

VIE PRIVÉE ET « DROIT À L'OUBLI » : QUE FAIT LE CANADA ?

Geneviève Saint-Laurent*

Résumé

En mai 2014, la Cour de Justice de l'Union Européenne confirmait l'application des règles de protection des données personnelles à Google et aux moteurs de recherche sur Internet. Désormais, les internautes européens peuvent demander, sous certaines conditions, la suppression de liens vers des informations portant atteinte à leur vie privée. Cette décision va dans le sens du projet de Règlement général sur la protection des données étudié par le Parlement européen, qui cherche à uniformiser le droit des différents États membres, en garantissant le consentement préalable à la collecte des données, la portabilité de celles-ci et en consacrant le « droit à l'oubli » comme les éléments clés d'une protection complète du droit à la vie privée.

Si ces problématiques sont internationales, l'Europe semble pourtant être bien seule dans sa démarche de réforme de la protection de la vie privée. Ce « droit à l'oubli », en vertu duquel les données personnelles d'un citoyen devraient être effacées sur simple demande, ou d'office, après un certain délai, existe-t-il au Canada ? La revue de la législation et de la jurisprudence actuelle, tant fédérale que provinciale, semble démontrer que l'arsenal juridique canadien est plus qu'insuffisant en la matière et que le droit à la vie privée, pourtant indirectement protégé par la Charte canadienne, est pratiquement inexistant lorsque vie privée et monde numérique se rencontrent. Nous basant sur les initiatives européennes, nous proposons, en conséquence, d'envisager l'introduction d'une forme de « droit à l'oubli » dans la législation fédérale sur la protection des données personnelles, qui, parallèlement à l'introduction de réels pouvoirs d'enquête et de sanction confiés au Commissaire à la vie privée, permettrait une protection complète et efficace de la vie privée des canadiens et canadiennes.

* * *

L'arrêt *Google Spain c. AEPD et Gonzalez*¹, rendu en mai 2014, met en lumière le fossé qui sépare les régimes de protection des données personnelles sur Internet en Europe et au Canada. De fait, cette décision de la Cour européenne de Justice de l'Union Européenne (CJUE) met en lumière l'existence, en Europe, d'un régime effectif de protection du droit à la vie privée et qui cherche à s'adapter aux nouvelles réalités technologiques. Cette décision introduit ainsi un droit nouveau, afin de tenir

* Geneviève Saint-Laurent, Doctorante, Université Laval (Québec, Canada) et Aix-Marseille Université (Aix-en-Provence, France)

¹ *Google Spain SL, Google Inc c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, Cour de Justice de l'Union Européenne (Grande Chambre), affaire C-131/12, 13 mai 2014.

compte de la multiplication des données personnelles susceptibles d'exister sur Internet et de l'importance, pour un individu, de conserver un certain contrôle sur les données qui le concernent. Or, le « droit à l'oubli » numérique, tel que consacré par cette décision, n'existe nullement en droit canadien, que ce soit en vertu de la common law ou des lois actuelles sur la protection de la vie privée. Au surplus, l'introduction d'un tel droit dans le corpus juridique canadien ne semble pas véritablement envisagée par les partisans, de plus en plus nombreux, d'une réforme de la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels². Il faut avouer que les nombreux appels à la modernisation de la loi fédérale sur la vie privée, notamment par la voix de Jennifer Stoddart³ – qui était encore récemment Commissaire à la protection de la vie privée du Canada – se fondent avant tout sur le constat que la loi actuelle⁴, dont l'économie générale n'a pas été revue depuis son adoption, est cruellement insuffisante et inadaptée au monde numérique. L'introduction d'une nouvelle forme de protection des données personnelles peut donc paraître superflue dans ce contexte où la désuétude de la loi face aux défis de l'Internet est criante.

Pourtant, l'arrêt *Google Spain*, comme le projet de *Règlement général sur la protection des données* actuellement étudié par le Parlement européen, comportent plusieurs éléments intéressants qui gagneraient à être étudiés dans le cadre de l'inévitable réforme de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* canadienne. Afin de mettre en lumière les éventuels avantages de la mise en place d'un tel « droit à l'oubli » au Canada, nous analyserons tout d'abord les implications de l'affaire *Google Spain* et du projet de règlement européen, avant de s'attarder sur la manière par laquelle cette nouvelle forme de protection de la vie privée pourrait être intégrée en droit canadien.

