

Santé, marketing ciblé et vie privée personnelle : les décisions marquantes de 2015 en droit à la vie privée

Pierre-Luc Déziel*

INTRODUCTION	395
1. <i>CARTER c CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL),</i> [2015] 1 RCS 331	396
1.1 Les faits de l'affaire <i>Carter</i>	397
1.2 La décision	397
1.2.1 La juge de première instance et le précédent établi par la décision <i>Rodriguez</i>	397
1.2.2 L'aide médicale à mourir et l'article 7 de la Charte	398
1.2.3 L'article 1 de la Charte	400
1.2.4 Conclusion, critères pour l'aide médicale à mourir et suspension de la déclaration d'invalidité	400
1.3 L'importance de la décision <i>Carter</i>	401

© Pierre-Luc Déziel, 2016.

* Coordonnateur scientifique au Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, stagiaire postdoctoral à la Chaire L.R. Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.	<i>HOPKINS</i> v <i>KAY</i> , 124 OR (3D) 481, 2015 ONCA 112	402
2.1	Les faits de l'affaire <i>Hopkins</i>	402
2.2	La décision.	403
2.2.1	La nature du processus et le langage de la LPRPSS.	404
2.2.2	La nature du conflit et sa relation avec les droits et obligations de la LPRPSS	405
2.2.3	La capacité de la loi à offrir un remède effectif aux violations potentielles	405
2.2.4	Conclusion.	406
2.3	L'importance de la décision <i>Hopkins</i>	406
3.	RÉSULTATS DE L'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE PUBLICITÉ PERTINENTE DE BELL – RAPPORT DE CONCLUSIONS D'ENQUÊTE DU COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE EN VERTU DE LA LPRPDE # 2015-001.	407
3.1	Le contexte qui a mené à l'enquête du CPVP	407
3.2	Le type de consentement obtenu par Bell dans le cadre du PPP.	408
3.3	Les exigences de la LPRPDE en matière de consentement.	409
3.4	La conclusion du CPVP relativement à la question du consentement	409
3.4.1	La nature des renseignements utilisés par Bell dans le cadre du PPP	409
3.4.2	L'attente raisonnable à l'égard des renseignements utilisés par Bell – Le type de consentement valide du point de vue du CPVP	410
3.5	L'importance de l'enquête du CPVP sur le PPP	410
4.	<i>DOUEZ</i> v <i>FACEBOOK, INC.</i> , 2015 BCCA 279.	411

4.1	Les faits de l'affaire <i>Douez</i>	411
4.2	La décision.	412
4.3	L'importance de la décision <i>Douez</i>	413
5.	<i>GOODWIN c COLOMBIE-BRITANNIQUE</i> <i>(SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES),</i> 2015 CSC 46	413
5.1	Les faits de l'affaire <i>Goodwin</i>	414
5.2	La décision.	415
5.2.1	L'objet et la nature du RIAC	415
5.2.2	Les mécanismes de saisie.	415
5.2.3	La possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire	416
5.2.4	Conclusion relativement à l'article 8 et le test de l'article premier	416
5.3	L'importance de la décision <i>Goodwin</i>	417
	CONCLUSION.	417

INTRODUCTION

L'objet de cet article est de présenter les cinq décisions canadiennes qui, à mon humble avis, ont été les plus importantes dans le domaine du droit à la vie privée en 2015. Ces décisions couvrent un large éventail de thématiques pour lesquelles je m'efforcerai, en guise de conclusion, d'identifier certains points de convergence et de recoupement. Pour le moment, je me contenterai de rapidement présenter l'essentiel de ces décisions, que j'ai cru bon de classer par ordre décroissant d'importance. La première décision est celle rendue par la Cour suprême du Canada dans *Carter c Canada*, une décision par laquelle la Cour a invalidé les dispositions du *Code criminel* qui interdisent l'aide médicale à mourir. Cette décision, qui a renversé un précédent établi il y a plus de 20 ans et qui risque d'alimenter les débats politiques pour l'année 2016, représente sans aucun doute l'une des décisions les plus importantes de 2015, toutes catégories confondues.

Ensuite, j'ai retenu *Hopkins v Kay*, une décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario qui a conclu que la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé* (la *Loi de 2004*) de l'Ontario ne représentait pas un code exhaustif. Ce faisant, la Cour a décidé d'autoriser une action en dommages-intérêts fondée sur le *tort* de common law de l'« intrusion dans la solitude » résultant de manipulations fautives et abusives de renseignements personnels sur la santé. Ainsi, les patient(e)s de l'Ontario seront en mesure de chercher réparation auprès des hôpitaux et des dépositaires de renseignements sur la santé en dehors des mécanismes de résolution de conflits prévus par la *Loi de 2004*. Il sera intéressant de voir si, dans les années à venir, les provinces disposant d'une loi semblable à celle de l'Ontario imiteront celle-ci en permettant, elles aussi, de telles actions en dommages-intérêts.

En troisième position, nous retrouvons les résultats d'une enquête menée par le commissariat à la protection de la vie privée sur le Programme de publicités pertinentes (c'est-à-dire ciblées) de la compagnie Bell. L'enquête, propulsée par un nombre record de plaintes de clients auprès du commissariat, aura forcé Bell à abandonner ce programme de publicités ciblées. La quatrième place appartient à *Douez v*

Facebook, une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a affirmé la supériorité des conditions d'utilisation des services de Facebook sur le *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. Une victoire pour Facebook et, par extension, pour d'autres entreprises offrant des services en ligne comme YouTube, Twitter ou Instagram, mais une défaite pour les usagers de ces services.

Pour clore mon « top 5 » 2015, j'ai choisi une autre décision de la Cour suprême du Canada et qui porte, cette fois, sur la validité constitutionnelle de saisies d'échantillon d'haleine effectuées dans le cadre d'un programme de lutte à l'alcool au volant. La décision *Goodwin c Colombie-Britannique* s'intéresse principalement aux saisies effectuées par le régime en place en 2010, régime qui fut ensuite modifié par le législateur britannico-colombien. Bien que la Cour ait déterminé que les saisies permises en 2010 contrevenaient aux exigences de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et devaient donc être considérées comme inconstitutionnelles, elle confirme aussi implicitement que celles présentement en vigueur sont, elles, constitutionnelles. Une victoire pour la Colombie-Britannique, et les provinces qui tenteraient de l'imiter, dans un dossier qui interpelle un important enjeu social.

1. **CARTER c CANADA (PROCUREUR GENERAL), [2015] 1 RCS 331**

Dans l'affaire *Carter c Canada*, la Cour suprême du Canada a invalidé certaines dispositions du *Code criminel* (le Code) – l'article 14 et l'article 241b – qui interdisaient la pratique de l'aide médicale à mourir. La Cour a déterminé que ces dispositions portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7 de la Charte. Elle a aussi conclu que cette atteinte n'était pas compatible avec les principes de justice fondamentale, et qu'elle ne pouvait être sauvée par l'article premier de la Charte. La Cour a néanmoins suspendu la déclaration d'invalidité pour une période initiale de 12 mois, une période qui fut, en 2016, prolongée de quatre mois¹. En invalidant les dispositions interdisant l'aide médicale à mourir, la Cour venait renverser un précédent qu'elle avait établi plus de 20 ans plus tôt dans *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*², où elle avait alors qualifié ces dispositions de valides et conformes aux principes de justice fondamentale.

1. *Carter c Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4.

2. *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519.

1.1 Les faits de l'affaire *Carter*

L'affaire *Carter* remonte à 2009, lorsque Gloria Taylor apprit qu'elle était atteinte de la sclérose latérale amyotrophique, une maladie neurodégénérative fatale. Comme cette maladie entraîne une importante perte d'autonomie et d'insupportables douleurs, Mme Taylor, qui ne voulait pas « mourir lentement, terrassée par la douleur »³, a décidé d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action visant la contestation des dispositions du Code interdisant l'aide médicale à mourir. Lee Carter et Hollis Johnson se joignirent également à la demande. La juge de première instance a conclu que lesdites dispositions du Code violaient l'article 7 de la Charte et, allant à contre-courant de la décision *Rodriguez*, décida qu'elles devaient par conséquent être considérées invalides. La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance, arguant essentiellement que la juge était tenue de suivre la décision *Rodriguez*, où la Cour suprême avait conclu que la prohibition mise en place par les articles du Code ne violait pas l'article 7 de la Charte.

