



# **Rapport en réponse à la consultation de la commission d'accès à l'information sur les lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement**

Pierre-Luc Déziel, Faculté de droit, Université Laval  
Karim Benyekhlef, Faculté de droit, Université de Montréal  
Vincent Gautrais, Faculté de droit, Université de Montréal  
Sébastien Meeùs, Faculté de droit, Université de Montréal

**Juin 2023**

ISBN 978-2-925138-25-9



**OBSERVATOIRE INTERNATIONAL  
SUR LES IMPACTS SOCIÉTAUX  
DE L'IA ET DU NUMÉRIQUE**

# INTRODUCTION

Le 16 mai 2023, la Commission d'accès à l'information (CAI) a publié la version 0.1 de ses lignes directrices sur les critères de validité du consentement. Elle a aussi, par la même occasion, lancé une consultation visant à obtenir des commentaires sur ce premier document de travail. Au total, 18 intervenants ont été invités par la CAI à soumettre un mémoire. La CAI a également remis un questionnaire comprenant 6 grandes questions qui doivent structurer les réponses des intervenants. L'OBVIA a été un des intervenants sollicités par la CAI et ce rapport reproduit les commentaires qu'il souhaite lui communiquer.

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

Le projet de lignes directrices sur la validité du consentement soumis la CAI est un document exhaustif, rigoureux et pertinent. L'OBVIA tient à donc d'emblée à féliciter la CAI pour cet important travail. Accompagner les organismes publics et les entreprises afin d'assurer une meilleure conformité aux lois québécoises de protection des renseignements personnels est un exercice fondamental qui se trouve au cœur de la mission de la CAI. À cet égard, il serait pertinent d'indiquer, au *Point #1* du document, qu'en vertu du paragraphe 9 de l'article 123 de la *Loi sur l'accès*, l'élaboration de lignes directrices permettant de faciliter l'application de la loi relève de la *fonction* même de la CAI. Bien que le document évoque à juste titre l'article 123, il nous semble important d'indiquer plus clairement que l'élaboration des lignes directrices fait partie du mandat de la CAI.

Bien que nous nous réjouissons de la qualité du travail fourni par la CAI, nous souhaitons néanmoins lui faire part de certaines idées qui, nous l'espérons, l'aideront à bonifier le document. Nos commentaires reprennent essentiellement la division proposée par la CAI dans son questionnaire. Celui-ci nous invite à réfléchir à la validité juridique et à la cohérence des lignes directrices (Question #2), à leur portée (Question #3), aux difficultés d'application qu'elles peuvent soulever (Question #4), aux exemples mobilisés (Question #5) et à leur format (Question #6).

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

De manière générale, les lignes directrices nous paraissent valides du point de vue juridique et elles nous semblent cohérentes entre elles. Toutefois, il y a certains points qui nous semblent plus ou moins clairs, ainsi que certaines composantes qui ne nous semblent pas assez précises et quelque peu problématiques. Les difficultés se situent principalement aux niveaux de la terminologie utilisée (a), de l'articulation de règles générales d'obtention du consentement, et ce principalement en ce qui a trait à la différence entre le consentement présumé et le consentement implicite (b) et de la justesse même de ce concept de consentement présumé.

(a) La terminologie employée : selon nous, il y a certains points où la terminologie utilisée dans les lignes directrices pourrait être plus fidèle à ce que l'on trouve dans nos textes de lois. L'alignement terminologique entre ce que l'on trouve dans les lignes directrices et dans les textes de loi est essentiel à la bonne compréhension du document, et représente une condition nécessaire à sa clarté. Il y a 4 points sur lesquels nous pensons que des modifications mineures pourraient être envisagées sur le plan terminologique.

- D'abord, les lignes directrices devraient reprendre de manière plus systématique les termes de *collecte*, *d'utilisation* et de *communication* de renseignements personnels que l'on trouve dans les textes de loi. Par exemple, au *Point #7*, il est affirmé que « Les personnes concernées peuvent exercer un contrôle sur

l'utilisation et sur la circulation de leurs renseignements par le consentement. » Selon nous, il serait plus juste de parler de contrôle sur la *collecte*, l'utilisation et la *communication* de leurs renseignements.

