

## Décisions marquantes de l'année 2021 en matière de vie privée et de protection des renseignements personnels

William Deneault-Rouillard, Iara Griffith et  
Denis Douville\*

RÉSUMÉ / ABSTRACT .....	615
INTRODUCTION .....	617
1. VIE PRIVÉE ET INTÉRÊT PUBLIC :	
L'AFFAIRE <i>DONOVAN</i> .....	618
1.1 Contexte. ....	618
1.2 Observations .....	620
1.2.1 Défis de la dichotomie public/privé .....	620
1.2.2 Dignité comme fondement d'un intérêt public .....	622
1.2.3 Renseignements personnels sensibles, au regard des faits .....	623
2. APPLICATION DE LA LPRPDE AUX MOTEURS DE RECHERCHE : LE <i>RENVOI GOOGLE</i> .....	625

© William Deneault-Rouillard, Iara Griffith et Denis Douville, 2022.

\* Les auteurs sont avocats au bureau de Montréal de Fasken. Les opinions exprimées dans cet article sont celles des auteurs et peuvent ou non être partagées par Fasken ou ses clients. Les auteurs tiennent à remercier les étudiantes en droit Isabelle Kalar et Émilie Barreca pour leur aide à la recherche et la rédaction de cet article. [Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.1	Contexte. . . . .	625
2.1.1	Questions soulevées par le commissaire . . . . .	626
2.1.2	Prétentions de Google. . . . .	626
2.1.3	Analyse de la Cour . . . . .	627
2.1.3.1	Constitutionnalité du renvoi . . . . .	627
2.1.3.2	Caractère commercial des activités de Google . . . . .	628
2.1.3.3	Activités journalistiques . . . . .	628
2.2	Observations . . . . .	629
3.	INCIDENTS DE CONFIDENTIALITÉ ET ACTIONS COLLECTIVES : LES AFFAIRES <i>LAMOUREUX</i> ET <i>SETOGUCHI</i> . . . . .	630
3.1	<i>Lamoureux</i> . . . . .	630
3.1.1	Fautes, dommages et lien causal . . . . .	632
3.1.2	Dommages punitifs. . . . .	634
3.2	<i>Setoguchi</i> . . . . .	634
3.3	Observations . . . . .	637
4.	RECONNAISSANCE FACIALE, RENSEIGNEMENTS BIOMÉTRIQUES ET VIE PRIVÉE : L'AFFAIRE <i>CLEARVIEW AI</i> . . . . .	639
4.1	Contexte. . . . .	639
4.1.1	Enquête conjointe des Autorités . . . . .	640
4.1.2	Décision de la CAI . . . . .	643
4.2	Observations . . . . .	643
4.2.1	Enquêtes analogues et lignes directrices . . . . .	643
4.2.2	Importance du consentement. . . . .	644
	CONCLUSION. . . . .	646

## **RÉSUMÉ**

Cet article examine et commente les décisions marquantes de l'an 2021 rendues par la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale, des cours supérieures provinciales et d'autres instances administratives quant à la protection de la vie privée, à l'intérêt public et à certaines pratiques invasives en biométrie. Il analyse aussi la question de l'application des lois canadiennes à l'indexation d'informations qu'effectuent un moteur de recherche et les principes de responsabilité dans le cadre d'actions collectives intentées après un incident de confidentialité.

## **ABSTRACT**

This article analyzes and comments on important decisions rendered in 2021 by the Supreme Court of Canada, the Federal Court, provincial superior courts and other administrative bodies concerning privacy, public interest and certain invasive biometric practices. It also looks at the application of Canadian law to search engine indexing of information and the principles of liability in class actions brought after confidentiality incidents.



## INTRODUCTION

Dans tous les milieux, la protection de la vie privée suscite un intérêt croissant. De nombreux enjeux économiques et juridiques font de ce sujet complexe un domaine effervescent. Certains y voient un terrain miné, d'autres la terre promise de l'ère numérique. 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* (ci-après « Loi 25 »)<sup>1</sup>. Celle-ci effectue d'importantes retouches à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (ci-après « Loi sur le privé »)<sup>2</sup> et à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (ci-après « Loi sur l'accès »)<sup>3</sup>. Entrant en vigueur entre 2022 et 2024, la Loi 25 impose notamment la désignation d'un responsable de la protection des renseignements personnels, le signalement de certains incidents de confidentialité, la mise en place de politiques de confidentialité en langage clair, des droits accrus pour les individus et d'importantes sanctions en cas de non-respect de ses dispositions.

Pour sa part, le gouvernement fédéral a tenté de moderniser la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (ci-après « LPRPDE »)<sup>4</sup> en introduisant le projet de loi C-11 à la fin 2020<sup>5</sup>, que le commissaire à la protection de la vie privée du Canada a durement critiqué<sup>6</sup>. De retour à la table à dessin, le ministre fédéral de l'Innovation a annoncé le dépôt d'une

---

1. L.Q. 2021, c. 25.

2. RLRQ, c. P-39.1.

3. RLRQ, c. A-2.1.

4. L.C. (2000), ch. 5.

5. *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, projet de loi n° C-11 (dépôt et 1<sup>re</sup> lecture — 17 novembre 2020), 2<sup>e</sup> sess., 43<sup>e</sup> légis. (Can.) 2020 (ci-après « C-11 »).

6. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Mémoire du CPVP sur le projet de loi C-11, la Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*, 2021, en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/submissions-to-consultations/sub\\_ethi\\_c11\\_2105/](https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/submissions-to-consultations/sub_ethi_c11_2105/)> (consulté le 1<sup>er</sup> mars 2022), qualifiant le PL C-11 de « recul par rapport à notre loi actuelle ».

loi amendée en 2022<sup>7</sup>. En novembre 2021, la Colombie-Britannique a quant à elle modifié sa loi du secteur public<sup>8</sup> ; elle permet désormais la communication ou l'hébergement de renseignements personnels hors Canada et impose le signalement d'incidents de confidentialité dans certaines circonstances. Le rapport<sup>9</sup> du comité spécial mandaté pour réviser la *Personal Information Protection Act*<sup>10</sup>, qui s'applique au secteur privé, laisse présager sa réforme imminente. Le gouvernement de l'Ontario, dans un *white paper* de juin 2021, a mentionné qu'il souhaite faire de la province « *the world's most advanced digital jurisdiction* »<sup>11</sup>.

Devant cette vague de changements législatifs et selon les contraintes que la pandémie imposait, d'importantes décisions ont été rendues sur le plan jurisprudentiel. La Cour suprême a traité de l'épineuse conciliation de l'intérêt public et de la vie privée dans une affaire médiatisée. Par ailleurs, dans le cadre d'une action collective, le Canada a obtenu un premier jugement de fond en matière d'incidents de confidentialité. Des commissariats provinciaux et fédéral ont enquêté sur les pratiques de reconnaissance faciale de l'entreprise Clairview AI. La Cour fédérale s'est penchée sur le moteur de recherche Google et son assujettissement aux lois en matière de vie privée. Cet article relate ces décisions et offre des pistes de réflexion quant à leur pertinence pour le domaine du droit à la vie privée au Canada.

## 1. VIE PRIVÉE ET INTÉRÊT PUBLIC : L'AFFAIRE DONOVAN

### 1.1 Contexte

Dans l'arrêt *Donovan*<sup>12</sup>, la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder une ordonnance de mise sous scellés de dossiers d'une

7. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Communiqué : pour bâtir une économie plus résiliente, le commissaire demande au gouvernement de faire de la réforme des lois sur la vie privée une priorité*, en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2021/nr-c\\_211209/](https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2021/nr-c_211209/)> (consulté le 1<sup>er</sup> mars 2022).

8. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, c. 165.

9. SPECIAL COMMITTEE TO REVIEW THE PERSONAL INFORMATION PROTECTION ACT, *Modernizing British Columbia's private sector privacy law*, 2021.

10. SBC 2003, c. 63 (ci-après « PIPA de la C-B »).

11. ONTARIO GOVERNMENT, *White Paper, Modernizing Privacy in Ontario*, 2021, p. 1, en ligne : <<https://www.ontariocanada.com/registry/showAttachment.do?postingId=37468&attachmentId=49462>> (consulté le 1<sup>er</sup> mars 2021).

12. *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25 (ci-après « *Donovan* »).

affaire médiatisée. Au-delà du rappel des principes juridiques applicables à une telle ordonnance, cette décision éclaire trois défis théoriques dans le domaine de la vie privée : la dichotomie public/privé, la notion de dignité et la sensibilité des renseignements personnels.

Les tribunaux ont examiné la pertinence de l'ordonnance de mise sous scellés de dossiers d'homologation successorale, abordant d'une part la définition de la vie privée à titre d'intérêt public et, d'autre part, la manière de concilier le principe de publicité des débats et le droit fondamental à la vie privée. La Cour supérieure de l'Ontario a d'abord accordé la mise sous scellés<sup>13</sup>. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a levé l'ordonnance<sup>14</sup>.

Confirmant le jugement de la Cour d'appel<sup>15</sup>, la Cour suprême indique que les ordonnances de mise sous scellés s'imposent lorsque (1) la publicité des débats judiciaires présente un risque sérieux pour un intérêt public important, (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettraient pas de l'écarter, et (3) eu égard à la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance surpassent ses effets négatifs<sup>16</sup>.

