

FASKEN

Traçons l'avenir

Mémoire présenté à la
Commission d'accès à l'information

Dans le cadre de la consultation ciblée quant aux
Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement

Juillet 2023

M^{es} Antoine Aylwin
Kateri-Anne Grenier
Julie Uzan-Naulin
Soleica Monnier
Iara Griffith
William Deneault-Rouillard

INTRODUCTION

Dans tous les secteurs, la protection de la vie privée suscite un intérêt croissant. Au Canada, le Québec a lancé une réforme devenue urgente en adoptant la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels* (la « **Loi 25** »), qui modifie la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (la « **Loi sur l'accès** ») et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (la « **Loi sur le privé** »), entre autres. Cette réforme retouche notamment les critères d'obtention d'un consentement valide des personnes concernées, tout en maintenant le consentement au cœur de la législation.

Le groupe de pratique *Vie privée et cybersécurité* du cabinet Fasken remercie chaleureusement l'invitation ciblée de la Commission d'accès à l'information (la « **CAI** ») à lui soumettre ses commentaires quant au projet de **Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement** (les « **lignes directrices** »). L'équipe Fasken souhaite collaborer à une application de la Loi 25 respectueuse des droits des personnes concernées et favorable à l'innovation technologique.

À PROPOS DES AUTEURS

Membres du Barreau du Québec (et du Barreau de Paris, pour l'un d'entre eux), les auteurs exercent leur profession au sein d'un groupe de pratique national en matière de vie privée et cybersécurité du cabinet Fasken.

Au quotidien, les auteurs accompagnent des entreprises de toutes tailles, ainsi que des organismes publics et parapublics dans leurs efforts de conformité en pareille matière. En ce sens, ils conseillent leurs clients quant à l'interprétation et à l'application de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé.

COMMENTAIRES

I. Les lignes directrices dépassent leur rôle et semblent se substituer à la loi

La CAI peut élaborer des lignes directrices pour « faciliter l'application » de la Loi sur le privé et de la Loi sur l'accès dans la mesure prévue à l'article 123 de la Loi sur l'accès. Or, dans leur forme actuelle, les lignes directrices semblent aller plus loin, en ce qu'elles ajoutent des obligations parfois absentes de la loi ou qui n'en découlent pas logiquement. Nous soumettons qu'un écart semble s'insérer entre les « attentes de la CAI », qui incluent de bonnes pratiques, et les exigences législatives. Les recommandations qui suivent illustreront ce constat.

a. Ton généralement trop prescriptif

À la section 1.2, la CAI présente les lignes directrices comme ses « attentes » envers les organisations quant à l'obtention d'un consentement valide¹. Dans l'exercice de ses fonctions de surveillance, la CAI mentionne qu'elle tiendra compte du respect de ces lignes directrices et que

¹ Lignes directrices, par. 18.

les organisations « devraient » déployer les efforts nécessaires pour les appliquer. À défaut, elles devraient être en mesure de s'expliquer². Avec égard, les lignes directrices devraient se limiter à *faciliter l'application* des exigences législatives et réglementaires, lesquelles ont force de loi³, notamment en remédiant aux difficultés d'application de la loi dans un sens qui lui soit conforme. Le ton prescriptif employé dans la section 1.2 et ponctuellement au fil des lignes directrices laisse entendre que le tout découle des exigences de la loi. Pour ajuster le ton, et à des fins d'uniformité entre juridictions, la CAI pourrait s'inspirer des *Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable* du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (le « CPVPC »), lesquelles énoncent des *principes*, et non des *attentes*.

➤ **Recommandation n° 1 : ajuster le ton des lignes directrices pour ne pas outrepasser le mandat de « faciliter l'application » de la loi qu'accorde la Loi sur l'accès à la CAI.**

b. Finalités primaires et secondaires

Les lignes directrices introduisent les notions de *finalités primaires* et *secondaires* dès les premiers paragraphes du texte⁴. Dans une première proposition, la CAI suggère que les finalités primaires correspondent à celles déclarées à la personne concernée au moment de la collecte, conformément au mécanisme de consentement présumé⁵, tandis que les finalités secondaires renvoient aux utilisations non déclarées à l'aide de ce mécanisme⁶. Cela dit, plus loin, la CAI définit la notion de finalité primaire à l'aide de la « nécess[ité] à la fourniture [d'un] service ou [d'un] produit, ou encore à l'emploi⁷ ». Inversement, la finalité secondaire correspondrait à ce qui n'est pas nécessaire à la fourniture d'un service, d'un produit ou à un emploi. À notre avis, si la CAI maintient ces notions, lesquelles sont absentes des textes législatifs, elle devrait les articuler à l'aide de la deuxième acception qu'elle propose⁸.

