

Un repas gratuit, ça n'existe pas :
Les contrats de consommation et les services
« gratuits »



Rédigé par : Kent Sebastian
Le Centre pour la défense de l'intérêt public (CDIP)
1, rue Nicholas, bureau 1204
Ottawa (Ontario)
K1N 7B7

Mars 2014

Tous droits réservés © CDIP, 2014

Il est interdit de reproduire ce document à des fins commerciales, mais sa reproduction à d'autres fins est encouragée, à condition que la source soit citée.

Le Centre pour la défense de l'intérêt public
(CDIP)
Bureau 1204
1, rue Nicholas
Ottawa (Ontario)
K1N 7B7

Tél. : (613) 562-4002 Télécopieur : (613) 562-0007
Courriel : piac@piac.ca Site Web : www.piac.ca

Données de catalogage avant publication (Canada)

Un repas gratuit, ça n'existe pas : les contrats de consommation et les services « gratuits »

Remerciements

Le Centre pour la défense de l'intérêt public tient à remercier Industrie Canada dont le financement a servi à mener les recherches sur lesquelles repose le présent rapport. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Industrie Canada ni du gouvernement du Canada.

L'auteur tient également à remercier John Lawford pour son aide et son orientation dans la rédaction du présent rapport.

Résumé

Les consommateurs accèdent à une multitude de services en ligne qui sont désignés « gratuits » pour l'utilisateur moyen. Ces services vont des appels gratuits (Skype) au stockage de données (flickr, YouTube, Dropbox), en passant par le maintien de coordonnées personnelles (Facebook, LinkedIn). Toutefois, à l'ère où les entreprises Web qui fournissent de tels services souhaitent de plus en plus monétiser leurs entreprises, les consommateurs peuvent être en fin de compte les vrais perdants de cet échange; bien que les pertes du consommateur ne soient pas de nature financière, l'utilisation de leurs renseignements soulève des enjeux de protection de la vie privée et de l'utilisation des métadonnées afin de diriger les publicitaires vers les publics cibles d'intérêt. Alors que ces services paraissent gratuits, il y aurait en fin de compte un coût.

Les intérêts des consommateurs dans l'utilisation des services sont souvent subordonnés à des considérations commerciales. Cela est d'autant plus étayé par les conditions d'utilisation associées à ces services — souvent d'une nature restrictive pour le consommateur et qui accorde aux entreprises une capacité asymétrique d'utiliser et de monétiser les données, tout en donnant bien peu de recours aux utilisateurs en cas de litige. En outre, en raison de la définition juridique limitée du terme « consommateur » inscrite dans de nombreuses lois provinciales de protection du consommateur adoptées afin de protéger les citoyens contre ce type de contrat, les droits des utilisateurs des services gratuits sont largement annulés.

Le présent document porte sur la multitude d'enjeux découlant de l'utilisation des services gratuits par les consommateurs : juridique, juridictionnel et définitoire. Les attitudes des consommateurs, les régimes juridiques et la jurisprudence seront examinés en vue de mieux comprendre la position des consommateurs qui utilisent les services gratuits en ligne.

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| Remerciements | 3 |
| Résumé | 4 |
| Introduction | 6 |
| Que sont les services « gratuits »? | 9 |
| Problèmes associés aux services « gratuits » | 13 |
| Conflit fondamental entre les intérêts des entreprises et les intérêts des utilisateurs | 13 |
| Préoccupations relatives à la protection de la vie privée et à l'utilisation des renseignements personnels..... | 16 |
| Discrimination | 22 |
| Les enfants et les services « gratuits »..... | 24 |
| Les utilisateurs ont peu de possibilités de se soustraire aux pratiques d'un service « gratuit »..... | 26 |
| Des problèmes associés aux services « gratuits » se manifestent : <i>St-Arnaud c. Facebook Inc.</i> | 30 |
| <i>St-Arnaud c. Facebook Inc.</i> | 30 |
| Procès aux États-Unis | 32 |
| Enjeux juridiques axés sur le consommateur | 35 |
| Le droit contractuel et les conditions d'utilisation | 35 |
| Notions contractuelles élémentaires | 35 |
| Conditions d'utilisation | 36 |
| Contrats d'achat au clic et conclusion de contrat en ligne..... | 37 |
| Dispositions contraires aux intérêts des consommateurs | 39 |
| Compétence | 42 |
| Droit relatif à la protection du consommateur | 43 |
| Droit relatif au respect de la vie privée | 47 |
| Droit de la concurrence..... | 52 |
| Conclusion et recommandations | 55 |
| Annexe A – Rapport d'Environics sur le groupe de discussion | 58 |

Introduction

Dans un modèle de gestion classique, un consommateur doit fournir un paiement pour le produit ou le service qu'il utilise. La croissance d'Internet a mené à la mise au point de nouveaux modèles commerciaux axés sur le ciblage du plus vaste auditoire possible et mettre à profit les économies d'échelles. Les percées technologiques ont fait diminuer considérablement le coût de l'infrastructure nécessaire aux entreprises en ligne — la puissance de traitement, l'entreposage et la bande passante. Les entreprises en ligne comme telles peuvent désormais se permettre d'offrir leurs services sans paiement initial de la part du consommateur. Dans bien des cas, les consommateurs peuvent continuer à utiliser un service sans jamais devoir le payer directement.

Cependant, ces services « gratuits » en ligne exigent tout de même un important investissement monétaire initial. Alors que leur infrastructure peut être en mesure d'accueillir un grand nombre d'utilisateurs non payants, à un moment donné, ces entreprises ont besoin d'une source de revenus. Puisque les utilisateurs se sont habitués à l'utilisation d'un service sans paiement, ils sont peu susceptibles de commencer à payer afin d'obtenir les mêmes bénéfices gratuits qu'ils reçoivent depuis leur première utilisation du service. Les entreprises doivent ensuite se tourner vers d'autres moyens de monétiser leur base d'utilisateurs.

Et c'est ainsi qu'est né le modèle opérationnel des services « gratuits » : un service gratuit qui exige des utilisateurs qu'ils fournissent une certaine valeur non monétaire, qui est ensuite monétisée par l'entreprise. Cette monétisation peut prendre de nombreuses formes, par exemple, comme Chris Anderson décrit dans son article intitulé « Free! Why \$0.00 Is the Future of Business¹ » [C'est gratuit! Pourquoi 0,00 \$ serait l'avenir du monde des affaires] : « Freemium » [service gratuit augmenté en échange d'un supplément] où les utilisateurs des services gratuits sont persuadés d'acheter une mise à niveau à la version payée d'un service qui propose des ressources supplémentaires ou une autre valeur ajoutée; « publicité » où les renseignements fournis par les utilisateurs au service sont utilisés afin de cibler des publicités personnalisées durant leur utilisation du service; ou « l'échange de main-d'œuvre » par lequel les utilisateurs qui effectuent un travail impayé qui apporte une valeur au service (ou un autre service proposé par la même entreprise).

Ce modèle opérationnel peut profiter grandement aux consommateurs, cependant ces services posent également de nouveaux problèmes. Les conditions régissant l'utilisation du service constituent des « contrats d'adhésion » — vous devez accepter les conditions telles quelles ou vous ne pouvez pas utiliser le service en question. Pratiquement toutes ces ententes contiennent un agencement quelconque de dispositions contraires aux intérêts du consommateur : clauses d'élection de for, arbitrage obligatoire, interdiction d'intenter un recours collectif et la capacité d'apporter des modifications unilatérales au contrat. Puisque les services

¹ Chris Anderson, « Free! Why \$0.00 Is the Future of Business » (25 février 2008), Internet : http://www.wired.com/techbiz/it/magazine/16-03/ff_free?currentPage=all.

en ligne sont souvent établis dans un seul territoire de compétence, mais accessibles à l'échelle mondiale, si une entreprise enfreint ses conditions d'utilisation ou cause tout autre préjudice civil, les consommateurs peuvent être relégués à une position inéquitable en cas de litige ou n'avoir vraisemblablement aucune voie de recours.

Les lois de protection du consommateur ont été adoptées particulièrement afin de répondre aux préoccupations au sujet de la fixation des prix et de la concurrence. Il est irréaliste d'affirmer « ne pas utiliser le service si les conditions vous déplaisent » lorsqu'en réalité, toutes les entreprises de l'industrie préconisent la même politique ou les consommateurs ignoraient que ces dispositions injustes figuraient dans les conditions d'utilisation. Ainsi, les lois de protection du consommateur annulent généralement ce type de clause, ce qui donne au consommateur une chance équitable devant les tribunaux contre une entité commerciale sophistiquée.

Toutefois, les services « gratuits » ne sont généralement pas assujettis à la plupart de ces règles selon les définitions prévues par les lois de protection du consommateur — les mesures de protection ne s'appliquent qu'aux opérations fondées sur un paiement. Une affaire récemment tranchée au Québec fait valoir que puisque l'adhésion à Facebook et l'utilisation du site sont gratuites, les conditions d'utilisation ne constituent pas un « contrat de consommation » et le plaignant n'a pu bénéficier des mesures de protection du consommateur prévues par le Code civil du Québec. La *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario renferme une définition semblable visant la « convention de consommation » — convention que le fournisseur conclut avec le consommateur selon laquelle il convient de fournir des marchandises ou des services *moyennant paiement*. Au vu de ces définitions qui empêchent l'application des lois de protection du consommateur aux services « gratuits », il sera extrêmement difficile pour un consommateur de responsabiliser un service « gratuit » sans changements aux lois régissant les fiducies.