Le « droit à l'oubli » en Europe

L'affaire *Google Spain* prend naissance en 1998 quand un journal espagnol, *La Vanguardia*, publie deux brefs avis légaux annonçant la mise aux enchères de biens immobiliers. Ceux-ci, propriété d'un avocat nommé Mario Costeja Gonzalez, ont été saisis en recouvrement de dettes de sécurité sociale et la publication de l'avis de vente a été requis, suivant la procédure habituelle, par le ministère du Travail et des Affaires sociales. M. Gonzalez régla éventuellement ses dettes et la vente n'eut pas lieu. Néanmoins, dix ans plus tard, M. Gonzalez constate que lorsqu'il recherche son nom sur Google, des liens vers ces avis publiés par *La Vanguardia* s'affichent toujours. En

² Parmi les organismes militant pour une telle réforme du *Privacy Act* fédéral, citons notamment le B.C. Civil Liberties Association, en ligne : <<http://bccla.org/>>, le Canadian Bar Association, en ligne : <<https://www.cba.org>>, mais aussi des partis politiques comme le NPd fédéral, en ligne : <<http://www.ndp.ca/news/new-democrats-part-growing-consensus-privacy-law-reforms>>. Même la Commissaire à la protection de la vie privée, qui vient de quitter son poste après plus de dix ans, milite activement en ce sens, Commissaire à la protection de la vie privée, *Communiqué*, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2013/nr-c_130523_f.asp>.

³ Jennifer Stoddart, *La renaissance nécessaire de la Loi sur la protection des renseignements personnels – commentaires à la Bibliothèque du Parlement*, allocution prononcée à Ottawa, le 29 novembre 2013, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/sp-d/2013/sp-d_20131129_02_f.asp>.

⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, LRC (1985), ch P-21.

2010, estimant que ces informations anciennes ne sont plus pertinentes, M. Gonzalez entreprend une procédure devant l'autorité espagnole de régulation des données personnelles (ci-après l'AEPD⁵), pour exiger que le site Internet du journal fasse disparaître les avis légaux en question et que Google Inc. (la compagnie mère, basée en Californie) et Google Spain (la filiale, basée en Espagne) suppriment ou occultent les résultats de recherche le concernant et que le moteur de recherche cesse de publier les liens menant vers les articles de *La Vanguardia*. L'AEPD accueille la réclamation de M. Gonzalez à l'endroit de Google Spain et Google Inc., mais refuse que soient supprimés les articles de journaux, puisque la publication de ceux-ci était légalement justifiée. Les deux branches de Google introduisent alors un recours contestant la décision devant la Cour nationale espagnole⁶ qui se tourne, à son tour, vers la CJUE pour trancher certaines questions préliminaires portant sur l'application du texte législatif de référence en l'espèce, soit la *Directive 95/46/CE*⁷, dont une portant sur l'existence et la portée d'un éventuel « droit à l'oubli » numérique en droit européen.

Devant faire face à un texte passablement ancien, dont l'adoption est antérieure au développement fulgurant des technologies de l'information, la CJUE se livre alors à une interprétation large et extensive du champ d'application et du contenu de la *Directive*. Elle estime ainsi que même si les serveurs de Google sont situés en dehors du territoire européen, la législation européenne s'applique au moteur de recherche, dans la mesure où celui-ci dispose, dans un des États membres de l'Union, d'une filiale (soit, en l'espèce, Google Spain) qui assure la promotion et la vente d'espaces publicitaires. Pour la Cour, ces filiales constituent clairement des « établissements » au sens de l'article 4 de la *Directive* et celle-ci leur est, dès lors, applicable⁸. D'autre part, la Cour se livre à une analyse du rôle des moteurs de recherche et estime qu'ils exercent un contrôle certain sur toute une série d'informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable et qu'ils peuvent donc être considérées comme « responsable du traitement de données à caractère personnel » au sens de la *Directive*⁹.

Dans un troisième temps, la Cour conclut que pour respecter l'esprit de la *Directive*, « qui vise à garantir un niveau élevé de protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁰, » des obligations s'imposent aux

⁵ Soit l'*Agencia Española de Protección de Datos*.

⁶ L'*Audiencia Nacional* est un tribunal supérieur espagnol chargé, notamment, d'exercer un pouvoir de surveillance et de contrôle sur les décisions rendues par l'*Agencia Española de Protección de Datos*.

⁷ *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, Celex 31995L0046.

⁸ *Google Spain SL, Google Inc c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, op.cit.*, par 60.

⁹ *Ibid*, par 33 et 41.

¹⁰ *Ibid*, par 66.

différentes entités qui effectuent le traitement de telles données. Parmi celles-ci figure l'obligation de prendre en compte les demandes, émanant d'individus – les personnes morales ne pouvant invoquer ce droit – et visant à supprimer des informations personnelles les concernant, parce qu'elles sont inexactes, inadéquates, excessives ou qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes. Cette procédure est accessible sans qu'il soit nécessaire, pour le demandeur, de prouver que la diffusion de ces informations lui porte préjudice. Le moteur de recherche doit alors examiner le bien-fondé de ces requêtes et, le cas échéant, supprimer les liens vers le contenu en cause. Lorsque le moteur de recherche ne donne pas suite à ces demandes, la personne concernée peut alors saisir les autorités compétentes pour qu'elles tranchent le litige¹¹. La Cour estime d'ailleurs qu'à titre de responsables de traitement de données personnelles, les moteurs de recherche ont des obligations particulièrement importantes. En effet, la Cour considère qu'en raison de la myriade de possibilités d'accès et d'interconnexion des données fournies par les différents sites web, les moteurs de recherche rendent les données personnelles en question pratiquement omniprésentes, celles-ci pouvant être consultées instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, en dehors de tout contrôle par l'émetteur¹². L'atteinte aux droits fondamentaux des citoyens peut ainsi être démultipliée. En conséquence, la Cour estime que l'ingérence dans ces droits ne saurait être justifiée par le seul intérêt économique de l'exploitant d'un moteur de recherche¹³.