1.2 La décision

L'affaire *Carter* présentait à la Cour suprême deux questions principales : i) est-ce que la juge de première instance était tenue de respecter la décision *Rodriguez* ?, et ii) est-ce que les dispositions du Code qui prohibent l'aide médicale à mourir sont constitutionnelles ?

1.2.1 La juge de première instance et le précédent établi par la décision *Rodriguez*

Un tribunal de juridiction inférieure peut renverser un précédent établi par un tribunal de juridiction supérieure lorsque l'une de deux conditions fondamentales est remplie : i) l'affaire en question pose une nouvelle question de droit, ou ii) il y a eu une modification de la situation ou de la preuve qui « change radicalement la donne »⁴. Dans l'affaire *Carter*, la Cour suprême soutient que ces deux conditions étaient réunies et permettaient donc à la juge de première instance de réexaminer la décision *Rodriguez*. D'abord, depuis la décision *Rodriguez*, l'interprétation juridique de l'article 7, et plus particulièrement des principes de justice fondamentale, a beaucoup évolué. On compte trois principaux principes de justice fondamentale : i) la loi ne doit pas être arbitraire, ii) elle ne doit pas avoir une portée excessive, et iii) elle ne doit pas entraîner des conséquences disproportionnées à

3. *Carter c Canada (procureur général)*, [2015] 1 RCS 331 au para 11.

4. *Ibid*, para 44.

son objet⁵. C'est principalement le principe de la portée excessive qui a changé depuis la décision *Rodriguez*. À cette époque, ce principe signifiait essentiellement que la loi qui porte atteinte aux droits protégés par l'article 7 respecterait la justice fondamentale si elle a un lien rationnel et direct avec l'intention de l'État lorsqu'il porte atteinte à ces droits, et qu'elle prend appui dans la tradition juridique et les croyances de la société à cette époque. Aujourd'hui, le critère de la portée excessive exige que l'État n'empiète en aucun cas sur un comportement qui n'est pas en lien avec l'objectif qu'il poursuit⁶. Ce changement d'attitude dans l'interprétation du principe de la portée excessive répond donc à l'une des conditions permettant au juge de première instance de revisiter la décision *Rodriguez*. La Cour suprême indique que la seconde condition – celle de la modification de la situation – est également remplie : les dix dernières années ont été le témoin d'un changement important dans le niveau d'approbation sociale de la pratique de l'aide médicale à mourir.

1.2.2 L'aide médicale à mourir et l'article 7 de la Charte

Selon la Cour, les articles 14 et 241*b* du Code portent une atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une manière qui n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Ces dispositions enfreignent donc l'article 7 de la Charte. Dans un premier temps, la Cour soutient que l'interdiction d'avoir recours à l'aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie des patients. Cela peut paraître quelque peu « contre-intuitif » parce que, justement, l'interdiction en question oblige les patients à rester en vie, elle veille à la préservation du « caractère sacré de la vie », pour reprendre une des expressions phares de la décision *Rodriguez*. Toutefois, dans l'affaire *Carter*, la Cour attribue à cette expression une signification différente. Le droit à la vie n'est pas, ou n'est plus, une « obligation de vivre », mais plutôt un droit de ne pas mourir sans son consentement⁷. Considérant les souffrances indicibles auxquelles seront soumis certains patients atteints de maladies graves et souhaitant avoir recours à l'aide médicale à mourir, la Cour soutient que respecter le caractère sacré de la vie, dans ces cas, c'est également donner à ces patients les moyens de choisir quand cette vie s'arrête. Un passage du témoignage de M^{me} Taylor illustre bien, semble-t-il, l'essence de ce raisonnement. En expliquant à son médecin les raisons qui motivaient son désir d'avoir recours à l'aide médicale à mourir, elle a déclaré

5. *Ibid.*, para 72.

6. *Ibid.*, para 46.

7. *Ibid.*, para 61 et 63.

que ce qu'elle craignait, c'était « une mort qui, au lieu d'apporter une conclusion à ma vie, en efface les traces »⁸...

On comprend aussitôt pourquoi les interdictions visées par la requête de M^{me} Taylor interpellent aussi le droit à la liberté et à la sécurité. Le droit à la liberté peut être compris comme un droit qui reconnaît l'autonomie et la dignité de la personne, qui reconnaît la capacité des individus à faire certains choix et à prendre certaines décisions par eux-mêmes. C'est un droit qui protège les Canadiens et Canadiennes contre une forme trop envahissante de paternalisme étatique. En interdisant l'aide médicale à mourir, le législateur intervient dans une sphère hautement privée de l'existence humaine. Il substitue au jugement du patient son propre jugement. Ce faisant, il ne fait pas qu'intervenir de manière à diminuer la liberté du patient, sa liberté décisionnelle, mais il impose aussi douleurs et stress qui compromettent sa sécurité physique et psychologique⁹. C'est pourquoi la criminalisation de l'aide médicale à mourir compromet non seulement le droit à la vie du patient, mais aussi ses droits à la liberté et à la sécurité.

Les dispositions du Code qui interdisent l'aide médicale à mourir ne sont pas compatibles avec les principes de la justice fondamentale. Nous avons identifié ces principes plus haut. Le premier, celui du caractère arbitraire ne pose pas de problème particulier. Il ne s'agit pas de dispositions irrationnelles dont les moyens n'entretiennent aucun lien avec ses objectifs. Le second, celui de la portée excessive, pose un plus grand problème pour les dispositions dont il est ici question. Une loi aura une portée excessive si, dans la poursuite de ses objectifs, elle va trop loin et nie les droits et libertés de personnes qu'elle ne devrait pas viser. L'objectif des dispositions du Code qui interdisent l'aide médicale à mourir est de protéger les personnes vulnérables en évitant qu'elles soient incitées à se suicider dans un moment où elles sont plus fragiles¹⁰. Ceci étant dit, elles vont également donc priver des personnes qui ne sont pas vulnérables – celles qui ont un « désir réfléchi, rationnel et constant » – d'avoir recours à l'aide médicale à mourir. En ce sens, la loi va trop loin. Elle a une portée excessive et ne respecte donc pas les fondements de la justice au Canada. Ainsi, les dispositions mises à l'examen dans la décision *Carter* violent l'article 7 de la Charte. Rappelons aussi ici que c'est l'interprétation de ce principe de la portée excessive qui établit la

8. *Ibid*, para 12.

9. *Ibid*, para 65.

10. *Ibid*, para 85.

principale différence avec la décision *Rodriguez* et qui a permis au juge de première instance de revoir ce précédent.

1.2.3 *L'article 1 de la Charte*

Bien que les dispositions qui criminalisent l'aide médicale à mourir portent atteinte au droit à la vie, la liberté et la sécurité d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de la justice fondamentale, il est nécessaire de voir si elles peuvent être sauvées d'une déclaration d'invalidité par l'article premier de la Charte. Annonçons d'emblée que ces cas sont excessivement rares. La raison en est que, d'une certaine façon, les critères de l'article 7 sont plus onéreux pour le législateur que ceux de l'article premier. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, le juge Lamer mentionnait que ce serait « seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilité, les épidémies, et ainsi de suite »¹¹ qu'une loi ou une disposition de loi qui ne respecte pas les exigences de l'article 7 pourrait être sauvée par l'article 1. Ces circonstances exceptionnelles ne semblent pas ici présentes, mais il convient quand même de rapidement revoir ce que la Cour avait à dire sur l'interprétation des dispositions en fonction des critères de l'article premier.