Le présent rapport se penche sur le phénomène grandissant des services « gratuits », les problèmes que ceux-ci posent aux consommateurs et les lacunes des lois et du cadre juridique en place dans la résolution des problématiques soulevées par ce type de services. Les consommateurs peuvent certainement tirer parti des services « gratuits » et certains utilisateurs ne rencontreront peut-être aucun problème examiné dans le présent rapport. Toutefois, un système ne devrait jamais être jugé uniquement en fonction de son fonctionnement optimal — en cas de litiges, les consommateurs ont besoin de lois et de réglementation afin d'être sur un pied d'égalité avec les entreprises qui rentabilisent la valeur ajoutée créée par le consommateur.

Les recherches menées dans le cadre du présent rapport s'appuient sur plusieurs méthodologies. Les différents sites Web mentionnés ont fait l'objet de recherches en vue de mieux comprendre la gamme de services offerts aux consommateurs. Les enjeux juridiques et juridiques ont été évalués par voie d'analyse des lois actuelles et de la jurisprudence dans ce domaine. Des enquêtes ont également été menées auprès des consommateurs dans le cadre de trois groupes de discussion tenus au début de 2013. Les participants à ces groupes de discussion ont été interrogés sur : les services considérés comme gratuits; les impressions des

consommateurs à l'égard de la divulgation de leurs renseignements personnels (ou autres) afin de recevoir des services gratuits; et les droits qu'ils estiment détenir tout au long de leur utilisation de ces services.

Que sont les services « gratuits » ?

Le présent rapport utilisera la définition suivante pour désigner un service « gratuit » : *un service en ligne gratuit qui monétise la valeur fournie par les utilisateurs*. Cette définition se concentre sur les activités de ce type de service et sur son modèle de gestion global dans la mesure où il se rapporte aux utilisateurs du service. Chacun des concepts contenus dans la définition sera exposé et exploré.

Les problèmes posés par les services « gratuits », tel qu'il sera abordé plus loin dans le présent rapport, sont principalement attribuables aux avancées technologiques dont dépend, a priori, leur existence. Ainsi, notre étude s'intéresse aux seuls services *en ligne* « gratuits ». Du point de vue d'une entreprise, malgré le coût d'achat toujours prohibitif d'un nombre suffisant de serveurs afin de permettre l'accès à des centaines de milliers d'utilisateurs, de grands fournisseurs axés sur l'infonuagique² font désormais en sorte que même les microentreprises sont en mesure d'élaborer et de déployer une plateforme en ligne qui peut servir un auditoire planétaire. De même, l'exploitation des technologies du Web autorise toute plateforme de la sorte à recueillir des renseignements sur les habitudes des utilisateurs lors de leur utilisation du service, sans que l'utilisateur n'en ait jamais connaissance. Ces préoccupations sont nouvelles et ne se présentent pas selon une ampleur comparable dans le contexte hors ligne.

Comme le nom l'implique, un service « gratuit » est fourni sans que l'utilisateur ne doive verser une somme monétaire au fournisseur du service aux fins d'accès et d'utilisation de ce service. Cela ne revient pas à dire que le service doit être entièrement gratuit ou qu'un utilisateur ne peut *jamais* payer une partie quelconque du service, mais que les principales caractéristiques de celui-ci doivent être accessibles sans frais. Cette stratégie permet aux fournisseurs de services d'encourager facilement de nouveaux Internauts à adhérer au service et d'augmenter rapidement leur nombre d'utilisateurs. Cette réalité donne lieu à la plus importante composante d'un service gratuit : la valeur ajoutée à la plateforme apportée par les utilisateurs.

Typiquement, un service « gratuit » sera d'abord exploité sous forme d'une plateforme « strict minimum » qui permet aux utilisateurs de soumettre une forme de contenu. Les utilisateurs sont habituellement attirés vers la plateforme par les fonctionnalités proposées par les fournisseurs du service en plus du contenu. À mesure que s'accroît le nombre d'utilisateurs de la plateforme, la quantité de contenu soumis augmente, tout comme la valeur de la plateforme. Un fournisseur de service peut verser son propre contenu, mais au vu d'une base d'utilisateurs grandissante, la valeur apportée par les utilisateurs mis à contribution éclipse toute mesure éventuellement générée par le fournisseur de service. La valeur du service en soi devient donc la valeur qu'ont fourni et que continuent à fournir les utilisateurs au fil du temps. Le fournisseur de service met en place l'infrastructure, l'utilisateur crée la valeur ajoutée.

² Par exemple, services Web Amazon (<http://aws.amazon.com/>), et réseau de distribution du contenu de CloudFlare (<https://www.cloudflare.com/>).

En tant qu'entreprises, les fournisseurs de services doivent ensuite trouver un moyen de monétiser cette valeur. Les entreprises existent tout d'abord pour faire de l'argent et si les utilisateurs ne paient pas directement des frais d'utilisation, l'entreprise doit faire appel à la valeur de sa plateforme afin de générer des recettes. L'exploitation d'un service Web à grande échelle sous-tend tout de même d'importants coûts de fonctionnement continus et, sans possibilité de monétiser les services, les réserves financières d'une entreprise risquent de s'épuiser en fin de compte.

Le meilleur exemple de ce processus est l'essor et la popularité de Facebook. De prime abord, Facebook a donné aux gens une structure de publication de leurs photos personnelles, de même que la possibilité de trouver des personnes qui ont des centres d'intérêt commun et de communiquer avec des amis. L'utilité de la plateforme résidait dans la capacité à joindre d'autres utilisateurs. À mesure que de plus en plus d'utilisateurs ont partagé leurs renseignements et ont rejoint d'autres utilisateurs sur Facebook, la valeur de ces données a crû proportionnellement aux yeux des publicitaires. Facebook est maintenant une société cotée en bourse dont la capitalisation boursière correspond à quelque 93 milliards \$³, une part importante des revenus de la société étant attribuable à la publicité⁴. La valeur apportée par les utilisateurs à Facebook — à savoir, leurs renseignements personnels — a éclipsé la valeur initialement déboursée par Facebook aux fins du lancement de sa plateforme.

Un autre exemple de service « gratuit » est le site de critiques Yelp. La plateforme Yelp recueille des renseignements sur les entreprises dans certaines municipalités et permet aux utilisateurs du site de laisser une cote d'évaluation sur cinq étoiles et un message qui relate leur expérience de l'entreprise. Comme Facebook, Yelp assure la prestation de la plateforme et d'un répertoire d'entreprises, mais la valeur réelle du service réside dans les recommandations ou les mises en garde fournies par les utilisateurs à l'égard des entreprises locales. Yelp est désormais aussi une société cotée en bourse, la majorité de ses revenus proviennent de sources publicitaires⁵ et approximativement 102 millions d'internautes uniques auraient consulté le site durant le premier trimestre 2013⁶. Sans les avis des utilisateurs, la plateforme n'est qu'un simple répertoire — la valeur du site Web est apportée par les utilisateurs, puis monétisée par l'entreprise.

En effet, presque tous les services les plus populaires en ligne aujourd'hui sont « gratuits », par exemple : Youtube, Gmail, Twitter, Instagram, Reddit, Pinterest, LinkedIn, les plateformes de

³ Google Finance, « NASDAQ: FB » (Consultation le 7 août 2013), Internet : <http://www.google.ca/finance?client=ob&q=NASDAQ:FB>.

⁴ 84 % des revenus de plus de 5 milliards \$ de Facebook en 2012 découlait des publicités, voir : Facebook Inc, « Form 10-K » (1^{er} février 2013), Internet : <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680113000003/fb-12312012x10k.htm> p. 14.

⁵ Yelp Inc, « SEC Filings 10-K » (27 février 2013), Internet : <http://www.yelp-ir.com/phoenix.zhtml?c=250809&p=irol-SECText&TEXT=aHR0cDovL2FwaS50ZW5rd2l6YXJkLmNvbS9maWxpbnmcueG1sP2lwYWdlPTg3NTU1NjQmRFNFUT0wJINFUT0wJINRREVTQz1TRUNUSU9OX0VOVEISRZzdWJzaWQ9NTc%3d> p. 2.

⁶ Yelp, « About Us » (Consultation le 3 juillet 2013), Internet : <http://www.yelp.ca/about>.

blogue telles que WordPress, Blogger et Tumblr, Skype, Spotify, Vine, Dropbox, flickr et Pandora, pour n'en nommer que quelques-unes.

Si ces types de services sont gratuits, c'est-à-dire qu'ils n'exigent aucun paiement, cela n'écarte pas pour autant un éventuel coût. Les utilisateurs donnent à ces services des éléments de valeur, qu'ils en aient conscience ou non. Dans la plupart des cas, il s'agit de renseignements personnels fournis volontairement au service : nom, date de naissance, préférences et autres données démographiques qui peuvent servir à personnaliser les publicités ciblant une personne donnée. Autrement, il peut s'agir du suivi des habitudes de navigation d'un utilisateur sans que celui-ci en ait expressément connaissance, par le biais des technologies de suivi Web⁷. Même la simple capacité de joindre une personne avec la possibilité d'accéder à son réseau d'amis est une possibilité dont les annonceurs (ou les utilisateurs malveillants) ne disposeraient pas autrement et représente, par le fait même, une valeur. Un « service hors ligne » peut également avoir accès à ce type d'information; or, puisque leur modèle de fonctionnement ne *dépend* pas de la monétisation de ces renseignements, et vu qu'une collecte d'information sur cette même échelle serait considérablement plus difficile à mettre en œuvre, les possibilités d'abus sont bien inférieures de ce fait.