En ce qui concerne les renseignements personnels, la Cour rappelle que la protection de la vie privée peut constituer un intérêt public important en cas de menace à la dignité, par exemple, lorsque des renseignements personnels sensibles sont en cause<sup>17</sup>. Toutefois, les renseignements doivent être « suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne »<sup>18</sup>. Le demandeur d'une ordonnance de mise sous scellés doit démontrer qu'il s'agit d'une condition nécessaire à la conclusion d'un risque sérieux pour cet intérêt<sup>19</sup>. Même en présence de renseignements sensibles, les tribunaux doivent évaluer un tel risque selon le contexte factuel

13. *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Sherman Estate*, 2018 ONSC 4706.

14. *Donovan*, préc., note 12, par. 12 et 20 ; *Donovan v. Sherman Estate*, 2019 ONCA 376.

15. *Donovan*, préc., note 12, par. 108.

16. *Id.*, par. 38. Voir aussi par. 62. Ce n'est que lorsque ces trois conditions préalables sont remplies qu'une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires — par exemple une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage — pourra dûment être rendue.

17. *Id.*, par. 73.

18. *Id.*, par. 79, 75 et 76, en anglais : « *biographical core* ».

19. *Id.*, par. 63 et 76.

complet de l'affaire<sup>20</sup>. En outre, la présence d'un risque sérieux pour la vie privée ne justifierait pas nécessairement une mise sous scellés si une ordonnance moins sévère pouvait l'atténuer<sup>21</sup>.

Formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Sierra Club*<sup>22</sup>, le test des limites discrétionnaires vise à préserver la publicité des débats, principe inhérent au droit constitutionnel à la liberté d'expression<sup>23</sup>. La diffusion de renseignements importants et pertinents sur le plan juridique dans le cadre de débats judiciaires publics permet d'écartier toute préoccupation quant aux intérêts en matière de vie privée relativement à ces mêmes renseignements<sup>24</sup>. Le principe de publicité des débats importe aussi pour protéger l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la confiance du public et sa compréhension du processus judiciaire<sup>25</sup>. Bref, une forte présomption appuie la publicité des débats<sup>26</sup>.

En appliquant le test aux faits, la Cour suprême a refusé l'ordonnance de mise sous scellés et rejeté l'appel<sup>27</sup>.

## 1.2 Observations

L'affaire *Donovan* suscite certaines observations en ce qui concerne le domaine de la vie privée en général. En 2014, la Cour suprême avait relevé « la confusion [...] sur le plan théorique » quant à la nature et aux limites de la vie privée<sup>28</sup>. Dans *Donovan*, la Cour fait écho à trois concepts complexes en droit de la vie privée : la dichotomie public/privé, la dignité et le caractère sensible des renseignements personnels.

### 1.2.1 Défis de la dichotomie public/privé

Sans se pencher directement sur cette question, la Cour laisse entendre que les sphères publique et privée de la vie ne peuvent faire l'objet d'une dichotomie nette et complète.

---

20. *Id.*, par. 79.

21. *Id.*, par. 105.

22. *Sierra Club of Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41.

23. *Donovan*, préc., note 12, par. 30 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

24. *Donovan*, préc., note 12, par. 106.

25. *Id.*, par. 39.

26. *Id.*, par. 2.

27. *Id.*, par. 89, 95 et 110.

28. *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, par. 35 ; *Donovan*, préc., note 12, par. 60.



La distinction entre la vie publique et la vie privée a fait couler beaucoup d'encre chez les universitaires<sup>29</sup> et dans les tribunaux<sup>30</sup>. Notamment, en droit constitutionnel, la qualification d'une entité étatique ou privée permet de tracer le champ d'application de la Constitution dans une situation donnée<sup>31</sup>. De même, la dichotomie personnalité publique/personne privée a été discutée dans des affaires de diffamation<sup>32</sup>. En outre, certains auteurs ont décrit la simplicité de la dichotomie public/privé comme indice de l'existence ou non d'une attente raisonnable en matière de vie privée<sup>33</sup>.

Selon la Cour, la vie privée ne constitue pas un intérêt public important aux fins du critère d'octroi d'une ordonnance de mise sous scellés<sup>34</sup>. Mais certaines manifestations particulières de la vie privée revêtent une importance sociale qui transcende la personne immédiatement touchée<sup>35</sup>. De prime abord, cette importance sociale ou publique peut paraître contre-intuitive. Le concept de vie privée suppose qu'elle est vraiment privée, c'est-à-dire relevant de la personne concernée. Après tout, il s'agit de « vie privée » et non de « vie publique ». En effet, la Cour d'appel avait conclu que la vie privée, en tant qu'intérêt, n'avait pas la qualité d'un intérêt public<sup>36</sup>.

Toutefois, les préoccupations personnelles liées à des aspects de la vie privée de la personne peuvent sous-tendre un intérêt public

- 
29. Voir comme exemple Ranjan K. AGARWAL et Carlo DI CARLO, « The Re-emergence of a Clash of Rights: A Critical Analysis of the Supreme Court of Canada's Decision in *R. v. S. (N.)* », (2013) 63-1 *Supreme Court Law Rev. Osgoode's Annu. Const. Cases Conf.* 143.
  30. Voir comme exemple *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, où la Cour a conclu que les avantages à préserver l'identité d'une victime de cyberintimidation surpassaient ceux du principe de publicité des débats.
  31. Andrew K. LOKAN, Michael FENRICK et Christopher M. DASSIOS, « The Scope of Constitutional Litigation: Government Action », dans *Constitutional Litigation in Canada*, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2022, sect. 2:11.
  32. La Cour suprême a notamment traité du droit à l'image limité des personnalités publiques dans l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 57 et s. Pour une analyse de cette question dans des affaires de diffamation dans d'autres pays, voir Raymond E. BROWN, « Part V, Chapter 27 – The Charter of Rights and American Constitutional Developments », dans *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Reuters Canada, 2021, sect. 27:35.
  33. Jeffrey A. KAUFMAN, « Privacy's Purposes and Functions », dans *Privacy law in the private sector: an annotation of the legislation in Canada*, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2021, sect. 1:5.
  34. *Donovan*, préc., note 12, par. 52.
  35. *Id.*, par. 46.
  36. *Donovan v. Sherman Estate*, préc., note 14, par. 10 ; *Donovan*, préc., note 12, par. 18.

à la confidentialité<sup>37</sup>. La vie privée, selon la Cour, est essentielle à une société libre<sup>38</sup> et constitue :

[Une] valeur fondamentale des États démocratiques modernes... Étant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne, la notion de vie privée repose sur l'autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d'agir et de décider pour lui-même.<sup>39</sup>

En ne limitant pas le concept de vie privée à une préoccupation personnelle<sup>40</sup>, la Cour suggère de ne pas trancher nettement entre les sphères publique et privée. La protection de l'une a des implications et peut se manifester comme un intérêt pour l'autre.

### 1.2.2 *Dignité comme fondement d'un intérêt public*

Par ailleurs, aux fins d'établir un « intérêt public », la Cour estime que le concept de vie privée est trop large pour être appliqué seul, suivant le critère permettant d'accorder la mise sous scellés :

La reconnaissance d'un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité si la vie privée est définie trop largement sans tenir compte de son caractère public.<sup>41</sup>

La Cour suprême relève donc les concepts sous-jacents de la vie privée, comme l'autonomie morale et la dignité<sup>42</sup>, qui « peuvent constituer des intérêts publics importants en soi »<sup>43</sup>. La ligne précise entre ces aspects et la vie privée au regard d'un intérêt public peut s'avérer difficile à tracer, et « cela ne signifie pas nécessairement qu'un intérêt public en matière de vie privée est entièrement subsumé dans de telles préoccupations »<sup>44</sup>.

La Cour fonde l'intérêt public de la vie privée sur la dignité comme moyen de manier sa complexité théorique :

37. *Donovan*, préc., note 12, par. 47.

38. *Id.*, par. 5.

39. *Dagg c. Canada (ministre des Finances)*, 2 R.C.S. 403, par. 65, j. La Forest ; *Donovan*, préc., note 12, par. 50.

40. *Donovan*, préc., note 12, par. 49.

41. *Id.*, par. 56.

42. *Id.*, par. 53.

43. *Id.*, par. 54.

44. *Id.*

Insister sur la valeur sous-jacente de la vie privée lorsqu'il s'agit de protéger la dignité d'une personne de la diffusion de renseignements privés dans le cadre de débats judiciaires publics permet de surmonter les critiques selon lesquelles la vie privée sera toujours menacée dans un tel cadre et constitue une notion théoriquement complexe.<sup>45</sup>

Plus généralement, la Cour a déjà eu recours à la dignité pour délimiter un concept juridique. Par exemple, dans le contexte des dispositions contre la discrimination, la Cour a abordé la dignité des membres de groupes protégés<sup>46</sup>, tout en soulignant le caractère abstrait d'un tel concept :

[La] dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau additionnel pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer.<sup>47</sup>

Dans *Donovan*, la Cour suprême anticipe sans doute cette difficulté en nuancant son application. La Cour suggère que la dignité sera sérieusement menacée lorsque la sensibilité des renseignements touche à l'intimité du sujet, mais cette question doit être soupesée au regard du contexte factuel de chaque cas d'espèce<sup>48</sup>.

