

ASSOCIATION
CANADIENNE
DU MARKETING

ACM



SYNTHÈSE DU RAPPORT — FÉVRIER 2022

Les écueils des lois sur la protection de la vie privée

Enseignements tirés de l'Union européenne

En 2022, le gouvernement du Canada devrait présenter un projet de loi pour faire avancer sa Charte numérique et renforcer les protections de la vie privée des consommateurs.

Cette loi remplacera une loi canadienne (la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, connue sous le nom de *LPRPDE*), qui a servi pendant plus d'une décennie de norme internationale pour la protection des renseignements personnels, mais qui doit maintenant être mise à jour.

L'Association canadienne du marketing (ACM) a préparé un rapport détaillé *Privacy Law Pitfalls - Lessons Learned from the European Union* qui compile des analyses critiques du Règlement général sur la protection des données (RGPD) adopté par l'Union européenne (UE) en 2018. Alors que le RGPD a amélioré les droits de protection des données et la sensibilisation des consommateurs, il s'est avéré au fil du temps être bien meilleur en théorie qu'en pratique. Ce rapport est une véritable mise en garde pour les législateurs canadiens.

L'expérience difficile de l'Union européenne avec sa loi sur la protection des données personnelles est l'une des principales raisons pour lesquelles l'Association canadienne du marketing préconise une approche différente, équilibrée et canadienne de la réforme de la Loi.

Contexte

La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)* a servi pendant plus d'une décennie de norme internationale pour la protection des renseignements personnels.

Les forces largement reconnues de la *LPRPDE* comprennent son énoncé d'objectif équilibré, qui englobe les énormes avantages sociaux et économiques de l'utilisation des données pour les Canadiens, tout en protégeant le droit des personnes à la vie privée. Son cadre fondé sur des principes a, pour l'essentiel, résisté à l'épreuve du temps. Elle offrait une souplesse considérable, permettant d'appliquer les protections de la vie privée à toute une série de technologies et d'applications en évolution constante.

Alors que le gouvernement canadien se prépare à remplacer la *LPRPDE* par une loi offrant une protection renforcée à l'ère numérique, il a l'occasion de se doter à nouveau d'une loi qui servira de modèle au monde entier. Les décideurs canadiens doivent s'assurer que toute nouvelle loi n'est pas simplement importée d'une autre juridiction, mais plutôt qu'elle reflète et soutient les conditions, les pratiques et les attentes locales, dans le but d'obtenir une protection équivalente de la vie privée plutôt que de s'aligner sur l'approche législative d'une autre juridiction.

Notamment, alors que la loi, Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'Union européenne (UE), a considérablement fait bouger les choses en ce qui concerne la protection des données et la sensibilisation, depuis sa création en 2018, il est de plus en plus admis que les lacunes du RGPD ont entraîné d'importantes conséquences involontaires qui ont des effets négatifs sur les gouvernements, les consommateurs et les organisations. Ce sont des pièges que les décideurs d'autres gouvernements seraient bien avisés d'éviter.

Le présent rapport documente les principaux pièges du RGPD. Il se veut un avertissement pour le Canada dans le cadre de la réforme de ses lois sur la protection de la vie privée. En évaluant la pertinence des dispositions du RGPD, les responsables politiques canadiens doivent tenir compte des éventuels effets négatifs de la nouvelle loi sur l'économie canadienne, en particulier à un moment où l'innovation en matière de données est essentielle à la croissance économique et à la compétitivité à long terme.

