

PROFILAGE EN LIGNE ET PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS : POUR EN FINIR AVEC LE MYTHE DU CONSENTEMENT !

Ledy Rivas Zannou*

La digitalisation des interactions sociales a permis la sophistication des technologies ainsi que des techniques de ciblage et de profilage à partir de la collecte des renseignements personnels à des fins commerciales. Elles permettent à l'industrie du marketing de procéder à l'analyse et à la prédiction des consommateurs-utilisateurs. Bien qu'une telle pratique soit admise et encadrée par la Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels, il apparaît que l'outil juridique mobilisé à cette fin est inadapté. En effet, l'architecture de sécurisation du profilage en ligne est construite autour de la conception du « consentement libre et éclairé ». Si, sur le plan théorique, on peut se féliciter de la place que confère cet outil juridique à l'individu dans le contrôle de ses renseignements personnels, la réalité sur le plan pratique est moins reluisante car quelques doutes subsistent quant à l'effectivité de ce contrôle par le consentement.

À partir de cette ambivalence et en considération des abus auxquels son utilisation peut donner lieu, notre contribution propose de déconstruire le mythe du consentement protecteur en matière de profilage en ligne tout en esquisant les conditions de son renouvellement.

The digitization of social interactions has enabled the development of more sophisticated technologies and targeting and profiling techniques that rely on personal information collected for commercial use. These developments allow the marketing industry to analyze and make predictions about user consumers. While such practices are permitted and regulated under the Act to modernize legislative provisions as regards the protection of personal information, this legal instrument appears to fall short as a regulatory tool. Its approach to protecting users from online profiling is built on the idea of "free and informed" consent. While, in theory, this legal instrument places a laudable emphasis on the individual and their control of their own personal information, in practice, it's unclear whether consent will be an effective check, making this a less than stellar solution.

* Candidat au doctorat; coordonnateur scientifique de la Chaire LR Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique; chargé de cours, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

In light of this uncertainty and given the ways in which personal information can be misused, we endeavour to deconstruct the myth that consent protects users from online profiling and propose new ways to think about consent.

Table des matières

Introduction 132

Partie I. Pour en finir avec ... l'illusion protectrice : la réalité du « consentement résigné » 134

 A. L'illusion théorique de la protection par le consentement : le mythe du colosse aux pieds d'argile 135

 B. Les apories de la rationalité protectrice du consentement : l'exemple des politiques de confidentialité 138

Partie II. Pour finir définitivement avec ... le mythe : la nécessité de repenser le consentement 142

 A. L'exigence d'une adaptation pratique : pour l'effectivité du consentement 143

 B. La démythification du consentement : la valorisation d'une approche collective 146

Conclusion 147

Introduction

La datafication, un nouvel âge pour le profilage. S'il est encore besoin, rappelons que le profilage s'entend « de la collecte et de l'utilisation de renseignements personnels afin d'évaluer certaines caractéristiques d'une personne physique, notamment à des fins d'analyse du rendement au travail, de la situation économique, de la santé, des préférences personnelles, des intérêts ou du comportement de cette personne »¹. Il convient également de souligner que l'activité de profilage n'est pas nouvelle puisqu'elle est souvent mobilisée par l'industrie du *marketing* pour retracer les profils des consommateurs en vue d'affiner les offres de produits et de services. Par ailleurs, le profilage a pris de l'ampleur avec la datafication de la vie humaine—sous-tendue par l'hyperconnectivité aux plateformes numériques et aux divers objets connectés—à laquelle s'est adaptée l'industrie en développant des techniques sophistiquées de microciblage—suivi comportemental grâce aux *cookies* par exemple.

¹ Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels [Projet de loi n° 64], LQ 2021, c 25, art 107 modifiant l'article 8.1 de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, LRQ c P-39.1 [Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé].

Ces techniques de profilage sont « data-dépendantes » en ce qu'elles se nourrissent des données personnelles sachant que

[l']alimentation est d'ailleurs devenue continue, soit que l'individu génère de telles données volontairement, parfois pour les exploiter lui-même, notamment avec le développement des objets connectés et des pratiques *quantified self*, soit que les données sont recueillies dans un contexte plus diffus et opaque par les acteurs du marché.²

En effet, cette massification des données³ collectées, couplée aux capacités de calcul et de stockage ainsi qu'aux avancées algorithmiques soulève à l'aune de la circulation et de la protection des renseignements personnels plusieurs enjeux dont notamment celui du consentement des individus à la collecte et au traitement de leurs données à des fins de profilage.

Traces numériques et *privacy* : l'enjeu du *Privacy Paradox*. Lors des pérégrinations numériques, les internautes laissent des informations sensibles qui, dès lors qu'elles sont recoupées et traitées, peuvent se révéler très bavardes sur l'identité, les pratiques, les habitudes ou encore les désirs⁴. Cette évidence rend compte du rapport facile que les internautes entretiennent avec leurs renseignements personnels puisque leurs traces sont précieusement exploitées. C'est en effet cette idée que traduit le principe de *Privacy Paradox* dont le fondement est axé sur les rapports incohérents que les utilisateurs établissent avec leurs données personnelles. Sans forcément nous étendre sur les éléments de ces rapports incohérents, il nous apparaît important de questionner l'élément central autour duquel tout ceci s'organise, à savoir le consentement qui, pourtant, est le pilier majeur du dispositif de sécurisation des données personnelles. En d'autres termes, ce précieux sésame—qu'est le consentement—dont usent et abusent les collecteurs et gestionnaires de renseignements personnels est-il véritablement un outil à la hauteur des enjeux du profilage en ligne ?