La Cour s'appuie sur le concept de sensibilité des renseignements personnels pour évaluer les atteintes à cette dignité. Pour les ordonnances de mise sous scellés, même en présence de renseignements sensibles, les tribunaux doivent se demander si un risque sérieux pour la dignité est établi selon le contexte factuel complet de l'affaire et les demandeurs doivent franchir les autres étapes du test des limites discrétionnaires<sup>49</sup>.

### **1.2.3 Renseignements personnels sensibles, au regard des faits**

Si la Cour aborde la dignité en évoquant la sensibilité des renseignements personnels, la question de savoir si certains

45. *Id.*, par. 74.

46. *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 19.

47. *Id.*, par. 22.

48. *Donovan*, préc., note 12, par. 74.

49. *Id.*, par. 79 ; pour le test d'octroi des ordonnances de mise sous scellés, voir les par. 2 et 38 et la partie 1.1 ci-dessus.

renseignements — en particulier ceux à propos desquels les tribunaux ne se sont pas prononcés — sont sensibles ou non dépendra des circonstances factuelles.

La sensibilité des renseignements personnels est un concept important en droit de la protection de la vie privée. Dans leur mouture actuelle, les législations fédérale et québécoise ne définissent pas le renseignement sensible, mais elles font appel à la notion de sensibilité à plusieurs occasions<sup>50</sup>. Cette notion se retrouve aussi dans la tentative du gouvernement fédéral de réformer sa législation, notamment au regard de C-11, introduit en 2020<sup>51</sup>. La Loi 25, récemment adoptée au Québec, définit quant à elle les renseignements sensibles comme ceux qui, de par leur nature notamment médicale, biométrique ou autrement intime, ou en raison du contexte de leur utilisation ou de leur communication, suscitent un haut degré d'attente raisonnable en matière de vie privée<sup>52</sup>.

Il convient de noter que le concept de « données sensibles » existe en droit européen en vertu du *Règlement général sur la protection des données*<sup>53</sup>. Les renseignements sensibles sont ceux qui, par nature, concernent les droits et libertés fondamentaux, et méritent une protection particulière en ce que leur utilisation, leur divulgation ou leur communication pourrait créer des risques importants pour les droits et libertés fondamentaux<sup>54</sup>. Les États membres européens bénéficient en outre d'une certaine marge de manœuvre pour préciser les règles applicables aux données sensibles, notamment pour le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel<sup>55</sup>.

Dans l'arrêt *Donovan*, la Cour ne propose pas de définition, pas plus qu'elle ne formule explicitement la question des données sensibles comme étant liée à des droits ou libertés fondamentaux particuliers. La question est plutôt de savoir si l'information révèle

50. Plus généralement, voir annexe 1, principes 4.3.4, 4.3.6, 4.7 et 4.9.1. dans la LPRPDE, préc., note 4. La sensibilité des renseignements personnels doit notamment être évaluée dans le contexte de transactions commerciales, voir les art. 7.2(1)a)(ii) et 7.2.(2)a)(ii) et en matière d'incidents de confidentialité, voir l'art. 10.1(8)a) ; Loi sur le privé, préc., note 2, art. 10, qui traite des mesures de sécurité qu'une entreprise doit mettre en œuvre.

51. C-11, préc., note 5, p. 11.

52. Loi 25, préc., note 1, art. 110 (modifiant l'art. 12 de la Loi sur le privé).

53. *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE*, [2016] J.O. L 119/1 (ci-après « RGPD »).

54. *Id.*, par. 51 du préambule.

55. *Id.*, par. 10 du préambule.

quelque chose d'intime et de personnel à propos d'une personne, son style de vie ou ses expériences<sup>56</sup>. Certains renseignements sensibles peuvent porter atteinte à l'identité fondamentale d'une personne ou à son aspect le plus intime<sup>57</sup>. Les renseignements sensibles s'opposent aux renseignements génériques qui ne révèlent rien ou presque de ce qu'est un individu en tant que personne<sup>58</sup>. Le caractère sensible des renseignements implique une atteinte à la dignité de l'individu s'ils étaient divulgués<sup>59</sup>. De plus, comme mentionnés, ces renseignements sensibles doivent toucher l'identité fondamentale de la personne aux fins d'une ordonnance de mise sous scellés<sup>60</sup>.

Seuls les faits et circonstances déterminés d'une affaire donnée permettent de répondre à ces questions : le seuil de sensibilité requis pour surmonter une ordonnance de mise sous scellés est tributaire des faits<sup>61</sup>. De plus, bien que la Cour donne des exemples de renseignements sensibles, elle s'abstient d'offrir une liste ou un catalogue complet<sup>62</sup>. D'ordinaire, les tribunaux ont généralement reconnu le caractère délicat ou sensible des renseignements personnels concernant, par exemple, un problème de santé stigmatisé, un travail stigmatisé ou l'orientation sexuelle<sup>63</sup>. La Cour indique que des renseignements détaillés sur la structure familiale et les antécédents professionnels pourraient également constituer des renseignements sensibles « dans certaines circonstances »<sup>64</sup>. De nouvelles catégories pourraient ne pas revêtir un tel caractère, selon les circonstances.

## **2. APPLICATION DE LA LPRPDE AUX MOTEURS DE RECHERCHE : LE *RENVOI GOOGLE***

### **2.1 Contexte**

Dans le *Renvoi Google*<sup>65</sup>, la Cour fédérale s'est penchée sur l'application de la LPRPDE à l'indexation que fait Google des pages Web via son moteur de recherche.

56. *Donovan*, préc., note 12, par. 77.

57. *Id.*, par. 36 (identité fondamentale) et 37 (l'aspect le plus intime de la personne).

58. *Id.*, par. 75.

59. *Id.*, par. 33 et 34.

60. *Id.*, par. 75 et 76. Voir la partie 1.1 ci-dessus pour le test concernant les ordonnances de mise sous scellés.

61. *Id.*, par. 76.

62. *Id.*, par. 77.

63. *Id.*

64. *Id.*

65. *Renvoi relatif au titre du paragraphe 18.3(1) de la Loi sur les Cours fédérales*, 2021 CF 723, par. 2 (ci-après « *Renvoi Google* »).

En juin 2017, un homme dépose une plainte contre Google, alléguant la violation par cette dernière de la LPRPDE<sup>66</sup> : lorsqu'on tape son nom sur Google, le moteur de recherche affiche des liens vers des articles de presse contenant des renseignements personnels et sensibles à son sujet<sup>67</sup>. Par ailleurs, le plaignant estime que ceux-ci sont désuets et préjudiciables. Il demande à Google de supprimer les articles des résultats de recherche qui apparaissent liés à son nom.

En marge de cette plainte, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada soumet un renvoi à la Cour fédérale afin qu'elle statue sur les questions suivantes :

### **2.1.1 Questions soulevées par le commissaire**

1. Lorsqu'elle procède à l'indexation des pages Web et affiche des résultats de recherche portant sur le nom d'une personne, Google recueille-t-elle, utilise-t-elle ou communique-t-elle des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales d'exploitation de service de moteur de recherche au sens de l'alinéa 4(1)a) de la LPRPDE ?
2. L'exploitation du service de moteur de recherche de Google est-elle exclue du champ d'application de la partie 1 de la LPRPDE par le jeu de l'alinéa 4(2)c) de cette loi, parce qu'elle implique la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires et à aucune autre fin<sup>68</sup> ?

### **2.1.2 Prétentions de Google**

En ce qui concerne la première question, Google ne nie pas recueillir, utiliser et communiquer des renseignements personnels au sens de l'alinéa 4(1)a) de la LPRPDE. Toutefois, selon elle, l'objectif de la LPRPDE serait de protéger certains renseignements personnels tout en permettant à l'industrie de recueillir et d'utiliser l'information<sup>69</sup>. Google prétend que les termes « recueille », « utilise » ou « communique » de l'alinéa 4(1)a) ne s'appliquent pas aux intermédiaires en ligne qui transmettent ou diffusent la liberté d'expression de tiers<sup>70</sup>.

66. LPRPDE, préc., note 4.

67. *Renvoi Google*, préc., note 65, par. 2.

68. *Id.*, par. 3.

69. *Id.*, par. 33.

70. *Id.*, par. 34.

Google avance que les éditeurs sont ceux qui recueillent, utilisent ou communiquent le contenu, et non l'intermédiaire<sup>71</sup>.

La LPRPDE s'applique aux activités commerciales. En ce sens, Google soutient qu'il faut examiner la transaction précise en cause, et non l'ensemble des activités de l'organisation<sup>72</sup>. Google prétend que comme aucune publicité n'a été générée parallèlement à une recherche du nom du plaignant, le commissaire ne peut faire abstraction de l'intention en examinant son modèle d'affaires et non la transaction en cause<sup>73</sup>.

En ce qui concerne la deuxième question, Google soutient que l'exemption relative au journalisme prévue à l'alinéa 4(2)c) de la LPRPDE vise à protéger les droits garantis par la Charte, comme la liberté d'expression<sup>74</sup> et, donc que cette dernière doit être plus large que « le simple fait de rapporter et de publier des reportages » et devrait inclure l'indexation et l'affichage de contenu à des fins journalistiques<sup>75</sup>.