Les petites et moyennes entreprises (PME), qui constituent l'épine dorsale de l'économie canadienne, seraient parmi les plus touchées par l'importation de certaines dispositions du RGPD au Canada. Selon une récente enquête menée auprès de plus de 1 000

PME canadiennes¹, la capacité à exploiter les données sur les consommateurs pour communiquer régulièrement et de manière personnalisée et pertinente avec les clients a été citée comme le principal moyen pour les PME d'obtenir et de conserver la confiance et la fidélité des consommateurs pour résister à la pandémie. Les exigences en matière de protection de la vie privée qui ne tiennent pas compte de leur incidence sur les PME pourraient s'avérer débilantes en raison des capitaux requis et des limitations de leur capacité à s'automatiser et à s'optimiser. Les PME n'ont pas facilement accès à des conseils juridiques et à une représentation pour s'y retrouver dans les méandres d'une loi trop prescriptive et inutilement restrictive, ce qui rend plus difficile pour elles d'utiliser des données pour innover et être compétitives.

Les propriétaires de petites entreprises au Canada sont extrêmement préoccupés par les coûts liés à la réglementation; il s'agit d'ailleurs de l'une de leurs principales inquiétudes. En 2020, les petites entreprises canadiennes ont dépensé un total de 38,8 milliards de dollars canadiens pour assurer leur conformité et remplir les formalités administratives découlant de la réglementation des trois paliers de gouvernement (municipal, provincial et fédéral).² Les propriétaires d'entreprises estiment que ce montant, qu'ils ont attribué à la « paperasserie » — un euphémisme pour désigner une réglementation excessive³ — peut être réduit de près d'un tiers (10,8 milliards de dollars canadiens). Au Canada, les plus petites entreprises paient déjà les coûts les plus élevés pour assurer leur conformité réglementaire globale (y compris la protection de la vie privée et d'autres types de réglementation des entreprises, avec un coût énorme par employé de 7 023 dollars canadiens par an pour les entreprises de moins de cinq employés). C'est beaucoup plus que les 1 237 dollars canadiens par an que paient les entreprises de plus de 100 employés.⁴

En évaluant la pertinence d'inclure des dispositions dérivées du RGPD dans la loi canadienne, le Canada doit tenir compte du contexte de ces dispositions dans l'UE, de leur efficacité par rapport à l'expérience européenne, de la pertinence de telles dispositions au Canada et de l'incidence des conséquences involontaires qui en découleraient sur l'économie canadienne et les attentes des consommateurs, en particulier au moment où le pays se prépare à la reprise et à l'expansion économiques.

¹ *The State of Small and Medium Businesses in 2021*, Phase 5, 2021.

² *Rapport sur la paperasserie au Canada (6e édition) : Le coût de la réglementation pour les PME*, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI), 2021. Résultats basés sur l'enquête de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) sur la réglementation et la paperasserie, réalisée en 2020 (n=4 603).

³ *Ibid.*

⁴ *Rapport sur la paperasserie au Canada (6e édition) : Le coût de la réglementation pour les PME*, FCEI, 2021. FCEI, 2021. Calculs basés sur l'enquête de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) sur la réglementation et la paperasserie, réalisée en 2020, (n=4 603) and les données de Statistique Canada.

Conclusions des recherches

Bien que le cadre du RGPD ait représenté une avancée significative en attirant l'attention sur la vie privée et la protection des données dans le monde entier, en instaurant de nouveaux droits à la vie privée pour les consommateurs et en renforçant les exigences et les sanctions en matière de protection des données, après plus de trois ans, force est de constater qu'il s'est avéré bien meilleur en théorie qu'en pratique. Le RGPD n'a atteint qu'une partie de ses objectifs. Beaucoup d'intervenants — y compris certains des rédacteurs initiaux du Règlement — ont relevé certains de ses aspects clés qui se sont révélés coûteux, impossibles à gérer ou d'un coût prohibitif sans apporter un avantage proportionnel en matière de protection de la vie privée.