Plan. Pour répondre à cette question, il convient en premier lieu de faire l'état des lieux de l'utilisation du consentement comme outil de protection en procédant à l'analyse de la nature et de la qualité du consentement en

² Alexandra Bensamoun, « Profil, profilage et prophétie ... » dans Alexandra Bensamoun, Maryline Boizard et Sandrine Turgis, dir, *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation* [Bensamoun, Boizard et Turgis, dir], coll « Libre Droit », Le Kremlin-Bicêtre, mare & martin, 2020, 11 à la p 12.

³ Jean-Sylvestre Bergé et Daniel Le Métayer, « Phénomènes de masse et droit des données » (2018) 12:20 Communication Commerce Électronique 9; Armand Mattelart et André Vitalis, *Le profilage des populations. Du livret ouvrier au cybercontrôle*, coll « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2014.

⁴ Florian Hémont et Marine Gout, « Consentement résigné : en finir avec le *Privacy Paradox* » dans Bensamoun, Boizard et Turgis, dir, *supra* note 2, 21 aux pp 23-24.

matière de profilage, car en dépit de sa place au cœur de l'architecture juridique de la protection des renseignements personnels—notamment de plusieurs législations telles que la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*⁵, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁶, le *Règlement général sur la protection des données*⁷, etc.—, il apparaît pourtant que les modalités de sa réalisation ne semblent pas acquises (**Partie I**). En second lieu, nous soumettrons quelques solutions pratiques pour son effectivité ainsi que pour son efficacité (**Partie II**).

Partie I. Pour en finir avec ... l'illusion protectrice : la réalité du « consentement résigné »

Le mythe du consentement. Bien des situations de collecte et de traitement des renseignements personnels s'appuient sur le consentement qui

libère la donnée au profit du responsable de traitement sans que la personne concernée n'ait toujours bien conscience des liens entre les données qu'elle livre volontairement dans un objectif précis et les données collectées automatiquement.⁸

À partir de cette affirmation, deux questions doivent minimalement être soulevées pour mieux apprécier la valeur du consentement : la première, d'ordre théorique—conceptuelle voire philosophique—interpelle les fondements, le rôle et la finalité du consentement alors que la seconde, d'ordre pratique—matérielle—mobilise son opérationnalisation à l'épreuve de la circulation des renseignements personnels. Ces questions sont utilitaires puisqu'elles permettent de déconstruire principalement le mythe du consentement protecteur en matière de profilage. En ce sens, notre démarche empruntera une double articulation : la première fera valoir l'illusion théorique de la protection par le consentement (**A**) et la seconde, à partir d'exemples, mettra en perspective les apories de la rationalité protectrice du consentement (**B**).

⁵ Projet de loi n° 64, *supra* note 1.

⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, LRC 1985, c P-21.

⁷ *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 (règlement général sur la protection des données)*, JO, 5 avril 2016, L119/1 [*Règlement général sur la protection des données*].

⁸ Maryline Boizard et Erwann Picart, « Les garanties juridiques du RGPD contre les pratiques discriminatoires de profilage » dans Bensamoun, Boizard et Turgis, dir, *supra* note 2, 127 à la p 139.

A. L'illusion théorique de la protection par le consentement : le mythe du colosse aux pieds d'argile

Conception théorique du consentement dans la circulation des RP. La volonté se matérialisant par le consentement, tel qu'entendu dans le droit de la protection des renseignements personnels (RP), entretient des liens originels avec les fondements philosophique et théorique du principe de l'autonomie de la volonté—fondé sur une philosophie individualiste et sur le libéralisme économique—en droit des obligations⁹ que par choix, nous ne développerons pas. Après le déclin de ce principe—occasionné par l'ordre public de direction et l'ordre public de protection—, on assiste à son renouveau puisque le consentement est placé au centre de l'édifice de la protection des données¹⁰, car il est considéré comme le meilleur moyen pouvant permettre aux utilisateurs de contrôler les activités de traitement des données personnelles¹¹. La prémisse de la conception théorique du consentement est donc basée sur la capacité des utilisateurs de contrôler leurs données. Évidemment, une telle prémisse est injustifiée—mais nous y reviendrons !

Profilage et consentement : état du droit. Étant entendu que les techniques et outils de profilage—notamment les *cookies*—permettent le stockage et le traitement des données à caractère personnel, le consentement

⁹ Pour des développements subséquents sur les fondements philosophique et théorique de l'autonomie de la volonté : Philippe Malinvaud, Mustapha Mekki et Jean-Baptiste Seube, *Droit des obligations*, 15^e éd, coll « Manuel », Paris, LexisNexis, 2019 à la p 85 et s; Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat*, t 1 « Le contrat—Le consentement », 4^e éd, coll « Traité de droit civil », Paris, LGDJ-Lextenso, 2013 aux pp 615-33; Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912. Pour des développements spécifiques au consentement électronique : Vincent Gautrais, « Le consentement électronique » dans Éric A Caprioli, dir, *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique. Actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'École du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier*, coll « Actualités de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 2004, 71; Vincent Gautrais, « La couleur du consentement électronique » (2003) 16:1 CPI 61.

¹⁰ Cécile de Terwangne et Karen Rosier, dir, *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll « CRIDS », n° 44, Bruxelles, Larcier, 2018 à la p 121.

¹¹ Pour une omniprésence du consentement notamment dans les lois visant à assurer la protection des renseignements personnels, voir : Vincent Gautrais et Pierre Trudel, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Thémis, 2010 à la p 164 [Gautrais et Trudel].

de la personne concernée est donc requis¹². Comme l'indique à cet effet la Commission d'accès à l'information (CAI) :

[L]es entreprises qui utilisent des systèmes de profilage et de publicité ciblée sur Internet sont soumises à la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Elles ont donc l'obligation de ne recueillir que les renseignements nécessaires à l'objet du dossier qu'elles détiennent sur une personne. L'entreprise doit informer cette personne de l'objet du dossier et de l'utilisation qui sera faite des renseignements.