- Ensuite, et en lien avec le point (a), le document utilise parfois le terme de renseignements, parfois celui de renseignements personnels. Il n'est pas clair quand on préfère un terme à l'autre. Par souci de rigueur et de clarté, nous pensons qu'il serait judicieux de toujours utiliser le terme « renseignement personnel » lorsque c'est ce dont on parle. Bien que le *Point # 3* précise que le document s'applique uniquement aux renseignements personnels - par opposition aux renseignements techniques par exemple - le fait d'utiliser uniquement le terme renseignement pourrait introduire une confusion inutile.
- Par ailleurs, si le développement proposé au *Point #49* est fourni et pertinent, nous notons une certaine frilosité de la Commission à utiliser le terme « politique de confidentialité », qui n'est seulement mentionné 7 fois dans le document. Utiliser ce terme plus souvent ne devrait pas être problématique, étant donné que le terme est bel et bien utilisé dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (Article 8.2). Cet article s'applique à chaque fois qu'un moyen technologique est utilisé pour recueillir des renseignements personnels, ce qui enveloppe un nombre croissant de situations.
- Finalement, le texte évoque le principe de « minimisation » à quelques reprises, notamment en lien avec l'application du critère de nécessité. Selon nous, il conviendrait davantage de parler d'un principe de « limitation » qui nous semble plus en adéquation avec la terminologie québécoise et canadienne. Le principe de minimisation nous apparaît en effet davantage utilisé en lien avec les réglementations européennes de protection des données à caractère personnel.

(b) L'articulation des règles générales et la distinction entre le consentement présumé et le consentement implicite : il s'agit ici d'un point sans doute plus important que le point (a), puisqu'il s'intéresse de manière plus directe à la justesse des lignes directrices sur le plan juridique.

- D'abord, le *point # 8*, qui reproduit la règle générale en matière d'obtention du consentement, devrait être plus clair et plus précis. En effet, à lecture des situations a, b, c, et d, nous avons l'impression qu'un consentement n'est requis que lorsqu'il y a collecte de renseignements personnels auprès d'un mineur, lorsqu'il y a collecte indirecte, divulgation ou communication de renseignements personnels auprès d'un tiers, ainsi que dans les cas d'utilisations secondaires de renseignements personnels. En d'autres mots, l'obtention du consentement ne serait pas requise lorsqu'il y a collecte directe auprès de la personne. Or, si on se fie aux lignes directrices, notamment au *Point # 14*, ce n'est pas tout à fait le cas, puisqu'il y aurait bel et bien consentement, simplement que ce consentement serait *présumé* dès lors que le devoir d'information est satisfait et que la personne transmet ses renseignements personnels par elle-même. Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur cette notion de consentement présumé avec laquelle nous ne sommes pas tout à fait d'accord. Quoi qu'il en soit, bien que nous comprenions que le consentement présumé n'entraînerait pas les mêmes obligations que le consentement explicite sur le plan de l'évaluation des critères de validité, il nous semble que cette situation du consentement présumé devrait, dans la mesure où elle serait retenue, elle aussi se trouver inscrite dans les règles générales. Selon nous, le fait de les séparer de manière aussi nette rend le document plus difficile à comprendre. Une autre solution pourrait aussi de ramener le *Point # 14* directement avant le *Point # 8*, de manière à avoir une appréciation plus directe et immédiate de la distinction entre ces deux formes de consentement.
- Ensuite, la distinction entre le consentement présumé et le consentement implicite est très difficile à établir. Nous pensons qu'il sera par conséquent difficile pour plusieurs personnes ou organisations de faire la distinction entre ces deux formes de consentement. Soyons clairs; la difficulté ne relève pas ici tant du travail de la CAI que des exigences légales plus ou moins évidentes en la matière, notamment en ce qui a trait à cette possibilité relativement peu intuitive d'un consentement qui soit à la fois manifeste et implicite (voir le *Point #29*). Quoi qu'il en soit, il nous apparaît essentiel que les lignes directrices soient encore plus claires sur ce point. Certaines solutions seraient envisageables.

Dans un premier temps, au *Point # 36*, on affirme que :

*En pratique, les organisations ne doivent toutefois pas oublier que le consentement présumé (LAI, article 65.0.2; LP, article 8.3; voir paragraphe 14) couvre beaucoup de situations dans lesquelles un consentement implicite aurait pu être jugé pertinent. Les cas pour lesquels le consentement implicite à une finalité secondaire est réellement pertinent sont cependant plus rares.*

Selon nous, ce passage gagnerait à faire l'objet de développements plus importants. Bien que les exemples fournis permettent une meilleure compréhension de la distinction, il serait intéressant d'avoir des explications plus complètes et plus générales sur la manière dont on peut distinguer ces situations où « un consentement implicite aurait été jugé pertinent ». Aussi, pourquoi les cas où un consentement implicite à l'utilisation des renseignements personnels pour une finalité secondaire sont plus rares ? Comment pourrait-on mieux identifier ces cas ?