Comme le montrent les exemples, la monétisation de la valeur des plateformes d'entreprises s'exerce par voie publicitaire. Par contre, il ne s'agit pas pour autant de la seule méthode employée à cet effet. Un article rédigé par Chris Anderson dans le magazine WIRED⁸, ainsi qu'une page wiki créée par les lecteurs de WIRED⁹, décrivent plusieurs moyens par lesquels les services « gratuits » pourraient monétiser leurs plateformes. Parmi les méthodes citées, notons : facturer une prime d'abonnement à un service amélioré (également désigné « freemium »), mettre à profit les efforts déployés par les utilisateurs aux fins d'autres services (échange de main-d'œuvre), octroyer des licences visant le contenu soumis par les usagers, les recommandations d'utilisateurs (p. ex. articles recommandés par Facebook), demander un don aux utilisateurs, voire même vendre directement l'information des utilisateurs à d'autres parties (compagnies vendeuses, courtiers en données). Selon le type de plateforme et de valeur créées par les utilisateurs, les possibilités de monétisation des services « gratuits » sont infinies.

Ces perspectives de monétisation justifient précisément les prévisions de Chris Anderson selon lesquelles « l'avenir du commerce » appartient aux services facturés « 0,00 \$ ». Tant qu'un service a suffisamment d'attrait et propose une valeur initiale adéquate aux utilisateurs, les plateformes peuvent s'accroître naturellement et atteindre une taille gigantesque sans nécessiter d'autres investissements importants. Une fois que ces plateformes ont amassé une masse critique d'utilisateurs, peu importe la nature de leur service, la publicité peut générer des recettes. Si une plateforme se prête à un type d'information ou de contenu particulier, elle peut

⁷ Pour un examen détaillé du suivi en ligne, voir le rapport antérieur du CDIP : Janet Lo, « A 'Do Not Track List' for Canada? » (octobre 2009), Internet : <http://www.piac.ca/files/dntl_final_website.pdf>.

⁸ Anderson, *supra* note 1.

⁹ « Make Money Around Free Content – Wired How-to Wiki » (28 février 2011), Internet : <http://howto.wired.com/wiki/Make_Money_Around_Free_Content>.

être monétisée davantage. Les obstacles à l'entrée sur le marché ont été réduits considérablement à la lumière des avancées technologiques, si bien qu'il est de plus en plus facile de créer des services à succès en peu de temps. Par conséquent, la popularité de ce modèle opérationnel est susceptible de croître et ce n'est qu'une question de temps avant que tous les consommateurs canadiens utilisent essentiellement des services gratuits dans leur vie de tous les jours.

Cependant, malgré tous les avantages apportés par les services « gratuits » tant aux consommateurs qu'aux entreprises, le modèle opérationnel du service « gratuit » pose de nouveaux problèmes aux consommateurs qui ne seraient pas adéquatement visés par les lois actuellement en place.

Problèmes associés aux services « gratuits »

Les services « gratuits » soulèvent un nouvel ensemble de préoccupations qui ne se présentent pas nécessairement à l'extérieur du contexte d'Internet, en raison de l'utilisation de nouvelles technologies et du besoin de monétiser la valeur ajoutée apportée par les utilisateurs. Le présent rapport met en évidence certains enjeux inhérents aux services « gratuits ».

Conflit fondamental entre les intérêts des entreprises et les intérêts des utilisateurs

Une entreprise a pour objet de générer des revenus. Alors que les services « gratuits » sont souvent offerts aux utilisateurs sans paiement, l'entreprise engage tout de même des dépenses afin de créer et d'entretenir sa plateforme qui doivent être en fin de compte récupérées. La distinction se manifeste entre les groupes de clients au cours de l'évolution du modèle de gestion; les personnes qui accèdent aux services gratuits, à savoir les « utilisateurs », et celles qui paient des services, ou les « consommateurs ». Si les intérêts de l'entreprise ne correspondent pas aux intérêts des utilisateurs, il survient inévitablement des situations de conflit d'intérêts. Dans le conflit entre un client payant et un utilisateur non payant, les utilisateurs sont peu susceptibles de l'emporter sur le consommateur.

Il s'agit de l'argument principal d'un article d'opinion rédigé par Dmitry Fadeyev pour le magazine de conception Web professionnelle Smashing Magazine¹⁰. Alors que les concepteurs créent et améliorent un service, les décisions doivent être prises en maintenant l'équilibre des nombreux intérêts en jeu : la vision du créateur, l'expérience de l'utilisateur et en particulier, les intérêts des clients payants. Tandis que la vision du concepteur et l'expérience de l'utilisateur sont initialement cruciales afin de rassembler davantage d'utilisateurs, le service doit finalement générer un revenu. Les intérêts du client payant seront graduellement transposés vers ceux de l'utilisateur, à mesure que les fournisseurs de service seront confrontés au besoin de faire de l'argent.

Dans un service « gratuit », le client payant n'est pas l'utilisateur moyen du service. Alors que certains modes de monétisation « gratuite » permettent aux utilisateurs finaux de payer le service (p. ex. le modèle Freemium), la grande majorité des services « gratuits » sont appuyés par la publicité ou une autre utilisation par un tiers de l'information soumise par les utilisateurs. Une fois qu'un service « gratuit » doit être monétisé, les intérêts des annonceurs deviennent des décisions sur le fond et la conception de façon à donner le plus grand avantage possible aux publicités destinées à la base d'utilisateurs. Essentiellement, « si les utilisateurs ne paient pas leur produit, l'annonceur publicitaire se paiera l'ensemble des utilisateurs¹¹. »

Une solution facile, comme l'a remarqué Fadeyev, consisterait tout simplement à facturer le service en question, d'une façon harmonisée avec les intérêts de leur clientèle. Par contre, en

¹⁰ Dmitry Fadeyev, « Uncompromising Design – Avoiding The Pitfalls of Free » (11 octobre 2012), Internet : <<http://www.smashingmagazine.com/2012/10/11/uncompromising-design-avoiding-pitfalls-free>>.

¹¹ *Ibid.*

facturant des frais même à très bas prix pour l'utilisation d'un service initialement gratuit, une entreprise se mettrait à dos un nombre important d'utilisateurs. Autrement, la création d'un service Web axé sur le paiement est vouée à l'échec devant des concurrents qui offrent un service semblable gratuitement. Chris Anderson constate que : « ...la vérité est que "zéro" constitue un marché distinct et que tout autre prix en est un autre. Dans bien des cas, ce serait la différence entre un marché intéressant et l'absence d'un marché¹². »

Les attitudes des consommateurs confirment également cette hypothèse. Une étude menée en 2010 par l'École de Communication et de Journalisme de l'Université de la Californie du Sud a conclu que si 49 % des internautes disent qu'ils ont utilisé les microblogues tels que Twitter, 0 % ont indiqué qu'ils seraient prêts à payer ce service¹³. Parallèlement, un autre sondage réalisé en 2010 a révélé que 77 % des internautes adultes ne paieraient pas afin de lire le contenu d'un journal quotidien en ligne¹⁴. Un groupe de discussion dirigé par Environics au nom du CDIP a conclu que les utilisateurs âgés de moins de 40 ans qui ont payé des services en ligne seulement parce qu'ils avaient *besoin* d'une fonctionnalité supplémentaire qui exige le service payant, à défaut de quoi très peu de gens paient les services proposant une composante gratuite :

« Je me suis payé un abonnement à LinkedIn premium ou quel que soit le nom du service privilège, j'ai payé lorsque j'avais besoin du service supplémentaire, soit je cherchais un emploi, soit je souhaitais embaucher quelqu'un. Lorsque j'ai réalisé ces objectifs, j'ai cessé de payer le service. »

(Participant au groupe de discussion, Vancouver, 15 janvier 2013)

« Je paie les frais d'utilisation de Skype lorsque je suis à l'étranger, parce que les frais d'appels vocaux sont moins chers, donc seulement lorsque je voyage¹⁵. »

(Participant au groupe de discussion, Vancouver, 15 janvier 2013)

Les participants aux groupes de discussion ont indiqué qu'ils utilisent les services gratuits parce que les services offerts sont intéressants et les aident d'une manière quelconque dans leur vie quotidienne et peuvent s'avérer très pratiques¹⁶. En effet, les participants estimaient que ces

¹² Anderson, *supra* note 1.

¹³ Justin Pierce, « 2010 USC Annenberg Digital Future Study Finds Strong Negative Reaction to Paying for Online Services » (26 juillet 2010), Internet : http://annenberg.usc.edu/News%20and%20Events/News/100726_CDFStudy.aspx.

¹⁴ Lance Whitney, « Poll: Most won't pay to read newspapers online » (13 janvier 2010), Internet : http://news.cnet.com/8301-1023_3-10433893-93.html.

¹⁵ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, pp. 12-17, et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, pp. 24-25.

¹⁶ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 6-7, 10-12, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits,

services présentait des désavantages, en revanche, et qu'il pouvait s'agir d'un échange, notamment la perte de leur confidentialité¹⁷.

Il en résulte une augmentation des décisions qui sacrifient les intérêts des utilisateurs au profit des intérêts commerciaux du fait de l'incapacité de transformer immédiatement des utilisateurs gratuits en utilisateurs payants. Par exemple, la société de jeux sociaux Zynga propose des jeux gratuits, avec la possibilité d'acheter la devise du jeu permettant de réaliser certaines tâches répétitives plus rapidement dans le jeu. Afin de promouvoir le jeu et d'amasser le plus d'utilisateurs possible, Zynga a pris des décisions de conception sans doute manipulatrices, notamment dans le message illustré par la figure suivante. Le jeu demande à l'utilisateur s'il veut partager la récompense avec ses amis Facebook (c'est-à-dire publier un message à leurs amis), mais devant les boutons de contrôle « Accepter » et « Annuler », l'utilisateur pourrait penser qu'on lui demande en fait d'accepter ou non la récompense comme telle¹⁸.