Ainsi, si une entreprise constitue un dossier sur vous afin de vous offrir des biens ou des services (ex. : achat en ligne d'un billet de concert), elle doit vous informer des renseignements personnels qu'elle entend collecter et obtenir votre consentement. Elle peut, dès lors, recueillir les renseignements vous concernant nécessaires à l'exécution de ce contrat (par exemple, pour un billet de concert : nom et prénom, numéro de carte de crédit, adresse). L'entreprise ne doit collecter que les renseignements nécessaires à l'objet du contrat, elle ne peut donc recueillir d'autres renseignements, et ce, même avec votre consentement.

Et, si l'entreprise veut utiliser vos renseignements à d'autres fins, non pertinentes à l'objet du dossier, ou si elle veut les communiquer à des tiers, elle doit vous demander votre consentement.¹³

En considération de cette information de la CAI et de manière générale, il convient de souligner que l'exigence du consentement pour la collecte et le traitement des données a été retenue et appréhendée par le législateur québécois au travers de la lettre de l'article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* qui dispose :

Le consentement à la collecte, à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. Ce consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé.

Un consentement qui n'est pas donné conformément au premier alinéa est sans effet.¹⁴

¹² Sandrine Carneroli, *Marketing et internet*, coll « Création information communication pratique », Bruxelles, Larcier, 2011 à la p 117.

¹³ Commission d'accès à l'information, *Le profilage et la publicité ciblée*, Fiche d'information, octobre 2013 à la p 2, en ligne : <www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_FI_profilage.pdf>.

¹⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, supra note 1, art 14.

Critères de licéité du consentement. La validité du consentement est soumise à cinq critères. En effet, pour garantir sa qualité, le consentement doit être **manifeste, libre, éclairé, spécifique** et sa validité limitée dans la **durée**¹⁵. Ces critères balisent théoriquement l'intégrité du consentement contre les éventuels vices susceptibles de le compromettre. Il est donc indiscutable que la conception législative du consentement est protectrice. Mais cette conception se vérifie-t-elle effectivement à l'épreuve des modalités opératoires de son expression ? Autrement dit, la finalité envisagée par le droit de la protection des renseignements personnels pour cet outil juridique qui est de garantir à l'individu le contrôle de ses données personnelles est-elle atteignable au regard de la pratique du profilage ?

Consentement et PRP : glissements fonctionnels. Le fétichisme du consentement¹⁶ qui s'observe dans l'architecture de la protection des renseignements personnels (PRP) a fait opérer un glissement fonctionnel à cet outil de protection. En effet, il s'observe en pratique une tendance considérant le consentement non plus comme un outil de protection des renseignements personnels, mais plutôt comme la « capacité dont dispose l'individu de refuser, [et très souvent], d'admettre un certain usage de son espace personnel »¹⁷ [nos encadrés]. Le consentement est devenu un outil mécanique¹⁸, une sorte de blanc-seing qui autorise le gestionnaire des données à « abuser » des renseignements. Ainsi, on peut relever un détournement fonctionnel puisque de la fonction initiale de protection¹⁹ qui est dévolue au consentement, on en est arrivé à lui faire assumer une

¹⁵ Pour une définition de chacun de ces critères de validité du consentement notamment au sens de l'article 53.1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, LRQ c A-2.1, voir Gouvernement du Québec, *Critères de validité d'un consentement*, dernière mise à jour le 23 février 2023, en ligne : <www.quebec.ca/gouvernement/travailler-gouvernement/travailler-fonction-publique/services-employes-etat/conformite/protection-des-renseignements-personnels/consentement/validite-dun-consentement>.

¹⁶ Roger Brownsword, « The Cult of Consent : Fixation and Fallacy » (2004) 15:2 King's College LJ 223.

¹⁷ Gautrais et Trudel, *supra* note 11 à la p 177, citant Steven L Willborn, « Consenting Employees: Workplace Privacy and the Role of Consent » (2006) 66 Louisiana L Rev 975 à la p 979.

¹⁸ Ledy Rivas Zannou, « Vulnérabilités + contrat électronique : l'exemple du consentement électronique » dans Ledy Rivas Zannou et Eve Gaumond, dir, *Vulnérabilité(s) : L'appréhension des défis du numérique par le droit*, Rencontres Jeunes chercheurs & Droit numérique 3^e éd, Montréal, Lex Electronica vol 25-2, 2020, 87 à la p 94 [Zannou], en ligne : <www.lex-electronica.org/articles/volume-25-2020-vol25-num2/dossier-special-vulnerabilites-lapprehension-des-defis-du-numerique-par-le-droit-version-integrale/>.

¹⁹ À partir de la considération suivant laquelle le consentement permet à l'individu d'exercer un contrôle sur ses données, on peut conclure qu'il assure une fonction de protection ayant une portée « rémédiatrice visant à favoriser l'exercice des droits », voir à

fonction de permission²⁰. Derrière l'émergence de cette nouvelle fonction de consentement « permission » s'illustrent des pratiques de collecte et de traitement des renseignements personnels pour le moins pathologiques et qui traduisent une érosion du consentement.