Le test de l'article premier – le test de *Oakes* – demande que la loi soumise à l'examen porte une atteinte minimale sur les droits et libertés qu'elle enfreint. Pour la Cour, la prohibition absolue de l'aide médicale à mourir ne constitue pas le moyen qui porte l'atteinte la moins importante aux droits garantis par l'article 7. Il serait possible, et nous y reviendrons plus loin, de mettre sur pied un système permissif qui viserait à protéger les personnes vulnérables et à permettre aux individus qui ont un désir réel et raisonnable de mourir de recevoir une aide appropriée. Un médecin « qualifié et expérimenté » sera en mesure de déterminer si un tel désir existe, si le patient consent véritablement à mourir, ou si celui-ci subit des influences néfastes et extérieures. Ce régime permettrait à l'État d'atteindre ses objectifs – c'est-à-dire protéger les personnes vulnérables – et d'éviter les dérapages¹².

1.2.4 *Conclusion, critères pour l'aide médicale à mourir et suspension de la déclaration d'invalidité*

Comme le régime alors en place ne respectait pas le critère de l'atteinte minimum, les dispositions du Code ne pouvaient être sau-

11. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p. 518.

12. *Carter*, *supra* note 2 aux para 105-106.

vées par l'article premier et doivent donc être qualifiées d'inconstitutionnelles. La Cour précise que les dispositions sont nulles puisqu'elles interdisent l'aide médicale à mourir pour les personnes i) qui forment un consentement éclairé d'avoir recours à cette aide, et ii) qui sont affectées par des « problèmes de santé graves et irrémédiables » causant des « souffrances persistantes » et qui sont « intolérables au regard de sa condition »¹³. Toutefois, la Cour suspend la déclaration d'invalidité pour une durée de 12 mois – elle sera prolongée de quatre mois suite à l'élection récente du gouvernement Trudeau – afin de permettre au législateur d'adapter lui-même lesdites dispositions aux exigences constitutionnelles formulées par la Cour.

1.3 L'importance de la décision *Carter*

La décision *Carter c Canada* est sans aucun doute l'une des plus importantes décisions canadiennes de l'année 2015 et sa portée va bien au-delà des considérations relatives à la protection de la vie privée, et ce, bien que celles-ci demeurent fondamentales. Dans l'affaire *Carter*, la Cour suprême du Canada a décidé que le fait d'avoir ou non recours à l'aide médicale à mourir était une décision privée qui doit être prise par l'individu et non par l'État. Ainsi, la décision *Carter* porte sur une dimension du droit à la vie privée que l'on qualifie, depuis la décision *R c Dymnt*¹⁴, de vie privée « personnelle ». Cette dimension de la vie privée, qui se distingue des aspects informationnel ou spatial du droit à la vie privée, reconnaît non seulement la dignité de la personne humaine, mais aussi son autonomie et sa capacité à faire des choix libres et éclairés. Elle s'oppose, je l'ai écrit plus haut, au paternalisme du législateur et suppose une forme de liberté et de vie privée décisionnelle. L'affaire *Carter* traduit un profond engagement des tribunaux canadiens envers cette liberté, et un respect inouï de l'autonomie et de la dignité humaine. Elle représente aussi un exemple clair d'interprétation évolutive des impératifs constitutionnels et des fondements moraux du droit canadien.

L'importance de la décision *Carter* est manifeste aussi sur un plan, certains diront, plus politique. Déjà, le gouvernement Trudeau a réussi à obtenir un délai supplémentaire pour rédiger de nouvelles moutures des dispositions invalidées par la Cour. Déjà, le Québec a adopté sa propre loi sur l'aide médicale à mourir¹⁵, une loi qui, selon

13. *Ibid*, para 127.

14. *R c Dymnt*, [1988] 2 RCS 417.

15. *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c S-32.0001.

certain commentateurs¹⁶, établit des critères plus stricts que ceux proposés par la Cour dans l'affaire *Carter*, et dont certaines dispositions furent invalidées par la Cour supérieure du Québec dans un jugement qui fut ensuite infirmé par la Cour d'appel du Québec. Il sera intéressant de voir si et comment, dans les prochaines années, le législateur fédéral sera en mesure d'imposer aux provinces un régime uniforme et cohérent d'aide médicale à mourir et de voir si ces provinces décideront de se réclamer de leur compétence en santé pour légiférer à leur gré sur cette délicate question. Somme toute, la décision *Carter* aura des effets qu'il est aujourd'hui difficile de mesurer. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit sans contredit d'une décision fondamentale et des plus importantes.

2. *HOPKINS v KAY*, 124 OR (3d) 481, 2015 ONCA 112

Dans l'affaire *Hopkins v Kay*, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'il était possible d'entreprendre une poursuite pour dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée résultant d'une violation des dispositions de la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé* (LPRPSS)¹⁷. La Cour d'appel a décidé que la LPRPSS ne constituait pas un code exhaustif qui interdirait tout recours civil devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour atteinte à la vie privée résultant d'une manipulation fautive de dossiers médicaux.

2.1 Les faits de l'affaire *Hopkins*

La demanderesse, Erkenraadje Wensvoort, est l'une des 280 patientes du Peterborough Regional Health Center (PRHC) dont les dossiers médicaux et renseignements personnels furent illégalement communiqués à certains membres du personnel de l'hôpital. Tel qu'exigé par la LPRPSS, l'ensemble des patients touchés furent avertis de la fuite. M^{me} Wensvoort s'était rendue au PRHC à plusieurs reprises afin d'obtenir des soins pour des blessures infligées par un mari dont elle s'était depuis divorcée. Elle pensait alors que son ancien mari avait tenté d'obtenir ces renseignements afin de la retrouver et craignait ainsi pour sa sécurité. Elle a donc intenté une poursuite s'appuyant sur le principe de common law de « l'intrusion dans la solitude » (en anglais : *intrusion upon seclusion*), un principe reconnu

16. Daniel Weinstock, « Un jugement à la portée relative », [2015-12-06] *La Presse*, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/debats/votre-opinion/201512/04/01-4927922-un-jugement-a-la-portee-relative.php>>.

17. *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*, LO 2004, c 3, annexe A [LPRPSS].

depuis la décision *Jones v Tsige*¹⁸ de la Cour d'appel de l'Ontario. La défenderesse, une infirmière du PRHC ayant illégalement consulté et divulgué les dossiers médicaux des 280 patients, soutenait qu'un recours de la sorte n'était pas permis parce que la LPRPSS établit un code exhaustif en matière de protection des renseignements personnels sur la vie privée, empêchant par conséquent toute tentative de réparation par la common law. La Cour d'appel a conclu que la LPRPSS n'établissait pas un code exhaustif et qu'une action en dommages-intérêts était permise.

2.2 La décision

La question centrale de la décision *Hopkins* est de déterminer si la LPRPSS établit un code exhaustif en matière de protection des renseignements personnels sur la santé. La caractéristique première d'un code exhaustif est d'exercer une forme de monopole légal sur un pan précis et particulier du droit. Dans la mesure où une loi représente un code exhaustif, seule cette loi peut faire figure d'autorité et tout recours à la common law, ou à d'autres sources de droit, n'est pas permis¹⁹. Ainsi, dans l'éventualité où on en arriverait à la conclusion que la LPRPSS représente un code exhaustif, toute forme de recours de common law utilisé pour redresser une atteinte à la vie privée engendrée par une manipulation fautive de renseignements personnels sur la santé serait interdite. À l'inverse, si on arrivait à la conclusion que la LPRPSS ne représente pas un code exhaustif, la common law peut être utilisée pour redresser un tort causé par une manipulation fautive de renseignements personnels sur la santé. Ainsi, si la Cour d'appel dans l'affaire *Hopkins* en venait à déterminer que la LPRPSS est un code exhaustif, la poursuite de la plaignante tomberait et, à l'inverse, si la Cour en venait à ne pas qualifier le LPRPSS de code exhaustif, la poursuite pourra avoir lieu. On comprendra ici l'enjeu majeur de cette décision : en concluant que la LPRPSS n'est pas un code exhaustif, non seulement la poursuite dont il est question dans *Hopkins* pourra avoir lieu, mais aussi plusieurs autres qui, certainement, suivront. Nous y reviendrons un peu plus loin.