Bien que la difficulté d'appliquer le RGPD, avec ses dispositions prescriptives et complexes, ait initialement donné lieu à des appels en faveur de l'accroissement du financement et des ressources pour la surveillance de la loi, les gens plaident maintenant pour une refonte fondamentale de la loi, de son interprétation et de son application. Johannes Caspar, qui a occupé le poste de commissaire à la protection des données de Hambourg, en Allemagne, pendant environ 12 ans, a déclaré en juin 2021 que « le modèle de base de la procédure mise en place par le RGPD présente des failles massives et ne peut tout simplement pas fonctionner. »⁵

D'autres pays ont déjà commencé à prendre des mesures pour éviter les pièges du RGPD. Par exemple, le Royaume-Uni a saisi l'occasion du Brexit pour faire marche arrière sur le RGPD en menant des consultations sur la façon dont il peut mettre en œuvre un « ... régime de données plus favorables à la croissance et à l'innovation. » Ce pays poursuit une approche reposant sur des principes qui soutient mieux le potentiel de son croissance économie numérique.

Le rapport complet, intitulé *Privacy Law Pitfalls - Lessons Learned from the European Union*, compile un nombre croissant de recherches et de commentaires sur les pièges du RGPD — y compris de la part de certains des rédacteurs originaux de la loi — dans les sept domaines suivants :

« Le modèle de base de la procédure mise en place par le RGPD présente d'énormes failles et ne peut tout simplement pas fonctionner. »

Johannes Caspar, commissaire à la protection des données, Hambourg, Allemagne.

⁵ [Europe's Data Law is Broken, Departing Privacy Chief Warns](#), Bloomberg, 2021.

1. Création d'une charge réglementaire écrasante :

Les gouvernements et les organismes de réglementation de l'ensemble de l'UE ont eu du mal à satisfaire aux exigences ardues du RGPD en matière d'interprétation, de surveillance et d'application. Alors que la loi visait à réduire la charge administrative de l'UE et à améliorer la coordination réglementaire, elle a entraîné une énorme augmentation des coûts permanents non anticipés pour les gouvernements de l'UE, ainsi que de la complexité réglementaire et des arriérés de travail.



Suite à une enquête menée auprès de 30 autorités de protection des données en Europe, seules neuf d'entre elles admettent avoir des ressources suffisantes.

Rapport Access Now.

2. Compromission de la capacité des organisations à innover et à contribuer à la croissance économique :

Des organisations européennes consacrent d'importantes ressources à la compréhension et à l'interprétation des dispositions complexes et normatives de la loi, au détriment d'activités qui renforceraient la protection de la vie privée et qui stimuleraient l'innovation. Face au fardeau de la mise en conformité, certaines organisations situées en dehors de l'UE ont localisé les flux de données ou cessé complètement de desservir le marché européen, ce qui se répercute sur la croissance économique, le commerce et les investissements.

Dans une enquête menée auprès de plus de 500 entreprises allemandes, les trois quarts ont déclaré que les projets innovants avaient échoué en raison des exigences du RGPD, et 86 % ont déclaré avoir mis fin à des projets en raison d'ambiguïtés avec le RGPD.

Rapport Bitkom.

3. Conséquences disproportionnées pour les petites et moyennes entreprises :

Les petites et moyennes entreprises (PME) ont été les plus durement touchées; elles ont eu de la difficulté à interpréter et comprendre la complexité de la loi, malgré des investissements importants pour assurer leur conformité au RGPD. Leur survie dépendant fortement des données des consommateurs, il est essentiel que les PME disposent des outils et des moyens nécessaires pour intégrer pleinement les connaissances et les pratiques de protection de la vie privée, plutôt que de s'engager dans des exercices visant à cocher des cases.

4. Création de complexités pour les consommateurs :

En plus d'une réduction de la disponibilité des biens et services qui leur sont proposés, les consommateurs de l'UE souffrent d'une « fatigue du consentement » accrue, étant moins susceptible d'examiner attentivement les avis et de prendre des décisions en toute connaissance de cause. Ils sont également confrontés à une procédure de résolution des plaintes lente et excessivement complexe.