Érosion du consentement. Face à l'inexorable essor du numérique²¹, une question se pose : Le consentement est-il toujours adapté ? Sans forcément répondre à cette question à ce stade, nous y adosserons notre réflexion afin de rendre compte de l'érosion du consentement. D'un point de vue général, l'illustration de cette érosion procède d'un premier constat : le recours au consentement est immodéré dans l'environnement numérique. En effet, il est loisible de dénombrer de nombreuses hypothèses où l'utilisation du consentement à des fins de traitement est exagérée. Au-delà de cette « sur-sollicitation » qu'on pourrait parfois qualifier d'inopportune voire d'inutile, c'est davantage sur la qualité du consentement²² qui en découle que nous insisterons. Autrement dit, quelles sont la nature et la valeur du consentement recueilli dans un contexte de « sur-sollicitation » ? Bien que la théorie des vices du consentement en droit des contrats soit suffisamment instructive pour répondre à cette question, c'est plutôt dans la pratique que nous tirerons des éléments de réponse. L'illustration de l'érosion du consentement peut s'observer dans la manière trop hâtive voire banale dont les utilisateurs consentent au profilage. Or, cela tranche avec la philosophie qui fonde le consentement—outil juridique de protection et de contrôle—au point de laisser croire que cet outil est devenu un « passeport de non-protection ». Le second constat qui illustre cette érosion du consentement est relatif aux conditions dans lesquelles le consentement est recueilli.

B. Les apories de la rationalité protectrice du consentement : l'exemple des politiques de confidentialité

État des lieux pratique. Un consentement de qualité, c'est-à-dire qui répond aux critères de licéité, est avant tout un consentement informé. En

cet effet : *Conseil de Presse du Québec c Lamoureux-Gaboury*, 2003 CanLII 33002 (QC CQ) au para 43.

²⁰ Pour des développements subséquents sur le glissement vers le consentement « permission », voir : Gautrais et Trudel, *supra* note 11 à la p 177.

²¹ David Reinsel, John Ganz et John Rydning, *Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical*, IDC, 2017 aux pp 3–4, en ligne : <www.innovation4.cn/library/r21572>.

²² Sur la question de la qualité du consentement au traitement des données à caractère personnel : Axel Beelen, *Guide Pratique du RGPD : Fiches de Guidance*, coll « Pratique du Droit Européen », Namur, Bruylant, 2019 à la p 51.

pratique, c'est à travers les conditions générales d'utilisation (CGU)²³—sachant que d'autres appellations plus neutres telles que « Terms & Conditions », « Notice légal », « Avertissement », « Politiques et Règles de confidentialité », etc. sont également fréquentes—que les informations sont transmises aux usagers pour éclairer leur consentement. Ce faisant, les modalités de cette information garantissent-elles son intégrité ? Nous soumettons d'emblée une réponse négative eu égard aux pathologies²⁴ qui minent la conclusion des contrats dans l'environnement numérique. Deux catégories de pathologies peuvent être relevées : la première est informationnelle et la seconde est communicationnelle. En ce qui concerne les pathologies informationnelles, elles ont trait d'une part à la qualité de l'information qui est généralement lacunaire et éclatée²⁵ et, d'autre part, à une quantité d'informations inutilement exagérée²⁶. Les pathologies communicationnelles, quant à elles, se traduisent par une mise à disposition²⁷ adolescente²⁸, labyrinthique et surtout hyperliée²⁹.

²³ En tant que loi des parties, nous retiendrons que les CGU ont une valeur contractuelle. Pour davantage de développements sur la question : Grégoire Loiseau, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux » (2012) *Communication commerce électronique* 78.

²⁴ Sur l'immaturation des pratiques contractuelles et les pathologies qui en découlent, voir : Vincent Gautrais et Ledy Rivas Zannou, « Plaidoyer pour la valorisation juridique du principe d'explicabilité dans les contrats de consommation numérique » dans Claudine Ouellet, Bernard Koräi, Laurence Godin et Ann-Marie Gosselin, dir, *Revisiter le consumérisme au Québec : états des lieux, défis et perspectives*, Laval, Presses universitaires de Laval, 2022, 141 aux pp 143-49 [Gautrais et Zannou].

²⁵ Pour des développements subséquents : Cristina Corgas, « L'articulation avec le contrat. Conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux et profilage » dans Bensamoun, Boizard et Turgis, dir, *supra* note 2, 77 aux pp 82-89 [Corgas].

²⁶ Mustapha Mekki, « La densification normative du contrat » dans Catherine Thibierge, dir, *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, mare & martin, 2013 aux pp 726-28; Vincent Gautrais, « [Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux !](#) » (2005) 106: 3 *Revue du Notariat* 617 à la p 623 [Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation »], en ligne : <papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/1357>.

²⁷ D'un point de vue théorique, mettre à disposition n'est pas communiquer. Pour des développements sur la distinction entre la transmission et la communication, voir : Gautrais et Trudel, *supra* note 11 à la p 102 et s.

²⁸ Serges Kablan et Arthur Oulaï, « [La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise](#) » (2009) 54:4 *RD McGill* 627 à la p 648 et s, en ligne : <www.erudit.org/fr/revues/mlj/2009-v54-n4-mlj3704/039647ar/>; Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation », *supra* note 26 à la p 625.

²⁹ Voir les critiques formulées sur l'usage immodéré des hyperliens comme modalité de mise à disposition des informations : Vincent Gautrais, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! » (2007) 37:2 *RGD* 407 [Gautrais, « Le vouloir électronique »]; Vincent Gautrais, « [Dell Computer c. Union des consommateurs, Histoire d'un "Oops" !](#) » (2005) 17:3 *CPI* 687 à la p 696 et s, en ligne : <www.lescp.ca/articles/v17/n3/dell-computer-c-union-des-consommateurs-histoire-dun-oops/>.