Google soulève une troisième question : la Cour devrait-elle simplement refuser de répondre aux questions du renvoi ou rejeter le renvoi parce qu'il est impossible de le faire ou parce que la Cour ne devrait pas y répondre sans aborder les aspects constitutionnels ou parce que le dossier de preuve devant la Cour est insuffisant<sup>76</sup> ?

### **2.1.3 Analyse de la Cour**

#### *2.1.3.1 Constitutionnalité du renvoi*

La Cour voit une contradiction dans la question de Google sur la constitutionnalité du renvoi<sup>77</sup>. En effet, doté d'un dossier de preuve complet, le commissaire sera en meilleure posture pour évaluer si la LPRPDE peut s'appliquer de la manière dont le souhaite le plaignant, sans violer les valeurs de la Charte. Ainsi, les tribunaux devraient s'abstenir de trancher des questions constitutionnelles sans un dossier

---

71. *Id.*, par. 34 et 41.

72. *Id.*, par. 35.

73. *Id.*

74. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 23, art. 2b).

75. *Renvoi Google*, préc., note 65, par. 73 et 74.

76. *Id.*, par. 22.

77. *Id.*, par. 23.

de preuve adéquat<sup>78</sup>. La Cour conclut donc qu'elle n'abordera pas les questions de constitutionnalité soulevées par Google<sup>79</sup>.

### 2.1.3.2 *Caractère commercial des activités de Google*

La Cour conclut que, dans l'exploitation de son service de moteur de recherche, Google recueille, utilise et communique des renseignements personnels lorsqu'elle procède à l'indexation des pages Web et affiche des résultats de recherche portant sur le nom d'une personne<sup>80</sup>.

De plus, elle le fait dans le cadre d'activités commerciales<sup>81</sup>. Google est bel et bien une société à but lucratif des plus rentables dont l'essentiel des revenus relève de la publicité, elle-même affichée grâce à la recherche et à l'indexation des résultats, juge la Cour. Par conséquent, à moins qu'elle n'y soit obligée, Google n'a aucun intérêt commercial à procéder à la désindexation de son moteur de recherche, car le succès de son service dépend de la quantité d'informations accessibles. Ainsi, même si Google fournit des services gratuits, elle a « un intérêt commercial »<sup>82</sup> flagrant à mettre en relation les créateurs de contenu et les utilisateurs du moteur de recherche. Selon la Cour, chaque élément de ce modèle d'affaires est une activité commerciale au sens de la LPRPDE, car les activités de Google dépendent les unes des autres et constituent des composantes nécessaires de son modèle d'affaires, d'ailleurs anticipé par la LPRPDE<sup>83</sup>.

### 2.1.3.3 *Activités journalistiques*

La Cour concède que Google facilite l'accès à l'information, comme les médias traditionnels, et que la facilitation de cet accès est souvent associée à la publication desdites informations<sup>84</sup>. Le mot « journalisme », dans son sens ordinaire, englobe notamment le contrôle de contenu. En revanche, la Cour, citant la décision *Globe24h*<sup>85</sup>, rappelle qu'une activité ne devrait être qualifiée de « journalisme » que si (1) son objectif est d'informer la communauté quant à des questions qui intéressent les valeurs de la communauté, (2) elle

78. *Id.*

79. *Id.*

80. *Id.*, par. 42-44.

81. *Id.*, par. 50-57.

82. *Id.*, par. 57.

83. *Id.*, par. 56.

84. *Id.*, par. 81.

85. A.T. c. *Globe24h.com*, 2017 CF 114 (ci-après « *Globe24h* »).



implique un élément de production originale et (3) elle implique une « auto-discipline (*sic*) visant à présenter une description exacte et juste des faits, des opinions et des débats d'une situation »<sup>86</sup>. À cet égard, la Cour note que les résultats de recherche s'étendent clairement au-delà du journalisme. Ainsi, la Cour conclut que l'exploitation par Google de son moteur de recherche ne répond pas à la définition de « journalisme » retenue par les tribunaux, car bien que Google facilite l'accès à l'information, elle ne diffuse pas l'information et le service de moteur de recherche de Google n'est pas exploité à des fins journalistiques, ou du moins il n'est pas exclusivement exploité à des fins journalistiques<sup>87</sup>.

En conséquence, la Cour répond par l'affirmative à la première question et par la négative à la seconde question<sup>88</sup>. Si Google exerce une activité commerciale au sens de la LPRPDE, son traitement des renseignements personnels n'est pas à des fins journalistiques. Ainsi, la LPRPDE s'applique lorsque Google indexe les pages Web et présente les résultats en réponse aux recherches portant sur le nom d'une personne.

Toutefois, la Cour précise que ces réponses ne sont pas déterminantes pour trancher la question principale découlant de la plainte. Elles ne concernent pas le pouvoir du commissaire de recommander la désindexation, la constitutionnalité de la LPRPDE, ni toute autre question non soumise par renvoi, qu'il vaut mieux laisser au commissaire<sup>89</sup>.

## 2.2 Observations

À l'instar de l'affaire *Donovan*, le *Renvoi Google* propose des pistes de réflexion intéressantes sur le poids à accorder à l'intérêt public, à la liberté d'expression et à la protection de la vie privée, cette fois quant à un possible droit à la désindexation. Comme le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (ci-après le « CPVP ») estime qu'un tel droit existe, cette question devra être tranchée dans un avenir proche. La discussion quant à son existence et sa portée mérite un débat approfondi, avec tous les groupes intéressés. D'autant plus qu'au Québec, la Loi 25 fixe l'entrée en vigueur d'un droit à la désindexation en septembre 2023, d'une part, lorsque

---

86. *Id.*, par. 68 ; *Renvoi Google*, préc., note 65, par. 83.

87. *Renvoi Google*, préc., note 65, par. 85 et 86.

88. *Id.*, par. 97.

89. *Id.*

la diffusion d'un renseignement personnel contrevient à la loi ou à une ordonnance judiciaire, et d'autre part, lorsque la diffusion du renseignement cause un préjudice grave relatif au droit au respect de la réputation ou de la vie privée d'une personne, sous réserve d'autres conditions<sup>90</sup>. Si la Cour fédérale a décidé que le renvoi ne permettait pas de tenir un tel débat, quel est donc le bon forum ?

Pour l'instant, on devra déterminer si l'exploitation d'un service de moteur de recherche pour indexer des pages Web et présenter des résultats en réponse à la quête du nom d'un individu constitue une collecte, une utilisation ou une communication de renseignements personnels en vertu de la LPRPDE. Cette question pourrait avoir de vastes répercussions, car elle a trait à la caractérisation des services de moteurs de recherche et d'autres services en ligne, et à la définition de ces services en tant qu'activités commerciales assujetties à la LPRPDE. Le souhait de Google d'aborder la question constitutionnelle pourrait devenir inutile si cette question était tranchée en sa faveur.

### **3. INCIDENTS DE CONFIDENTIALITÉ ET ACTIONS COLLECTIVES : LES AFFAIRES *LAMOUREUX* ET *SETOGUCHI***

#### **3.1 *Lamoureux***

Premier jugement au fond en matière d'actions collectives à la suite d'un incident de confidentialité, l'affaire *Lamoureux* a trait au droit à la vie privée et à l'obligation des entreprises et des organismes publics de prendre les mesures de sécurité propres à assurer la protection des renseignements personnels qu'ils recueillent, utilisent ou communiquent<sup>91</sup>.

Le vendredi 22 février 2013, un inspecteur de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (ci-après « OCRCVM ») égare son ordinateur portable sur le porte-

90. Loi 25, préc., note 1, art. 121 (remplaçant l'article 28 de la Loi sur le privé). Dans le deuxième cas de figure, le préjudice doit être manifestement supérieur à l'intérêt du public de connaître ce renseignement ou à l'intérêt de toute personne de s'exprimer librement et la cessation de la diffusion, la réindexation ou la désindexation demandée ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour éviter la perpétuation du préjudice. L'évaluation de ces conditions exige de pondérer certains facteurs, notamment, le statut de personnalité publique de la personne concernée, le fait qu'elle soit mineure et la sensibilité du renseignement dont il est question.

91. *Lamoureux c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2021 QCCS 1093, par. 40 (ci-après « *Lamoureux* »).

bagages du train qui le ramène à la maison. On ne le retrouvera jamais<sup>92</sup>. Bien que l'ordinateur soit protégé par un mot de passe, il ne respecte pas le second seuil de protection qu'exigent normalement les politiques internes de l'organisme, le chiffrement<sup>93</sup>. La perte du portable donne lieu à des enquêtes internes et externes, lesquelles révèlent que l'ordinateur contient les renseignements de plus de 50 000 individus, clients de firmes de courtage ou d'institutions financières membres de l'OCRCVM<sup>94</sup>.

Paul Sofio, un des investisseurs dont les renseignements figuraient dans l'ordinateur, tente en vain d'intenter une action collective ; jugeant que le requérant n'a pas démontré *prima facie* l'apparence sérieuse d'un droit à un dommage indemnisable, la Cour supérieure rejette sa demande<sup>95</sup> et la Cour d'appel confirme cette décision<sup>96</sup>.