Pour déterminer si une loi représente un code exhaustif, trois facteurs doivent être pris en compte : i) le processus de résolution de conflit que la loi soumise à l'examen met en place, de même que le langage utilisé, ou non, pour qualifier l'exclusivité de la juridiction, ii) la nature du conflit et sa relation avec les droits et obligations mis

18. *Jones v Tsige*, 108 OR (3d) 241, 2012 ONCA 32.

19. *Hopkins v Kay*, 124 OR (3d) 481, 2015 ONCA 112 [*Hopkins*] au para 29.

en place par la loi, et iii) la capacité de la loi à offrir un remède effectif aux violations potentielles²⁰.

2.2.1 La nature du processus et le langage de la LPRPSS

La LPRPSS propose un ensemble précis de règles et de principes permettant de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels sur la santé par les professionnels de services de santé en Ontario. Elle confère également au commissaire à la protection de la vie privée de l'Ontario (le commissaire) un certain pouvoir d'enquête et de résolution de plaintes en cas de contraventions aux droits et obligations qu'elle met de l'avant. Toutefois, comme le mentionne la Cour d'appel, les détails relatifs à la procédure et aux mécanismes qui permettent de remédier de manière efficace aux différentes infractions se font assez rares. Il revient donc au commissaire de déterminer quelle procédure devrait être suivie. La LPRPSS reste silencieuse sur la nécessité de tenir des audiences et néglige la mise en place de procédures essentielles au bon fonctionnement du système accusatoire comme, par exemple, la possibilité de conduire des contre-interrogatoires²¹. Ainsi, selon la Cour, le processus de résolution des conflits mis en place indiquerait que la LPRPSS, sur ce point, ne fut élaborée que pour permettre au commissaire de conduire des enquêtes sur des problèmes systémiques et généraux que pourrait engendrer l'application de la loi, et non pour permettre la gestion de plaintes individuelles²².

Sur le plan sémantique, la Cour retient trois articles de la LPRPSS suggérant que le législateur n'avait pas l'intention d'établir un code exhaustif. D'abord, l'alinéa 57(4)b) précise que le commissaire peut décider de ne pas examiner une plainte individuelle s'il juge que « la plainte a été traitée ou pourrait l'être de façon plus appropriée, au début ou en totalité, au moyen d'une procédure, autre qu'une plainte portée en vertu de la présente loi »²³. Cette disposition indique clairement que le législateur envisageait la possibilité d'avoir recours à des mécanismes de résolution de conflits autres que ceux prévus par la LPRPSS. Il est par conséquent difficile de concilier ladite disposition avec l'idée que la loi prévoit un code exhaustif. Ensuite, l'article 71 avance directement l'idée selon laquelle certaines actions en dommages-intérêts peuvent être menées puisqu'il précise explicitement les cas où de telles actions ne pourraient être intentées, c'est-à-dire

20. *Ibid*, para 31-33.

21. *Ibid*, para 37.

22. *Ibid*, para 38.

23. LPRPSS, *supra* note 17 à l'al 57(4)b).

dans les cas où le dépositaire de renseignements personnels a agi de bonne foi²⁴. Finalement, l'article 65 permet aux individus d'introduire « devant la Cour supérieure de justice une instance en recouvrement de dommages-intérêts pour le préjudice réel qu'elle a subi par suite d'une contravention à la présente loi ou à ses règlements »²⁵ si le commissaire avait préalablement rendu une ordonnance définitive en vertu de la loi. Comme la LPRPSS n'est pas outillée pour assurer une gestion effective des plaintes individuelles, et comme elle permet explicitement le recours à d'autres mécanismes de résolution de conflits qu'elle prévoit, la Cour conclut que la loi n'est pas un code exhaustif.

2.2.2 La nature du conflit et sa relation avec les droits et obligations de la LPRPSS

Il s'agit ici de déterminer si la plainte formulée peut être prise en charge par les mécanismes prévus par la LPRPSS. En l'espèce, la poursuite se fonde exclusivement sur le principe de common law de « l'intrusion dans la solitude » reconnu dans *Jones v Tsige*²⁶. Or, la faute correspondant à une intrusion dans la solitude d'une personne diffère largement des infractions prévues par la LPRPSS. La plaignante doit, entre autres, prouver que l'atteinte à la vie privée dont elle fut victime résulte d'une attitude imprudente ou d'un comportement intentionnel de la partie défenderesse. Elle doit aussi démontrer que l'atteinte peut être perçue par une personne raisonnable comme étant particulièrement grave et entraînant des conséquences comme l'anxiété, l'humiliation ou la détresse. Selon la Cour, ces deux critères représentent d'importants fardeaux qui ne sont pas requis pour conclure à une atteinte à la vie privée au sens défini par la LPRPSS²⁷. Ainsi, le fait de permettre à la plaignante d'entreprendre une action en dommages-intérêts ne viendra pas miner ni court-circuiter le régime mis en place par la loi. Cette conclusion vient donc ici aussi affaiblir l'idée que la LPRPSS puisse représenter un code exhaustif.

2.2.3 La capacité de la loi à offrir un remède effectif aux violations potentielles

Ainsi, afin de déterminer si la LPRPSS offre aux plaignants des remèdes effectifs aux violations dont ils peuvent être victimes, la Cour a décidé de s'appuyer sur l'avis du commissaire relativement

24. *Hopkins, supra* note 19 au para 41.

25. LPRPSS, *supra* note 17 à l'art 65.

26. *Supra* note 18.

27. *Hopkins, supra* note 19 au para 52.

à sa capacité à répondre aux différentes plaintes individuelles dont il peut être saisi. Comme le commissaire possède un large pouvoir discrétionnaire relativement au choix des plaintes qu'il examinera, et comme, en vertu du régime prévu par la loi, le commissaire doit avant tout s'intéresser aux plaintes permettant de mettre en lumière un problème général ou systémique de contravention à la loi, on peut conclure que plusieurs atteintes à la vie privée qui ne mettent pas en jeu des problématiques systémiques ne pourront être traitées. Ainsi, plusieurs patients qui auront été victimes de manipulations fautives de leurs renseignements personnels sur la santé ne pourront avoir la chance de demander réparation. Afin de s'assurer que tous les patients puissent avoir cette chance, la Cour décide qu'il faut donner à ces patients accès à certains mécanismes prévus par la common law, dont le droit d'entreprendre une action en dommages-intérêts pour intrusion dans la solitude.

2.2.4 Conclusion

À la lumière de l'analyse des trois facteurs présentés ci-haut, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé* ne représentait pas un code exhaustif. Par conséquent, elle a décidé que l'action en dommages-intérêts pour intrusion dans la solitude intentée par la plaignante est valide et permise.

2.3 L'importance de la décision *Hopkins*

La décision *Hopkins* est importante en ce sens qu'il confère aux citoyens et citoyennes de l'Ontario le pouvoir d'entreprendre des poursuites pour atteinte à la vie privée résultant d'une manipulation fautive de renseignements personnels en dehors des recours prévus par la LPRPSS. Ce faisant, il donne un pouvoir supplémentaire aux patients en matière de réparation des torts qu'ils peuvent avoir subis suite à des manipulations fautives et abusives de leurs renseignements personnels sur la santé. Mais la décision *Hopkins* présente aussi, voire surtout, un important incitatif pour les hôpitaux et autres dépositaires de renseignements personnels sur la santé d'être encore plus précautionneux quant à la manière dont ils protègent et sécurisent ces renseignements. Surtout que, bien que dans l'affaire *Hopkins* le montant des dommages accordés ne s'élève qu'à « seulement » 24 000 \$, le tort d'inclusion dans la solitude mis de l'avant dans la décision *Jones*, et sur lequel la Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée dans la décision *Hopkins*, ne prévoit pas de limite quant au montant des dommages punitifs qui peuvent être

imposés aux contrevenants. Il sera également intéressant de voir si d'autres provinces, qui possèdent une loi semblable à la LPRPSS – on pense ici notamment au Manitoba, à l'Alberta et à la Saskatchewan – suivront l'exemple de l'Ontario et ouvriront la porte à des poursuites pour dommages-intérêts dans des cas semblables à l'affaire *Hopkins*.