Sans ambages, on doit admettre que l'état des lieux de la pratique n'est guère reluisant. D'ailleurs, ce portrait n'est pas sans conséquence sur le consentement au profilage recueilli.

Effets pathologiques et consentement éclairé. En référant aux fonctions du consentement, il importe de se demander si les pathologies recensées dans l'état des lieux pratique ne constituent pas des obstacles³⁰ au consentement éclairé tel que requis par les lois. En effet, il faut souligner que l'exigence d'un consentement éclairé s'accommode mal aux pratiques contractuelles pathologiques. Autrement dit, comment l'utilisateur web pourrait-il digérer le trop-plein d'informations auquel il est soumis ? D'évidence, il ne les digèrera pas, car le « trop » est l'ennemi du bien³¹ et conséquemment, la finalité informative poursuivie par cette obligation ne saurait être atteinte. Et, de manière raisonnable, peut-on lire et comprendre toutes les informations en un temps aussi record aux fins de consentir ? La réponse négative s'impose³² ! Cela implique donc que tout consentement recueilli dans ces conditions est un consentement distrait qui, en pratique, procède du *scrolling*. Outre ces travers en lien avec l'inflation informative, il convient également de dénoncer l'inaccessibilité informationnelle tant sur le plan de la compréhension que celui de la localisation contractuelle. En effet, dans les informations transmises foisonnent des juridismes ou des termes hyper-techniques dont la compréhension requiert des aptitudes minimales en sciences juridiques sachant que la littératie des utilisateurs est insuffisante dès lors qu'on considère le taux d'analphabétisme fonctionnel au Québec³³ et au Canada³⁴. Cet état de fait rend les informations transmises illisibles et incompréhensibles³⁵.

³⁰ Zannou, *supra* note 18 aux pp 90-94.

³¹ Vincent Gautrais et Mouhamadou Sanni Yaya, [*Rapport relatif aux changements à opérer auprès de la Loi sur la protection du consommateur au regard du commerce électronique*](#), Montréal, Chaire UDM en droit de la sécurité et des affaires électroniques, août 2008 aux pp 17-18, en ligne : <www.gautrais.com/publications/rapport-relatif-aux-changements-a-operer-aupres-de-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-au-regard-du-commerce-electronique/rapportfinal31082008v2/>; Charlaine Bouchard et Marc Lacoursière, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne » (2003) 33:3 RGD 373 à la p 395.

³² Voir les résultats d'enquête : Georges Azzaria et Hélène Zimmerman, « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur » (2019) 24 Lex Electronica 1 aux pp 17-18.

³³ Voir l'étude « AlphaRéussite 6 » réalisée par la Fondation pour l'alphabétisation : Pierre Langlois, [*Estimation d'un indice de littératie par MRC*](#), Fondation pour l'alphabétisation, mise à jour en janvier 2023, en ligne : <fondationalphabetisation.org/alphareussite-6/>. Bien que l'étude ait relevé une amélioration du niveau de littératie entre 2016 et 2021, elle révèle tout de même que 46% de la population âgée de 16 à 65 ans ont un niveau de littératie inférieur à 3—qui correspond à la capacité de lire des textes denses ou longs nécessitant d'interpréter et de donner du sens aux informations—en 2022.

Illicéité pratique du consentement au profilage. Un consentement donné aux seules conditions générales doit-il suffire pour le traitement des données sensibles ? Bien que la réponse soit définitivement négative, il est fréquent qu'en pratique, les modalités du consentement au profilage ne soient pas distinctes et exclusivement limitées à la stricte nécessité. Les exigences légales requises pour la validité du consentement ne sont pas rencontrées. À ce sujet et dans une perspective comparée, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a considéré que « le consentement ne peut être spécifique dès lors qu'il n'est pas recueilli de façon dédiée et distincte des autres documents »³⁶. Suivant cette considération, la CNIL déclare quant aux conditions générales de Google que

le consentement de l'utilisateur n'est (...) pas valablement recueilli dans la mesure où il n'est pas donné par le biais d'un acte positif par lequel la personne consent spécifiquement et distinctement au traitement de ses données à des fins de personnalisation de la publicité par rapport aux autres finalités de traitement. [...] le caractère spécifique du consentement n'est pas respecté puisque l'utilisateur, par ces actions, accepte en bloc l'ensemble des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par la société, y compris à ceux de personnalisation de la publicité.³⁷

Ainsi, le fait de recueillir au moyen de techniques confuses, détournées et surtout fourre-tout un consentement au profilage n'a rien de licite encore moins de valide. Et pourtant, les pratiques en la matière persistent. Cette persistance nous oblige à réfléchir à la manière dont le consentement en tant qu'outil de protection et de contrôle devrait être efficacement utilisé en matière de traitement des données en général et de profilage en particulier.

³⁴ À l'échelle du Canada, près de 48% des adultes ont de faibles compétences en littératie, voir : ABC Alpha pour la vie Canada, *Panorama de la littératie*, 2013, en ligne : <abcalphapourlavie.ca/panorama-de-la-litteratie/>.

³⁵ Voir les développements sur le caractère illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable : Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2012 aux pp 935-46.

³⁶ CNIL, Délibération de la formation restreinte, n° SAN-2017-006 du 26 avril 2017, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés X et Y, cité par Corgas, *supra* note 25 à la p 91.

³⁷ CNIL, Délibération n° SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google, cité par Corgas, *supra* note 25 à la p 91.