Figure 1. Message manipulateur dans le jeu Farmville de Zynga

De même, dans un article de blogue d'opinion, le réalisateur de logiciel Dalton Caldwell a décrit son expérience avec les cadres supérieurs de Facebook lorsqu'il a appris que l'application qu'il

participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 12, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 11-13, et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, 12 février 2013, p. 20-22.

¹⁷ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 13, 17-18, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 8, 61, et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 13.

¹⁸ Fadeyev, *supra* note 10.

avait créée était en concurrence avec un produit récemment mis au point par Facebook¹⁹. Puisque l'application Facebook ferait partie de leur campagne publicitaire : les cadres supérieurs ont essentiellement adressé un ultimatum à M. Caldwell : accepter notre offre d'achat de votre application ou on coupe votre accès. Malgré la valeur apportée à Facebook par son application, un fait reconnu par le personnel de la société, M. Caldwell a dû abandonner son produit et passer à autre chose. Son avis se résume par la citation suivante : « je ne crois pas que vous ou vos employés soyez de mauvaises gens. Je crois simplement que vous avez construit une entreprise dont les motivations financières ne s'alignent pas sur les intérêts des utilisateurs et des réalisateurs de logiciels²⁰. »

Les marchés en ligne se distinguent fondamentalement des marchés traditionnels par le mode de communication; non seulement une communication individuelle entre le consommateur et le fournisseur de service, mais de nombreux échanges entre de nombreuses personnes, où les consommateurs et les fournisseurs de service évoluent sur le même réseau. Au titre de ce nouveau rôle, désigné « prosommateur », le consommateur participe autant à la production du contenu de la communauté que le fournisseur du service²¹. Les entreprises attachent énormément de valeur à cette nouvelle fonction exercée par les consommateurs; on a attribué à la directrice de l'exploitation de Facebook, Sheryl Sandberg, la citation suivante :

« Les spécialistes du marketing ont toujours su que la meilleure recommandation vient d'un ami. ... Dans plusieurs optiques, il s'agit du Saint Graal de la commercialisation. ... C'est l'objectif illusoire que nous recherchons tous, depuis longtemps; c'est-à-dire transformer des clients en spécialistes du marketing²². »

Les utilisateurs sont devenus le produit, les intérêts des entreprises incitent par coercition les utilisateurs à devenir des « employés ».

Préoccupations relatives à la protection de la vie privée et à l'utilisation des renseignements personnels

L'une des principales différences entre le contexte en ligne et hors ligne est la facilité de recueillir, stocker, manipuler et partager l'information numérique. De nombreuses entreprises existent uniquement afin de fournir un suivi et une analyse des habitudes d'utilisateurs sur les services Web²³. Ces données sont conjuguées aux renseignements fournis par les utilisateurs de services « gratuits », puis analysées dans le cadre d'un processus désigné « l'exploration de données ». Le résultat peut varier et prendre la forme d'une tendance démographique généralisée ou un modèle détaillé des préférences d'une personne (« tastespace²⁴ ») [espace à

¹⁹ Dalton Caldwell, « Dear Mark Zuckerberg » (1^{er} août 2012), Internet : <<http://daltoncaldwell.com/dear-mark-zuckerberg>>.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Alexander E. Reppel & Isabelle Szmigin, « Consumer-managed profiling: a contemporary interpretation of privacy in buyer-seller interactions » (2005) 26:3-4 Journal of Marketing Management 321, p. 323.

²² *Angel Fraley et al v Facebook Inc*, 830 F Supp (2d) 785 at 808 (2001).

²³ Lo, *supra* note 7, p. 18.

²⁴ *Ibid.*

goûts]. Les données qui en résultent peuvent servir à plusieurs fins, le ciblage des publicités ou générer des revenus supplémentaires en vendant les données à des tiers (qui peuvent analyser les données en profondeur ou les appliquer à des problèmes dans d'autres industries, telles que les notations de crédit).

La seule collecte ou exploration de données peut ne pas sembler préoccupante, si elle est destinée seulement aux fins de ciblage publicitaire. En effet, les participants aux groupes de discussion estimaient que tant qu'ils ne sont pas personnellement ciblés, mais seulement selon des facteurs démographiques généraux, les publicités ciblées ne les dérangent pas²⁵. Le commentaire suivant englobe cette impression :

« Cela dépend de votre définition de ce qui constitue de l'information, parce que les publicités ne m'interpellent pas par mon nom, mais elles expriment mes habitudes. Elles vendent mes habitudes et cela se distingue de la simple vente de mes renseignements²⁶. »

(Participant au groupe de discussion, Vancouver, 15 janvier 2013)

Cependant, la connaissance des consommateurs de la mesure dans laquelle et à quelles fins sont recueillis ces renseignements est un problème majeur. Par exemple, Facebook a noué par le passé des partenariats avec des courtiers en données, des entreprises et des annonceurs aux fins de « reciblage publicitaire », c'est-à-dire des publicités de produits que les utilisateurs ont récemment consultés, mais non achetés, sur le site Web d'un détaillant²⁷. Un commerçant de chaussures qui met à profit cette pratique a obtenu un rendement de sept fois son investissement²⁸. Cette pratique est susceptible d'être utilisée plus largement étant donné les résultats si positifs affichés par les détaillants. Néanmoins, on peut soutenir que ces pratiques vont au-delà de la compréhension du consommateur moyen des pratiques de collecte de données, en ce que des données sur les articles contenus dans leur panier virtuel chez un détaillant en ligne seraient recueillies, stockées et utilisées par la suite dans des publicités personnalisées sur Facebook.

L'échange d'information sur les services en ligne a été désigné un « lien de confiance » [*privacy bargain*] — les consommateurs échangent leur confidentialité (c.-à-d. renseignements

²⁵ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 33-34, 57, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 58, 60 et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 57.

²⁶ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 58.

²⁷ Geoffrey A. Fowler, « Facebook Sells More Access to Members » (1^{er} octobre 2012), Internet : <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443862604578029450918199258.html>>.

²⁸ *Ibid.*

personnels) pour l'utilisation d'un service²⁹. Malheureusement, les consommateurs sont rarement complètement informés de la nature de cet échange.

La politique de confidentialité d'un service est le principal moyen d'informer les consommateurs des fins auxquelles leurs renseignements seront utilisés. Ces documents sont souvent très longs, rédigés en langage pseudojuridique, délibérément vagues ou incomplets ou potentiellement trompeurs. En outre, puisque de nombreux services « gratuits » sont implantés aux États-Unis, ils emploient le concept américain de « renseignements nominatifs » nettement plus faible que la notion de « renseignements personnels » inscrite des lois canadiennes de protection de la vie privée³⁰. Comme les services « gratuits » reposent sur la collecte et la monétisation des renseignements de leurs utilisateurs, il est dans l'intérêt particulier de ces services que cette documentation demeure la plus vague possible afin de justifier toute utilisation à laquelle serait vouée l'information recueillie. Quoi qu'il en soit, les conditions d'utilisation et les politiques de confidentialité comportent souvent des dispositions précisant qu'elles peuvent être modifiées en tout temps, voire sans en aviser les utilisateurs, de sorte que l'utilisation prévue des renseignements « telle qu'acceptée » par les utilisateurs peut changer radicalement³¹. Ces modifications peuvent entrer en conflit avec les obligations prévues par la loi au Canada, notamment les exigences de la LPRPDE.

Une étude menée en 2008 a conclu que si les internautes américains lisaient toutes les politiques de confidentialité de tous les sites Web qu'ils utilisent en une année, il leur faudrait environ 201 heures de lecture par année³². Comparativement, en 2000 l'estimation du délai annuel nécessaire afin de remplir une déclaration fédérale de revenus aux États-Unis se chiffrait à 26,4 heures³³. Le délai de 201 heures par année correspond à environ 33 minutes par jour, soit près de la moitié des 72 minutes que passe quotidiennement l'utilisateur moyen en ligne, selon les estimations³⁴. Ces dernières ne tiennent pas compte de tout changement apporté aux politiques de confidentialité durant une année, ni du délai nécessaire à la compréhension et à la comparaison de deux politiques concurrentes afin de faire un choix éclairé. Bref, les consommateurs n'ont simplement pas le temps de lire, et d'ailleurs ne comprennent pas suffisamment, le contenu des politiques de confidentialité des services

²⁹ Cory Doctorow, « The Curious Case of Internet Privacy » (6 juin 2012), Internet : <<http://www.technologyreview.com/news/428045/the-curious-case-of-internet-privacy>>.

³⁰ Comparer la définition de Google « renseignements personnels et confidentiels » : « Il s'agit de renseignements personnels en lien avec l'état de santé, l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les croyances religieuses ou la sexualité d'une personne. » (Google, « Termes clés », Internet : <http://www.google.ca/intl/fr-CA/policies/privacy/key-terms/#toc-terms-sensitive-info>), avec la définition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), LC 2000, c 5, art. 2 (LPRPDE) : « "renseignement personnel" Tout renseignement concernant un individu identifiable, à l'exclusion du nom et du titre d'un employé d'une organisation et des adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail. »

³¹ Voir p. ex. Kurt Opshal, « Facebook's Eroding Privacy Policy: A Timeline » (28 avril 2010), Internet : <<https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/facebook-timeline>>.

³² Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, « The Cost of Reading Privacy Policies » (2008) 4 ISJLP 543 p. 562.

³³ *Ibid.* pp. 560-561.

³⁴ *Ibid.* p. 560.

« gratuits » qu'ils utilisent. Ainsi, les consommateurs sont rarement au courant de la nature et de la mesure dans laquelle leurs renseignements sont utilisés.