Consciente des difficultés d'application du processus, mais aussi des risques de demandes abusives qui pourraient porter atteinte au droit à l'information du public ou à la liberté de la presse, la Cour précise que ce « droit à l'effacement » n'est pas absolu et qu'il devra toujours être mis en balance avec les autres droits fondamentaux susceptibles d'être atteints, comme la liberté d'expression et la liberté de la presse. Devront ainsi être pris en compte, au cas par cas, le type d'information concernée, la sensibilité des données pour la personne concernée et l'intérêt du public¹⁴. Sur ce dernier point, la Cour précise d'ailleurs que le rôle joué par un individu dans la vie publique pourrait justifier le refus de supprimer certaines données, au nom de l'intérêt prépondérant du public à avoir accès à l'information en question.

Pour un observateur canadien, cette décision de la CJUE est étonnante à plusieurs titres. Tout d'abord, l'interprétation large et évolutive que la Cour fait de la *Directive* de 1995 démontre un parti pris certain envers une protection active du droit à la vie privée des citoyens de l'Union européenne, en suivant une démarche passablement étrangère au système juridique canadien, plus enclin, comme le sont d'autres pays de common law, à faire primer la liberté d'expression sur la protection de la vie privée. De fait, comme le souligne un auteur, la Cour se livre, dans cette

¹¹ *Ibid.*, par 77.

¹² La Cour traitait déjà de l'aspect « ubiquitaire » des données référencées par les moteurs de recherche dans la décision *eDate Advertising GmbH*, CJUE, affaire C-509/09, 25 octobre 2011.

¹³ *Google Spain SL, Google Inc c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, *op.cit.*, par 80.

¹⁴ *Google Spain SL, Google Inc c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, *op.cit.*, par 81 et 98.

décision, à une « véritable réécriture de la directive pour permettre son applicabilité territoriale et matérielle ¹⁵ » au nom de la garantie des droits fondamentaux des citoyens. Elle réussit d'ailleurs à s'appuyer, dans son raisonnement, sur les garanties offertes par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union*, pourtant inapplicable en l'espèce¹⁶. D'autre part, par cette décision, la CJUE semble vouloir prendre de vitesse la Commission européenne en jetant les bases juridiques d'un « droit à l'oubli » que celle-ci cherche, depuis des mois, à définir et encadrer dans son projet de réglementation, encore à l'étude devant le Parlement européen. De fait, en consacrant un « droit à l'oubli » qui ne soit ni conditionnel ni lié à l'existence d'un préjudice causé par la publication des données, ni même à l'illicéité du traitement de celles-ci¹⁷, la Cour établit certaines balises qui seront désormais difficilement contournables par les parlementaires.

En effet, depuis plusieurs années, les instances politiques européennes militent pour le renforcement de la *Directive* de 1995. Un projet de *Règlement européen sur la protection des données personnelles* a d'ailleurs été introduit en janvier 2012, à l'initiative de Viviane Redding¹⁸, la vice-présidente de la Commission européenne chargée de la Justice. Il a récemment été adopté en première lecture par le Parlement européen¹⁹ et son étude se poursuit. Il est important de souligner qu'au contraire d'une directive – qui doit être incorporée en droit interne pour s'appliquer et qui permet aux pays membres d'appliquer certains aménagements au texte – un règlement européen s'impose tel quel aux 28 États membres. En conséquence, son adoption garantira l'existence d'un corpus législatif uniforme et cohérent sur l'ensemble du territoire européen. Vu le poids démographique du continent européen, force est d'admettre que l'adoption de la réforme proposée constituera un tournant dans la conception internationale du droit à la vie privée et à la protection des données personnelles et dans les pratiques commerciales des grands acteurs de l'Internet, à qui un seul cadre de référence s'imposera désormais sur tout le continent européen.

Mais que contient ce fameux projet? Tout d'abord, il vise à permettre la portabilité des données, soit le fait de garantir la conservation et le transfert aisé des

¹⁵ Jean-Philippe Foegle, « La CJUE, magicienne européenne du « droit à l'oubli » numérique », *La Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 16 juin 2014, en ligne : <<http://revdh.revues.org/840>> (page consultée le 13 janvier 2015).

¹⁶ « Les dispositions de la *Directive 95/46*, en ce qu'elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales et, en particulier, au droit à la vie privée, doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte », *Google Spain SL, Google Inc. c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, *op.cit.*, par 68.