Partie II. Pour finir définitivement avec ... le mythe : la nécessité de repenser le consentement

Finir avec la nostalgie conceptuelle. Entre la victoire de l'idéologie néo-libérale³⁸ avec sa propagande sur la libéralisation—déréglementation—du marché et l'ubérisation³⁹ de la société⁴⁰ et de l'économie⁴¹, quel est (encore !) le pouvoir de l'individu ? Étant entendu que tous les discours néo-libéraux adoubent la figure de l'individu réputé libre et capable, cette question prend toute son importance car en cette ère de structuration des rapports de force entre l'industrie et les consommateurs de services, il convient d'interroger les leviers d'actions, de pouvoir et de contrôle de l'individu. Qu'il nous soit donc permis de dénoncer en ces lignes une certaine nostalgie dans laquelle se vautre l'idéologie néo-libérale à travers sa propagande sur la liberté qui, dans ce cas précis, soumet le consentement comme un symbole de l'extériorisation de la volonté⁴². Or, cette figure de la liberté tranche avec la réalité pratique du consentement dans le contexte numérique où la liberté d'un individu isolé et pris dans les griffes de la célérité des interactions numériques se transforme en chaînes. Et pourtant, les réformes législatives n'ont pas intégré cet état de chose et insiste à (sur)charger le consentement au-delà de ses fonctions. Autrement dit, nous postulons l'hypothèse d'une nostalgie qui peine à se détacher du mythique passé glorieux de la bonne vieille conception qui veut que le consentement soit le substrat de la liberté. Les temps ont changé avec des réalités nouvelles ! En conséquence, une prise de distance, ne serait-ce qu'à partir des constats pratiques avec le passé glorieux de cet outil juridique, est nécessaire pour finir avec la nostalgie. Un changement de paradigme ou à tout le moins de direction doit être envisagé pour redéfinir la place et le rôle du consentement⁴³. Pour ce faire, il est important de remettre en cause le dogme⁴⁴ du consentement, c'est-à-dire de questionner le

³⁸ Pour une critique du néo-libéralisme : Pierre Bourdieu, « Le néo-libéralisme, utopie (en voie de réalisation) d'une exploitation sans limites » (2002) 7 Critique économique 165.

³⁹ Pour un regard critique sur ce néologisme : Ariel Kyrrou, « L'ubérisation est un populisme » (2015) 61:4 Multitudes 106.

⁴⁰ Denis Jacquet et Grégoire Leclercq, *Ubérisation : Un ennemi qui vous veut du bien ?*, Dunod, 2016.

⁴¹ Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Travailler au XXI^e siècle : L'ubérisation de l'économie ?*, Paris, Odile Jacob, 2017.

⁴² Marie-Anne Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats » (1995) 3 RTD Civ 573.

⁴³ Pour des développements subséquents notamment en droit de la consommation : Pierre-Claude Lafond, « Caveat venditor! Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur » (2013) 47:1 RJT 9 aux pp 29-30.

⁴⁴ Yves Pouillet, « Consentement et RGPD : des zones d'ombre ! » (2019) 122-123 DCCR 3 à la p 21 [Pouillet].

poids du consentement en tant qu'outil d'autorisation du traitement des données. Cela revient à admettre qu'en sa forme actuelle, il ne satisfait pas aux fonctions attendues. Fort de ce constat, il nous semble nécessaire d'envisager son adaptation au contexte technologique afin de garantir son effectivité (A). Aussi, en considération de l'impuissance pratique du consentement individuel au traitement, nous soumettrons l'hypothèse d'une collectivisation du consentement (B).

A. L'exigence d'une adaptation pratique : pour l'effectivité du consentement

Adapter le consentement ? La seule garantie du consentement est-elle à la hauteur des enjeux des causes⁴⁵ ? En matière de profilage en ligne—ciblage comportemental—, le moins qu'on puisse dire est que la place du consentement en tant que base de licéité au traitement des données à caractère personnel est surclassée. En effet, le consentement est traversé par une crise⁴⁶ malgré le durcissement des exigences légales de qualité—transparence et obligation d'information préalable au consentement⁴⁷. Cette crise emporte à tout le moins une adaptation du consentement afin qu'il puisse efficacement garantir une protection aux utilisateurs sachant que cela pourrait participer à la résurrection du consentement⁴⁸. Cela revient simplement à reconnaître les limites fonctionnelles et pratiques du consentement, car il est acquis qu'on ne peut pas consentir à tout. À partir de cette reconnaissance, il devient important d'esquisser les conditions d'un consentement effectif. Pour ce faire, il s'agira en premier lieu de distinguer les hypothèses où le consentement pourrait assurer effectivement ses fonctions de contrôle et de protection de celles où son utilisation est inopportune, voire inutile. En second lieu, il faudrait considérer les spécificités techniques du médium à partir duquel le consentement est exprimé, car la neutralité technologique n'emporte pas la neutralité de la technique.

⁴⁵ Hugo Beckers, [Le consentement au traitement de données à caractère personnel à l'ère du numérique et des innovations technologiques : le crépuscule d'un mythe ?](#), mémoire de Master en droit, Liège, Université de Liège, 2020 à la p 36, en ligne : <matheo.uliege.be/handle/2268.2/9243> [Beckers].

⁴⁶ Pour une réflexion similaire sur la crise du droit des données personnelles, voir Antoinette Rouvroy, « Homo juridicus est-il soluble dans les données ? » dans Élise Degrave, Cécile de Terwangne, Séverine Dusollier et Robert Queck, dir, *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll « CRIDS », Bruxelles, Larcier, 2018, 417 à la p 427.

⁴⁷ Projet de loi n° 64, *supra* note 1, art 107 modifiant les articles 8 et suivants de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 1.

⁴⁸ Voir à cet effet la conférence : Vincent Gautrais, « [La mort du consentement numérique : acharnement thérapeutique ou aide médicale à mourir ?](#) », Espace CDPQ, Montréal, 12 mars 2020, en ligne : <www.youtube.com/watch?v=Q3MYG85nAws>.