Par ailleurs, les méthodes de collecte de l'information sont invisibles pour l'utilisateur. Si les seuls renseignements utilisés par un service « gratuit » étaient ceux volontairement soumis par l'utilisateur, ce serait un argument raisonnable pour faire valoir que l'utilisateur a consenti à leur utilisation ultérieure. Toutefois, les technologies comme les témoins de suivi, les « pixels espions » et les technologies de ciblage comportemental qui recueillent de l'information sur un utilisateur au cours de leur utilisation d'un service, sans communiquer explicitement les gestes de l'utilisateur³⁵. Étant donné le manque de sensibilisation à la nature des renseignements, aux modalités temporelles de leur collecte, les fins prévues et l'absence d'une mesure explicite en vue de partager cette information, il est indéniable que les services « gratuits » enfreignent plusieurs principes inscrits dans les lois canadiennes de protection de la vie privée, notamment le deuxième principe (détermination des fins de la collecte des renseignements) et le troisième principe (consentement³⁶).

Puisque les services « gratuits » monétisent l'information de leurs utilisateurs, il est dans l'intérêt supérieur commercial du service de recueillir le plus d'information possible sur leurs utilisateurs et de conserver celle-ci le plus longtemps possible, voire indéfiniment³⁷. Le motif justifiant la conservation des renseignements est en partie attribuable au fait que les résultats des techniques de forage de données augmentent généralement de valeur, puisqu'ils proposent encore plus d'information à disposition aux fins d'exploration. L'information stockée par un service « gratuit » est souvent complétée par d'autres renseignements fournis par des courtiers en données³⁸ et le produit est aussi souvent partagé à nouveau avec le courtier ou lui est revendu. Ainsi, si toute information est recueillie au sujet d'un utilisateur, elle sera probablement vendue, regroupée et sera accessible à perpétuité par l'intermédiaire d'un réseau de courtiers en données. Il est donc effectivement impossible pour un consommateur de gérer l'information qu'il décide d'autoriser un service particulier à prélever. De plus, les consommateurs ne peuvent jamais vérifier si les renseignements conservés à leur sujet sont inexacts et, le cas échéant, n'ont aucune possibilité de les rectifier.

La collecte, la mise en commun et la conservation de données personnelles en masse engendrent également de nouveaux risques en matière de sécurité. Le rapport annuel global

³⁵ Voir en général Lo, *supra* note 7, pp. 20-47 pour une discussion sur les technologies de suivi dans divers contextes.

³⁶ LPRPDE, *supra* note 30, annexe I 4.2, 4.3.

³⁷ La conservation de données à perpétuité n'est pas hors du commun, voir p. ex. la plainte bien-fondée du CDIP auprès de la commissaire à la vie privée concernant la conservation indéfiniment des données des non-utilisateurs et utilisateurs de Nexopia : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Rapport de conclusions en vertu de la LPRPDE n° 2012-001 : Nexopia, site de réseautage social pour jeunes, a enfreint la loi canadienne sur la protection des renseignements personnels » (29 février 2012), Internet : <http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2012/2012_001_0229_f.asp#section5>.

³⁸ Kurt Opshal & Rainey Reitman, « The Disconcerting Details: How Facebook Teams Up With Data Brokers to Show You Targeted Ads » (22 avril 2013), Internet : <<https://www.eff.org/deeplinks/2013/04/disconcerting-details-how-facebook-teams-data-brokers-show-you-targeted-ads>>.

sur les menaces à la sécurité sur Internet de Symantec a conclu qu'en 2012, les attaques ciblent de plus en plus les médias sociaux, les services mobiles et d'autres services « gratuits³⁹ ». Ces services détiennent désormais une importante quantité d'information sur les utilisateurs et deviennent des cibles de choix pour le vol d'identité, ce qui peut ensuite mener à d'autres types d'arnaques ou d'attaques. De même, la tendance d'attaques croissantes perpétrées à l'endroit des services qui recueillent une quantité considérable de données sur leurs utilisateurs s'accroît. Symantec propose une explication simple quant à cet essor : « Le voleur de banques Willie Sutton a un jour prononcé la célèbre phrase en expliquant pourquoi il dévalisait des banques : “parce que c'est là que se trouve l'argent”. Les cybercriminels ciblent les médias sociaux parce que c'est là que se trouvent leurs victimes⁴⁰. » Étant donné le peu de contrôle exercé à l'égard de la quantité et du type d'information stockée et regroupée par les services « gratuits », le vol d'identité et la fraude deviennent des problèmes de plus en plus préoccupants pour les consommateurs.

Cela dit, les participants aux groupes de discussion interrogés dans le cadre de la présente étude ont remarqué qu'ils n'avaient pas été concernés par un litige avec un fournisseur de services en ligne les ayant obligés à chercher des modes de règlement de différends. En outre, si la rétroaction reçue des ministères provinciaux chargés de la consommation a révélé que ceux-ci déposeraient des plaintes concernant les services gratuits en ligne, selon Service Terre-Neuve-et-Labrador (T.-N.-L.) et le ministère de la Protection du consommateur de la Colombie-Britannique, aucune plainte n'a été reçue⁴¹. Service T.-N.-L. a formulé la déclaration suivante en réponse à une question sur les voies de recours juridiques offertes aux consommateurs aux fins de la résolution de litige, le cas échéant :

« À nouveau, le mode de “résolution” d'une plainte dépend la nature de l'affaire, mais nous sommes au courant de plusieurs mécanismes de résolution de différends, en particulier la Cour des petites créances dans cette province, où les réclamations peuvent être instruites sans avocat tant que le montant en jeu ne n'excède pas 25 000 \$⁴². »

S'il a été fait valoir qu'une plainte reçue par un ministère responsable de la protection du consommateur est à l'extérieur des limites du mandat ministériel, les ministères qui ont donné leur rétroaction offrent un certain nombre de voies de recours en remplacement. Par exemple, le ministère de la Protection du consommateur de la Colombie-Britannique a indiqué qu'il renvoie les plaintes à l'association pertinente de la Cour des petites créances en Colombie-Britannique⁴³. Service T.-N.-L. a fait valoir que, selon la nature de la préoccupation, les plaintes associées aux médias sociaux pourraient initialement être renvoyées à l'entreprise concernée.

³⁹ Symantec, « 2013 Internet Security Threat Report, Volume 18 » (avril 2013), Internet : http://www.symantec.com/security_response/publications/threatreport.jsp pp. 31-39.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Ministère de la Protection du consommateur de la Colombie-Britannique, *Réponses au questionnaire du CDIP*, et Service T.-N.-L., *Réponses au questionnaire du CDIP*.

⁴² Service T.-N.-L., *Réponses au questionnaire du CDIP*.

⁴³ Ministère de la Protection du consommateur de la Colombie-Britannique, *Réponses au questionnaire du CDIP*.

En cas de non-résolution, le CRTC, le CPRST, Mesure Canada, le Conseil de la publicité du Canada, le bureau d'éthique commerciale ou la GRC ont été suggérés à titre de tribunes appropriées⁴⁴. Par conséquent, on peut soutenir que les ministères de protection du consommateur sont au courant des inquiétudes potentielles des consommateurs à l'égard des services gratuits.

Bien que les participants aux groupes de discussion n'aient pas été concernés par un litige et que les ministères chargés de la protection du consommateur n'aient pas traité de plaintes, il serait irresponsable d'affirmer que les consommateurs n'ont rien à craindre de l'utilisation continue des services gratuits en ligne. Une analyse de la collecte et de l'utilisation à grande échelle des données des consommateurs sur Internet excède la portée de la présente étude. Cependant, d'autres observateurs canadiens, tels que Ronald Deibert, Ph.D., ont mis en lumière de nouveaux faits sur le suivi et l'utilisation données Internet à l'échelle mondiale⁴⁵.

M. Deibert est le directeur du Centre canadien des études sur la sécurité mondiale et du Citizen Lab [laboratoire du citoyen] à l'Université de Toronto. Le Citizen Lab est, en ses propres mots, « un centre névralgique de recherche et développement interdisciplinaire qui œuvre au carrefour d'Internet, de la sécurité mondiale et les droits de la personne⁴⁶ ». Le Citizen Lab vise à documenter et exposer l'exercice du pouvoir caché à l'internaute moyen en combinant le renseignement technique et les enquêtes sur le terrain avec la collecte d'information de source ouverte⁴⁷. Au cours de son « contrôle des surveillants » depuis 2001, M. Diebert et son équipe ont dressé un bilan détaillé de l'utilité et de l'objet des services gratuits en ligne. Par exemple, il décrit les réseaux sociaux comme suit :

« Les réseaux sociaux peuvent sembler être un espace de jeu sécuritaire, voire confortable, mais ils agissent plutôt comme des aspirateurs de clics et de liens partagés; tous les messages de statut, tout mot-clé et chacun des éléments de l'historique des internautes... Rien n'y échappe, tous les bit ou les octets sont comptabilisés : les entreprises récoltent ce que nous semons. Autrement dit, la liberté dans le cyberspace équivaut à ne laisser aucun élément inexploité⁴⁸. »

À la suite de recherches exhaustives en préparation d'un ouvrage intitulé *Black Code: Surveillance, Privacy, and the Dark side of the Internet*, Diebert conclut :

⁴⁴ Service T.-N.-L., *Réponses au questionnaire du CDIP*.

⁴⁵ Deibert, Ronald J., *Black Code: Surveillance, Privacy, and the Dark side of the Internet*. Toronto: McClelland and Stewart, 2013. P. 55-58.

⁴⁶ Ronald Deibert, *Biography*, directeur, Centre canadien des études sur la sécurité mondiale et Citizen Lab, École Munk des affaires internationales, Université de Toronto. Dernière consultation le 14 février 2014, à <http://deibert.citizenlab.org/bio/>.

⁴⁷ Deibert, Ronald J., *Black Code: Surveillance, Privacy, and the Dark side of the Internet*. Toronto: McClelland and Stewart, 2013. P. 5.