À deux reprises, la CAI attribue des obligations qui varient selon qu'elles constituent une finalité primaire ou secondaire⁹. Pourtant, on ne leur trouve pas d'assise juridique dans la loi et on peine à les comprendre, notamment en raison de la confusion terminologique décrite ci-dessus¹⁰.

➤ **Recommandation n° 2 : redéfinir les finalités primaires et secondaires à l'aide de la notion de nécessité « pour la fourniture du service ou du produit, ou encore de l'emploi », et revoir les obligations qui y sont associées.**

² Lignes directrices, par. 18, 20.

³ Comme le mentionnent d'ailleurs les lignes directrices au paragraphe 19.

⁴ Lignes directrices, par. 8.

⁵ On fait référence à la mécanique d'obtention de consentement créée par les art. 8 et 8.3 de la Loi sur le privé et 65 et 65.0.2 de la Loi sur l'accès.

⁶ Lignes directrices, par. 8(c). À notre avis, les finalités déclarées au moment de la collecte sont associées au « consentement présumé », tandis que les autres finalités sont les « utilisations secondaires » ou les « autres fins », selon l'art. 12 al. 2 de la Loi sur le privé (ou 65.1 al. 2 de la Loi sur l'accès).

⁷ Lignes directrices, par. 42.

⁸ Lignes directrices, par. 42 ; cela ferait écho aux articles 9 et 12 al. 2(4) de la Loi sur le privé.

⁹ Lignes directrices, par. 42 et 52.

¹⁰ Voir, par exemple, les lignes directrices, par. 42 et 52.

L'introduction des finalités primaires et secondaires dans les lignes directrices pourrait permettre de clarifier l'application du principe de **granularité** que la CAI propose, sans en limiter la portée¹¹. Selon ce dernier, « s'il y a plusieurs finalités, [une organisation] doit prévoir un consentement spécifique pour chacune d'entre elles, séparément¹² ». Or, à notre avis, seules les finalités « secondaires » — c'est-à-dire celles qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service ou du produit — devraient être soumises au principe de granularité. La position avancée trouve son assise législative dans les articles 9 et 12 al. 2(4) de Loi sur le privé et rejoint les lignes directrices fédérales sur le consentement¹³. Ces lignes directrices traitent aussi de collecte, d'utilisation ou de communication « nécessaires pour fournir le produit ou le service » lorsque les personnes concernées exercent un choix quant à leurs renseignements personnels.

► **Recommandation n° 3 : énoncer que le principe de granularité ne s'applique qu'aux finalités secondaires.**

c. « *Consentement présumé* » et « *consentement implicite* »

Les lignes directrices introduisent les concepts de « consentement présumé¹⁴ » et de « consentement implicite¹⁵ », tous les deux absents de la loi, et les distinguent comme s'il s'agissait de deux concepts différents. À notre avis, le consentement présumé est un consentement implicite.

Selon la CAI, le **consentement présumé** renvoie au mécanisme selon lequel la personne qui fournit ses renseignements personnels après avoir été adéquatement informée au moment de la collecte consent à ce que ceux-ci soient utilisés et communiqués aux fins déclarées¹⁶. En s'appuyant sur un consentement présumé, une organisation n'est pas tenue d'évaluer les critères de validité du consentement, soutient la CAI¹⁷.

La CAI mentionne que le **consentement implicite** (ou tacite) peut être « déduit en raison du silence ou de l'inactivité de la personne concernée ou d'une autre action qu'elle pose¹⁸ ». Or, le recours au consentement implicite ne doit pas « limiter les informations données¹⁹ » à la personne concernée quant aux opérations prévues avec ses renseignements personnels, ce qui s'apparente à l'obligation de transparence faisant naître le consentement présumé²⁰. Mais au

¹¹ Lignes directrices, par. 60.