Dans un second temps, nous pensons que l'ajout d'un glossaire ou d'un lexique du consentement, où on regrouperait l'ensemble des différentes formes qu'il peut prendre, permettrait d'avoir une vue d'ensemble du sujet et de mieux apprécier les différences entre les différentes formes de consentement. Ce pourrait aussi prendre la forme d'un tableau.

- Finalement, en ce qui a trait au consentement en général, nous pensons qu'il serait aussi plus juste de préciser, au *Point #7*, que ce n'est pas uniquement une notion importante en droit québécois, mais qu'il s'agit de l'unique fondement juridique qui permette de justifier la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels. Comme les *Point # 9, 11 et 57* le précisent, les collectes, utilisations ou communications de renseignements personnels qui ne font pas l'objet d'un consentement et qui sont permises, le sont sur la base d'une exception au consentement individuel.

(c) La justesse de la notion de consentement présumé et sa cohérence avec le texte de loi: comme précisé au point (b), la notion de consentement présumé nous semble plus ou moins juste et nous ne sommes pas convaincus par son introduction dans les lignes directrices. Nous retenons ici trois principales raisons.

- D'abord, nous avons été quelque peu surpris par cette notion de consentement présumé, qui ne figure ni dans le texte de loi ni dans la jurisprudence de la CAI. Bien que l'article 6 de la *Loi sur le privé*, par exemple, ne précise pas explicitement qu'il soit nécessaire d'obtenir un consentement valide pour la collecte directe de renseignements personnels, il n'affirme pas non plus qu'un consentement puisse être présumé. Or, comme le consentement est l'unique fondement juridique permettant de justifier la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels, il est un peu étonnant que l'on puisse simplement le présumer dès lors que le devoir d'information est satisfait. De même, l'idée d'un consentement présumé nous semble quelque peu problématique ; dans la mesure où le consentement découle d'une volonté claire de la personne (voir : *S.B. c. Québec*, 2015 QCCA 143), il est à tout le moins étrange qu'il puisse faire l'objet d'une présomption. Comment présumer quelque chose qui devrait être exprimé ?

Qui plus est, nous n'avons pas été en mesure de trouver de précédent dans la jurisprudence de la CAI depuis 2008 qui puisse appuyer cette notion de consentement présumé. Une recherche sur SOQUIJ avec l'expression "consentement présumé" n'amène aucun résultat. Une recherche avec les mots clés "consentement" et "présumé" produit 138 décisions. Sur ces 138 décisions, aucune ne vient, à notre connaissance, valider l'idée d'un consentement présumé pour la collecte directe de renseignements personnels.

Une décision (*L.D. c. Ministère de la Santé et des Services sociaux*, 2017 QCCA 256) évoque l'idée d'un consentement présumé, mais celui-ci vise la communication d'un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical fourni par un tiers visé par l'article 49 de la *Loi sur l'accès*. On note par ailleurs que l'article 49 précise explicitement que le tiers est réputé avoir consenti à la communication dudit renseignement lorsque le délai de 20 jours lui ayant été donné pour faire des observations est expiré.

En matière d'accès à des renseignements personnels, plusieurs décisions (*Roberge c. Ville de Montréal*, 2022 QCCA 105; *Lussier c. Ville de Repentigny*, 2023 QCCA 112; *Provencher c. Ministère de la sécurité publique*, 2022 QCCA 137) concluent que lorsqu'un responsable de l'accès n'est pas en possession d'un consentement, rien ne permet de le présumer. D'ailleurs, dans *Chouinard c. Ministère du Développement durable*, 2018 QCCA 206, il est par ailleurs affirmé que "[d]e toute façon, le consentement ne se présume pas. Il doit être exprimé par le biais d'une volonté claire de la personne concernée qui permet à l'organisme de communiquer ses renseignements personnels" (paragraphe 19).

- Ensuite, la possibilité d'avoir recours à un consentement présumé pour la collecte directe de renseignements personnels constituerait une différence importante avec ce que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (L.C. 2000, ch. 5) [LPRPDE] permet en la matière, compromettant ainsi la capacité de la *Loi sur le privé* à y être essentiellement similaire. En effet, le principe 4.3 de l'Annexe 1 de la LPRPDE précise que "[t]oute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir". La loi fédérale ne prévoit pas de consentement présumé et la satisfaction du devoir d'information ne vient pas éteindre l'obligation d'obtenir un consentement valide ; au contraire, ce devoir d'information vient nourrir le caractère éclairé du consentement.
- Finalement, et de manière sans doute plus importante, ouvrir la voie à un consentement présumé, surtout dans le secteur privé, semble problématique en ce sens que la protection déjà plutôt faible que le consentement procure se verrait encore plus diminuée. Selon nous, un simple devoir d'information n'est pas suffisant pour assurer une réelle protection des personnes, notamment dans les environnements numériques, surtout si l'organisation n'a pas à évaluer la validité de ce consentement présumé. Nous craignons donc que l'introduction de ce consentement en vienne à réduire la protection de la vie privée informationnelle des Québécoises et Québécois, ce qui semble contraire à l'esprit des réformes législatives des dernières années.

