

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

**COMMENTAIRES D'OPTION CONSOMMATEURS PRÉSENTÉS
À LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION**

Table des matières

| | |
|---|----|
| Introduction | 3 |
| 1. Recommander universellement le consentement | 4 |
| 2. Exiger le consentement exprès par défaut | 5 |
| 3. Délimiter le consentement présumé | 6 |
| 4. Donner toute son effectivité au consentement | 8 |
| 4.1. Encadrer les modèles d'affaires numériques | 8 |
| 4.2. Retirer en bloc son consentement..... | 8 |
| 4.3. Éviter l'exclusion et les préjudices économiques | 9 |
| 4.4. Favoriser l'accessibilité | 9 |
| Conclusion..... | 10 |

Introduction

Option consommateurs soutient les grandes orientations proposées par la Commission d'accès à l'information (CAI) quant à l'interprétation des critères de validité du consentement dans la nouvelle mouture de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (Loi sur le privé).

Nous estimons que les lignes directrices de la CAI épousent l'objectif de protection du public de la Loi sur le privé en donnant toute la vigueur nécessaire au principe du contrôle du citoyen sur ses renseignements personnels. Ces lignes directrices, et les exemples qu'elles comportent, contribueront à fixer des attentes à la fois concrètes et élevées pour les entreprises québécoises.

Il reste toutefois que les travaux de la CAI devraient, selon nous, apporter davantage de précisions quant à certains éléments. En ce sens, nous formulons les observations suivantes dans le présent document :

- La CAI devrait recommander aux entreprises d'obtenir le consentement à toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels, dès lors que cela est possible (section 1).
- L'approche de la CAI à l'effet que le consentement exprès doit être privilégié par défaut est justifiée (section 2).
- Les conditions sous lesquelles le consentement dit « présumé » est valide doivent être strictement délimitées; un tel consentement ne devrait suffire que lorsqu'un consentement implicite est acceptable (section 3).
- Pour donner une pleine effectivité au consentement, nous invitons la CAI à se prononcer, entre autres, sur l'application de la loi dans le cadre des modèles d'affaires numériques et sur la possibilité du consommateur d'exprimer son refus via des mécanismes opposables à toutes les entreprises (section 4).

1. Recommander universellement le consentement

Une première difficulté qui ressort des lignes directrices tient dans l'indétermination des situations qui nécessitent l'obtention d'un consentement. La CAI se limite à indiquer une liste non exhaustive de cas où le consentement est requis¹; cette liste, qui couvre une vaste gamme de situations, laisse tout de même planer un doute sur la portée de l'obligation d'obtenir un consentement.

Compte tenu des difficultés interprétatives soulevées par la nouvelle Loi sur le privé, nous invitons la CAI à proposer des balises plus simples quant aux situations où le consentement est requis. Autrement, nous craignons que certaines entreprises profitent de cette zone d'ombre pour omettre de demander un consentement valide des consommateurs pour le traitement de leurs renseignements personnels.

En conséquence, nous croyons que la CAI devrait recommander aux entreprises d'obtenir le consentement à toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels, dès lors que cela est possible. Cette recommandation « universelle » d'obtention d'un consentement se justifie par plusieurs motifs :

- D'abord, rien n'interdit à une entreprise d'adopter des pratiques qui vont plus loin que ce que prévoit la loi. Or, dans un contexte où les pourtours de la Loi sur le privé sont parfois nébuleux et potentiellement complexes d'application, cette approche est à la fois plus respectueuse des consommateurs et plus prudente pour les entreprises.
- Ensuite, une approche universelle apporterait davantage de prévisibilité et de simplicité pour les organisations. Plutôt que de s'escrimer pour comprendre si un consentement est requis ou non, la recommandation universelle d'obtention du consentement est aisément appréhendable pour une entreprise.
- Finalement, rappelons que la Loi sur le privé n'est pas la seule loi pouvant s'appliquer en matière de protection de la vie privée. Au niveau fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* prévoit l'obtention du consentement comme une exigence générale à toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels². Puisque cette loi pourrait s'appliquer dans diverses circonstances au Québec³, la recommandation répondrait à un souci d'harmonisation.

¹ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement*, version 0.1 – document pour consultation, 16 mai 2023 (ci-après « Lignes directrices »), par. 8.

² *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5, art. 6.1 et art. 4.3 de l'Annexe 1.

³ Voir : *Option Consommateurs c. Google*, 2022 QCCS 2308, par. 73-77.