¹² Lignes directrices, par. 60.

¹³ Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, [Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable](#), mai 2018 (révisé le 13 août 2021).

¹⁴ Lignes directrices, par. 14.

¹⁵ Lignes directrices, par. 36.

¹⁶ Loi sur le privé, art. 8.3 ; Loi sur l'accès, art. 65.0.2. Dans les discussions entourant ces dispositions, les parlementaires ont évoqué un « consentement de facto », voir Assemblée nationale du Québec, [Journal des débats de la Commission de la culture et de l'éducation - 42e lég., 2e sess., 2021](#), 17 mars 2021.

¹⁷ Lignes directrices, par. 14.

¹⁸ Lignes directrices, par. 36.

¹⁹ Lignes directrices, par. 38.

²⁰ Loi sur le privé, art. 8.3 ; Loi sur l'accès, art. 65.0.2.

contraire du consentement présumé, les autres critères de validité du consentement s'appliqueraient au consentement implicite²¹.

Après avoir distingué les deux notions, la CAI crée un rapprochement en précisant que le caractère éclairé d'un consentement s'apparente à l'information à fournir au moment de la collecte²². Plus loin, la CAI illustre ce rapprochement lorsqu'elle mentionne que des employés *informés de manière adéquate* consentent *implicitement* à ce que leur nom et leur adresse soient communiqués à leur banque et à la collecte de leur dossier de crédit auprès de celle-ci en adhérant à l'assurance²³. La CAI précise aussi qu'on ne peut « présumer d'un consentement exprès : celui-ci doit impliquer un geste actif et positif²⁴ ». Qu'est donc le *consentement présumé* si ce n'est qu'un consentement *implicite* ?

➤ **Recommandation n° 4 : clarifier que le consentement présumé est un consentement implicite et, par conséquent, que les mêmes obligations y sont applicables.**

Les termes « exprès » et « explicite » sont utilisés ensemble ou séparément dans le corps du texte, créant ainsi de la confusion. Alors que la Loi 25 fait référence à un « consentement exprès », le terme « consentement explicite » est employé seul à plusieurs endroits dans les lignes directrices²⁵. Par ailleurs, il est question de « collecter²⁶ » alors que la loi emploie systématiquement le verbe « recueillir » comme action rattachée à la collecte. Enfin, le « détournement d'usage » semble correspondre à ce que la loi décrit comme « une utilisation à des fins autres » que celles énoncées au moment de la collecte²⁷.

➤ **Recommandation n° 5 : éviter tout décuplement terminologique et reprendre la terminologie employée dans la loi.**

d. Divulgations obligatoires excessives et non prescrites par la loi

Les lignes directrices ajoutent des obligations de divulgation qui excèdent celles prescrites par la loi. Notamment, elles énoncent qu'une organisation doit « faire preuve de transparence » et décrire clairement les actions qu'elle pose *sans* consentement dans une politique de confidentialité ou dans tout autre document de même nature²⁸. Cela nous apparaît contraire à la notion de *consentement présumé* de laquelle naissent les obligations de transparence²⁹. En effet,

²¹ Lignes directrices, par. 38.

²² Lignes directrices, par. 49 ; Loi sur le privé art. 8 ; Loi sur l'accès, art. 65.

²³ Lignes directrices, par. 37, ex. 37.1

²⁴ Lignes directrices, par. 34.

²⁵ Voir les par. 36.1, 37, 39, 56.2, 64.1 par rapport aux endroits où la CAI dit « consentement exprès (explicite) ».

²⁶ Lignes directrices, par. 25.

²⁷ Lignes directrices, par. 57.

²⁸ Lignes directrices, par. 10.

²⁹ Loi sur le privé, art. 8 ; Loi sur l'accès, art. 65.

une *exception* au consentement ne devrait pas avoir à solder en un « consentement présumé », à moins de faire l'objet d'une obligation d'information particulière³⁰.