### **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 considérons que les lignes directrices ont une portée adéquate et elles nous semblent claires et complètes, à l'exception de quelques situations particulières. Nous considérons en effet qu'il y a 3 volets qui pourraient faire l'objet de développements plus importants ; les personnes mineures, les témoins de connexion payants, et la réalité virtuelle.

(a) Les personnes mineures : La protection des renseignements personnels des mineurs est une problématique qui occupe une place croissante dans les débats sur la protection de la vie privée informationnelle en ligne.

- Cependant, les lignes directrices ne fournissent une prise en charge que relativement timide de cet enjeu. Il y a certes quelques exemples pertinents qui viennent ponctuer le texte, mais ceux-ci ne restent que relativement rares et éparpillés dans le document. Selon nous, il serait utile de faire une section distincte et qui ne s'intéresserait qu'aux enjeux relatifs aux mineurs. Cette section n'aurait pas à être très longue, le simple fait de la distinguer des autres sections suffirait sans doute à clarifier qu'il s'agit d'un enjeu spécifique qui mérite une attention particulière.
- Quant au fond, concernant l'authentification de la personne concernée (*Point #25*) : pour le titulaire de l'autorité parentale, les mesures de vérification sont en général facilement contournables. Quelques exemples, ou une réflexion plus poussée, pourraient être fournis pour indiquer aux organismes et entreprises de bonnes pratiques.

- Ensuite, l'Exemple #32.2, qui constitue justement l'unique exemple d'obtention du consentement des parents, nous apparaît alambiqué : en quoi l'appui simultané de 3 boutons sur l'appareil ne pourrait être effectué que par les parents (des enfants de 5 à 8 ans pourraient très bien suivre les consignes auditives dans le cas où les parents auraient négligé les étapes d'installation du jouet). Surtout, comment prouver que le consentement était éclairé au moment de cette manipulation, donc que les informations pertinentes sur la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels de l'enfant aient été portées à la connaissance des parents ? Étant donné que l'exemple mentionne l'existence d'un portail web sécurisé, celui-ci nous apparaît plus propice à remplir les critères de validité du consentement que le jouet physique.

(b) Les témoins de connexion « payants » : Le cas de plus en plus courant des « Cookies paywall », soit « consentir ou payer », n'est pas abordé dans la Section #2.2 portant justement sur le caractère libre du consentement. Cette situation devrait être intégrée au Point #41, aux côtés des *nudges* (sous-point A) et la répétition de la demande de consentement (sous-point B), ou disposer de son propre point dans cette section. C'est une zone grise, également dans l'Union Européenne, mais les lignes directrices servent également à mentionner des pratiques « à priori non conformes » selon les termes employés dans d'autres exemples.

(c) La réalité virtuelle : À titre prospectif, il nous semble pertinent de faire une courte remarque sur un mode d'affichage qui prendra de l'importance dans les mois et années à venir : la réalité virtuelle. Dépassant les frontières du jeu, l'affichage de longs textes dans un environnement de réalité virtuelle n'est sans doute pas adapté, surtout en prenant en compte la différence de sensibilité à la technologie (maux de tête plus rapides chez certaines personnes que d'autres). Cette particularité aura notamment tendance à inciter l'utilisateur à faire partir le mur de textes le plus rapidement possible, posant dès lors des défis sur le caractère manifeste du consentement (et du geste, ici pour écarter le texte du champ de vision). L'accessibilité de l'information sera dès lors primordiale, et pourrait déjà faire l'objet d'un point ou d'un exemple sur la correcte articulation des différents moyens technologiques pour afficher et obtenir le consentement. Par exemple, afficher la politique de confidentialité sur le téléphone qui doit déjà être connecté au casque pour faire fonctionner le programme, plutôt que sur le casque-même.

#### **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?**

Pour les motifs exposés à la question #2 de ce rapport, nous considérons que les principales difficultés tiendront à la distinction entre les différents types de consentement et à la capacité d'identifier les situations où un consentement peut être présumé et celles où il s'agit d'un consentement implicite. Afin d'améliorer ces points, nous proposons quelques pistes de solution dans les prochaines sections.