5. Production d'autres inefficacités et conséquences involontaires :

- **Manque de proportionnalité** : Le RGPD ne fait pas de distinction effective entre les questions de protection de la vie privée dans le secteur privé et dans le secteur public, ni entre les applications et les activités à faible et à haut risque. Ce manque de distinction réduit l'efficacité de la réglementation.
- **Complexité et rigidité** : Le RGPD a été rédigé à partir d'hypothèses dépassées sur la nature du traitement des données et est excessivement complexe, ce qui rend son interprétation et son application difficiles pour les avocats spécialisés dans la protection de la vie privée, sans parler de l'organisation moyenne.
- **Utilisation disproportionnée du cadre des droits de la personne** : L'utilisation d'une approche unique axée sur les droits de la personne pour réglementer toute utilisation de renseignements personnels, par toutes les parties, dans tous les contextes, est erronée et potentiellement préjudiciable à un certain nombre d'autres objectifs sociétaux.

« Le RGPD ne parvient pas à clarifier que la protection des données n'est pas un droit fondamental absolu, mais qu'elle doit... être équilibrée avec d'autres droits fondamentaux ou intérêts comme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, la liberté d'entreprise ou la liberté de la presse. »

Axel Voss, Membre du Parlement européen impliqué dans la rédaction originale du RGPD.

6. Suppression des technologies émergentes :

Le RGPD continue d'avoir un effet dissuasif sur la croissance des technologies émergentes, de nombreuses entreprises de l'UE préférant freiner leurs efforts d'innovation en matière de données personnelles ou concrétiser leurs idées dans des États moins restrictifs. Bien que le RGPD se veuille neutre sur le plan technologique, la loi et ses concepts sont incompatibles avec de nombreux nouveaux développements technologiques, notamment l'intelligence artificielle et la prise de décision automatisée.

7. Entrave aux affaires transfrontalières :

Bien que le RGPD dispose théoriquement de plusieurs mécanismes pour permettre les flux internationaux de données à l'intérieur et à l'extérieur de l'UE, seuls trois sont effectivement utilisés. Par conséquent, les flux de données internationaux sont menacés, ce qui risque de séparer l'Union européenne du reste du monde. On peut se demander si le système complexe d'adéquation de l'UE offre une véritable protection supplémentaire de la vie privée par rapport aux normes en vigueur dans d'autres endroits.

Ces dangers soulignent l'importance de veiller à ce que la loi canadienne sur la protection de la vie privée continue d'être ancrée dans un cadre législatif fondé sur des principes, administrativement viable, qui repose sur une approche neutre sur le plan technologique et sectoriel, contribuant ainsi à assurer une certaine souplesse face à l'évolution rapide des technologies, des modèles commerciaux et des attentes des consommateurs. Ils illustrent également l'importance de faire en sorte que la loi sur la protection de la vie privée demeure guidée par un énoncé d'objectif équilibré qui permet aux organisations d'utiliser les renseignements personnels pour mener leurs affaires essentielles d'une manière qui améliore la vie des gens, tout en protégeant leur droit à la vie privée.