3. RÉSULTATS DE L'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE PUBLICITÉ PERTINENTE DE BELL – RAPPORT DE CONCLUSIONS D'ENQUÊTE DU COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE EN VERTU DE LA LPRPDE # 2015-001

En août 2013, l'entreprise Bell annonçait qu'elle lancerait un programme de publicités pertinentes (PPP), un programme qui opérerait à partir de renseignements personnels et relatifs à l'utilisation du réseau et aux comptes de ses clients. À la suite de cette annonce, le commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) a reçu un nombre inédit de plaintes venant de clients de Bell. Il a par conséquent décidé de lancer une enquête visant à déterminer si l'utilisation desdits renseignements par Bell respectait les exigences formulées par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE)²⁸. Le CPVP a conclu, entre autres choses, que la forme de consentement que Bell obtenait de la part de ses clients pour les inscrire au PPP n'était pas conforme au principe 4.3 énoncé à l'annexe 1 de la LPRPDE. Il a également déterminé que le PPP respectait toutefois les principes de collecte limitée de même que celui de la conservation limitée de renseignements personnels. Comme nous le verrons au dernier point de cette section, le rapport d'enquête du CPVP est important puisqu'il aura eu un impact direct sur le PPP, auquel Bell aura, en fin de compte, décidé de mettre un terme.

3.1 Le contexte qui a mené à l'enquête du CPVP

Le PPP de Bell fut lancé en novembre 2013. Le programme entendait permettre aux publicitaires participants de présenter des publicités ciblées aux clients de Bell, c'est-à-dire des publicités qui correspondraient davantage aux préférences et moyens financiers des clients que des publicités plus standardisées. Pour ce faire, Bell composait des profils de clients qu'il pouvait ensuite utiliser pour proposer aux publicitaires un public plus ciblé. Les profils clients étaient construits à partir des données démographiques du client,

28. [LPRPDE].

de même que l'information sur les habitudes d'utilisation du réseau du client, c'est-à-dire les sites qu'il a consultés ou les applications qu'il a utilisées au moyen de son téléphone portable. À partir de ces informations, Bell était en mesure de déduire certaines préférences du client et construire un profil qui décrivait celles-ci. Par exemple, un profil client pouvait indiquer qu'il s'agissait d'un homme francophone de Québec qui a entre 35 et 40 ans et qui aime le football américain. Le publicitaire, lui, composait un profil de publicités où il indiquait quels types d'individus il voulait cibler avec ses publicités (par exemple, les hommes francophones qui aiment les sports d'équipe). Bell faisait ensuite concorder ces profils clients et profils publicités dans le but de présenter les publicités seulement aux clients qui affichent les préférences et attributs recherchés par le publicitaire.

Il est important de mentionner que Bell ne transmettait aucun renseignement personnel aux publicitaires et ne procédait à aucune nouvelle cueillette de renseignements personnels. Elle ne faisait qu'utiliser ceux qu'elle avait déjà à sa disposition²⁹. Le commissaire a également déterminé que l'utilisation des renseignements par Bell visait une fin appropriée et valide puisqu'elle poursuivait alors un « objectif commercial légitime » visant à « maximiser ses recettes publicitaires tout en améliorant l'expérience des clients en ligne »³⁰. Toutefois, comme mentionné plus haut, la forme de consentement utilisée par Bell pour inscrire ses clients au PPP contrevient aux exigences de la LPRPDE, et plus particulièrement à l'exigence du consentement formulée par le principe 4.3 de l'annexe 1 de la Loi.

3.2 Le type de consentement obtenu par Bell dans le cadre du PPP

La forme de consentement obtenu par Bell dans le cadre du PPP est un consentement que l'on qualifie de « négatif », tacite, ou *opt-out* en anglais. Suivant ce modèle, les clients de Bell étaient directement inscrits au PPP et, si telle était leur volonté, il leur revenait ensuite la responsabilité d'annuler leur inscription au programme (*to opt-out*)³¹. Bell cessera donc d'envoyer des publicités ciblées à ce client. Cependant, comme le précise le rapport du CPVP, en dépit de ce retrait, Bell continuera à colliger les profils des clients qui ne

29. *Résultats de l'enquête sur le Programme de publicité pertinente de Bell*, Rapport de conclusions d'enquête du commissaire à la protection de la vie privée en vertu de la LPRPDE # 2015-001, para 13 [*Résultats d'enquête*].

30. *Ibid.*, para 55.

31. *Ibid.*, para 63.

souhaitent pas participer au PPP au cas où ceux-ci changeraient plus tard d'avis³².

3.3 Les exigences de la LPRPDE en matière de consentement

Le principe 4.3 énoncé à l'annexe 1 de la LPRPDE exige que « toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire »³³. Il est également demandé qu'il « faut obtenir le consentement de la personne concernée *avant* de recueillir des renseignements personnels à son sujet »³⁴. De même, la LPRPDE précise que le type de consentement que l'entreprise doit adopter peut varier et qu'il dépend de la nature de ces renseignements et de leur sensibilité³⁵. De même, le principe 4.3.6 stipule que « l'organisation devrait chercher à obtenir un consentement explicite [nda : ou « positif »] si les renseignements sont susceptibles d'être considérés comme sensibles. Lorsque les renseignements sont moins sensibles, un consentement implicite [nda : ou « négatif »] serait normalement jugé suffisant »³⁶.

3.4 La conclusion du CPVP relativement à la question du consentement

L'analyse du CPVP de la forme du consentement adopté par Bell dans le cadre du PPP fut menée en vertu du principe 4.3 de la LPRPDE et, par conséquent, en fonction de la nature et de la sensibilité des renseignements collectés et utilisés, et de l'attente raisonnable en matière de vie privée des clients à l'égard de ces renseignements. Le CPVP en viendra à conclure que le consentement « négatif » (implicite, *opt-out*) n'est pas suffisant et que Bell aurait dû choisir un consentement « positif » (explicite, *opt-in*), permettant au client de choisir, à l'avance, de participer ou non au PPP.

3.4.1 La nature des renseignements utilisés par Bell dans le cadre du PPP

Dans le cadre de la création de profils clients pour les fins du PPP, Bell collecte et analyse l'adresse URL de l'intégralité des sites

32. *Ibid*, para 107.

33. LPRPDE, *supra* note 28, annexe 1, principe 4.3.

34. *Ibid*, principe 4.3.1.

35. *Ibid*, principe 4.3.4.

36. *Ibid*, principe 4.3.6.

visités par ses clients. Or, selon le CPVP, certaines de ces adresses pourront révéler des informations particulièrement sensibles au sujet des individus, comme l'état de santé de la personne, son orientation sexuelle ou sa situation financière³⁷. Bell soutient que bien qu'elle collecte et analyse l'ensemble des adresses URL de ses clients, elle ne le fait que pour construire des catégories d'intérêts qui ne sont pas sensibles et que les adresses URL qui pourraient révéler des détails sensibles sur le mode de vie des clients sont détruites après 90 jours. Toutefois, cette mesure est, selon le CPVP, insuffisante. L'argument de Bell confond la fin et les moyens. Bien que l'entreprise ait comme objectif de créer des catégories qui ne sont pas sensibles sur le plan de la vie privée, elle utilise néanmoins des renseignements qui, eux, sont sensibles. Ainsi, comme le mentionne le CPVP, « qu'on utilise des adresses URL sensibles dans le but de générer des catégories d'intérêts non sensibles ne change rien au fait que les renseignements de base utilisés sont sensibles »³⁸. Par conséquent, la nature des renseignements utilisés par Bell dans le cadre du PPP doit être qualifiée de « sensible ».