¹⁷ *Op. cit.*, note 13.

¹⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*, COM(2012) 11 final, Bruxelles, 25 janvier 2012, 118 p.

¹⁹ Le 12 mars 2014.

données personnelles lors du passage, par un individu, d'un fournisseur de service à un autre. Ensuite, on cherche, avec ce texte législatif, à élargir la protection offerte aux citoyens de l'Union, en définissant plus largement le concept de « données personnelles », pour que soient protégés le contenu d'un courriel, mais aussi les informations qui s'y rattachent, comme le lieu de l'envoi, par exemple. On souhaite également s'assurer que toutes ces règles s'appliqueront à tous les prestataires par qui ces données sont susceptibles de transiter²⁰. D'autre part, on souhaite consacrer le « droit à l'oubli » numérique, soit le droit de réclamer l'effacement total de données personnelles, par une simple demande, voire à l'obtenir de manière automatique après un certain temps. De fait, dans le cadre législatif européen actuel (comme c'est également le cas au Canada) l'effacement des données n'est possible que s'il est démontré que celles-ci sont erronées ou incomplètes. Avec le droit à l'oubli, tel que proposé par le projet de règlement, toutes les données incorrectes, excessives, inutiles, ou ayant perdu leur pertinence, ouvriront le droit à l'effacement. Dans le cas où une compagnie refuserait d'effacer certaines données, il lui appartiendra de démontrer que la publication de l'information est pertinente et nécessaire et qu'elle ne devrait pas faire l'objet d'une suppression. Il est finalement à souligner que le projet prévoit l'imposition d'amendes punitives et dissuasives importantes pour les entreprises fautives qui se verraient condamnées, allant jusqu'à représenter 5 % du chiffre d'affaire global de l'entreprise²¹.

Chaque innovation proposée par ce projet ambitieux fait, bien sur, l'objet de critiques dans les pays membres de l'Union européenne et ailleurs. Néanmoins, la plus vive polémique qu'il soulève concerne certainement la question de l'effacement, sur demande, des données personnelles (le terme de « droit à l'oubli », mis de l'avant par les institutions européennes, reste absent du texte officiel). Entre ceux qui craignent que ne soit brimée la liberté d'entreprendre des géants du web et ceux qui s'inquiètent d'une atteinte à la liberté de presse ou la liberté d'expression, il est évident que le projet est loin de faire l'unanimité. De fait, il semble légitime de craindre que certains individus soient tentés d'utiliser le « droit à l'oubli » pour cacher ou supprimer des informations d'intérêt public, incluant des personnalités publiques dont l'élection serait peut-être facilitée par un dossier de presse expurgé d'éventuelles informations désavantageuses, ou des artistes souhaitant faire oublier des critiques négatives émises à leur endroit²². Néanmoins, ni le jugement de la CJUE, ni le projet de règlement

²⁰ Par la technologie du « cloud » par exemple.

²¹ Voir l'amendement 188 relatif à l'article 79 de la proposition de règlement. Le projet initial proposait des amendes allant jusqu'à 2% du chiffre d'affaire, montant jugé insuffisant par les députés lors de l'étude du projet : *Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (règlement général sur la protection des données)*, COM(2012)0011 – C7-0025/2012, 12 mars 2014.

²² C'est d'ailleurs ce qui est arrivé au *Washington Post*, en novembre 2014, quand un pianiste – visiblement peu au fait de la mécanique du droit à l'oubli, telle qu'établie par la CJUE – critiqué dans les pages culturelles du journal, a souhaité obtenir la suppression de l'article en question. Sophian Fanen, « vexé par une mauvaise critique, un pianiste réclame le droit à l'oubli », *Libération*, 3 novembre 2014, en ligne : <http://ecrans.liberation.fr/ecrans/2014/11/03/un-pianiste-vexe-veut-faire-oublier-un-mauvais-concert_1135174>.

européen ne font du droit à l'oubli un droit absolu qui primerait sur le droit à l'information ou la liberté d'expression. En effet, la Cour a bien spécifié que toute demande d'effacement doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas et qu'un équilibre doit être recherché entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression et de la presse. La CJUE établit, au surplus, une série de critères devant guider les moteurs de recherche dans leur décision de procéder ou non à la suppression des données. Ils devront, par exemple, s'interroger sur la pertinence des données, compte tenu du temps écoulé depuis leur publication initiale, ou sur leur exactitude. D'autre part, la Cour précise que des restrictions plus importantes aux droits fondamentaux des personnalités publiques pourraient être justifiées, vu l'intérêt prépondérant du public à avoir accès à ce type d'information²³. Cependant, les modalités concrètes de la mise en balance promise, au cas par cas, entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, restent inconnues. De même, on ignore encore de quelle manière le Parlement européen décidera, dans la version finale du *Règlement européen sur la protection des données personnelles*, de baliser ce droit nouveau et si la protection de l'accès du public à l'information sera assurée, malgré l'introduction du « droit à l'oubli ».