Lors d'une demande de consentement postérieure à la collecte des renseignements personnels³¹, une organisation doit, selon la CAI, fournir l'information obligatoire au moment de la collecte³². Or, parmi les informations à fournir, les lignes directrices ajoutent des éléments qui, selon la loi, ne devraient être fournis qu'à la demande de la personne concernée³³ : la description des renseignements personnels recueillis auprès d'elle, des catégories de personnes qui ont accès à ces renseignements au sein de l'organisation et la durée de conservation de ces renseignements³⁴. D'autres éléments ne sont pas prévus par la loi et devraient être retranchés : les risques ou conséquences associés à l'opération visée, les moyens d'utilisation ou de communication des renseignements (la loi fait plutôt référence aux moyens utilisés pour les recueillir), la durée de validité du consentement, le lieu où les renseignements seront communiqués ou stockés dans le cadre de l'opération visée³⁵.

➤ **Recommandation n° 6 : retirer tous les éléments d'information à fournir sur demande et ceux qui ne sont pas prévus dans la loi.**

e. Durée du consentement

Les lignes directrices précisent que les personnes concernées doivent être informées de la durée de validité de leur consentement, et ce, afin de pouvoir fournir un consentement éclairé et spécifique³⁶. Toutefois, cette information n'est pas requise par la loi³⁷ et, en pratique, est difficile à identifier sans utiliser une méthode arbitraire. En effet, la loi énonce ce seul paramètre : « le consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins auxquelles il a été demandé³⁸ ».

➤ **Recommandation n° 7 : pour éviter toute confusion au regard de la durée du consentement, retirer le paragraphe 68 des lignes directrices.**

f. Irréversibilité du consentement

Selon les lignes directrices, les organisations ne sont pas tenues de s'appuyer sur les exceptions au consentement prévues par la loi³⁹. En optant pour l'obtention d'un consentement plutôt que

³⁰ Pensons notamment à l'exception au consentement relative à la communication à un mandataire ou à un prestataire de services prévue aux art. 18.3 de la Loi sur le privé et 67.2 de la Loi sur l'accès. Il s'agit d'une exception au consentement qui doit à tout le moins faire l'objet d'une certaine divulgation en vertu des art. 8 de la Loi sur le privé et 65 de la Loi sur l'accès.

³¹ Lignes directrices, par. 49.

³² Loi sur le privé, art. 8 ; Loi sur l'accès, art. 65.

³³ Loi sur le privé, art. 8 al. 3 ; Loi sur l'accès, art. 65 al. 3.

³⁴ Lignes directrices, par. 49, points e), f) ; voir aussi Loi sur l'accès, art. 65.

³⁵ Lignes directrices, par. 49, points i), j) g), k) ; la durée de validité du consentement devrait aussi être retirée du par. 68.

³⁶ Lignes directrices, par. 68.

³⁷ Loi sur le privé, art. 8 ; Loi sur l'accès, art. 65.

³⁸ Loi sur le privé, art. 14 al. 3 ; Loi sur l'accès, art. 53.1 al. 3.

³⁹ Lignes directrices, par. 12.

d'invoquer une exception, une organisation devrait « respecter le choix des personnes concernées », et ne pourrait pas, « à cette même fin, revenir en arrière » pour s'appuyer sur une exception. Au contraire, à notre avis, l'existence d'une exception signifie qu'une organisation n'a pas besoin d'obtenir un consentement et que, lorsqu'elle le demande, elle donne aux personnes concernées plus de droits que la loi ne leur en accorde. Le fait de demander un consentement en cas d'exception serait donc plutôt assimilable à de la courtoisie, à des fins de transparence. À titre comparatif, les organisations jouissent d'un certain degré de discrétion lorsqu'elles choisissent d'appliquer un régime juridique strict à des régions géographiques moins bien protégées, mais elles pourraient aussi changer de stratégie et appliquer le droit applicable à chaque région. Ainsi, le principe d'irréversibilité proposé nous semble contraire à la loi.