Le 16 novembre 2015, Danny Lamoureux, autre investisseur visé, dépose une requête pour l'autorisation d'un recours collectif et l'obtention du statut de représentant. En plus des allégations que présentait Sofio, Lamoureux détaille l'anxiété, le stress, les démarches et les inconvénients liés à la perte de ses renseignements personnels en 2013. Il décrit aussi les dommages liés à l'usurpation de son identité en 2015, qu'il attribue au vol des renseignements personnels que contenait l'ordinateur<sup>97</sup>. L'autorisation est accordée<sup>98</sup>.

Dans l'affaire *Lamoureux*, le demandeur cherche d'abord à obtenir le paiement de dommages-intérêts à chaque membre du groupe pour compenser la perte de leurs renseignements personnels. Il réclame quant à lui des dommages particuliers de 20 000 \$ pour la perte de ses renseignements en 2013 et les utilisations illicites de son identité en 2015. D'autres membres réclament eux aussi des dommages particuliers pour l'utilisation illicite des renseignements personnels les concernant. Enfin, on demande le paiement de dommages punitifs et exemplaires en raison de la négligence alléguée de l'OCRCVM<sup>99</sup>.

---

92. *Id.*, par. 1 et 9.

93. *Id.*, par. 10.

94. *Id.*, par. 11 et 14.

95. *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2014 QCCS 4061 (ci-après « *Sofio (CS)* »).

96. *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820 (ci-après « *Sofio (CA)* »).

97. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 30.

98. *Id.*, par. 31.

99. *Id.*, par. 34.

Dans le contexte d'une action en responsabilité civile extra-contractuelle, les membres du groupe doivent démontrer la faute, le préjudice et un lien de causalité par les procédés de preuve habituels<sup>100</sup>. La Cour étaye son analyse selon les grands thèmes de la responsabilité civile :

- les fautes de l'OCRCVM ;
- les dommages et le lien de causalité ;
- les dommages-intérêts punitifs.

### **3.1.1 Fautes, dommages et lien causal**

L'OCRCVM admet avoir commis une faute quant à la perte de l'ordinateur portable et au manque de mesures de protection des renseignements personnels qu'il contenait<sup>101</sup>. Le cœur du litige tient donc à la preuve d'un préjudice indemnisable pour les membres du groupe<sup>102</sup>. La Cour rappelle que la présence d'utilisations illicites des renseignements n'est pas requise pour soutenir une réclamation ; la preuve prépondérante de dommages liés à la simple perte fautive peut suffire<sup>103</sup>.

Dans cette affaire, les dommages réclamés reposent sur le stress dû à l'incident, sur l'obligation des membres du groupe de surveiller leurs comptes, notamment leurs cartes de crédit et comptes bancaires, sur les inconvénients et la perte de temps liés aux démarches auprès des agences de renseignements de crédit et à la protection de leurs renseignements personnels, sur la honte ressentie et les délais occasionnés par la vérification d'identité dans le cadre de leurs demandes de crédit en raison des alertes à leurs dossiers de crédit<sup>104</sup>.

Si la Cour constate — par les témoignages entendus — que les membres ont ressenti colère, stress et inquiétude, la preuve ne permet aucune découverte concrète quant à leur état psychologique<sup>105</sup>. C'est-à-dire qu'aucun membre ne parvient à démontrer une conséquence

100. *Id.*, par. 41.

101. *Id.*, par. 43.

102. *Id.*, par. 44.

103. *Id.*, par. 46 ; *Softio (CA)*, préc., note 96, par. 25 ; *Zuckerman c. Target Corporation*, 2017 QCCS 110, par. 69 ; *Levy c. Nissan Canada inc.*, 2019 QCCS 3957, par. 103 et s.

104. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 62.

105. *Id.*, par. 67 et 68.

psychologique grave et persistante, un préjudice moral assez important pour valoir compensation<sup>106</sup>. En outre, selon la jurisprudence, une personne raisonnable est tenue d'effectuer une surveillance accrue de ses comptes pour protéger ses actifs<sup>107</sup>. La Cour estime que les minutes (ou l'heure) consacrées à sécuriser son dossier de crédit constituent un moindre mal pour éviter la fraude ou le vol de son identité, une réalité incontournable<sup>108</sup> :

[Le] préjudice doit être grave et de longue durée, et [...] il ne doit pas s'agir simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter.<sup>109</sup>

Dans un souci réparateur, l'OCRCVM a offert un service d'alerte automatique à tous les membres auprès d'agences de vérification de crédit, auquel chaque investisseur peut renoncer à son gré<sup>110</sup>. La perte de temps et les inconvénients liés au déploiement des mesures de protection offertes par l'OCRCVM ne sauraient valoir compensation, tranche la Cour<sup>111</sup>. Ces inconvénients n'excèdent pas ceux inhérents à la vie en société<sup>112</sup>. Ainsi, la Cour conclut que la crainte ressentie et les inconvénients subis par les membres correspondent à des circonstances ordinaires et ne sauraient constituer un préjudice indemnisable<sup>113</sup>.

Les demandeurs n'ont pas non plus réussi à prouver de manière grave, précise et concordante que la personne qui aurait retrouvé

106. *Id.*, par. 70 et 71.

107. *Id.*, par. 73 ; *Sofio (CS)*, préc., note 95, par. 41 ; *Sofio (CA)*, préc., note 96, par. 19 ; *Zuckerman c. Target Corporation*, préc., note 103, par. 73.

108. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 89 ; *Belley c. TD Auto Finance Services Inc. / Services de financement auto TD inc.*, 2015 QCCS 168, par. 14, 15, 30 et 31 ; *Larose c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 5385 ; *Zuckerman c. Target Corporation*, préc., note 103, par. 59 ; *Levy c. Nissan Canada inc.*, préc., note 103, par. 93 et s. ; *Bourbonnière c. Yahoo! Inc.*, 2019 QCCS 2624 ; *Li c. Equifax inc.*, 2019 QCCS 4340, par. 23 et s. ; Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : qui et comment poursuivre*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 24 et s.

109. *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, par. 9 ; *Li c. Equifax inc.*, préc., note 108 ; *Bourbonnière c. Yahoo! Inc.*, préc., note 108, par. 38 ; *Setoguchi v. Uber B.V.*, 2021 ABQB 18, par. 53 (ci-après « *Setoguchi* »).

110. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 82.

111. *Id.*, par. 77.

112. *Id.*, par. 79 ; *Fortin c. Mazda Canada inc.*, 2016 QCCA 31, par. 170 ; Christine A. CARRON, « La quiétude et la règle de *minimis* : le recours collectif pour inconvénients mineurs », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en recours collectifs (2012)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 45.

113. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 96.

l'ordinateur a été en mesure d'en déjouer le mot de passe, de saisir la sensibilité de son contenu et de l'utiliser à mauvais escient<sup>114</sup>. La Cour conclut à l'absence de lien de causalité entre la perte de l'ordinateur et les utilisations illicites alléguées par les membres<sup>115</sup>.

De plus, selon le rapport d'expertise, rien n'indique clairement que les données sont tombées entre les mains d'un individu ou d'un groupe d'individus à des fins malveillantes. Dans son analyse, l'expert a notamment recensé le faible volume d'enregistrements de demandes de crédit par les bureaux de crédit, le faible nombre de fraudes rapportées par les investisseurs visés, l'absence de discussions en ligne concernant l'incident ou de lien entre les fraudes alléguées et les vols d'identité survenus.

### 3.1.2 *Domages punitifs*

Enfin, la Cour rejette la réclamation en dommages punitifs liée à l'allégation de négligence avancée par les demandeurs. À ce sujet, la Cour rappelle la nécessité de prouver une atteinte intentionnelle, soit que l'auteur de la faute a agi en toute connaissance des conséquences immédiates et naturelles de sa conduite<sup>116</sup> dans sa réponse à l'incident<sup>117</sup>. Au contraire, le rapport d'expertise soumis relate que l'OCRCVM a fait preuve des meilleures pratiques<sup>118</sup>. En effet, l'OCRCVM a rapidement mis en place des mesures pour répondre à l'incident et aviser les investisseurs et les firmes de courtage visés<sup>119</sup>.

## 3.2 *Setoguchi*

En octobre 2016, Uber fait l'objet d'une cyberattaque au cours de laquelle un acteur malveillant accède aux renseignements personnels d'utilisateurs de ses services et des conducteurs qu'elle emploie, normalement hébergés sur une plateforme infonuagique<sup>120</sup>. Sans aviser les personnes concernées ou les autorités compétentes, Uber paie une rançon de 100 000 \$ aux pirates informatiques en échange d'une promesse de détruire les renseignements volés. Quatre ans plus tard, rien n'indique le bris de cet engagement : on ne rapporte

114. *Id.*, par. 101.

115. *Id.*, par. 118.

116. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 121.

117. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 123.

118. *Id.*, par. 130.

119. *Id.*, par. 134.

120. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 1 et 17.

aucun cas de fraude, de vol d'identité ou de perte économique en lien avec cet incident<sup>121</sup>.