Un « droit à l'oubli » au Canada ?

Au Canada, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*²⁴ est entrée en vigueur en 1983. Néanmoins, il fallut attendre jusqu'en 2001 pour que le Canada se dote d'une législation visant la protection des données personnelles opposable au secteur privé, soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*²⁵. Ce délai semble assez révélateur de la conception de la vie privée généralement en vigueur au Canada où, traditionnellement, ce droit visait surtout à protéger les citoyens contre les intrusions de l'État, comme les écoutes électroniques ou les fouilles abusives, par exemple²⁶. C'est sans doute ce qui explique, d'ailleurs, que la protection du droit à la vie privée soit aussi succincte dans la *Charte canadienne*. En effet, les seuls articles traitant de la vie privée dans la *Charte* concernent les garanties contre les atteintes aux principes de justice fondamentale ou contre les abus policiers²⁷. La plupart des décisions de la Cour suprême traitant de la protection de la vie privée portent d'ailleurs sur ces dernières questions. Elle a

²³ *Google Spain SL, Google Inc c Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, op.cit., par 93.

²⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, LRC (1985), ch P-21.

²⁵ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, 120 Canadian Human Rights Yearbook ch 5.

²⁶ Sur l'économie générale de la loi, voir Peter Gillis, « The Privacy Act : A Legislative History and Overview », (1987) *Can Hum Rts YB* 119.

²⁷ Voir les articles 7 et 8 de la *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), R-U, c.11]. Sur le concept de vie privée en tant que droit fondamental selon la Charte canadienne, voir notamment Diane Veilleux, « Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur », *Revue du Barreau*, Tome 60, Printemps 2000, p 1-46.

néanmoins eu l'occasion, en 1998, de se pencher sur la collecte de données personnelles dans le secteur privé, dans son jugement *Aubry c. Vice-Versa*²⁸.

Dans cette affaire, la photo d'une jeune fille, prise à son insu alors qu'elle était assise dans la rue, avait été mise en couverture d'un magazine artistique sans son consentement. Celle-ci intenta un recours contre l'éditeur du magazine en vertu de la *Charte québécoise*²⁹, qui garantit notamment, à son article 5, la protection de la vie privée. Ce jugement a permis à la Cour d'élargir quelque peu la protection du droit à la vie privée, dans un contexte non gouvernemental, et d'y inclure la faculté de contrôler son image et l'utilisation de celle-ci. Elle y affirme notamment que chacun doit avoir un certain contrôle sur son identité et que la sphère d'autonomie personnelle où se forme des choix intrinsèquement privés doit être protégée, y compris en droit privé³⁰. Elle rappelle également que le droit à la vie privée est un droit de la personnalité – et un intérêt de nature extrapatrimoniale – susceptible de mettre en cause la responsabilité civile d'un tiers³¹. Néanmoins, elle ne va guère plus loin dans l'extension du champ de protection de la vie privée et réaffirme surtout les principes de bases déjà développés, en droit public, dans ses arrêts *R. c. Dymnt* de 1988³² et *Godbout c. Longueuil*³³ rendu en 1997. Soulignons, finalement, que depuis cette décision de 1998, alors qu'Internet n'en était encore qu'à ses balbutiements, la Cour suprême n'a pas réellement eu l'opportunité de se prononcer sur l'étendue de la protection législative des renseignements personnels au Canada, en droit privé³⁴.

Force est donc d'admettre qu'au Canada, malgré une certaine ouverture des tribunaux, le contexte législatif est largement insuffisant pour protéger les citoyens contre les intrusions excessives dans leur vie privée et contre la manipulation sans consentement de leurs données personnelles dans une époque où celles-ci sont démultipliées par l'utilisation d'Internet. S'il est possible de se protéger de certaines intrusions par le biais de lois provinciales³⁵ ou par le délit civil d'intrusion dans la vie privée, reconnu notamment par la Cour d'appel de l'Ontario en 2012³⁶, il reste que la

²⁸ *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 RCS 591.

²⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, ch C-12. Rappelons que la Charte québécoise s'applique tant aux rapports entre l'administration et les administrés qu'entre personnes privées.

³⁰ *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, *op.cit.*, par 21.

³¹ *Ibid*, par 22.

³² *R. c. Dymnt*, [1988] 2 RCS 417.

³³ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 RCS 844.

³⁴ Elle l'a cependant fait, à quelques reprises, en droit public. Le plus récent jugement en ce sens statuait que la police ne peut, sans mandat, exiger des renseignements personnels sur un internaute à un fournisseur de service Internet : *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43.

³⁵ Le Québec protège spécifiquement le droit à la vie privée à l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et y prévoit le droit à réparation en cas d'atteinte (LRQ, c-12).