➤ **Recommandation n° 8 : retirer le paragraphe 12 traitant de l'irréversibilité.**

II. Le contenu est parfois difficile à mettre en pratique

Les lignes directrices semblent trop détailler les obligations des organisations, et davantage celles du secteur privé. En voulant aller trop loin dans l'application des obligations rédigées en termes larges et libéraux dans la loi, la CAI retire la souplesse dont les organisations ont besoin, surtout les petites et moyennes entreprises. Les recommandations qui suivent visent à illustrer ce constat.

a. Secteurs public et privé

Dans le même ordre d'idées, les lignes directrices devraient sans doute distinguer les obligations qui s'appliquent aux secteurs privé et public. La Loi sur le privé et la Loi sur l'accès se ressemblent à plusieurs égards⁴⁰. Cela dit, la norme proposée manque de réalisme pratique pour les organisations du secteur privé, lesquelles sont soumises à des obligations moins sévères, notamment en ce qui a trait au contenu de l'obligation d'information⁴¹. Pourtant, les lignes directrices s'attardent à détailler le contenu de l'obligation d'information, sans souligner ces distinctions⁴². Nous comprenons et saluons la volonté de la CAI de simplifier les principes en créant un standard unique. Cependant, cette volonté emporte la flexibilité dont les organisations privées (entreprises, associations, œuvres caritatives, etc.) ont besoin.

➤ **Recommandation n° 9 : créer deux sections distinctes pour refléter les principes applicables aux secteurs privé et public, notamment quant au contenu de l'obligation d'information.**

b. Consentement exprès par défaut

Les lignes directrices mentionnent qu'« [u]ne organisation devrait privilégier le consentement exprès chaque fois que possible⁴³ ». Ainsi, les lignes directrices semblent exiger qu'en général, le

⁴⁰ Notamment quant aux libellés des articles 14 de la Loi sur le privé et 53.1 de la Loi sur l'accès.

⁴¹ Loi sur le privé, art. 8 ; cf. Loi sur l'accès, art. 65.

⁴² Lignes directrices, par. 49.

⁴³ Lignes directrices, par. 30.

consentement soit exprès. Nous ne partageons pas cet avis, car il ne semble pas conforme à la loi.

D'abord, l'obtention systématique d'un consentement exprès est inadéquate dans le contexte technologique actuel, et participe à la lassitude ailleurs dénoncée dans les lignes directrices. Par exemple, le fait de solliciter une action positive chaque fois qu'une demande de consentement est soumise aux internautes est impraticable compte tenu du temps d'attention moyen de **15 secondes** de ces derniers sur la toile.

De plus, le fait d'ériger le consentement exprès en règle par défaut va au-delà de ce que la loi prévoit. En effet, la loi prévoit les deux seules situations qui nécessitent un consentement exprès, soit : « dès qu'il s'agit d'un renseignement personnel sensible » *utilisé* ou *communiqué* à des fins autres que celles déclarées au moment de la collecte⁴⁴. Par conséquent, dans la loi, l'obtention d'un consentement exprès n'est pas la règle, mais l'exception. Enfin, le consentement exprès par défaut est difficile à comprendre si l'on considère qu'un consentement présumé est un consentement implicite. En effet, la plupart des consentements obtenus s'appuieront sur le mécanisme de consentement présumé des articles 8 et 8.3 de la Loi sur le privé⁴⁵. Ils seront donc implicites, et non exprès. Toute forme de consentement conforme à la loi est valide, sans hiérarchie.

➤ **Recommandation n° 10 : réécrire les paragraphes 30 et 36 en énonçant que le consentement exprès est l'exception, et non la règle.**

c. *Authentification du consentant*

Le passage selon lequel une organisation doit obtenir le consentement de la personne elle-même (ou de son représentant légal)⁴⁶ est inapplicable dans plusieurs industries (p. ex. santé, pharmaceutique, financier). En effet, bon nombre d'organisations s'appuient plutôt sur la déclaration d'une personne selon laquelle elle a obtenu le consentement des intéressés (par exemple, un contact d'urgence). Lorsqu'il y a un représentant légal, la CAI propose que l'organisation vérifie, à un « degré de certitude raisonnable », la qualité de la personne qui consent (titulaire de l'autorité parentale, légataire, représentant, etc.).

Cette exigence semble imposer un fardeau indu aux organisations.

