et la demande d'adresser la lassitude de consentement. Ces deux concepts sont en opposition, car requérir des consentements spécifiques et granulaires entraînera nécessairement de la lassitude de consentement de la part des personnes concernées.

Nous ne sommes pas convaincus que les propositions émises afin d'éviter la lassitude de consentement, notamment par des formules mathématiques ou l'imposition d'un temps d'arrêt, répondent à l'objectif initial. Ces exemples sont peu praticables et ne semblent pas adaptés à la réalité des entreprises et des organisations. La clarté des libellés, l'accessibilité simple aux informations pertinentes et une disposition infographique de qualité permettent, à notre avis, une meilleure compréhension des consentements donnés tout en évitant la lassitude.

Recommandation 4 : Nous recommandons à la CAI de permettre aux entreprises et aux organisations de créer des regroupements de finalités similaires, tout en s'assurant que des informations précises et distinctes sont données pour chaque finalité. Ces regroupements permettront de répondre aux attentes de la CAI tout en limitant de la fatigue de consentement pour les personnes concernées.

Élargissement de la définition d'incident de confidentialité

Nous sommes en désaccord avec la ligne directrice 16 qui mentionne que l'accès, l'utilisation ou la communication sans consentement constitue un incident de confidentialité conformément à la *Loi*. Il est clair que si une entreprise ou une organisation détecte un enjeu avec la validité d'un consentement obtenu, elle doit promptement adresser la situation et obtenir, sans délai, le consentement applicable. Or, cela ne répond pas à la définition d'un incident de confidentialité établie par la *Loi* qui désigne tout accès, utilisation ou communication non autorisés d'un renseignement personnel, ainsi qu'à toute perte d'un renseignement personnel ou de toute autre atteinte à sa protection.

Déclencher les obligations liées aux incidents de confidentialité lors d'un manquement quant à la validité du consentement risque de multiplier le nombre d'incidents, de susciter de la méfiance de la part des personnes concernées et de détourner l'attention des entreprises et des organisations qui devraient plutôt concentrer leurs efforts pour adresser la pratique non conforme.

Recommandation 5 : Nous recommandons de retirer la ligne directrice 16 qui mentionne que l'accès, l'utilisation ou la communication sans consentement constitue un incident de confidentialité conformément à la *Loi*.

Commentaires généraux

Les lignes directrices seront sans aucun doute un outil très utile pour guider les entreprises et organisations dans la collecte de consentements valables. Toutefois, nous demandons à la CAI de limiter la portée des lignes directrices afin de s'assurer qu'elles n'outrepassent pas la *Loi*. Tel que mentionné à la section 19, ces lignes directrices n'ont pas force de loi. Or, à la section 20, il est mentionné que la surveillance de la CAI tiendra compte du respect de ces lignes directrices. Il est très préoccupant de lire cet énoncé en sachant qu'à compter du 22 septembre 2023 la CAI possédera des pouvoirs accrus en matière d'encadrement et de sanctions. Il est essentiel que la CAI rectifie le tir en limitant la portée de ses lignes directrices et en précisant que toute sanction sera basée sur la *Loi*.

Nous recommandons également à la CAI de limiter la portée de ses lignes directrices aux obligations prévues par la *Loi*. Les lignes directrices devraient présenter des principes généraux et non des requis spécifiques. Par exemple, nous comprenons l'intention louable de la CAI de proposer des éléments

concrets aux entreprises et aux organisations quant à l'information à fournir lors de la collecte d'un consentement (ligne directrice 49). Toutefois, en présentant une liste détaillée dans ses lignes directrices, la CAI vient en quelque sorte se substituer au législateur en créant de nouvelles exigences qui ne se retrouvent pas dans la *Loi*. La responsabilité d'évaluer la conformité des pratiques des entreprises et des organisations reviendra plutôt à la section de surveillance de la CAI qui devra se prononcer sur le respect de la *Loi*.

Dans le même ordre d'idée, nous recommandons à la CAI de se limiter à la terminologie utilisée dans la *Loi*. Nous pensons notamment à l'introduction du nouveau principe de minimisation alors que la *Loi* fait plutôt référence au principe de nécessité qui est bien compris et appliqué par les entreprises et les organisations.

À des fins de clarté et de concision, nous recommandons à la CAI de retirer les exemples de ses lignes directrices. Bien que l'intention derrière cette approche soit louable, force est de constater que ces exemples sont très spécifiques et génèrent plus de confusion que de clarté. Cela est d'autant plus vrai pour les nombreux exemples qui sont qualifiés « a priori conforme » ou « a priori non conforme ». La CAI devrait plutôt recenser ses décisions et les classer par thème afin de permettre aux entreprises et aux organisations de pouvoir rapidement et simplement consulter la jurisprudence pertinente pour comprendre ses interprétations.

Nous tenons à porter à votre attention l'exemple de l'Autorité des marchés financiers (AMF) qui vient de revoir sa *Ligne directrice sur les saines pratiques commerciales* en retirant les exemples présents dans sa première mouture afin de laisser place à des attentes générales en matière de conformité. Nous recommandons à la CAI d'explorer cette voie pour bien guider les entreprises et les organisations sans créer de la confusion avec des exemples difficiles à appliquer.

Nous sommes également préoccupés par le court délai entre la fin de la consultation et l'entrée en vigueur de ces lignes directrices. Il est essentiel que les entreprises et les organisations disposent d'un délai raisonnable pour s'y conformer. Ceci est d'autant plus vrai si les lignes directrices demeurent dans leur forme actuelle car elles ont une portée plus large et impliquent de nouvelles obligations ou des obligations accrues pour les entreprises et les organisations.

Le Mouvement Desjardins a entamé depuis quelques années un rehaussement majeur de ses pratiques en matière de protection des renseignements personnels, ce qui inclut également la refonte de sa Politique de confidentialité et l'obtention de consentements valables. Nous sommes toutefois conscients que ce n'est pas nécessairement le cas pour la plupart des entreprises et des organisations, d'où l'importance de leur laisser un délai de transition raisonnable.

Conclusion

Nous remercions à nouveau la CAI de nous donner l'occasion de formuler nos commentaires et nos recommandations sur ces lignes directrices qui auront sans contredit des conséquences importantes pour les entreprises et les organisations qui font affaire au Québec. Nous espérons que ceux-ci vous seront utiles dans le cadre de vos travaux et il nous fera plaisir de poursuivre la réflexion tant sur ce sujet que sur toute nouvelle ligne directrice que la CAI rédigera. Nous demeurons disponibles pour toute demande de précision ou question que vous pourriez avoir au sujet de ce mémoire.



Marie-Andrée Alain

Chef de la conformité et de la protection des renseignements personnels, Mouvement Desjardins