Bien entendu, recommander le consentement de manière universelle ne signifie pas pour autant que les autres obligations de la loi, notamment le critère de nécessité, doivent être écartées. En conséquence, même « universel », un consentement ne saurait autoriser la collecte d'un renseignement personnel non nécessaire aux finalités énoncées⁴.

En somme, considérer que le consentement est universellement requis facilite l'application de la Loi sur le privé, puisqu'il ne s'agira plus que de déterminer quel niveau ce consentement doit rencontrer pour être valide.

2. Exiger le consentement exprès par défaut

Les consommateurs québécois font l'objet d'une captation phénoménale de leur vie privée dans l'économie numérique. Afin de leur permettre d'exercer un véritable choix, le consentement devrait non seulement être recommandé de manière universelle, mais il devrait également être exprès par défaut. Seules des exceptions bien délimitées devraient permettre de recourir à un consentement implicite.

D'emblée, la nouvelle mouture de la Loi sur le privé prévoit impérativement l'obtention d'un consentement exprès dans des situations spécifiques :

- lorsqu'un renseignement personnel sensible est communiqué à un tiers ou utilisé à d'autres fins que celles pour lesquelles il a été recueilli⁵ ;
- lors de la collecte de renseignements personnels sur une personne en « ayant recours à une technologie comprenant des fonctions permettant de l'identifier, de la localiser ou d'effectuer un profilage⁶ ».

En pratique, ces situations pourront englober un grand nombre d'activités commerciales, notamment dans l'environnement numérique où la communication de données personnelles, la géolocalisation et le profilage sont omniprésents.

Cela dit, bien que la Loi sur le privé ne le précise pas directement, il nous apparaît que le consentement devra nécessairement être exprès pour de nombreux autres cas que ceux prévus directement dans la loi. Compte tenu des critères élevés de validité du consentement⁷, il transparaît manifestement de la Loi sur le privé que le consentement devra généralement être exprès pour répondre à ses exigences.

⁴ Lignes directrices, par. 15.

⁵ Loi sur le privé, art. 12 et 13.

⁶ Loi sur le privé, art. 8.1 al. 1; Lignes directrices, par. 31 b).

⁷ Loi sur le privé, art. 14.

C'est donc une interprétation justifiée que propose la CAI en affirmant qu'une organisation « devrait privilégier le consentement exprès chaque fois que possible⁸ » et en balisant les situations dans lesquelles le consentement peut être implicite⁹. En somme, le consentement implicite ne devrait qu'être l'exception, et non la règle.

3. Délimiter le consentement présumé

L'introduction du consentement « présumé », une nouvelle mutation du consentement, apporte une dose d'incertitude dans le droit de la protection des renseignements personnels québécois. Selon nous, la CAI devrait apporter davantage de précisions quant aux limites dans lesquelles il est acceptable de recourir à cette forme de consentement, afin d'éviter qu'elle soit utilisée dans des contextes inadéquats par certaines entreprises.

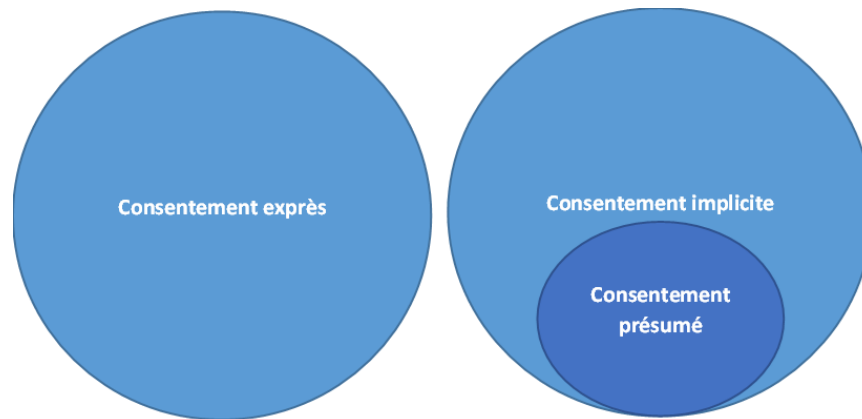
D'abord, nous estimons que la CAI devrait réitérer que les critères de validité du consentement s'appliquent à toute forme de consentement, même présumé. Actuellement, le paragraphe 14 des lignes directrices affirme qu'une organisation n'a pas à vérifier ces critères lorsqu'elle obtient un consentement présumé. Bien sûr, si l'organisation n'est pas « tenue » d'évaluer les critères de validité du consentement, cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne s'appliquent pas. Même présumé, un consentement doit être manifeste, libre et éclairé; la présomption ne porte que sur le respect de ces critères de validité lorsque le processus d'information prévu à l'article 8 est suivi.