➤ **Recommandation n° 11 : laisser aux organisations la flexibilité actuelle dans l'obtention d'une certitude raisonnable en supprimant le paragraphe 25.**

d. *Lassitude du consentement*

Les lignes directrices soulignent l'importance de respecter les exigences de langage clair prévues par la loi, ce que nous saluons. Or, selon nous, plusieurs passages défavorisent cet objectif. Notamment, l'idée de décrire clairement les actions qu'une organisation pose *sans consentement*

⁴⁴ Loi sur le privé, art. 12 ; Loi sur l'accès, art. 65.1.

⁴⁵ Loi sur l'accès, art. 65 et 65.0.2.

⁴⁶ Lignes directrices, par. 25.

dans une politique de confidentialité ou dans tout autre document de même nature⁴⁷ nous semble alourdir inutilement la quantité d'information soumise aux personnes concernées. En plus d'outrepasser les exigences de la loi et de soulever des difficultés d'application, cela paraît contraire à l'exigence de rédiger en termes simples et clairs⁴⁸. À notre avis, les lignes directrices devraient encourager les organisations à faciliter l'assistance pour s'informer davantage quant au traitement de ses renseignements personnels⁴⁹. Enfin, censés « briser le rythme » et lutter contre la lassitude, les exemples 33.1 et 33.2 sont susceptibles de créer l'effet inverse, la formule mathématique ou le compte à rebours risquant d'impatisser l'internaute plus qu'autre chose.

► **Recommandation n° 12 : repenser les exemples pour les adapter à la réalité des personnes visées par les demandes de consentement.**

e. Preuve du consentement

Bien que nous comprenions le principe de la démontrabilité ou de preuve du consentement discuté dans les lignes directrices⁵⁰, les exemples fournis pour les illustrer devraient être retirés, car peu réalistes pour les organisations qui doivent composer avec d'autres lois ou règles sectorielles et qui, par exemple, enregistrent les appels à cette fin⁵¹. Nous constatons d'ailleurs le ton nuancé de ces passages, avec l'utilisation d'expressions comme « susceptibles de » respecter le principe de minimisation, au lieu des expressions « a priori conforme » ou « a priori non conforme ».

À notre avis, le niveau de preuve approprié dépendra de plusieurs facteurs contextuels qui dépassent la seule application de la Loi sur le privé et la Loi sur l'accès et touchent, par exemple, le droit de la preuve et plusieurs secteurs d'activités (assurance, pharmaceutique, financier). Il nous apparaît difficile de les concilier dans un document émanant de la CAI, dont la mission se limite à surveiller l'application des lois sur la protection des renseignements personnels au Québec, puis d'en assurer le respect et la promotion⁵².

► **Recommandation n° 13 : retirer les exemples 23.1 et 23.2.**

III. La structure pourrait être revue

Le texte des lignes directrices pourrait être raccourci, simplifié et réorganisé, afin d'en faciliter la compréhension. Les recommandations contenues dans cette section illustrent ce constat et proposent des solutions.

a. Forme du consentement

Dans les lignes directrices, la forme du consentement — c'est-à-dire le fait qu'il soit implicite ou exprès — est associée à l'un des critères de validité du consentement, soit son « caractère

⁴⁷ Lignes directrices, par. 10.

⁴⁸ Voir, par exemple, Loi sur le privé, art. 8 et 8.2 ; Loi sur l'accès, art. 65 et 63.4.

⁴⁹ Loi sur le privé, art. 14 ; Loi sur l'accès, art. 53.1.

⁵⁰ Lignes directrices, par. 22 à 24.

⁵¹ Lignes directrices, exemple 23.2.

⁵² Loi sur l'accès, art. 122.1.

manifeste⁵³ ». La CAI mentionne qu'un consentement est *manifeste* lorsqu'il est « évident et donné d'une façon qui démontre la volonté réelle de la personne concernée⁵⁴ », ce qui nécessiterait une volonté expresse, mais pouvant aussi « être implicite » dans certaines circonstances⁵⁵. Nous ne comprenons donc pas ce qu'apporte ce critère si, dans les faits, autant un consentement implicite qu'exprès serait valide au sens de la loi.