³⁶ *Jones v Tsige*, 2012 ONCA 32. Voir notamment, sur le développement de ce nouveau délit : Jared A. Mackey, « Privacy and the Canadian Media: Developing the New Tort of Intrusion Upon Seclusion with Charter Values », *Western Journal of Legal Studies*, Vol 2, Issue 1 (July 19, 2012), 1-26 ; Josh Blackman, « Omniveillance, Google, Privacy in Public, and the Right to Your Digital Identity: A Tort for Recording

protection de la vie privée des canadiens ne semble pas, à l'heure actuelle, adaptée à l'ère numérique, où tant les données que les moyens d'y accéder se multiplient. Comme l'a souligné l'ex-commissaire à la protection de la vie privée du Canada, Jennifer Stoddart³⁷, les lois relatives à la protection de la vie privée et des données personnelles au Canada sont ainsi totalement inadaptées à la réalité actuelle, puisqu'elles ne prévoient à peu près aucun pouvoir d'enquête, parce que les entreprises n'ont aucunement à faire la preuve qu'ils mettent en place des procédures responsables de collecte et traitement des données personnelles, et surtout, parce qu'aucune loi ne donne le pouvoir au Commissariat de sanctionner les entreprises fautives autrement qu'en les nommant publiquement. Par exemple, aucune sanction pécuniaire conséquente n'est prévue.

Les autres lois provinciales³⁸ de protection des renseignements personnels restent, elles aussi, peu efficaces face à la numérisation galopante de notre société et à la prolifération des entités créatrices ou gestionnaires de données personnelles. Au surplus, l'absence de « droit à l'effacement » de ces données, même lorsque celles-ci sont susceptibles de causer un préjudice à l'individu, pose un sérieux problème à l'heure où les données numériques sur tous les canadiens se multiplient et s'échangent entre les acteurs du Web, bien souvent à leur insu. Or, aucune de ces lois (tant fédérales que provinciales) n'offre la possibilité de faire supprimer, sur simple demande, des renseignements publiés ou traités par un tiers, si ce n'est dans un contexte de « rectification » d'une information erronée. Or, on peut aisément envisager une pléthore de situations où l'impossibilité d'obtenir la suppression de données personnelles pourrait devenir problématique pour un individu : pensons notamment aux adolescents qui publient aujourd'hui sur les réseaux sociaux, avec l'inconscience qui sied à leur âge, des photos ou des renseignements qui ne reflèteront plus, dans quelques années, les adultes qu'ils seront devenus. Comme il appert de la liste fournie par le journal anglais *The Telegraph* et faisant référence à une série de liens, menant vers un de leurs articles et ayant été supprimés de *google.uk* en conformité avec la décision *Google*

and Disseminating an Individual's Image over the Internet », *Santa Clara Law Review*, (2009) Vol.49, Issue 2 313-392.

³⁷ Jennifer Stoddart, « Dix ans au poste de commissaire à la vie privée du Canada – Regards sur le passé et l'avenir », Commentaire dans le cadre du Symposium sur la protection de la vie privée par le chapitre canadien de l'International Association of Privacy Professionals (IAPP), 23 mai 2013, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/sp-d/2013/sp-d_20130523_f.asp>.

³⁸ A ce jour, quatre provinces disposent de lois générales sur la protection des renseignements personnels : la Colombie-Britannique (*Privacy Act*, RSBC 1996, c 373), le Manitoba (*The Privacy Act*, CCSM c P125), Terre-Neuve (*Privacy Act*, RSNL 1990, c P-22) et la Saskatchewan (*The Privacy Act*, RSS 1978, c P-24). Par ailleurs, trois provinces disposent d'une loi sur la protection des données personnelles dans le secteur privé de nature semblable à la loi fédérale : l'Alberta (*Personal Information Protection Act*, SA, 2003, Ch P-6.5), la Colombie-Britannique (*Personal Information Protection Act*, SBC 2003, Ch 63) et le Québec (*Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, ch.P-39). Il est à souligner qu'au Québec, la protection législative de la vie privée passe également par la Charte québécoise, qui protège le droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation à son article 4 et, plus généralement, le droit au respect de la vie privée. Le Code civil, à ses articles 35 à 41, protège également le droit à la vie privée et encadre la possibilité, pour un tiers, de constituer un dossier sur un individu. Finalement, d'autres provinces disposent, quant à elles, de lois visant la protection de la vie privée dans le domaine de la santé, comme le Nouveau-Brunswick, l'Ontario et Terre-Neuve.