Ensuite, nous invitons la CAI à mieux délimiter l'interaction entre le consentement présumé et le consentement exprès. Puisqu'un consentement exprès exige une action positive de la personne concernée, nous souscrivons à l'opinion de la CAI voulant que le consentement présumé « couvre beaucoup de situations dans lesquelles un consentement implicite aurait pu être jugé pertinent¹⁰ ». En ce sens, nous estimons que le régime de consentement présumé ne peut trouver ouverture que lorsqu'un consentement implicite pourrait être valable. En somme, le consentement présumé ne devrait être vu que comme un aménagement des situations où le consentement implicite est autorisé, en demandant aux organisations de fournir clairement des informations aux consommateurs et en présumant alors de la validité de leur consentement.

⁸ Lignes directrices, par. 30.

⁹ Lignes directrices, par. 36-39.

¹⁰ Lignes directrices, par. 34.



Inversement, un consentement exprès ne peut se présumer. En pratique, cela signifie que même si l'entreprise divulgue au consommateur des informations tel que prévu à l'article 8 de la Loi sur le privé, elle devra également obtenir un consentement exprès lorsque la situation exige un tel niveau de consentement.

En guise d'illustration, imaginons une situation où un consommateur se procure un casque de réalité virtuelle. Même si ce consommateur reçoit les informations prévues à l'article 8 lors de la configuration de l'appareil, il pourrait lui être difficile de comprendre que cette collecte inclura le son de sa voix ou le suivi de ses yeux pour animer son avatar virtuel ou des renseignements sur son domicile afin de délimiter son espace de jeu, et que toutes ces données sensibles pourraient être communiquées ou utilisées à diverses fins commerciales. Dans un tel contexte, afin notamment que le choix du consommateur soit éclairé et spécifique¹¹, nous estimons qu'un consentement exprès devrait être obtenu. De cette façon, les renseignements personnels recueillis ainsi que toutes les autres informations nécessaires à la compréhension du consommateur pourront clairement être portés à sa connaissance et faire l'objet d'un choix actif.

Finalement, nous invitons la CAI à préciser la notion de « finalités primaires » de manière à éviter que le consentement présumé ne soit détourné pour autoriser des finalités non nécessaires à la fourniture d'un service. En effet, les lignes directrices énoncent que le consentement présumé est valable « pour l'utilisation et pour la communication aux fins primaires¹² », mais que les fins secondaires « devraient pouvoir être refusées sans influence sur l'entente initiale¹³ ». Afin de dissiper toute ambiguïté, nous invitons la CAI à clarifier que les fins primaires ne peuvent uniquement englober que la collecte, l'utilisation ou la communication aux strictes fins liées à la fourniture d'un bien ou d'un service; toute autre finalité, même divulguée lors de la collecte initiale, est nécessairement secondaire.

¹¹ Lignes directrices, par. 47 et 56.

¹² Lignes directrices, par. 42.

¹³ *Id.*

4. Donner toute son effectivité au consentement

4.1. Encadrer les modèles d'affaires numériques

Les lignes directrices de la CAI confirment qu'un consentement exprès sera requis pour diverses activités de pistage des consommateurs dans l'environnement numérique¹⁴. Cette interprétation est selon nous tout à fait fondée. La captation en permanence des données personnelles des internautes à des fins de profilage commercial, souvent à leur insu¹⁵, nécessite l'obtention d'un consentement exprès pour permettre le contrôle de l'individu sur sa vie privée.

Cela dit, nous invitons la CAI à ajouter des exemples à ses lignes directrices pour mieux illustrer l'application de la Loi sur le privé aux modèles d'affaires des géants technologiques. La CAI mentionne uniquement des situations où c'est l'entreprise elle-même qui recueille et utilise les données via un site web ou une application numérique¹⁶. Or, le pistage en ligne s'effectue aussi, pour une large part, par l'entremise de géants technologiques qui contrôlent le marché publicitaire en ligne par l'intégration de leurs cookies sur les sites web. Il nous apparaît important que la CAI se prononce sur ce modèle d'affaires et la forme de consentement attendu lorsqu'une entreprise intègre ces cookies tiers sur ses plateformes en ligne.

4.2. Retirer en bloc son consentement

Alors que chaque application et chaque site web pourraient désormais requérir un consentement exprès, ces demandes répétées risquent de surcharger les internautes. Pour pallier le phénomène de « lassitude du consentement », la CAI propose des solutions telles qu'un compte à rebours ou encore l'imposition d'une question mathématique, de façon à briser le rythme des requêtes et les automatismes du consommateur¹⁷.