À notre avis, le caractère manifeste d'un consentement est lié au degré de certitude de l'action posée qui le fait naître, qu'il soit implicite ou exprès. Par exemple, une personne écrivant son adresse courriel de manière erronée dans un formulaire pourrait entacher le caractère manifeste de son consentement. En matière d'agression sexuelle, un consentement ne serait pas manifeste s'il est présumé du silence d'une personne inconsciente⁵⁶.

Ainsi, la forme du consentement devrait être distinguée des critères de sa validité et faire l'objet d'une autre section des lignes directrices. De cette manière, la CAI pourrait clarifier le fait que la mécanique du consentement présumé est en fait implicite⁵⁷.

➤ **Recommandation n° 14 : créer une section distincte pour traiter de la forme du consentement, un concept crucial pour la bonne compréhension des lignes directrices.**

b. Hors sujet

Les lignes directrices, bien qu'elles annoncent traiter de la *validité* du consentement, débordent sur des concepts voisins tels les incidents de confidentialité⁵⁸, le principe de nécessité⁵⁹ ou encore les personnes à qui elles s'adressent au sein d'une organisation⁶⁰.

Or, afin de raccourcir le document et de le simplifier, nous recommandons à la CAI de se limiter aux concepts qui soulèvent des difficultés d'application particulières et qui touchent directement au consentement.

➤ **Recommandation n° 15 : se limiter aux concepts qui touchent directement au consentement.**

c. Emplacement de la section 1.2

La section 1.2 « Ces lignes directrices représentent les attentes de la Commission » devrait être retravaillée conformément à nos précédentes recommandations et être déplacée au début du document, car elle semble le présenter.

⁵³ Lignes directrices, par. 29 et s.

⁵⁴ Lignes directrices, par. 29.

⁵⁵ Lignes directrices, par. 29.

⁵⁶ *R. c. J.A.*, [2011 CSC 28](#), par. 48.

⁵⁷ Cette approche semble être celle adoptée par le CPVPC dans ses [Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable](#).

⁵⁸ Lignes directrices, par. 16.

⁵⁹ Lignes directrices, par. 15.

⁶⁰ Lignes directrices, par. 17.

➤ **Recommandation n° 16 : déplacer la section 1.2 au début du document.**

d. Exemples fournis

Nous saluons l'idée de fournir des exemples au fil des lignes directrices, ce format étant instructif et concret pour les organisations, en plus de cibler certains secteurs affectés par les changements législatifs. Cela dit, certains exemples sont trop directifs ou semblent interpréter des zones grises de la loi. Ces derniers semblent outrepasser les fonctions de la CAI consacrées à l'article 123 de la Loi sur l'accès, alors qu'il revient à la section de surveillance de la CAI et, le cas échéant, aux instances supérieures de trancher l'interprétation d'une disposition de la loi si une ambiguïté existe. À titre illustratif, l'exemple 32.2 adopte un ton approprié en ce qu'il *suggère* un moyen d'obtenir un consentement, mais n'en impose pas un. Au contraire, l'exemple 36.1 interprète les « attentes raisonnables des personnes concernées » de manière restrictive, un concept qui se veut flexible et hautement subjectif, à notre avis. De plus, la CAI introduit le concept d'attente raisonnable sans le définir, ce qui complique les choses au lieu de les éclairer.

Sur le plan de la forme, nous recommandons que les exemples désignés comme « a priori conformes » soient présentés d'une seule couleur et inversement pour ceux qui ne le sont pas⁶¹, en plus d'identifier ce qui se rapporte aux secteurs privé et public.

➤ **Recommandation n° 17 : revoir certains exemples qui vont trop loin dans l'interprétation de la loi et retoucher la couleur et les titres des exemples.**

CONCLUSION

Les commentaires émis à l'occasion de cette consultation ciblée s'appuient sur la vaste expérience des auteurs et sur leurs connaissances de pointe en vie privée.

Nous espérons qu'ils vous seront utiles et permettront de faire avancer vos travaux.

Nous restons à votre entière disposition pour toute question ou pour tout complément d'information.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

⁶¹ Voir notamment les exemples 36.4 et 37.1.