3.4.2 L'attente raisonnable à l'égard des renseignements utilisés par Bell – Le type de consentement valide du point de vue du CPVP

Les renseignements personnels d'une nature sensible font l'objet d'une attente raisonnable en matière de vie privée qui est élevée. Par conséquent, les clients de Bell pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que le choix de participer ou non au PPP leur revienne. Le consentement tacite, ou « négatif » et prenant la forme d'un *opt-out*, n'est donc pas valide et est contraire aux exigences du principe 4.3 de la LPRPDE. Selon le CPVP, le modèle de consentement valide au regard de la nature des renseignements collectés et utilisés est celui du consentement explicite, ou positif, prenant la forme d'un *opt-in*. De plus, le fait que Bell continue de collecter des renseignements même lorsque les clients ont décidé de se retirer du PPP représente un non-respect du choix du client.

3.5 L'importance de l'enquête du CPVP sur le PPP

L'enquête du CPVP sur les pratiques de publicités ciblées de Bell et de son programme PPP est importante parce qu'elle a produit des effets tangibles. Tel que mentionné plus haut³⁹, les pouvoirs et

37. *Résultats d'enquête*, supra note 29 au para 68.

38. *Ibid.*, para 70.

39. Voir supra §4.3.

fonctions des commissariats canadiens à la protection de la vie privée sont d'enquêter sur des infractions systémiques et générales aux lois de protection de la vie privée. Or, cette enquête est un exemple parfait de l'exercice effectif de ce pouvoir et de ces fonctions. Le programme PPP a suscité de vives réactions de la part des clients de Bell et plusieurs ont décidé de porter plainte auprès du CPVP. L'enquête du CPVP aura permis de révéler un problème important dans les opérations du PPP et dans le choix de consentement requis pour participer au projet. À la suite de la publication des résultats de l'enquête ici résumée, Bell a annoncé qu'il mettait fin au programme de PPP et qu'il allait détruire l'ensemble des profils clients qu'il avait jusqu'alors construit. De plus, Bell a mentionné que si elle décidait à l'avenir de ressusciter ce programme, elle aurait recours, tel que recommandé par le CPVP, à un consentement positif fondé sur un modèle de *opt-in*. Il s'agit là d'une importante victoire pour les usagers.

4. *DOUEZ v FACEBOOK, INC.*, 2015 BCCA 279

Tout comme l'enquête du CPVP sur le PPP de Bell, l'affaire *Douez* met en scène l'utilisation de renseignements personnels à des fins publicitaires. Ici, c'est cependant le fameux réseau social Facebook qui est visé par la poursuite. De plus, cette décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne porte pas la légalité de la collecte et de l'utilisation par Facebook, mais sur la reconnaissance, ou non, de la compétence des tribunaux canadiens à trancher un différend entre Facebook et l'une de ses clientes.

4.1 Les faits de l'affaire *Douez*

Deborah Louise Douez a intenté une action pour dommages-intérêts contre Facebook en vertu de l'article 3(2) du *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. Elle soutenait que Facebook avait utilisé, sans son consentement, son nom et sa photographie dans le contexte d'une publicité ciblée prenant la forme d'une actualité commanditée (*sponsored stories*). Ce type de publicité ciblée – dite « sociale » – est au cœur de la stratégie financière de Facebook. Lorsqu'un utilisateur « aime » (*like*) la page d'une entreprise ou de toute autre entité ayant fait l'achat d'une *sponsored stories*, la page en question, accompagnée de la photo et du nom de l'utilisateur, peut apparaître sous forme de publicité sur le fil d'actualité de certains des amis de l'utilisateur. Aucun avertissement n'est fourni à l'utilisateur et son consentement n'est jamais sollicité. Facebook, pour sa part, soutient que les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas compétence pour juger cette affaire et demande une suspension des procédures. Sa défense

se fonde sur les conditions d'utilisation de son service, auxquelles doivent souscrire ses membres, et qui précisent que toute dispute impliquant Facebook doit être entendue par un tribunal situé dans le comté de Santa Clara, en Californie.

La juge de première instance a conclu que l'article 4 du *Privacy Act*⁴⁰ confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une juridiction exclusive sur les disputes émanant de cette loi, à l'exclusion de toute autre cour de tout autre pays. Par conséquent, un tribunal à Santa Clara en Californie ne pourrait pas entendre la cause de M^{me} Douez. Selon la juge, le fait de reconnaître la validité des conditions d'utilisation de Facebook reviendrait à dire que Facebook n'est pas assujéti au *Privacy Act*, ce qui ne pourrait être l'intention du législateur⁴¹. Elle a donc refusé la demande de Facebook relative à la suspension des procédures⁴².

4.2 La décision

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de la juge de première instance. Les motifs de la Cour s'articulent principalement sur l'idée que la juge de première instance n'aurait pas interprété de manière adéquate l'article 4 du *Privacy Act*. Pour la Cour, la juge n'aurait pas fait justice au principe de territorialité, principe selon lequel la loi de la Colombie-Britannique n'est valide qu'en Colombie-Britannique⁴³. Pour que la loi de la Colombie-Britannique soit effective hors de la province, il faut qu'une autre juridiction accepte, de plein gré, d'appliquer ladite loi. Or, en l'espèce, aucune preuve ne permet de conclure que les tribunaux de Santa Clara considèrent le *Privacy Act* comme étant valide sur leur territoire. Ainsi, la Cour accepte la proposition de Facebook selon laquelle l'article 4 du *Privacy Act* doit être interprété comme indiquant que la Cour suprême de la Colombie-Britannique possède la juridiction exclusive du *Privacy Act* dans la province, c'est-à-dire à l'exclusion des autres tribunaux de la province. Par conséquent, l'interprétation de la juge de première instance n'est pas bonne et les conditions d'utilisation de Facebook doivent être respectées. Pour faire entendre sa cause, M^{me} Douez devra donc, si elle le désire, l'amener devant les tribunaux du comté de Santa Clara.

40. *Privacy Act*, RSBC 1996, c 373 art 4. L'article 4 se lit comme suit : « Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court ».

41. *Duez v Facebook, Inc.*, 2015 BCCA 279 au para 13.

42. *Ibid.*, para 19.

43. *Ibid.*, para 48.

4.3 L'importance de la décision *Douez*

La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Douez* revêt une importance particulière. Elle déclare la supériorité des clauses contractuelles entre une entreprise et son client sur le droit canadien. Par conséquent, elle devrait servir d'avertissement sérieux aux usagers de plusieurs services en ligne quant au poids et à la signification des conditions d'utilisation qui, souvent, sont signées « à l'aveuglette ». Il importe ici de mentionner que bon nombre de compagnies évoluant en ligne ajoutent à leurs conditions d'utilisation une clause conférant à certains tribunaux une juridiction exclusive sur les différends qui peuvent naître entre elles et leurs clients. Par exemple, YouTube⁴⁴ et Instagram⁴⁵ possèdent toutes deux des clauses qui obligent les clients à faire entendre leurs causes devant un tribunal de Santa Clara, en Californie. Twitter, lui, a choisi San Francisco⁴⁶ et Facebook a, depuis la décision *Douez*, recentré son choix sur San Mateo, également en Californie⁴⁷. Si toutes ces entreprises choisissent d'imposer ces différentes juridictions à ses usagers, c'est certes parce qu'elles croient que ces juridictions leur sont avantageuses. Les usagers devraient garder ce fait en tête lorsqu'ils utilisent les services de ces entreprises. Il s'agit donc là d'une importante victoire pour Facebook et les compagnies qui lui sont semblables, et une sérieuse mise en garde pour les usagers des réseaux sociaux.

5. *GOODWIN c COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES), 2015 CSC 46*

L'affaire *Goodwin*, comme l'affaire *Carter*, en est une qui interpelle une dimension du droit à la vie privée que l'on qualifie de « personnelle », c'est-à-dire qui s'intéresse au rapport au corps de la personne que permet – ou interdit – la loi. Ici, toutefois, ce n'est pas l'article 7 de la Charte qui est évoqué, mais l'article 8, qui protège les Canadiens et les Canadiennes contre les fouilles, les saisies et les perquisitions qui sont abusives. En l'espèce, on s'intéresse à la constitutionnalité de dispositions qui permettent la saisie d'échan-

44. Voir les « Terms of Service » de YouTube, clause 14, en ligne : <<https://www.youtube.com/static?gl=CA&template=terms>>.