¹⁴ Lignes directrices, par. 31 b).

¹⁵ Nos études sur des jouets intelligents et sur la publicité comportementale en ligne nous mènent à conclure que les consommateurs ne connaissent pas toujours la portée de la collecte de leurs données dans l'environnement numérique. Voir : Alexandre PLOURDE, *Le prix de la gratuité : doit-on imposer des limites à la collecte de renseignements personnels dans le cadre de la publicité comportementale en ligne?*, Option consommateurs, 2015, p. 32-33; Valérie MONTCALM, Alexandre PLOURDE et Elise THÉRIAULT, *Enfants sous écoute : la protection de la vie privée dans l'environnement des jouets intelligents*, Option consommateurs, 2018, p. 34-35.

¹⁶ Lignes directrices, exemples 34.2 et 46.2.

¹⁷ Lignes directrices, par. 33.

Bien que ces approches puissent être pertinentes, nous estimons qu'une solution plus pérenne à la « lassitude » du consentement dans l'environnement numérique tient dans l'emploi de mécanismes qui permettent d'exprimer une seule fois son refus au traitement de ses renseignements personnels, à toutes les entreprises. Dans le cadre des consultations sur le projet de loi n° 64, nous citons des initiatives telles qu'un signal « *Do Not Track* » intégré au fureteur, qui permettraient de manifester simplement son opposition au pistage en ligne à tous les participants à cet écosystème¹⁸. Nous invitons la CAI à se prononcer sur la pertinence de tels mécanismes pour favoriser l'exercice du consentement.

4.3. Éviter l'exclusion et les préjudices économiques

La CAI propose des pistes pertinentes pour analyser le caractère libre du consentement, notamment en s'intéressant aux situations de déséquilibre entre les parties¹⁹. Cependant, nous invitons également la CAI à se prononcer sur les situations où, bien que le consommateur puisse théoriquement refuser, son opposition entraînera des coûts économiques importants.

L'exemple le plus éloquent tient dans l'usage du dossier de crédit à des fins non financières, telles que la souscription à une assurance. Bien qu'un consommateur puisse refuser de fournir des renseignements de crédit dans ces circonstances, il devra payer bien plus cher pour ses assurances s'il fait ce choix – ce qui fait du consentement un « luxe » plutôt qu'un droit. Pour que le consentement puisse être valable, le refus ne doit pas se traduire en des coûts disproportionnellement élevés pour un consommateur qui cherche à obtenir un bien ou un service essentiel.

4.4. Favoriser l'accessibilité

Le consentement doit être accessible à tous. En plus de privilégier des communications dans un langage clair afin d'assurer le consentement éclairé des consommateurs, les formulaires de consentement devraient prévoir des standards d'accessibilité pour faire en sorte que leur contenu soit accessible et utilisable par les personnes vivant avec un handicap (par exemple, s'assurer que le contraste du texte est adéquat, qu'une information n'est pas divulguée seulement avec une couleur, que les images aient des descriptions, etc.)²⁰.

¹⁸ OPTION CONSOMMATEURS, *Projet de loi n° 64 – Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, commentaires d'Option consommateurs présentés à la Commission des institutions, 29 septembre 2020, p. 9-10.

¹⁹ Lignes directrices, par. 40-46.

²⁰ En guise d'exemple de standards d'accessibilité, citons la norme ISO 40 500 (Technologies de l'information — Règles pour l'accessibilité des contenus Web).

Conclusion

Il s'agit d'une tâche colossale à laquelle s'est attaquée la CAI dans ces lignes directrices, soit de donner sens à une loi qui comporte encore son lot d'incertitudes quant à la question du consentement. Entre consentement « exprès », « implicite » et « présumé », on peine par moments à saisir l'intention du législateur quant à ses attentes envers les organisations.

Option consommateurs fait une évaluation générale positive du travail effectué par la CAI pour interpréter la Loi sur le privé. Nous espérons que nos quelques observations pourront contribuer au développement d'un cadre accessible, cohérent et permettant d'atteindre un haut niveau de protection des consommateurs.

Par ailleurs, rappelons que le consentement n'opère pas dans un vacuum; il ne s'agit qu'un des mécanismes de protection du public prévus à la Loi sur le privé. Aux côtés du consentement, la loi prévoit notamment qu'une organisation ne peut recueillir que les renseignements personnels nécessaires aux fins déterminées²¹. Nous espérons donc que d'autres lignes directrices seront proposées sur d'autres concepts, de façon à fournir de meilleures balises sur leur application dans le contexte contemporain.

²¹ Loi sur le privé, art. 5.