Améliorations pratiques. Dans la perspective d'une adaptation pratique, plusieurs avenues peuvent être explorées sachant que la doctrine en propose déjà quelques-unes qu'il serait intéressant de considérer dans les modalités de manifestation du consentement⁴⁹. Par ailleurs, nous reprendrons à notre compte les recommandations formulées par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada sous la forme de lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable. En effet, le Commissariat a défini une orientation pratique débouchant sur une action en ce qui a trait aux mesures que devraient prendre les organisations pour s'assurer d'obtenir un consentement valable. Ces mesures s'organisent autour de sept principes⁵⁰ qui s'énoncent comme suit : en premier lieu, il s'agit de **mettre l'accent sur les éléments clés**. Il rappelle à ce propos qu'

une information enfouie dans une politique de confidentialité ou des modalités d'utilisation n'est en réalité d'aucune utilité aux personnes qui ont peu de temps et d'énergie à consacrer à leur analyse. Pour obtenir un consentement valable, les organisations doivent permettre aux individus d'examiner rapidement les éléments clés qui auront une incidence sur leur décision en matière de protection des renseignements personnels au départ lorsqu'ils envisagent d'utiliser le produit ou le service offert, de faire un achat, de télécharger une application, etc.⁵¹

En deuxième lieu, **permettre aux individus de déterminer à quel point et quand ils souhaitent obtenir de l'information détaillée** possiblement par couches sachant que le niveau de détail requis pour prendre une décision en matière de consentement variera selon la personne et la situation; en troisième lieu, **donner clairement aux individus la possibilité de choisir « oui » ou « non »**; en quatrième lieu, les entreprises doivent **faire preuve d'innovation et de créativité** en valorisant des stratégies communicationnelles qui tiennent compte du dynamisme de l'environnement numérique; en cinquième lieu, **prendre en compte la perspective du consommateur** de manière à ce que les processus soient conviviaux avec des informations intelligibles; en sixième lieu, **faire du consentement un processus dynamique et continu**, c'est-à-dire un

⁴⁹ Les auteurs proposent quelques solutions pratiques relatives à l'organisation du consentement. Elles s'articulent notamment autour de la mise à disposition de l'information et de la manifestation du consentement : Gautrais et Trudel, *supra* note 11 aux pp 198-201; Voir également Vincent Gautrais et Ledy Rivas Zannou, « Contrat de cyberconsommation et confiance numérique en droit québécois » dans André Giudicelli et Éric A Caprioli, dir, *La confiance numérique. Travaux de la Chaire sur la confiance numérique*, Paris, LexisNexis, 2022 aux pp 31-32.

⁵⁰ Pour des développements subséquents, voir : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable*, mai 2018 (révisé le 13 août 2021), en ligne : <www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/collecte-de-renseignements-personnels/consentement/gl_omc_201805/>.

⁵¹ *Ibid.*

processus qui évolue suivant les circonstances et qui est implicitement interactif. Enfin en septième lieu, le Commissariat invite les entreprises à **être responsables : se tenir prêt à démontrer en tout temps sa conformité** dans la perspective d'instaurer la confiance dans le processus.

Il convient de souligner que la mise en œuvre de ces principes directeurs mélioratifs suppose des efforts tant aux niveaux législatif, jurisprudentiel qu'industriel. Sur le plan législatif, on peut relever que la modernisation de la loi a pris la mesure de la situation en exigeant que la cueillette du consentement se fasse « en termes simples et clairs, distinctement de toute autre information ». Cela n'est certes pas suffisant—car l'esprit et la lettre de la disposition n'emportent pas systématiquement son effectivité—mais c'est un pas dans la bonne direction. Cet effort législatif doit être soutenu sur le plan jurisprudentiel, c'est-à-dire que la jurisprudence doit jouer le rôle d'inflexion attendu d'elle. En ce sens, elle doit, d'une part, finir avec les analogies parfois douteuses entre les réalités des supports papier et numérique⁵² et, d'autre part, rétorquer les pratiques pathologiques de mise à disposition de l'information⁵³. En ce qui concerne l'industrie, elle devrait aider à développer de bonnes pratiques qui valorisent l'explicabilité contractuelle autour de l'humanisation contractuelle⁵⁴.

Au-delà de cette adaptation pratique du consentement, ne devrait-on pas réévaluer la dimension individuelle qui commande actuellement le consentement ? Eu égard aux difficultés relatives à la cueillette d'un consentement pleinement informé et à l'attitude—laxiste et apathique⁵⁵—des utilisateurs, notre réponse est positive. En ce sens, nous soumettons l'exploration d'une approche collective du consentement.

⁵² Au Canada, l'une des décisions marquantes en la matière est l'affaire *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34. Voir à cet effet les développements : Gautrais, « Le vouloir électronique », *supra* note 29.

⁵³ Voir les commentaires de l'une des rares décisions (*Tardif-Audy c Magasin Latulippe Inc*, 2021 QCCQ 6170) qui rétorque les modalités peu orthodoxes de mise à la connaissance des informations en établissant un nouveau seuil fondé sur les moyens déployés pour attirer l'attention de l'utilisateur sur l'information ou la clause contractuelle : Ledy Rivas Zannou, « La jurisprudence en commerce électronique : ... quelques pas en avant ! » (2022) 34:2 CPI 647 aux pp 661–63.

⁵⁴ Voir les développements subséquents : Gautrais et Zannou, *supra* note 24 à la p 154 et s.