45. Voir les « Terms of Use » de Instagram, « Governing Law & Venue », en ligne : <<https://help.instagram.com/478745558852511>>.

46. Voir les « Terms of Service » de Twitter, « 12 B. Controlling Law and Jurisdiction », en ligne : <<https://twitter.com/tos?lang=en>>.

47. Voir le « Statement of Rights and Responsibilities » de Facebook, clause 15 « Disputes », en ligne : <<https://www.facebook.com/terms>>.

tillons d'haleine dans le but de déterminer si un conducteur est en état d'ébriété ou non. Ainsi, bien que l'affaire *Goodwin* s'intéresse à la dimension personnelle de la vie privée, on constate qu'elle touche également à un aspect de la vie privée que l'on qualifie « d'informationnel ». En effet, bien qu'il s'agisse ici d'une interaction avec le corps de l'individu, cette interaction vise l'extraction de certaines informations, c'est-à-dire le niveau d'alcoolémie de l'individu. Pour des raisons que nous examinerons plus loin, la Cour suprême du Canada a conclu que certains aspects du régime de saisie d'échantillons d'alcool mis en place par la Colombie-Britannique en 2010 – le régime d'interdiction automatique de conduire (RIAC) – contrevenaient à l'article 8 de la Charte et ne pouvaient être sauvés par l'article premier. Toutefois, il est important de souligner que, depuis 2010, les mécanismes de saisies prévus par le RIAC furent modifiés. Ainsi, bien que la Cour invalide les saisies permises en 2010, elle confirme aussi indirectement la validité de celles mises en place en 2012.

5.1 Les faits de l'affaire *Goodwin*

Le RIAC fut établi en 2010 par la Colombie-Britannique. Son but est, au moyen d'un certain nombre de sanctions, de réduire le nombre de conducteurs aux facultés affaiblies, et ce, afin de réduire les accidents de la route. Le RIAC met en place un mécanisme où les policiers peuvent effectuer des contrôles routiers au moyen d'un appareil de détection approuvé (ADA). Ce faisant, les policiers n'ont plus à attendre des résultats du test d'alcoolémie obtenus au poste de police pour imposer des interdictions de conduite. Lors d'un contrôle, l'ADA peut afficher deux résultats qui entraîneront des sanctions pour le conducteur : i) un constat « d'échec », ou ii) un « avertissement ». L'échec entraîne une interdiction de conduire valable pour 90 jours et l'avertissement entraîne une suspension du permis de conduire allant de 3 à 30 jours. Si un individu refuse de coopérer en donnant un échantillon d'haleine, il se verra imposer une sanction équivalente à celle d'un constat d'échec, c'est-à-dire une suspension de 90 jours de son permis de conduire. C'est précisément ce qui est arrivé à M. Goodwin, qui a refusé de fournir un échantillon d'haleine.

M. Goodwin conteste la validité constitutionnelle du RIAC sur deux points : i) le RIAC excède la compétence provinciale parce qu'il s'apparente au droit criminel, et ii) la saisie d'échantillon d'haleine représente une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte. Nous nous concentrerons ici sur la deuxième de ces questions parce que c'est elle qui fait intervenir le droit à la vie privée. Mentionnons

toutefois que la Cour a conclu que le RIAC relevait de la compétence de la province et que, sur ce point, il était constitutionnel.

5.2 La décision

Dans une décision confirmée en appel, le juge de première instance a conclu que le RIAC contrevenait à l'article 8 de la Charte lorsqu'un constat d'échec était prononcé, mais qu'il était raisonnable dans les cas d'un avertissement ou d'un refus de fournir un échantillon d'haleine. La Cour suprême en arrive à la même conclusion. Pour ce faire, elle se livre à un exercice d'équilibration opposant, d'une part, les intérêts poursuivis par l'État dans le cadre du RIAC et, de l'autre, l'intérêt de l'individu à voir sa vie privée protégée. L'analyse de la Cour se fonde ici sur i) l'objet du RIAC, ii) sa nature, iii) les mécanismes de saisie, et iv) la possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire.

5.2.1 L'objet et la nature du RIAC

L'objectif du RIAC est de lutter contre l'alcool au volant, un phénomène social responsable de la mort de plusieurs personnes chaque année. Il s'agit là, aux dires de la Cour, d'un objectif « impérieux » qui « milite fortement en faveur du caractère raisonnable de la saisie d'un échantillon d'haleine »⁴⁸. Selon la Cour, bien que la saisie permise par le RIAC s'apparente à une activité relevant du droit criminel, elle est, somme toute, de nature réglementaire. Par conséquent, on doit appliquer une norme plus souple pour en apprécier le caractère raisonnable⁴⁹. Néanmoins, force est d'admettre que l'obtention d'un résultat d'échec au test de l'ADA, ou le fait de refuser de fournir un échantillon d'haleine, entraîne de graves conséquences pour le conducteur. Ce facteur doit être pris en considération dans la détermination du caractère raisonnable de la saisie conduite dans le cadre du RIAC⁵⁰.

5.2.2 Les mécanismes de saisie

Deux facteurs sont ici pris en considération : i) l'atteinte à l'intégrité physique du conducteur soumis à l'ADA, et ii) la fiabilité des résultats de l'ADA. En ce qui a trait au premier facteur, la Cour reconnaît qu'il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique du conducteur puisque son corps est utilisé dans le but d'obtenir des

48. *Goodwin c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46 au para 59.

49. *Ibid.*, para 63.

50. *Ibid.*

renseignements à son sujet. C'est dans cette perspective que l'on peut donc parler de vie privée personnelle et de vie privée informationnelle. Toutefois, la Cour précise que cette atteinte est minimale et qu'il s'agit en l'espèce d'une saisie beaucoup moins envahissante que d'autres types de saisies ou de fouilles, comme les prélèvements sanguins ou les fouilles à nu⁵¹. Par conséquent, ce facteur milite en faveur du caractère raisonnable de la saisie mise à l'examen. Le second facteur milite toutefois en faveur du caractère abusif de ladite fouille. Ici, c'est la fiabilité des résultats obtenus par l'ADA qui est remise en question. La preuve retenue par la Cour démontre que de « sérieux doutes dans certains cas quant à savoir si un ADA indique avec exactitude les mesures d'alcoolémie »⁵², ce qui remet également en question la raisonnable de la saisie prévue par le RIAC. Le RIAC prévoit qu'une seconde analyse puisse être conduite à l'aide d'un test d'alcoolémie, avec un appareil beaucoup plus fiable. Cependant, le RIAC n'oblige aucunement le policier à informer le conducteur de la possibilité d'avoir recours à cette seconde analyse. De plus, le RIAC ne prévoit aucune garantie que le résultat le plus bas l'emportera. Ainsi, cette seconde analyse est plus illusoire qu'effective.

5.2.3 La possibilité d'avoir recours à la surveillance judiciaire

Le RIAC ne prévoit aucune possibilité pour le conducteur d'avoir recours à une surveillance ou à un contrôle judiciaire qui lui permettrait de contester le fondement du RIAC ou la fiabilité des résultats obtenus par l'ADA. Il n'y a donc pas d'étapes intermédiaires entre le test de l'ADA et l'attribution d'une sanction dans les cas d'échec ou de refus de se soumettre au test. Étant donné la pauvre qualité des résultats obtenus par l'ADA, il semble que cette absence de surveillance et de contrôle milite en faveur des conducteurs et tende vers la qualification de la saisie comme étant abusive. Le conducteur pourrait en effet se voir attribuer de lourdes sanctions sans qu'il puisse avoir recours à un mécanisme qui lui permettrait de contester les résultats obtenus.