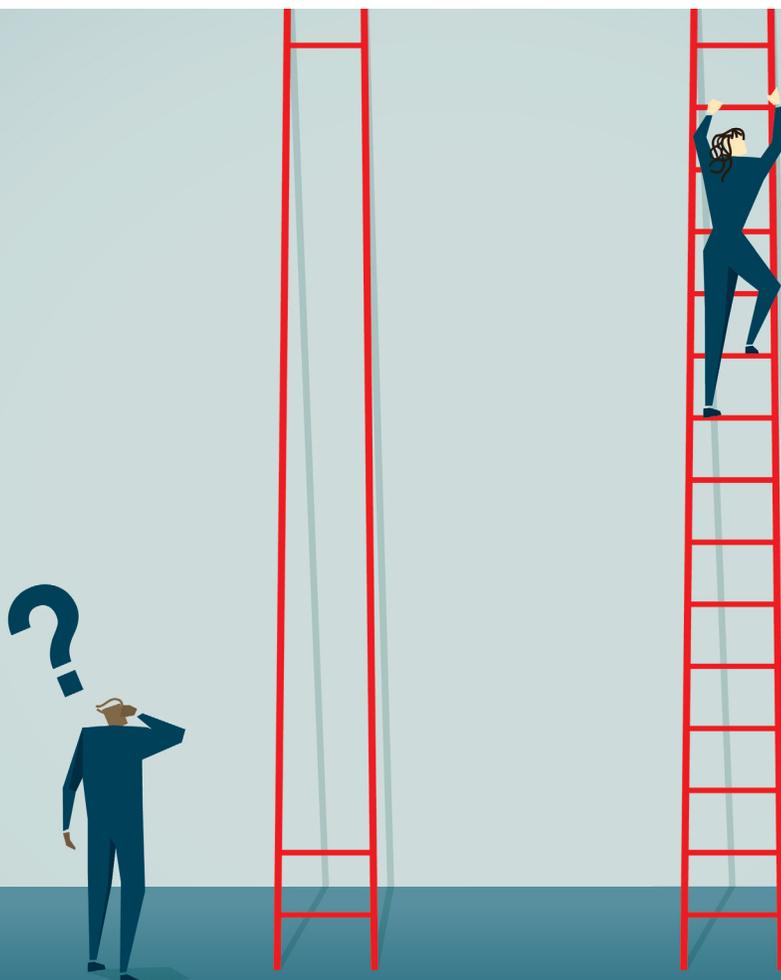


Conclusion

Les écueils du RGPD ont involontairement nui aux gouvernements, aux consommateurs et aux organisations. Alors que le gouvernement canadien cherche à réformer sa propre loi sur la protection de la vie privée dans le secteur privé, il y a beaucoup à apprendre de cet exemple, qui se veut une mise en garde.

Une approche toute canadienne de la réforme de la protection de la vie privée, qui trouve le juste milieu entre la protection efficace de la vie privée et les énormes avantages sociaux et économiques des données pour les Canadiens, permettra au Canada de retrouver sa réputation de chef de file mondial de la protection de la vie privée des citoyens tout en favorisant l'innovation par le monde des affaires.

Les résultats détaillés de la recherche peuvent être consultés dans le rapport complet (en anglais); pour y accéder, [cliquez ici](#).



Sources

Les sources de recherche citées dans le rapport sont listées dans l'ordre dans lequel elles apparaissent dans le rapport complet.

- [The State of Small and Medium Businesses in 2021, Phase 5, 2021.](#)
- Marvin Cruz, Keyli Kosiorek, Laura Jones et Taylor Matchett, [Rapport sur la paperasserie au Canada \(6e édition\) : Le coût de la réglementation pour les PME](#), Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI), 2021.
- Stephanie Bodoni, [Europe's Data Law Is Broken, Departing Privacy Chief Warns](#), Bloomberg, 2021.
- [Data: A new direction](#), Department for Digital, Culture, Media & Sport, GOV.UK, 2021.
- [POSITION PAPER: GDPR-Evaluation 2020: DDV calls for the removal of obstacles to innovation and bureaucracy](#), Deutscher Dialogmarketing Verband (DDV), 2020.
- [Contribution of the EDPB to the evaluation of the GDPR under Article 97](#), European Data Protection Board (EDPB), 2020.
- Johnny Ryan and Alan Toner, [Europe's governments are failing the GDPR](#), Brave, 2020.
- Estelle Massé, [Two Years Under the EU GDPR](#), Access Now, 2020.
- [ICO warns on over-reporting of data breaches](#), Pinsent Masons, 2018.
- Catherine Stupp, [European Privacy Regulators Find Their Workload Expands Along With Authority](#), The Wall Street Journal, 2019.
- Müge Fazlioglu, [IAPP-EY Annual Privacy Governance Report 2021](#), The International Association of Privacy Professionals (IAPP), 2021.
- [The Cost of Continuous Compliance](#), DataGrail, 2020.
- Alan McQuinn and Daniel Castro, [The Costs of an Unnecessarily Stringent Federal Data Privacy Law](#), Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), 2019.
- Diana McLachlan, [GDPR is here – And your Canadian business is likely impacted](#), National Public Relations, 2018.
- [Une amende de 525,000 d'euros en vertu du RGPD: un signal fort pour les entreprises sans établissement en Europe](#), Fasken, 2021.
- [Ninety-two percent of European businesses are unprepared for GDPR](#), RSM, 2017.
- Oliver Smith, [The GDPR Racket: Who's Making Money From This \\$9bn Business Shakedown](#), Forbes, 2018.