Néanmoins, en Alberta, la requérante Dione Setoguchi demande l'autorisation<sup>122</sup> d'intenter une action collective à l'encontre d'Uber, lui réclamant des dommages pour non-respect de ses obligations contractuelles et légales dans le traitement des renseignements personnels des membres du groupe<sup>123</sup>. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta s'est penchée sur la nécessité de fournir « quelque preuve » ou une « base factuelle » de l'existence d'un préjudice, d'une perte ou d'un dommage commun réel résultant des violations alléguées<sup>124</sup>, avant de refuser l'autorisation du recours<sup>125</sup>.

S'appuyant d'emblée sur l'affaire *Kaplan*<sup>126</sup>, la Cour estime qu'en l'absence de preuve d'un quelconque préjudice indemnifiable, l'autorisation ne saurait être accordée<sup>127</sup>. Même si la démonstration complète d'une perte ou d'un préjudice relève du procès, l'autorisation du recours a néanmoins pour but d'écarter les demandes manifestement frivoles ou non fondées<sup>128</sup>, rappelle le juge<sup>129</sup>.

La demande d'autorisation doit fournir une preuve ou une base de faits à l'appui d'un préjudice indemnifiable réel, précise le juge<sup>130</sup>. L'action collective ne saurait constituer une « partie de pêche » lancée sans aucune preuve de la présence de poissons<sup>131</sup>. En plus de noter l'absence de preuve de préjudice, le juge conclut à la preuve d'absence de préjudice<sup>132</sup>.

En l'espèce, la demande tient de la spéculation quant à un éventuel préjudice<sup>133</sup>. Les tribunaux ne compensent pas la peur

121. *Id.*, par. 7 et 18.

122. Pour les besoins de cet article, nous employons le terme *autorisation*, mais dans les provinces de common law, cette étape s'appelle *certification*.

123. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 1.

124. *Id.*, par. 2.

125. *Id.*, par. 30.

126. *Kaplan v. Casino Rama*, 2019 ONSC 2025.

127. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 10. Notons qu'au Québec, une demande d'autorisation pour l'exercice d'une action collective a été accordée à la suite du même incident dans l'affaire *Fortier c. Uber Canada inc.*, 2018 QCCS 3450 et 2021 QCCS 4053, où la Cour a préféré laisser le juge de procès trancher sur certaines considérations « hautement factuelles ».

128. *Kristal Inc. v. Nicholl and Akers*, 2006 ABQB 168, par. 85.

129. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 13 et 23.

130. *Id.*, par. 37.

131. *Id.*

132. *Id.*, par. 10 et 28.

133. *Id.*, par. 20.

de l'inconnu<sup>134</sup>. Selon la Cour, le procès est voué à l'échec ou à une compensation minimale — voire négative — ce qui nuirait à l'économie judiciaire et à l'accès à la justice<sup>135</sup>.

Dans son analyse, la Cour tient compte de la nature des renseignements compromis, qui ne contenaient ni numéros de cartes de crédit, de comptes bancaires, d'assurance sociale ni date de naissance ou autre identifiant du même genre<sup>136</sup>. Au plus, les pirates ont obtenu le nom, l'adresse postale ou courriel et peut-être la localisation et le numéro de téléphone de clients<sup>137</sup> — des informations qui ne sont pas plus privées que celles qui figuraient autrefois dans les annuaires téléphoniques<sup>138</sup>. Les renseignements qui ont un caractère privé sont ceux qui tendent « à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu »<sup>139</sup>. La Cour ajoute qu'aucun membre du groupe ne pouvait ou n'aurait pu s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée eu égard aux renseignements en question<sup>140</sup>. Quant aux mots de passe subtilisés, ceux-ci étaient chiffrés de manière robuste et leur décryptage s'avérerait infaisable sur le plan informatique, soutiennent les défendeurs sans preuve contraire des demandeurs<sup>141</sup>.

Comme dans *Lamoureux*, la Cour note qu'à l'ère des technologies, certains des inconvénients de la vie en société, par exemple, le fait de devoir modifier son mot de passe à la suite d'un incident de confidentialité ou l'embarras occasionné par l'envoi de pourriels à ses amis, n'ont pas la gravité nécessaire pour constituer un préjudice indemnisable. Citant la Cour suprême dans *Mustapha*<sup>142</sup>, l'affaire *Bourbonnière*, à laquelle le juge renvoie, distingue les contrariétés mineures et passagères du préjudice personnel indemnisable<sup>143</sup>.

Si la Cour concède que les cas de dommages-intérêts nominaux ne devraient pas tous être balayés d'un revers de la main, la preuve

134. *Id.*, par. 37.

135. *Kumar v. Mutual Life Assurance Company of Canada*, (2003), 226 D.L.R. (4th) 112, par. 54.

136. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 24.

137. *Id.*, par. 34.

138. *Id.*, par. 38.

139. *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, par. 32 ; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 293 ; *Setoguchi*, préc., note 109, par. 52.

140. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 52.

141. *Id.*, par. 24.

142. *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, préc., note 109, par. 9.

143. *Bourbonnière c. Yahoo! Inc.*, préc., note 108, par. 38 et 44 ; *Setoguchi*, préc., note 109, par. 53.



d'un préjudice ou d'une perte réels s'impose, sinon, la demande sera incomplète<sup>144</sup>. Ici, non seulement n'a-t-on pas de preuve de préjudice important, mais on peut prouver que la perte ou le préjudice sont minimes. Le juge ajoute que dans des circonstances similaires, la Cour supérieure du Québec avait refusé d'autoriser une action collective dans l'affaire *Equifax*<sup>145</sup>. Avec les adaptations nécessaires par rapport au droit québécois, la Cour souligne que le risque qu'un préjudice futur se développe — un préjudice hypothétique — ne constitue pas un préjudice indemnisable<sup>146</sup>, à la différence du préjudice réel pouvant découler de la prévention d'une utilisation illicite des renseignements personnels<sup>147</sup>.

### 3.3 Observations

Pour la sécurité de l'information, l'ère numérique présente autant de risques qu'elle offre d'avantages. Avec la montée des cybermenaces, les affaires *Lamoureux* et *Setoguchi* s'inscrivent dans la judiciarisation croissante des incidents de confidentialité. Elles précisent les contours du fardeau de preuve imposé aux demandeurs dans le cadre d'une action collective, au stade de l'autorisation ou lors du procès au fond.

En ce sens, en droit civil comme dans les provinces de common law, les tribunaux exigent la preuve d'un préjudice suffisamment grave pour obtenir compensation à l'échelle collective — soit celui qui dépasse les simples inconvénients de la vie normale que représentent, par exemple, la vérification routinière et habituelle du titulaire d'un compte bancaire ou d'une carte de crédit. Au stade de l'autorisation, le demandeur doit faire la preuve *prima facie* (« *some basis in fact* », selon les provinces de common law) qu'il a personnellement subi un préjudice indemnisable. À ce sujet, les propos du juge dans l'affaire *Setoguchi* rappellent ceux de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Sofio*, qui exigeait un « minimum factuel » pour étayer l'allégation d'un quelconque préjudice<sup>148</sup>.

En droit québécois, les principes de la responsabilité civile exigent de ne pas sanctionner la violation d'un droit subjectif si le

144. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 55.

145. *Li c. Equifax inc.*, préc., note 108, par. 27-34.

146. *Id.*, par. 29.

147. *Zuckerman c. Target Corporation*, préc., note 103, par. 73 ; *Li c. Equifax inc.*, préc., note 108, par. 28 ; *Setoguchi*, préc., note 109, par. 55.

148. *Sofio (CA)*, préc., note 96, par. 25.

préjudice qui en découle s'avère minime<sup>149</sup>. De même, dans *Setoguchi*, le juge refuse notamment d'autoriser le recours parce que « même si l'action collective donnait lieu à des dommages-intérêts [...], la compensation serait *de minimis*, et de fait, négative eu égard à l'accès à la justice et à l'économie judiciaire »<sup>150</sup> (notre traduction). L'octroi de dommages-intérêts ne relève pas de la gravité d'une faute, mais de celle du préjudice<sup>151</sup>. On ne peut présumer qu'un ordinateur égaré est tombé entre de mauvaises mains ni que des pirates informatiques ont fait fi de leur promesse de détruire les données subtilisées. C'est pourquoi l'hypothèse d'un préjudice éventuel, dont l'avènement reste incertain, ne saurait valoir compensation. Si la procédure d'action collective vise à favoriser l'accès à la justice, l'économie des ressources et à corriger un acte préjudiciable<sup>152</sup>, le stade d'autorisation sert de rempart pour distinguer parmi tous les recours ceux qui sont fondés et utiliser à bon escient le temps et les ressources du système judiciaire<sup>153</sup>.

Du point de vue des justiciables, les affaires *Lamoureux* et *Setoguchi* illustrent la difficulté de démontrer un préjudice à l'échelle collective tandis que la preuve du préjudice moral relève de circonstances individuelles chez les membres du groupe<sup>154</sup>.

Ces décisions témoignent de l'importance pour les organisations qui recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements personnels de se préparer adéquatement à tout événement. En cas d'incident, la diligence et la mise en place de mesures de contingence s'imposent afin de minimiser les risques d'utilisation illicite pour les personnes concernées. Concrètement, cela exige de :

- mener des enquêtes internes ;
- retenir rapidement les services d'une société d'analyse judiciaire pour identifier les renseignements compromis ;
- offrir des services de surveillance de dossier de crédit gratuitement aux personnes concernées ;

149. *Id.*, par. 21 et 22 ; Jean-Louis BAUDOIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 17<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, art. 1607, n° 1607/229.

150. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 39.

151. *Sofio (CA)*, préc., note 96, par. 21 et 22 ; J.-L. BAUDOIN et Y. RENAUD, préc., note 149.

152. *Sofio (CA)*, préc., note 96, par. 26 ; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, par. 1 ; *Kumar v. Mutual Life Assurance Company of Canada*, préc., note 135, par. 54 ; *Setoguchi*, préc., note 109, par. 39.

153. *Setoguchi*, préc., note 109, par. 35, 123 ; *Sofio (CA)*, préc., note 96, par. 26.

154. *Lamoureux*, préc., note 91, par. 63 et 87.

- aviser la Commission de l'accès à l'information et les personnes concernées au moment opportun<sup>155</sup>.

Les enquêtes ou les rapports de la société d'analyse judiciaire permettent de déterminer les défaillances qui ont mené à l'incident et de mettre en œuvre des mesures préventives. Du reste, ces mesures contribuent à réduire les risques juridiques, économiques ou réputationnels pouvant découler de tels incidents. D'ailleurs, la preuve d'une réponse diligente contribue à éviter l'imposition de dommages-intérêts punitifs, lesquels, comme mentionné ci-dessus, exigent la preuve d'une atteinte illicite et intentionnelle.

Dans les deux affaires, les demandeurs ont allégué la négligence des défendeurs. Dans *Setoguchi*, le juge précise qu'à la différence du tort de « *intrusion against seclusion* » reconnu depuis *Jones c. Tsige*, qui permet l'octroi de dommages symboliques dans les provinces de common law sans preuve de préjudice, la responsabilité découlant de la négligence exige qu'un préjudice réel en résulte<sup>156</sup>. Dans l'affaire *Stewart v. Demme*, où une infirmière a accédé aux dossiers médicaux de patients d'un hôpital afin de voler des médicaments, la Cour supérieure de l'Ontario a refusé pour cette raison d'autoriser l'action collective sur la base de la négligence<sup>157</sup>. Elle a retenu les enseignements de la Cour suprême de l'arrêt *Mustapha* pour conclure que l'atteinte à la vie privée ne constitue pas à elle seule un préjudice indemnifiable pour invoquer la négligence d'une organisation<sup>158</sup>.

#### 4. RECONNAISSANCE FACIALE, RENSEIGNEMENTS BIOMÉTRIQUES ET VIE PRIVÉE : L'AFFAIRE CLEARVIEW AI

##### 4.1 Contexte

L'entreprise américaine Clearview AI commercialise une technologie de reconnaissance faciale (ci-après la « TRF ») propulsée par une base de données qui relie les images obtenues à partir d'une variété de sources en ligne, notamment des réseaux sociaux, aux données biométriques et métadonnées (comme le titre et le lien vers la source) dérivées de ces images. Le service offert par Clearview AI

155. D'ailleurs, cela deviendra obligatoire au Québec à compter de septembre 2022, lorsqu'un incident de confidentialité présente un risque de préjudice sérieux.

156. *Stewart v. Demme*, 2020 ONSC 83, par. 86, cité dans *Setoguchi*, préc., note 109, par. 59.

157. *Stewart v. Demme*, préc., note 156.

158. *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, préc., note 109.

permet de télécharger une image numérique du visage d'un individu et de lancer une recherche. La TRF s'applique ensuite à l'image téléchargée pour identifier et afficher les correspondances probables tout en fournissant l'information récoltée des sources Web.

Au cours de la dernière année, le CPVP, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et la Commission d'accès à l'information du Québec (ci-après les « Autorités ») ont travaillé de concert afin de clarifier l'application de la législation en matière de protection des renseignements personnels aux TRF.

En février 2020, les Autorités ont entamé une enquête conjointe sur Clearview AI afin d'évaluer la conformité de sa collecte, son utilisation et sa communication de renseignements personnels à la législation fédérale et provinciale sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé<sup>159</sup>. Un an plus tard, elles ont rendu leurs conclusions<sup>160</sup>.

#### **4.1.1 Enquête conjointe des Autorités**

Précisément, l'enquête conjointe des Autorités porte sur les questions suivantes :

- La législation s'applique-t-elle à Clearview AI ?
- Clearview AI avait-elle l'obligation d'obtenir le consentement pour procéder à la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels ? Le cas échéant, l'a-t-elle obtenu ?

159. Au fédéral, la LPRPDE, préc., note 4 ; au provincial, la *Loi sur le privé*, préc., note 2 ; la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1 (ci-après « LCCJTI ») ; la PIPA de la C-B, préc., note 10 ; la *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c. P-6.5 (ci-après « PIPA de l'AB »).

160. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Enquête conjointe sur Clearview AI, Inc. par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, la Commission d'accès à l'information du Québec, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta*, Conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2021-001, 2021, en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2021/lprpde-2021-001/>> (ci-après « *Clearview AI* »).

- Clearview AI a-t-elle recueilli, utilisé et communiqué des renseignements personnels à des fins raisonnables ou qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances et en raison d'un intérêt légitime ?

En réponse à ces questions, Clearview AI soutient que :

- la législation ne s'applique pas à ses activités, l'entreprise incorporée aux États-Unis et n'exerçant plus d'activités commerciales au Canada depuis le mois de juillet 2020 n'ayant pas de « lien réel et substantiel » avec le Canada ;
- le consentement n'était pas requis, car les informations étaient accessibles au public via Internet, donc les personnes qui y ont placé leur image ou permis qu'elle y figure n'avaient pas d'expectative de vie privée substantielle justifiant une atteinte à la liberté d'expression de l'entreprise ;
- compte tenu des avantages potentiels importants des services de Clearview AI pour l'application de la loi et la sécurité publique et du risque peu probable de préjudice important pour les individus, l'équilibre entre les droits à la vie privée et les besoins commerciaux de Clearview AI rend les objectifs de la collecte, l'utilisation et la communication tout à fait légitimes et raisonnables<sup>161</sup>.

Les Autorités concluent que la législation s'applique aux activités de Clearview AI selon le critère du lien réel et substantiel, et ce, malgré l'absence de serveurs de l'entreprise au Canada. Pour parvenir à cette conclusion, elles tiennent compte des facteurs de rattachement pertinents énoncés dans *Globe24h*<sup>162</sup>, notamment parce que Clearview AI commercialise des renseignements personnels recueillis au Canada, où elle offrait des services.

Quant aux questions relatives au consentement, elles concluent que les renseignements biométriques et, particulièrement, les données de reconnaissance faciale sont des renseignements personnels sensibles dont la collecte et l'utilisation exigent un consentement exprès<sup>163</sup>. Les renseignements publiés sur les réseaux sociaux ou d'autres sites Web n'entrent pas dans l'exemption relative aux rensei-

161. *Id.*, par. 19.

162. *Globe24h*, préc., note 85.

163. *Clearview AI*, préc., note 160, par. 41 et 42.

gnements accessibles au public, notamment en raison de leur nature dynamique et du contrôle qu'a une personne sur les paramètres de confidentialité<sup>164</sup>. Cette exemption requiert une interprétation limitative, vu le caractère quasi constitutionnel des lois en matière de protection des renseignements personnels<sup>165</sup>. De sa propre admission, Clearview AI n'a pas obtenu le consentement exprès des personnes concernées.

La décision souligne également les exigences de consentement exprès pour les renseignements biométriques ainsi que l'obligation de divulguer la création et l'existence d'une banque de données biométriques à la Commission d'accès à l'information du Québec (ci-après la « CAI »), en vertu de la LCCJTI<sup>166</sup>.

Finalement, les Autorités concluent que les personnes qui publient leur image en ligne ne s'attendent pas raisonnablement à ce qu'un tiers les collecte, les utilise ou les communique à des fins d'identification<sup>167</sup>. Même avec le consentement des personnes concernées, la collecte massive et sans distinction d'images accessibles au public à des fins commerciales par Clearview AI n'était ni légale ni effectuée dans un but raisonnable.

En conséquence, le rapport de février 2021 recommande, entre autres, que Clearview AI :

- cesse d'offrir les services de reconnaissance faciale qui ont fait l'objet de cette enquête aux clients situés au Canada ;
- cesse la collecte, l'utilisation et la divulgation d'images et de matrices faciales biométriques recueillies auprès de personnes au Canada ;
- supprime les images et les matrices faciales biométriques en sa possession recueillies auprès de personnes au Canada.

164. *Id.*, par. 44 et 63 ; LPRPDE, préc., note 4, art. 7(1)d) ; PIPA de la C-B, préc., note 10, art. 12(1)e), 15(1)e) et 18(1)e) ; PIPA de l'AB, préc., note 159, art. 14e), 17e) et 20j). La définition de renseignements « auxquels le public a accès » découle des règlements d'application de chaque loi et se distingue d'une interprétation commune de la notion de renseignements « accessibles au public ».

165. *Clearview AI*, préc., note 160, par. 67.

166. *Id.*, par. 102 et 103 ; LCCJTI, préc., note 159, art. 44 et 45.