⁴⁸ Deibert, Ronald J., *Black Code: Surveillance, Privacy, and the Dark side of the Internet*. Toronto: McClelland and Stewart, 2013. P. 56.

« les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), les entreprises d'hébergement Web, les fournisseurs infonuagiques et sans-fil, les grandes sociétés de télécommunication et de gestion financière, ainsi qu'une variété de nouveaux organismes du marché numérique digèrent et traitent une quantité inimaginable d'information au sujet de tout un chacun, qui nous est revendue tantôt sous forme de produits ou de services "à valeur ajoutée", tantôt dans le cadre de publicités nous proposant d'autres produits et services encore⁴⁹! »

Discrimination

La publicité constitue la principale source de revenus de la majorité des services « gratuits ». En raison des renseignements disponibles aux services et des avantages perçus du marketing sélectif, ces publicités sont principalement, sinon entièrement, ciblées au moyen des renseignements des utilisateurs à la disposition du service. En général, les publicités ciblées sont rationnelles au sens économique; par exemple, une publicité visant un produit que seulement les femmes peuvent utiliser serait gaspillée si elle était montrée à un homme. Si l'information disponible permet de distinguer les utilisateurs en fonction de catégories démographiques ciblées, les annonceurs et les consommateurs conviendraient sans doute que l'utilisation de cette information présente des avantages aux deux parties.

En revanche, il existe des coûts sociaux élargis lorsque d'autres caractéristiques sont utilisées, telles que l'origine ethnique ou l'orientation sexuelle, ou si un profil publicitaire associé à une personne est dressé, en raison du volume d'information disponible à son sujet — le ciblage publicitaire devient une forme de discrimination. Par définition, le profilage de personnes consiste à les répartir selon certaines caractéristiques particulières en catégories, dont certaines ont une valeur supérieure à d'autres. Toute campagne publicitaire individuelle ne risque pas de causer un véritable préjudice social, mais autoriser cette pratique sans restrictions constitue une étape dans la création d'un problème systémique qui pourrait être beaucoup plus difficile à démanteler advenant qu'il causerait un préjudice social à grande échelle.

Comme l'a expliqué Teresa Scassa, chaire de recherche du Canada en droit de l'information, dans son témoignage lors de sa comparution, en 2012, devant le comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique :

« On nous dit que le profilage est une bonne chose, car cela signifie que nous ne serons pas bombardés d'annonces publicitaires faisant la promotion de produits ou de services qui nous laissent indifférents. Pourtant, l'autre côté de la médaille, c'est que le profilage peut être utilisé pour déterminer que des personnes ne sont pas admissibles à des rabais ou à des prix

⁴⁹ Deibert, Ronald J., *Black Code: Surveillance, Privacy, and the Dark side of the Internet*. Toronto: McClelland and Stewart, 2013. P. 56.

promotionnels, qu'elles ne se qualifient pas pour du crédit ou des assurances, ou qu'il est sans intérêt de les viser par le marketing d'un type particulier de produits et de services. Le profilage peut exclure certaines personnes et en privilégier d'autres, et c'est ce qui va se produire⁵⁰. »

Les consommateurs dotés de caractéristiques particulières ne se préoccupent peut-être pas d'avoir raté une aubaine sur un détergent de lessive. Cependant, la situation est tout autre si une promotion d'hypothèque, d'assurances ou de service de santé, ou une perspective d'éducation, qui ne serait pas offerte, par exemple, à une personne de statut socio-économique inférieur ou d'une ethnie quelconque, simplement parce qu'un algorithme a déterminé qu'elle ne faisait pas partie du public cible.

L'universitaire de renommée Oscar Gandy fait valoir que cette « discrimination statistique » contribue déjà aux désavantages cumulatifs auxquels se heurtent les groupes minoritaires dans la société. La discrimination dans le cadre du processus d'analyse dont résultent les publicités ciblées n'est qu'une autre manière de défavoriser les minorités dans la société et cette pratique est seulement acceptée en raison de la grande envergure de son utilisation⁵¹. L'utilisation de ces statistiques techniques donne lieu à un processus qui « ...accable, isole, exclut et finalement élargit l'écart entre les rangs supérieurs et presque l'ensemble des autres personnes⁵². »

Le problème, selon Oscar Gandy, est que l'intégralité du processus regorge d'erreurs, depuis la collecte d'information jusqu'aux résultats statistiques⁵³. Parmi ces erreurs, notons : les erreurs d'échantillonnage dans la collecte de renseignements, les erreurs introduites par la conversion de données en représentation numérique, par l'utilisation de cette même représentation ou de modèles de probabilité inexacts ou incomplets, ou d'un processus biaisé du fait de son objectif ultime. D'ailleurs, puisque ces processus analytiques peuvent être complètement automatisés, depuis la collecte d'information aux recommandations finales, il n'existe potentiellement aucune reddition de comptes associée aux décisions qui en résultent.

Gandy établit une comparaison entre ce phénomène et la discrimination génétique, à savoir l'utilisation de renseignements génétiques afin de déterminer l'accès à l'assurance-maladie ou à l'emploi⁵⁴. Ce problème est considéré comme un préjudice social, soit un coût externe imputé à l'exploitation de ces entreprises; il fallait donc une intervention réglementaire. Aux États-Unis, le point culminant de l'élan en faveur de l'interdiction de cette discrimination est l'adoption en 2008 de la *Genetic Information Nondiscrimination Act* [loi sur la non-discrimination et l'information

⁵⁰ Teresa Scassa, « Statement to the Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics » (5 juin 2012), Internet : http://www.teresascassa.ca/index.php?option=com_k2&view=item&id=103:statement-to-the-standing-committee-on-access-to-information-privacy-and-ethics&Itemid=80.

⁵¹ Voir Oscar H. Gandy Jr, « Consumer Protection in Cyberspace » (2011), Internet : <http://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/download/267/241>.

⁵² *Ibid.*, p. 2.

⁵³ *Ibid.*, pp. 2-3.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 10.

génétique], qui interdit à ces industries d'intégrer la considération de l'information génétique à leurs processus de prise de décision⁵⁵.

Il est à noter que la discrimination génétique est « rationnelle au sens économique » : une compagnie d'assurances jouit d'un avantage grâce à l'utilisation de toute l'information pertinente afin de déterminer les primes d'un forfait d'assurance-maladie. Cependant, le préjudice social cumulatif prépondérant ne justifie pas les retombées économiques de ces entreprises. Les problèmes suscités par la discrimination statistique issue du forage de données sont tout à fait semblables et, par conséquent, la solution devrait emprunter un cheminement réglementaire parallèle.

Les enfants et les services « gratuits »

Les services « gratuits » soulèvent des problèmes uniques pour les enfants, en raison de la collecte d'information et de la mise en commun d'information à laquelle le service « gratuit » doit s'adonner afin de maintenir une source de revenus. Un rapport antérieur du CDIP axé sur les préoccupations relatives à la protection de la vie privée concernant les enfants qui utilisent des sites Web conçus pour des enfants⁵⁶, et le présent rapport soulignera, en conséquence, seulement certains enjeux qui se rapportent particulièrement au contexte des services « gratuits ».

D'entrée de jeu, il convient de noter que la seule raison pour laquelle les enfants peuvent accéder aux services « gratuits » relève du fait qu'ils sont offerts gratuitement. Dans le contexte hors ligne, le coût d'un produit ou d'un service sert d'obstacle « naturel » à son utilisation par les enfants, car ces derniers ont (rarement) l'indépendance financière leur permettant d'acheter tout produit ou service à leur gré. Dans le cas moyen, un parent doit approuver au préalable l'utilisation d'un produit ou d'un service, alors la question de surveillance se présente naturellement. Dans le monde en ligne, la notion de supervision est tout de même présente en ce qui a trait aux services payants — la grande majorité des cybercommerçants exigent un paiement par carte de crédit ou par Interac, ces deux modes de paiement ne peuvent légalement être utilisés par des enfants.

Ce n'est pas le cas des services « gratuits » en ligne. Alors que de nombreux parents peuvent choisir de surveiller l'utilisation d'Internet de leur enfant, il n'existe aucun obstacle inhérent qui empêche les enfants de s'inscrire à des services « gratuits » et d'y participer comme s'ils étaient des adultes. Les sites Web peuvent exiger des utilisateurs qu'ils saisissent leur date de naissance afin de déterminer s'ils peuvent accéder au service, cependant il n'existe actuellement aucun moyen raisonnable, ou incitatif, de vérification de l'exactitude de

⁵⁵ Brandon Kiem, « Genetic Discrimination by Insurers, Employers Becomes a Crime » (21 mai 2008), Internet : <<http://www.wired.com/wiredscience/2008/05/the-genetic-inf>>. Il est à noter qu'à ce jour, le Canada n'a pas adopté une loi interdisant la discrimination génétique, malgré certaines tentatives.

⁵⁶ John Lawford, « All In The Data Family: Children's Privacy Online » (septembre 2008), Internet : <http://www.piac.ca/files/children_final_small_fixed.pdf>.

l'information par le fournisseur de service⁵⁷. Au contraire, les services « gratuits » sont fortement incités à encourager les enfants à utiliser leur plateforme : une étude menée en 2002 a conclu que les enfants canadiens âgés de 9 à 14 ans dépensent 1,9 milliard \$ de « leur propre argent » et influencent 20 milliards \$ en achats familiaux par année⁵⁸, ce chiffre a sans doute crû depuis lors. La société a déterminé qu'il existe des raisons valables d'interdire aux enfants de participer à l'économie régulière (p. ex. les mineurs ne peuvent conclure un contrat), mais la structure des services « gratuits » leur permet de tirer parti de l'accès des enfants à leurs services sans trop s'attarder aux risques que cela implique.