- The Race to GDPR: A Study of Companies in the United States & Europe, IAPP, 2018. Study independently conducted by Ponemon Institute LLC and sponsored by McDermott Will & Emery LLP.
- Datenschutz setzt Unternehmen unter Dauerdruck, Bitkom, 2021.
- Susanne Dehmel, Datenschutz als Daueraufgabe für die Wirtschaft: DS-GVO & internationale Datentransfers, Bitkom, 2021.
- GDPR Small Business Survey, GDPR.EU, 2019.
- GDPR still a mystery to SMEs: the risks of non-compliance, Hiscox, 2019.
- Mark Scott, Laurens Cerulus, Laura Kayali, Six months in, Europe's privacy revolution favors Google, Facebook, POLITICO, 2018.
- Aryamala Prasad, Two Years Later: A look at the Unintended Consequences of GDPR, Regulatory Studies Centre, The George Washington University, 2020.
- Jian Jia and Liad Wagman, The One-Year Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on European Ventures, The Data Catalyst Institute (DCI), 2020.
- Rani Molla, The cost of an ad-free internet: \$35 more per month, Vox, 2019.
- Estelle Massé, Three Years Under the EU GDPR, Access Now, 2021.
- Katherine M. Wilcox, "Hey Alexa, Do Consumers Really Want More Data Privacy?": An Analysis of the Negative Effects of the General Data Protection Regulation, Brooklyn Law Review, 2019.
- Does the GDPR Enhance Consumers' Control over Personal Data? An Analysis from a Behavioural Perspective, Journal of Consumer Policy, 2018.
- GDPR One Year On, Ipsos, 2019.
- Natasha Lomas, Most EU cookie 'consent' notices are meaningless or manipulative, study finds, TechCrunch, 2019.
- Oksana Kulyk, Nina Gerber, Annika Hilt, Melanie Volkamer, Has the GDPR hype affected users' reaction to cookie disclaimers?, Journal of Cybersecurity, Oxford University Press, 2020.
- Axel Voss, Fixing the GDPR: Towards Version 2.0, Axel Voss, 2021.
- Eline Chivot and Daniel Castro, What the Evidence Shows About the Impact of the GDPR After One Year, Centre for Data Innovation, 2019.
- James Manyika, Susan Lund, Jacques Bughin, Jonathan Woetzel, Kalin Stamenov, Dhruv Dhingra, Digital Globalization: The New Era Of Global Flows, McKinsey & Company, 2016.

Au sujet de l'Association canadienne du marketing

L'objectif de l'ACM est d'encourager les spécialistes du marketing à influencer sur le monde canadien des affaires. Nous offrons à nos membres, d'un bout à l'autre du pays, la possibilité de se perfectionner sur le plan professionnel, en faisant preuve de leadership en matière de marketing, en établissant des réseaux solides et en renforçant le climat réglementaire pour la réussite des entreprises. Notre désignation de spécialiste du marketing agréé (SMA) garantit que les personnes qui portent ce titre sont hautement qualifiées et suivent les meilleures pratiques actuelles, comme le reflète le Code de déontologie et des normes de pratique. Nous représentons pratiquement tous les grands secteurs d'activité du Canada, ainsi que toutes les disciplines, canaux et technologies de marketing. Notre Centre des consommateurs aide les Canadiens à mieux comprendre leurs droits et obligations.

thecma.ca