167. *Clearview AI*, préc., note 160, aperçu ; *Clearview AI inc.*, décision 1023158-S, 14 décembre 2021 (C.A.I.), par. 111, en ligne : <[https://mma.prnewswire.com/media/1709726/Commission\\_d\\_acc\\_s\\_l\\_information\\_La\\_Commission\\_ordonne\\_\\_Clear.pdf?p=pdf](https://mma.prnewswire.com/media/1709726/Commission_d_acc_s_l_information_La_Commission_ordonne__Clear.pdf?p=pdf)>.

En désaccord avec les conclusions de l'enquête, Clearview AI n'a pas exprimé sa volonté de suivre les autres recommandations, mentionnant être prête à respecter son engagement de ne pas offrir de services au Canada pendant 18 mois. Quant aux deuxième et troisième recommandations, l'entreprise mentionne ne pas pouvoir les mettre en œuvre, compte tenu de l'impossibilité d'identifier tous les potentiels résidents canadiens parmi toutes les photographies de son système, et encore moins les informations obtenues dans le cadre de ses « prétendues » activités dans les provinces canadiennes.

Ainsi, les autorités de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et du Québec ont poursuivi d'autres actions offertes en vertu de leurs lois respectives.

#### **4.1.2 *Décision de la CAI***

La CAI soutient que l'impossibilité alléguée de se conformer à l'ordonnance résulte des agissements mêmes de Clearview AI, et donc, que celle-ci ne pourrait l'invoquer à son avantage<sup>168</sup>.

Rappelant les conclusions du rapport d'enquête conjointe et les appliquant au territoire québécois, en décembre 2021, la CAI ordonne à Clearview AI de :

- cesser de constituer des dossiers sur autrui à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au Québec ;
- cesser de recueillir des images sans le consentement des personnes concernées et de les détruire dans un délai de 90 jours ;
- cesser d'utiliser ces images pour créer des identifiants biométriques, sans le consentement des personnes concernées, et de les détruire dans un délai de 90 jours<sup>169</sup>.

## **4.2 Observations**

### **4.2.1 *Enquêtes analogues et lignes directrices***

Dans l'affaire *Clearview AI*, les Autorités ont examiné les questions juridiques liées aux TRF sous l'angle des fournisseurs de telles

---

168. *Id.*, par. 115.

169. *Id.*, par. 13.

technologies. Elles ont aussi tranché des questions relatives à l'utilisation des TRF par des autorités chargées de l'application de la loi<sup>170</sup>, et donc assujetties à la loi fédérale visant le secteur public<sup>171</sup>, et par des utilisateurs commerciaux<sup>172</sup>. En somme, les Autorités concluent que l'utilisation de services de TRF et la collecte de renseignements personnels auprès d'un agent tiers sont illicites si cet agent tiers a lui-même recueilli les renseignements illégalement.

Les Autorités élaborent actuellement des lignes directrices à l'intention des organismes chargés de l'application de la loi sur l'utilisation des TRF, afin de clarifier son application à ces techniques émergentes<sup>173</sup>.

#### 4.2.2 *Importance du consentement*

S'il faudra attendre que ces lignes directrices nous renseignent davantage, l'affaire *Clearview AI* rappelle néanmoins l'importance du consentement dans le contexte de la collecte de renseignements personnels, pierre angulaire des lois canadiennes en la matière.

En interprétant strictement l'exception à l'obligation de consentement pour les informations accessibles au public, les Autorités s'écartent du courant jurisprudentiel<sup>174</sup> voulant que la partie sur la protection des renseignements personnels de la LPRPDE reçoive une interprétation équilibrée<sup>175</sup>. Celle-ci exige normalement de tenir

170. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Technologie de reconnaissance faciale : utilisation par les services de police au Canada et approche proposée*, 2021, en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/ar\\_index/202021/sr\\_grc/](https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/ar_index/202021/sr_grc/)> (consulté le 4 mars 2022).

171. *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

172. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Enquête conjointe sur La Corporation Cadillac Fairview limitée par le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, la commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta et le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique*, Conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2020-004, 2020.

173. COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Des données au bout des doigts : La biométrie et les défis qu'elle pose à la protection de la vie privée*, 2011, en ligne : <[https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privée/renseignements-sur-la-santé-renseignements-génétiques-et-autres-renseignements-sur-le-corps/gd\\_bio\\_201102/](https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privée/renseignements-sur-la-santé-renseignements-génétiques-et-autres-renseignements-sur-le-corps/gd_bio_201102/)> (consulté le 4 mars 2022).

174. *Englander c. Telus Communications Inc.*, 2004 CAF 387, par. 39 et s. ; *Blood Tribe Department of Health c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2005 CF 328, par. 23-25 ; *Wyndowe c. Rousseau*, 2008 CAF 39, par. 33 ; *Royal Bank of Canada v. Trang et al.*, 2014 ONCA 883, par. 15 ; *Migliolo c. Banque Royale du Canada*, 2018 CF 525, par. 20.

175. LPRPDE, préc., note 4, art. 3.



compte du double objectif de l'article 3, qui « pose explicitement la volonté d'assurer un équilibre entre les intérêts concurrents des personnes physiques et des entreprises »<sup>176</sup>, malgré l'aspect quasi constitutionnel de la législation.

Par ailleurs, en excluant les publications sur les réseaux sociaux de la définition du terme « publication » utilisé dans la disposition édictant l'exception, les Autorités n'ont pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de neutralité des médias reconnus par la Cour suprême<sup>177</sup>, assurant que les lois sont interprétées de manière à ne pas favoriser un média plus qu'un autre ou à discriminer entre les médias traditionnels et les nouveaux médias. Ces principes visent à offrir une plus grande protection des renseignements personnels par le biais du consentement.

Possible explication de l'importance accordée au consentement dans leur rapport : les Autorités souhaitaient répondre aux inquiétudes exprimées lors du dépôt de C-11. En effet, des acteurs ont pressé le gouvernement d'élargir la définition des informations publiquement accessibles afin d'y inclure les renseignements personnels publiés sur le Web<sup>178</sup>. Ainsi, si le successeur de C-11 devient loi, il devra prévoir la prise d'un règlement définissant les exceptions de consentement pour les informations accessibles au public. Une nouvelle définition pourrait contrarier l'analyse fournie dans le rapport. Pour le moment, le rapport d'enquête clarifie la posture des Autorités sur la question.

Dans sa mouture actuelle, une autre disposition de C-11 pourrait être considérée pour analyser la légalité d'activités similaires à celles de Clearview AI. En effet, selon C-11, dans le cadre d'activités d'affaires, une organisation pourrait recueillir ou utiliser les renseignements personnels d'un individu sans son consentement, notamment, dans la mesure où « une personne raisonnable s'attendrait à une telle collecte ou à une telle utilisation », et s'il « est pratiquement impossible pour [l'organisation] de [l'obtenir] en raison de l'absence de lien direct avec celui-ci »<sup>179</sup>. À cet égard, il faut toutefois noter que dans le cas de Clearview AI, les Autorités ont déterminé que :

[Les] personnes qui ont publié leurs images en ligne, ou dont les images ont été publiées par un ou plusieurs tiers, ne pouvaient

176. *Englander c. Telus Communications Inc.*, préc., note 174, par. 40.

177. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, par. 5-12.

178. C-11, préc., note 5.

179. *Id.*, art. 18(1)a) et (2)e).

raisonnablement s'attendre à ce que Clearview les recueille, utilise et communique à des fins d'identification.<sup>180</sup>

Cette absence d'attente raisonnable viendrait donc empêcher l'application de cette exception à l'exigence de consentement. À tout événement, la question de la surveillance de masse demeurerait pertinente pour évaluer le caractère approprié de la collecte et de l'utilisation.

## CONCLUSION

Les décisions commentées dans cet article marquent un changement de posture quant à l'importance donnée à la protection des renseignements personnels et des données en général, perçus comme le nouveau pétrole. Le caractère sensible ou non des renseignements a notamment joué un rôle clé dans ces affaires, tant dans le test des limites discrétionnaires applicables aux ordonnances de mise sous scellés, dans l'évaluation de la légalité des pratiques de reconnaissance faciale d'une entreprise que dans la gestion d'incidents de confidentialité. Certains dossiers illustrent, d'une part, la difficulté de concilier les intérêts publics ou d'affaires aux droits individuels à la vie privée ou à la dignité et, d'autre part, le défi de démontrer un préjudice indemnisable à l'échelle d'un groupe.

Par ailleurs, ces décisions s'inscrivent dans une époque où les risques technologiques — comme les cybermenaces et le « raclage » de données en ligne — battent de vitesse la réforme, voire le remplacement, des lois sur la protection des renseignements personnels. Les décideurs devront user de créativité et avoir une bonne connaissance des innovations en cause afin d'assurer des dénouements justes et adéquats dans leur application des textes législatifs. C'est l'approche fondée sur les principes et leur neutralité technologique qui permettent notamment cet accord entre loi et technologie en constante mouvance.

Que nous réserve 2022 ? Entre autres, l'entrée en vigueur des premiers amendements découlant de la Loi 25 et une possible reprise de la réforme législative au fédéral. L'arrivée de nouveaux concepts, tantôt de droit nouveau, tantôt inspirés du droit européen, ne fera qu'augmenter les questions d'interprétation et d'application soumises aux tribunaux.

---

180. *Clearview AI*, préc., note 160, aperçu.