Une question plus large se pose en ce qui concerne l'enfant lorsque les services « gratuits » influencent le développement identitaire de l'enfant. Alors qu'on suppose largement que les enfants ne s'inquiètent pas de la protection de leur vie privée, des études ont illustré le contraire, en particulier au regard des parents et des enseignants⁵⁹. Les enfants ont une idée différente de la confidentialité par rapport aux adultes; ils ne songent pas à la protection de la vie privée au sens abstrait. Dans l'esprit d'un enfant, il s'agit d'un concept social qui devient seulement « réel » en cas d'atteinte à leur vie privée, ou d'une inquiétude active dans une expérience sociale véritable⁶⁰. De même, les enfants sont beaucoup moins sensibilisés aux menaces d'atteinte à leur vie privée provenant de sources externes, par opposition à, par exemple, des amis et des membres de leur famille⁶¹.

Il en résulte que les enfants considèrent les espaces en ligne comme des « zones sécuritaires », semblables à l'école ou à la maison d'un ami, où ils peuvent faire l'expérience d'autres idées et assumer une identité différente, et où ils sont généralement plus ouverts à partager des renseignements personnels⁶². Dans ce contexte, l'intervention des services « gratuits » est tout à fait naturelle, puisque l'existence de ceux-ci dépend de la collecte du plus d'information possible. Les enfants ne lisent pas les politiques de confidentialité ou ne les comprennent pas s'ils le font, et ils ignorent ainsi généralement que les renseignements fournis peuvent être mis en commun avec ceux d'autres parties et utilisés aux fins de publicités ciblées destinées à ces enfants⁶³. Étant donné que les enfants s'inquiètent sérieusement de leur vie privée dans les situations concrètes, il va de soi qu'ils se préoccuperaient de l'utilisation hypothétique ou implicite si le concept de la vie privée sur Internet était approfondi.

⁵⁷ Nicole Perloth, « Verifying Ages Online Is a Daunting Task, Even for Experts » (17 juin 2012), Internet : <http://www.nytimes.com/2012/06/18/technology/verifying-ages-online-is-a-daunting-task-even-for-experts.html?pagewanted=all&_r=0>.

⁵⁸ Valerie Steeves, « It's Not Child's Play: The Online Invasion of Children's Privacy » (2006) 3:1 UOLTJ 169, p. 174.

⁵⁹ Bruce Schneier, « Young People, Privacy, and the Internet » (20 avril 2010), Internet : <http://www.schneier.com/blog/archives/2010/04/young_people_pr.html>.

⁶⁰ Steeves, *supra* note 58, p. 185.

⁶¹ Steeves, *supra* note 58, p. 183.

⁶² Lawford, *supra* note 56, p. 14. Voir aussi Lawford, *supra* note 56, p. 38, un commentaire d'un répondant dans un groupe de discussion des 14 à 17 ans : « Sur Facebook, c'est plutôt sécuritaire, parce que les gens ne peuvent consulter votre profil à moins de les accepter comme amis, alors c'est sécuritaire. »

⁶³ *Ibid.*, p. 19-20.

Par ailleurs, les justifications d'un service « gratuit » relativement à la collecte et à l'utilisation des renseignements personnels orientent les décisions qui affectent le développement identitaire des enfants. Par exemple, les décisions comme celle de Facebook qui a changé par défaut les paramètres de confidentialité de tous les utilisateurs aux modalités les moins restrictives ou l'inclusion par défaut des emplacements associés aux photos soumises par les utilisateurs à Instagram⁶⁴ aiguillent la manière dont les enfants utilisent le service et, par conséquent, les habitudes et l'identité de ces enfants. Les renseignements sont à la disposition non seulement des annonceurs, qui influent sur les goûts et les avis des enfants par voie de ciblage publicitaire, mais du public, ce qui pourrait exposer les enfants au harcèlement et à des prédateurs d'enfants. De plus, puisque l'information liée aux habitudes des enfants est recueillie et explorée sur plusieurs années, leurs profils peuvent s'avérer très détaillés et porter des conséquences non voulues lorsque les enfants deviennent adultes. Par exemple, selon les données sur les enfants et les personnes dans son réseau, ils pourraient être ciblés par des publicités d'alcool et de jeu dès qu'ils atteignent l'âge de maturité. La vie des enfants peut être affectée de manières imprévues en raison de leurs erreurs et de leurs expériences identitaires en ligne et le partage de trop de renseignements personnels.

Les utilisateurs ont peu de possibilités de se soustraire aux pratiques d'un service « gratuit »

Les services « gratuits » soulèvent une autre problématique en ce que les utilisateurs ont beaucoup moins d'influence sur le comportement d'un service si les utilisateurs n'acceptent pas une décision prise par le fournisseur de service. Dans le modèle de gestion traditionnel payant, si un utilisateur est insatisfait par le produit ou les services d'une entreprise, ils peuvent simplement cesser de payer l'entreprise et chercher une solution de rechange. Ces entreprises ont donc d'importants incitatifs associés à la satisfaction de la clientèle : maintenir un flux de trésorerie stable.

Dans le cas d'un service « gratuit », il n'y a pas suffisamment d'incitatifs l'encourageant à privilégier les intérêts des clients. Un service « gratuit » monétise la *valeur* fournie par les utilisateurs plutôt que d'obtenir un versement direct des utilisateurs. La monétisation d'un service « gratuit » dépend bien davantage de la collecte permanente de données au sujet des utilisateurs de la plateforme que de la satisfaction de n'importe quel client individuel. Un service payant doit continuellement accorder de l'importance à ses utilisateurs, puisqu'à tous les cycles de facturation, ils peuvent choisir de passer à un service de remplacement; l'entreprise doit maintenir ses normes de service afin de conserver sa source de revenus.

En revanche, un service « gratuit » peut seulement extraire une quantité limitée d'information utile auprès d'un utilisateur unique et après un certain temps, la valeur qu'attache le service à un particulier s'affaiblit. Alors qu'un utilisateur satisfait d'un service « gratuit » peut être plus disposé à communiquer des renseignements, les techniques de suivi en ligne permettent la

⁶⁴ Jam Kotenko, « Parents and privacy advocates say Instagram is unsafe for underage users » (16 mai 2013), Internet : <<http://www.digitaltrends.com/social-media/keep-our-underage-children-safe-instagram-concerned-parents>>.

collecte de données précieuses, sans égard à la volonté de partager celles-ci d'un utilisateur donné. Les deux types de services créent une valeur ajoutée en faisant fond sur l'information recueillie auprès des utilisateurs, toutefois, un utilisateur existant représente une valeur potentiellement supérieure aux yeux d'un service payant par rapport à un service « gratuit ».

Par exemple, lorsque 100 utilisateurs abandonnent un service payant, il en résulte une perte de 100 fois le montant en dollars versé à cette entreprise. Mais lorsque 100 utilisateurs quittent un service « gratuit », il peut n'y avoir aucune répercussion — leurs données sont toujours à disposition aux fins de monétisation ou ont déjà été analysées par le biais de techniques d'exploration de données. Même si tous les utilisateurs d'un service gratuit cessaient soudainement de l'utiliser, le fournisseur de service serait toujours en mesure de monétiser les données recueillies au sujet de ses utilisateurs au fil du temps (p. ex. en accordant un accès à celles-ci, en vendant les données). Un service payant n'aurait sans doute pas cette possibilité, parce que son modèle de gestion serait structuré en fonction du paiement direct des utilisateurs.

Les revenus publicitaires peuvent souffrir du départ des utilisateurs d'un service « gratuit », toutefois cette corrélation n'équivaut pas à la perte directe d'un utilisateur qui quitte un service payant. Les services « gratuits » sont dominés par les publicités *ciblées* — des publicités spécialisées destinées à un groupe de personnes dotées de caractéristiques particulières. Il ne s'ensuit pas nécessairement que si un groupe de personnes décide de quitter un service « gratuit » au motif de pratiques défavorables, ils font partie de groupes spécialisés considérés comme très précieux aux yeux des publicitaires. Autrement, ces utilisateurs ne représentent peut-être pas une importante proportion d'un groupe spécialisé qu'il ne vaut plus la peine pour un annonceur d'adresser des publicités ciblées à ce groupe. Dans l'ensemble, il n'est pas clair que le départ d'un groupe de personnes aléatoires aurait une grande incidence sur les revenus publicitaires d'un service.

Par ailleurs, même si les recettes publicitaires étaient uniquement fondées sur le nombre global d'utilisateurs, la nature de nombreux services gratuits dissuade les utilisateurs à quitter spontanément le service. Dans le contexte des affaires, cette situation est désignée « asservissement à un fournisseur ». Le moyen particulier pour un service de conserver les données soumises, de sorte qu'elles ne peuvent être facilement transférées à un autre service, et les caractéristiques particulières offertes par ce service par rapport à ses concurrents rendent le simple passage à un autre service très difficile. Les participants aux groupes de discussion en ont convenu et estiment qu'ils exercent un rôle passif dans le cadre des services « gratuits ». Comme l'explique l'un des participants : « en tant qu'utilisateurs, nous nous fions à ces services... nous créons une dépendance envers ces services et c'est très difficile de changer de service, en particulier au titre de certains aspects. C'est vraiment pénible de changer d'adresse courriel, par exemple⁶⁵ ». Ces préoccupations se conjuguent au fait que sans doute la plupart des services « gratuits » n'ont pas de concurrents jouissant du même degré de fonctionnalité qui servirait de solution de rechange appropriée. Quoi qu'il en soit, un service de remplacement

⁶⁵ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 26.

adopterait probablement les mêmes pratiques défavorables qui risquent d'inciter un utilisateur à envisager de passer à un autre fournisseur, puisque les mêmes contraintes de revenu s'appliquent à l'ensemble des joueurs de cette industrie.