Spain, la plupart des requêtes ont un point commun : elles cherchent à estomper les effets d'une « erreur de jeunesse » qui, sans les précieux algorithmes de Google, serait oubliée depuis longtemps. On y remarque notamment l'histoire d'un vicaire ayant quitté sa paroisse après avoir été surpris, nu et ivre, par ses paroissiens ou celle d'une femme âgée ayant épousé un jeune marocain rencontré sur Internet et dont le visa avait – préalablement à leur rencontre – été refusé à trois reprises³⁹. Il y a quelques années, des histoires semblables s'effaçaient des mémoires avec le seul passage du temps. Les individus touchés pouvaient, de fait, légitimement espérer que ces anecdotes honteuses seraient un jour oubliées et qu'ils pourraient reprendre le fil de leur vie sans être inexorablement liés à cette erreur. En ce sens, le droit à l'oubli constitue peut-être « l'antidote moderne contre l'effet glaçant de la mémoire parfaite » qu'engendre le numérique, comme le souligne Viktor Mayer-Schönberger⁴⁰, considéré comme l'un des pères du droit à l'oubli européen.

Si, comme l'a établi la Cour suprême, la notion de vie privée découle de l'hypothèse que toute l'information concernant une personne lui appartient fondamentalement et que le droit à la vie privée se fonde sur les notions de dignité humaine et d'intégrité de la personne⁴¹, il semble logique de penser que la propriété que nous avons sur ces données devrait nous conférer le droit d'en demander la suppression, à tout le moins lorsque l'accès généralisé du public à celles-ci nous cause un préjudice. Or, vu les réticences des parlementaires face à une réforme en profondeur de la législation sur la protection des données personnelles, il semble que les seuls développements que l'on peut espérer, à court terme, relativement à l'introduction d'un « droit à l'effacement » en droit canadien, ne pourront émaner que des tribunaux. En effet, il semble que malgré l'incertitude qui règne au Canada sur la portée des « droits de la personnalité »⁴², seule la voie jurisprudentielle semble pour l'instant prête à s'ouvrir à une telle possibilité, comme le démontre la lecture parallèle de deux récents arrêts de la Cour suprême de Colombie-Britannique. Bien que ces arrêts ne portent pas directement sur le droit à l'oubli, ils confirment néanmoins une sensibilité accrue des tribunaux aux problèmes soulevés par la toute puissance des géants du Web (en l'espèce, Facebook et Google) dans la gestion des données numériques.

En premier lieu, la Cour a eu à se pencher, en mai dernier, sur une question mettant en cause le consentement présumé des utilisateurs de réseaux sociaux face à

³⁹ The Telegraph, *Telegraph stories affected by EU 'right to be forgotten'*, en ligne : <<http://www.telegraph.co.uk/technology/google/11036257/Telegraph-stories-affected-by-EU-right-to-be-forgotten.html>>.

⁴⁰ Viktor Mayer-Schönberger est l'auteur de *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 272 p.

Propos tirés d'un article de Fabienne Dumontet, « Le droit à l'oubli numérique inquiète les historiens », *Le Monde*, 3 octobre 2013, en ligne :

<http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/10/03/le-droit-a-l-oubli-numerique-inquiete-les-historiens_3489513_651865.html>.

⁴¹ Aubry c *Éditions Vice-Versa*, *op.cit.*, par 21.

⁴² Amy M Conroy, « Protecting Your Personality Rights in Canada: A Matter of Property or Privacy? » (2012) 1 *UWO J Leg Stud* 3.

l'utilisation de leurs données. En effet, les conditions d'utilisation de ces sites sont généralement fort larges et à l'avantage indéniable de l'entreprise. Ainsi, dans l'affaire *Douez v. Facebook*⁴³, la Cour a accepté la requête d'une femme qui souhaite entreprendre un recours collectif à l'encontre du célèbre réseau social. La requérante, Deborah Douez, affirme ainsi que Facebook a utilisé, sans leur consentement explicite, le nom et les photos de profil de ses utilisateurs à des fins publicitaires. Elle affirme qu'en procédant de la sorte, l'entreprise californienne a porté atteinte à l'article 3(2) du *Privacy Act*, qui se lit comme suit :

It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

Compte tenu des faits exposés devant elle, la Cour a estimé que la cause d'action était suffisante à ce stade, et que le recours devait être autorisé, surtout, précise-t-elle, lorsque l'on considère la portée et la durée de vie presque infinie des images disponibles sur Internet. Compte tenu des préjudices que des violations de la vie privée peuvent causer, elle a jugé que les habitants de la province avaient un intérêt plus que légitime à tenter de limiter l'utilisation abusive de leurs données personnelles par les géants de l'Internet⁴⁴.

Si la question en litige concerne essentiellement le degré de consentement réellement donné par les utilisateurs, il reste que l'affaire *Douez* pose également la question de l'impossibilité de contrôler l'information personnelle publiée par un individu une fois que celle-ci est diffusée sur Internet. Les suites de cette affaire sont donc susceptibles de soulever, au-delà des questions d'application juridictionnelle de la loi provinciale à une société américaine et d'expression du consentement⁴⁵, la problématique de l'impossible contrôle des données personnelles d'un individu une fois que celles-ci sont sur Internet.