⁵⁵ Lee Bygrave et Dag Wiese Schartum, « Consent, Proportionality and Collective Power » dans Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul de Hert, Cécile de Terwangne et Sjaak Nouwt, dir, *Reinventing Data Protection?*, Dordrecht, Springer, 2009, 157 à la p 161.

B. La démythification du consentement : la valorisation d'une approche collective

Désindividualisation. La survalorisation de l'approche personnaliste des lois relatives à la protection des renseignements personnels fondée sur l'individualisation de la vie privée doit être remise en cause, car d'un point de vue pratique, l'individu n'a pas la capacité d'exercer un contrôle effectif sur ses renseignements personnels dans les environnements numériques contemporains⁵⁶. Il va sans dire que le consentement individuel comme principal critère de licéité des renseignements personnels—hormis les cas particuliers prévus par la loi—doit être reconsidéré de manière à décharger l'individu de la responsabilité du contrôle. Cela suppose de concevoir la protection des renseignements personnels au-delà des individus, c'est-à-dire de penser à confier la charge de l'expression du consentement à des entités habilitées. Pour ce changement de paradigme, il faudra admettre, mieux consacrer l'« impuissance » de l'individu pour valoriser la « force » du collectif dans un contexte où les rapports de force lui sont défavorables. Il convient par ailleurs de préciser que la philosophie de la désindividualisation n'efface pas l'individu—ou plus précisément sa liberté individuelle—dans le processus de contrôle des renseignements personnels, mais plutôt le soutient au travers d'un principe efficace et plus protecteur : la collectivisation.

Collectivisation. L'idée d'une approche collective du consentement a émergé en doctrine⁵⁷ à la suite du constat d'échec de la conception individuelle du consentement⁵⁸. Elle apparaît originale ou, à tout le moins, audacieuse puisqu'elle soumet la redéfinition des contours de la notion⁵⁹, d'une part, ainsi que la modernisation pratique et efficace de son opérationnalisation, d'autre part. En effet, l'approche collective du consentement est sous-tendue par l'idée d'une négociation collective *ex ante* aux fins de fixer les conditions acceptables ainsi que les limites raisonnables du consentement. Autrement dit, il s'agit d'envisager les modalités d'une

⁵⁶ Voir notamment : Pierre-Luc Déziel, Karim Benyekhlef et Eve Gaumond, *Repenser la protection des renseignements personnels à la lumière des défis soulevés par l'IA*, document de réponse aux questions posées par la Commission d'accès à l'information du Québec dans le cadre de la consultation sur l'intelligence artificielle, Observatoire international sur les impacts sociétaux de l'IA et du numérique (OBVIA) et Laboratoire de cyberjustice, 2020 à la p 21, en ligne : <observatoire-ia.ulaval.ca/repenser-la-protection-des-renseignements-personnels-a-la-lumiere-des-defis-soulevés-par-lia/>.

⁵⁷ Une référence doctrinale parmi tant d'autres : Poulet, *supra* note 44 à la p 10 et s.

⁵⁸ Pour une revue de littérature ainsi qu'une analyse critique du consentement en matière de renseignements personnels, voir : Karim Benyekhlef et Pierre-Luc Déziel, *Le droit à la vie privée en droit québécois et canadien*, Montréal, Yvon Blais, 2018 à la p 281 et s.

⁵⁹ Beckers, *supra* note 45 à la p 45.

déresponsabilisation de l'individu—désindividualisation—au profit d'un « consentement collectif » qui serait le résultat d'une négociation en amont entre les prestataires de services, le responsable du traitement, les associations d'utilisateurs et les instances représentant l'État ou ses excroissances. Cette négociation pourrait à titre d'exemple porter sur les *privacy policies* qui seront ainsi soumises à « un consentement collectif qui fixerait ce qui est acceptable, ce qui est exclu et les marges de manœuvre laissées au prestataire et, peut-être au consentement individuel »⁶⁰.

La garantie d'une telle approche réside dans l'implication en amont de toutes les parties prenantes qui concilieront les intérêts en présence : une forme d'équilibre des forces s'opèrerait et neutraliserait ainsi les velléités attentatoires à la réalisation effective du consentement. Bien que cette approche collective ne soit pas intégrée—parce qu'elle demeure encore une hypothèse doctrinale sachant qu'elle mériterait d'être considérée—dans le droit de la protection des renseignements personnels, nous soumettons d'emblée qu'elle améliorerait les pratiques du consentement et garantirait le contrôle et la protection tant souhaités.

Conclusion

Prendre du recul. Face au *Big data*, à l'intrusion massive des technologies dans les habitudes quotidiennes et à la rapidité du phénomène technique, un pas de recul est nécessaire pour mieux réfléchir sur les dispositifs juridiques de protection déployés. Cette contribution s'est inscrite dans cette démarche en revisitant le consentement dans sa conception théorique individualiste et pratique illusoire. Il ressort de cet exercice qu'en dépit de l'illusion, le consentement ne doit pas être écarté comme outil de contrôle des renseignements personnels : Il doit être réinventé à la lumière des enjeux de la collecte des données et du profilage en ligne. Le renouvellement de la conception du consentement que nous soumettons s'envisage suivant une perspective collective dont les modalités opérationnelles requièrent une dose d'ambition voire d'audace. Cette ambition suppose la consécration dans les textes de lois d'une volonté collaborative entre les parties prenantes pour dessiner les contours d'un « nouveau » consentement. En attendant que ce défi tant conceptuel que pratique soit relevé, il incombe à la jurisprudence de veiller à une collecte des renseignements personnels qui satisfait minimalement aux conditions prescrites, c'est-à-dire un consentement effectivement manifeste, libre, éclairé et spécifique.

⁶⁰ Pouillet, *supra* note 44 à la p 10.