5.2.4 Conclusion relativement à l'article 8 et le test de l'article premier

Pour la Cour, la saisie prévue par le RIAC contrevient à l'article 8. Cette conclusion s'appuie principalement sur le manque de fia-

51. *Ibid.*, para 65.

52. *Ibid.*, para 66.

bilité des résultats obtenus par l'ADA et sur l'absence de surveillance et de contrôle judiciaire⁵³. De plus, la saisie ne peut être sauvée par l'article premier de la Charte, et ce, principalement parce qu'elle ne peut passer l'étape de l'atteinte minimale. Ici, la Cour s'appuie sur la modification du RIAC effectuée en 2012 et sur le mécanisme de saisie présentement en vigueur. La nouvelle mouture du RIAC prévoit un mécanisme de contrôle et de surveillance, de même qu'une obligation de notification au conducteur de l'existence d'une deuxième analyse. De plus, elle offre une garantie que ce sera le résultat le plus bas qui l'emportera. Ce nouveau RIAC démontre, selon la Cour, que de simples modifications pouvaient aisément être mises en place et, par conséquent, que la version 2010 du RIAC ne représentait pas le moyen le moins attentatoire de poursuivre les objectifs de l'État. Ce faisant, la saisie prévue par le RIAC 2010 ne peut être sauvée par l'article premier de la Charte. Toutefois, notons que, de manière quelque peu implicite, la Cour vient confirmer la validité du second RIAC.

5.3 L'importance de la décision *Goodwin*

La décision *Goodwin* représente une double victoire pour le gouvernement de la Colombie-Britannique. D'une part, on l'a vu, la Cour a reconnu que le RIAC ne dépassait pas la limite des compétences de la province. Ainsi, il est confirmé que, sur ce point, le RIAC est constitutionnel. Ensuite, bien qu'elle invalide les dispositions du RIAC en place en 2010, la Cour vient, en un sens, confirmer la validité des dispositions du RIAC qui sont présentement en vigueur. Par conséquent, le gouvernement peut continuer d'appliquer le RIAC tel qu'il le fait depuis 2012. Il s'agit également d'une victoire pour les autres provinces qui, à l'instar de la Colombie-Britannique, seraient tentées de lutter de manière sérieuse contre l'alcool au volant, un enjeu sociétal d'une importance capitale.

CONCLUSION

En guise de conclusion, j'aimerais identifier un certain nombre de points de convergence entre les différentes décisions présentées dans cet article. Ces recoupements traduisent bien, à mon sens, certaines des préoccupations majeures de notre époque sur le plan de la protection de la vie privée. J'en retiendrai trois : i) la santé, ii) la publicité ciblée et iii) la vie privée personnelle.

La santé. Les domaines médicaux et relatifs à la santé représentent un champ relativement nouveau d'intervention sérieuse de

53. *Ibid*, para 77.

droit à la vie privée. On considère aujourd'hui la santé comme un troisième secteur d'application de ce droit, après les secteurs public et privé. Depuis un peu plus d'une dizaine d'années, plusieurs provinces ont adopté des lois qui s'intéressent exclusivement à la protection des renseignements personnels sur la santé. La loi ontarienne de 2004 mise à l'épreuve dans l'affaire *Hopkins* est un exemple de cette réalité. La prise en charge juridique du domaine de la santé dans le contexte de la protection de la vie privée s'appuie sur un certain nombre de réalités : i) la plus grande accessibilité et diffusion des renseignements personnels sur la santé permises par la révolution numérique et les dossiers médicaux électroniques, ii) la nécessité de traiter et d'analyser ces renseignements pour des fins de lutte aux épidémies et maladies infectieuses et la très grande richesse et le caractère particulièrement sensible de ces renseignements, et iii) les risques d'atteintes importantes à la vie privée que leur traitement comporte. Cette protection accrue des renseignements personnels sur la santé et la reconnaissance de leur importance sur le plan de la vie privée s'appuie sur des concepts moraux comme l'autonomie de la personne et la dignité humaine. Ces concepts furent particulièrement importants dans l'élaboration des lois provinciales pertinentes en la matière. Mais ils furent aussi, on l'a vu, cruciaux dans l'affaire *Carter*. Évidemment, cette décision ne porte pas sur la protection des renseignements personnels sur la santé, mais elle indique quand même un changement des mentalités quant à la nécessité de respecter la vie privée, l'autonomie et la dignité de la personne dans un contexte médical. La décision *Hopkins*, elle, traduit une volonté des tribunaux et du législateur – si on s'en tient à l'interprétation de la Cour de ses intentions – à prendre très au sérieux les manipulations fautives ou abusives de renseignements personnels dans le domaine de la santé. En donnant aux citoyens et citoyennes ontariens le pouvoir de poursuivre pour dommages-intérêts les dépositaires fautifs de renseignements personnels sur la santé, la décision *Hopkins* envoie un message clair à ceux-ci : la vie privée dans le domaine de la santé est importante et toute atteinte à celle-ci pourra entraîner d'importantes conséquences juridiques et financières.

La publicité ciblée. Un récent sondage conduit par le commissariat à la protection de la vie privée du Canada indique un profond malaise de la population canadienne envers les pratiques de publicités ciblées conduites, nécessairement, à l'aide de renseignements personnels des usagers. Plus de 74 % des répondants se disent préoccupés par cette forme de publicité, dont 49 % qui affirmèrent être « extrêmement

préoccupés »⁵⁴. L'affaire *Douez* et le rapport du CPVP dans l'affaire *Bell* confirment ces inquiétudes. Dans l'affaire *Bell*, le CPVP reçut un nombre record de plaintes de la part d'usagers de cette entreprise à la suite de l'annonce de la mise en place du programme de publicités pertinentes. Ici, l'enquête a porté fruit. La publication des résultats a forcé *Bell* à mettre un terme audit programme. Dans l'affaire *Douez*, par contre, le résultat fut fort différent. Mais la décision *Douez* nous indique quand même quelque chose. Elle met en lumière l'un des enjeux fondamentaux auxquels devra s'attarder le droit à la vie privée – et et le droit en général – dans les années à venir : le problème des contrats d'adhésion et la forme de consentement requis pour les valider. Plusieurs usagers ne lisent pas ces contrats, c'est bien connu. Ceux-ci sont longs, complexes et, souvent, incompréhensibles pour le public. Ils renferment néanmoins une somme de conditions auxquelles les usagers consentent implicitement. Certaines de ces conditions ont trait aux droits d'utilisation et de réutilisation des renseignements personnels partagés ou mis en ligne par les usagers. En affirmant la supériorité de ces conditions d'utilisation sur le droit canadien, du moins sur l'aspect de la territorialité, la décision *Douez* doit servir de signal d'alarme, tant pour les usagers des réseaux sociaux que pour les législateurs.

La vie privée personnelle. La vie privée personnelle a quelque peu perdu de son lustre au cours des dernières années, alors qu'on s'intéressait davantage à la vie privée informationnelle et, plus particulièrement, à la vie privée informationnelle dans le domaine de la santé. Toutefois, avec l'affaire *Carter* et, dans une moindre mesure l'affaire *Goodwin*, on voit cette forme de vie privée faire un retour en force en 2015. Ceci s'explique peut-être par ce lien, justement, entre le corps, les renseignements et la santé. Le corps est une source importante de renseignements. Ce qui est encore plus vrai dans le contexte médical. La propension à chercher toujours plus d'information, que ce soit pour guérir des maladies ou prévenir des accidents, va, dans plusieurs cas, passer par une intervention de l'État avec le corps de ses citoyens. Dans l'affaire *Carter* comme dans l'affaire *Goodwin*, c'est le citoyen qui, dans une certaine mesure, a gagné. Ainsi, on pourrait penser que cet engouement pour la vie privée informationnelle, couplé à un intérêt certain pour la vie privée dans le domaine de la santé, entraînera nécessairement une hausse des cas où la vie privée personnelle intervient.

54. Canada, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Sondage auprès des Canadiens sur la protection de la vie privée de 2014*, Ottawa, décembre 2014 à la p 26.