Dans une autre affaire rendue quelques semaines plus tard, la Cour eut à se prononcer sur une requête demandant l'effacement de certains liens à un moteur de recherche. Le litige portait cette fois sur une atteinte à la propriété intellectuelle, où un industriel accusait un concurrent de continuer à vendre sur son site web, malgré de multiples injonctions, un produit contrefait en utilisant ses secrets de fabrications et en utilisant des techniques déloyales pour inciter les acheteurs à favoriser ce produit illégal⁴⁶. L'industriel a alors requis une injonction interlocutoire contre Google Canada – aucunement impliqué dans le litige – afin que le moteur de recherche cesse de

⁴³ *Douez v Facebook Inc*, 2014 BCSC 953, rendu le 30 mai 2014.

⁴⁴ *Ibid*, par 360-361.

⁴⁵ Mike Wagner and Yun Li-Reilly, « The Right to be Forgotten », 72 *Advocate Vancouver* 823 (2014), p 827.

⁴⁶ *Equustek Solutions Inc. v Jack*, 2014 BCSC 1063, par 1-9.

référencer le site web de vente du produit contrefait. La Cour accorda la demande d'injonction et enjoignit Google.ca de faire disparaître les liens litigieux des résultats produits par son moteur de recherche. En l'espèce, la décision ne fait pas référence au « droit à l'oubli », l'effacement des données relevant clairement de l'illégalité des pratiques commerciales du défendeur et non du droit d'un individu de faire effacer certaines données le concernant parce que celles-ci ne seraient plus pertinentes ou nécessaires. Néanmoins, la Cour s'appuie, dans son raisonnement, sur la décision de la CJUE dans l'affaire *Google Spain c. Gonzalez*⁴⁷ et démontre, ce faisant, une nette ouverture à la limitation, par les tribunaux, de l'accès à certaines informations rendues exponentiellement accessibles par l'action des moteurs de recherche.

Sans porter directement sur le « droit à l'oubli », tel que le conçoivent la Cour de justice de l'Union européenne ou le Parlement européen, ces deux décisions de la Cour suprême de Colombie-Britannique démontrent pourtant que la question de l'omniprésence et l'intemporalité des informations personnelles dans le monde numérique se pose avec acuité, tant en Europe qu'au Canada. Or, pour l'instant, bien que le développement, en common law, du délit d'intrusion dans la vie privée⁴⁸ soit également prometteur, il reste que la protection de la vie privée offerte aux citoyens par les lois et la common law canadienne est incomplète et que les tribunaux semblent, malgré toute leur bonne volonté, mal outillés pour garantir aux canadiens un certain contrôle sur les renseignements personnels qui les concernent.

Conclusion

Cet état des lieux de la protection des données personnelles sur Internet démontre bien que le droit à la vie privée ne peut plus être abordé uniquement comme un droit de la personnalité, donnant éventuellement ouverture à un recours en responsabilité civile. En effet, la jurisprudence de la CJUE et la démarche du Parlement européen en faveur du « droit à l'oubli » démontrent que le droit à la vie privée est également un droit fondamental en vertu duquel un individu peut revendiquer le contrôle des informations personnelles le concernant. L'instauration d'un « droit à l'effacement » des données personnelles semble ainsi être une conséquence logique de cette conception moderne de la vie privée.

Bien que le Canada, de par sa tradition juridique, soit plus enclin à faire primer le droit à l'information publique et à la liberté d'expression sur le droit à la vie privée, il nous semble que l'expérience européenne démontre que l'on ne peut négliger plus longtemps l'impact considérable qu'entraîne l'accès incroyablement facile, généralisé et intemporel aux données personnelles, tel que le permettent aujourd'hui les grands moteurs de recherche sur Internet. La jurisprudence canadienne récente semble d'ailleurs démontrer une certaine prise de conscience des difficultés soulevées, aujourd'hui, par la multiplication des données numériques relatives à chaque citoyen et par l'omniprésence qu'acquière ces données sur Internet. Le développement d'un

⁴⁷ *Ibid.* Voir notamment les par 57-60.

⁴⁸ La Cour ontarienne utilise l'expression « *intrusion upon seclusion* ». *Jones v Tinge, op.cit.*, note 36.

« droit à l'effacement » dans le cadre de la législation fédérale sur la vie privée, particulièrement lorsque l'accès illimité à ces données est susceptible de causer un préjudice à l'individu concerné, semble donc être un outil que l'on aurait tort de négliger. Néanmoins, l'introduction d'un « droit à l'oubli » au Canada, même limité, n'aura pourtant aucun sens si l'on ne réforme pas, par ailleurs, la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels en profondeur. Comme l'a souligné l'ex-commissaire à la vie privée, il est urgent de remédier au fait que la loi actuelle ne donne aucun réel pouvoir d'enquête ou de sanction au commissaire sur les agissements des entreprises qui effectuent le traitement de données à caractère personnel. En effet, ce n'est qu'une fois doté de tels outils que le Canada pourra imposer plus de transparence aux géants du Web et que l'on pourra envisager une protection réellement effective du droit à la vie privée des canadiens et canadiennes.