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

Une des craintes que nous avons en amont de la réception du document était qu'il soit surtout aligné sur les besoins d'acteurs de tailles plus importantes et qui opèrent principalement en ligne. Cette crainte s'appuyait principalement sur le fait que ce sont ces acteurs qui retiennent généralement l'attention de la doctrine. Nous sommes ravis de constater que cette crainte n'est pas entièrement fondée. Selon nous, les exemples parlent à des acteurs de tailles différentes et qui opèrent dans différents secteurs. C'est d'ailleurs

un des points forts du document. Néanmoins, nous pensons aussi que l'utilisation des exemples pourrait être améliorée, et ce de deux façons.

- D'abord, il serait intéressant qu'à chaque fois où il mobilise des exemples, le document fournisse à la fois des situations de conformité et des situations de non-conformité. Le document actuel présente quelques fois seulement un de ces cas de figure (voir les *Points #36, 50 ou 56*, par exemple), ce qui limite la portée informative des exemples fournis ; il nous semble en effet qu'il serait encore plus pertinent de pouvoir comparer des situations où l'acteur est a priori en conformité à celles où il ne le serait pas. Cette observation nous amène au second point.
- Ensuite, nous pensons qu'il pourrait être pertinent d'avoir *pour chaque exemple* une situation de conformité et une autre de non-conformité. Avec la même mise en scène de départ, il s'agirait de mettre en relief certaines différences dans la mise en œuvre du consentement, ou dans sa qualification, qui permettraient aux lecteurs et lectrices de bien situer là où on passe d'une situation de conformité à une situation de non-conformité. Selon nous, un tel exercice de type « thème et variations » permettrait de comparer encore plus facilement les situations et d'identifier là où il faut agir pour s'assurer de respecter la loi.

À titre d'illustration, la dernière page des lignes directrices propose un exemple intéressant sur une pratique non conforme (Exemple #71.2), qui mériterait justement de comporter un exemple de pratique conforme prenant en compte les spécificités de ce contexte, c'est-à-dire lors d'un lancement d'un jeu vidéo. En général, cela se fera sur un écran plus éloigné (une télévision) et avec des contrôles de navigation différents (une manette de jeu vidéo) des autres cas d'obtention du consentement dans des contextes numériques (un ordinateur, ou un téléphone intelligent). Dans l'état actuel des lignes directrices, aucun remède n'est proposé afin d'obtenir un consentement éclairé sur les politiques de confidentialité dans ce contexte précis, mais courant.

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

Le format est adapté, mais la consultation n'est pas toujours facile. Le défi de lecture tient principalement aux faits que le document est long et qu'il est essentiellement composé de texte suivi. Il nous semble aussi difficile d'accès pour des non-spécialistes. Nous pensons qu'il serait par conséquent pertinent de réfléchir aux options suivantes :

- D'abord, tenter aussi de rédiger une version plus courte du texte, un document de type sommaire exécutif ou aide-mémoire peut-être, qui permettrait de mieux accompagner les lecteurs et lectrices en leur offrant un format plus facile à consulter. Ce document serait un complément à la version plus longue et ne viendrait pas la remplacer.
- Ensuite, ajouter un glossaire ou un lexique qui permettrait de bien identifier les différents types de consentement et d'avoir un aperçu général de l'ensemble des formes qu'il peut prendre. Cet outil pourrait être inséré dans le document plus synthétique proposé au point précédent.
  - Troisièmement, partager des exemples de formulaires ou de documentation en annexe des lignes directrices afin de mieux guider les organismes et entreprises dans leurs démarches.
- Finalement, élaborer un document de type « arbre décisionnel » où en fonction du type de consentement ou du type de renseignements personnels dont il est question, il est aisé de voir quelles sont les obligations de documentation ou de vérification qui s'imposent à nous.

## CONCLUSION

Pour terminer, nous considérons que le travail accompli par la CAI est important et qu'il se dirige déjà dans une très bonne direction. Nous espérons que ces quelques commentaires aideront à le bonifier encore un peu!

\*\*\*



**OBSERVATOIRE INTERNATIONAL  
SUR LES IMPACTS SOCIÉTAUX  
DE L'IA ET DU NUMÉRIQUE**

Pavillon Charles-De Koninck, local 2489  
1030, avenue des Sciences-Humaines  
Université Laval  
Québec (Québec) G1V 0A6

[observatoireia@ulaval.ca](mailto:observatoireia@ulaval.ca)

[www.observatoire-ia.ulaval.ca](http://www.observatoire-ia.ulaval.ca)