Les services « gratuits » intègrent souvent un élément social à leur plateforme en vue d'encourager les gens à inviter leurs amis à rejoindre le service⁶⁶. D'un autre côté, cette pratique ajoute un élément supplémentaire « d'asservissement », par lequel les utilisateurs sont dissuadés d'utiliser les services de remplacement parce que leur cercle social n'y participe pas. Il est très peu probable que l'ensemble du cercle social d'un utilisateur rejoigne simultanément un service de rechange en raison de la seule insatisfaction de quelques personnes dans leur réseau à l'égard des pratiques du service. Seulement un problème exceptionnel qui unirait l'ensemble des utilisateurs pourrait susciter une réaction en chaîne contre un service. Dans la moyenne des cas, le départ de certains dissidents et de certains segments de leur réseau social est peu susceptible d'avoir une grande incidence sur les décisions du fournisseur de service.

Il faudrait vraisemblablement qu'une masse critique d'utilisateurs pouvant influencer sur les recettes publicitaires quittent le service avant que celui-ci remette en question ses décisions. Dans le cas d'un service doté d'une quantité énorme d'utilisateurs, tels que Facebook avec 1,11 milliard d'utilisateurs actifs⁶⁷, la masse critique nécessaire à la réorientation des décisions stratégiques serait remarquablement élevée⁶⁸. Les utilisateurs insatisfaits des pratiques d'un service peuvent tenter d'attirer l'attention des médias sur cet enjeu (p. ex. médias d'information, blogosphère), ou même au sein des outils sociaux proposés par la plateforme en soi, dans l'espoir de rejoindre une masse critique d'utilisateurs mécontents. Cependant, la publicité négative constitue généralement un mode de résolution inefficace des litiges axé sur le fond, et il s'agit d'une méthode peu fiable pour les utilisateurs, en tant que particuliers, de règlement de différends.

Le dernier recours dans le but d'obtenir réparation est le système juridique. Alors que les questions juridiques entourant les services « gratuits » seront examinées en détail plus loin dans le présent rapport, il convient de mentionner certains enjeux. Les conditions d'utilisation des contrats acceptées par les utilisateurs lors de leur inscription à un service comprennent souvent des dispositions qui rendent beaucoup difficile, voire impossible, d'intenter un recours

⁶⁶ Même le site de répertoire d'entreprises et d'évaluation Yelp, par exemple, a des forums de discussion, la capacité d'ajouter des amis et de communiquer avec eux, et de « suivre » certains commentateurs, voir généralement : <<http://www.yelp.ca>>. Voir aussi transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 56.

⁶⁷ Facebook, « Facebook Reports First Quarter 2013 Results » (1^{er} mai 2013), Internet : <<http://investor.fb.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=761090>>.

⁶⁸ Facebook s'est attiré les foudres du public pour de nombreuses décisions et est ensuite revenu sur sa décision plus tard. Voir p. ex. le procès impliquant les articles recommandés par Facebook, *supra* note 22, où les utilisateurs se sont plaints de l'existence même du programme publicitaire et le règlement à l'amiable de Facebook prévoit la modification des conditions d'utilisation afin d'autoriser explicitement la publicité commanditée, Internet : <<http://www.dmlp.org/sites/citmedialaw.org/files/2012-10-05-Amended%20Proposed%20Settlement%20Agreement.pdf>>.

contre le service par rapport à un particulier⁶⁹. Les participants à nos groupes de discussion ont indiqué qu'ils considèrent les conditions d'utilisation qu'ils sont tenus d'accepter, comme un contrat conclu avec le fournisseur du service gratuit⁷⁰. Cet avis a été exprimé par les participants, qu'ils aient lu ou non les conditions d'utilisation⁷¹.

En revanche, les consommateurs alléguant qu'un fournisseur de service a enfreint leur propre notion du service se sont heurtés à des difficultés significatives. Les tribunaux considèrent que les renseignements personnels n'ont pas de « valeur monétaire » et, par conséquent, ils sont rarement disposés à remédier à un « préjudice » donné. Même si un utilisateur décide de traduire un service « gratuit » en justice, l'entreprise a sans doute à disposition plusieurs fois les ressources du particulier, alors le litige devient, dans le meilleur des cas, une réitération du conflit entre David et Goliath.

En définitive, souvent la meilleure possibilité qui s'offre à l'utilisateur consiste simplement à cesser d'utiliser le service et à espérer que leur demande de suppression de leurs renseignements personnels dans la base de données du service sera honorée.

Si cette liste d'enjeux n'est pas exhaustive compte tenu de toutes les nouvelles préoccupations soulevées par les services « gratuits », il s'agit des différences les plus fulgurantes résultant de l'exploitation d'un service sur Internet. Certaines de ces inquiétudes n'auraient peut-être pas été soulevées si le service adoptait des pratiques éthiques et axées sur le consommateur, toutefois, le problème est que le modèle commercial des services « gratuits » et les capacités des plateformes en ligne favorisent le comportement négatif. Les dépenses publicitaires mondiales sur Internet ont atteint 99 milliards \$ en 2012 et leur croissance prévue en 2013 se chiffre à plus de 113 milliards \$⁷²; étant donné la taille du marché, il n'est pas surprenant que ces services mettent tout en œuvre afin de recueillir le plus de données possible sur leurs utilisateurs. Les problèmes associés aux services « gratuits » augmenteront uniquement à mesure que l'utilisation de ceux-ci sera plus largement répandue et que le marché des publicités sur Internet prendra de l'expansion.

⁶⁹ Par exemple, l'interdiction des recours collectifs ou une clause d'élection de for. Voir la section consacrée aux questions juridiques ci-dessous pour des précisions.

⁷⁰ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 49-50, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 52-53, transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 58-63, et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, 12 février 2013, p. 70-71.

⁷¹ Transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou plus, Vancouver, 14 janvier 2013, p. 39-40, et transcription du groupe de discussion sur les services gratuits, participants âgés de 40 ans ou moins, 12 février 2013, p. 31-32, 40-41.

⁷² WPP, « Global internet ad spend hit \$99bn in 2012, almost 20% of total investment » (27 mars 2013), online: <<http://www.wpp.com/wpp/press/2013/mar/27/global-internet-ad-spend-hit-99bn-in-2012>>.

Des problèmes associés aux services « gratuits » se manifestent : *St-Arnaud c. Facebook Inc.*

L'un des principaux éléments qui nous ont amenés à préparer le présent rapport est une affaire récemment entendue au Québec, *St-Arnaud c. Facebook Inc.*, dans laquelle un juge a statué que les dispositions de protection du consommateur figurant dans le Code civil du Québec ne s'appliquaient pas aux conditions d'utilisation de Facebook, car les utilisateurs ne paient pas le service⁷³. Les résultats sont bouleversants : les consommateurs sont habitués à une certaine mesure de protection contre les pratiques commerciales déloyales et s'il y a lieu, les consommateurs s'attendent à pouvoir traduire les entreprises en justice afin de les responsabiliser. Si ce raisonnement était adopté à plus grande échelle, cette situation établirait un précédent très dangereux pour les consommateurs canadiens : les services en ligne n'auraient essentiellement aucun compte à rendre en structurant leur entreprise sur la base de l'accès sans paiement. Un examen des litiges aux États-Unis montre que de telles circonstances sont plausibles.

St-Arnaud c. Facebook Inc.

En 2010, Patrice St-Arnaud a intenté un recours collectif au Québec contre Facebook au motif de sa décision de modifier les paramètres de confidentialité dans le compte de tous ses utilisateurs à « ouvert à tous⁷⁴ », peu importe la configuration choisie précédemment par les utilisateurs. Facebook a également modifié sa politique de confidentialité afin de permettre ce changement. La plainte alléguait que ces modifications avaient été apportées sans le consentement averti des utilisateurs. De même, étant donné les profits tirés par Facebook de l'utilisation des renseignements de ses usagers, la plainte soutenait que Facebook avait intentionnellement ou par négligence conçu une politique de confidentialité permettant un partage d'information élargi par rapport aux modalités acceptées à l'inscription, ce qui exposait les gens au « vol d'identité, la fraude, le forage de données, le harcèlement, l'embarras, l'intrusion... », et ce, afin d'accroître les revenus de l'entreprise⁷⁵.

L'affaire n'a jamais été tranchée sur le bien-fondé de la demande de M. St-Arnaud. Facebook a remis en question la compétence de la cour au Québec et a indiqué que les conditions d'utilisation précisent que toute requête pour autorisation d'intenter une action doit être déposée auprès d'une cour fédérale ou d'État en Californie, une clause « d'élection de for » classique.

Ce type de disposition est normalement annulé en vertu des mesures de protection du consommateur prévues par le Code civil du Québec. L'article 3149 stipule que :

Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou

⁷³ *St-Arnaud c. Facebook Inc.*, [2011] QJ No 3161, 2011 QCCS 1506 [*St-Arnaud*].

⁷⁴ Notamment sur Internet en général, c.-à-d. les données du profil Facebook peuvent être indexées et recherchées par un moteur de recherche tel que Google, et consultées par toute personne, qu'elle ait ou non un profil dans Facebook.

⁷⁵ *St-Arnaud*, *supra* note 73 au para. 6.

sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée⁷⁶. [soulignement ajouté]

Un « contrat de consommation » est défini à l'article 1384 du Code civil du Québec :

Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite⁷⁷. [soulignement ajouté]

Toutefois, le juge a décidé que cette règle de protection du consommateur ne s'applique pas parce que :

« L'accès au site Web de Facebook est complètement gratuit. Par conséquent, il n'existe aucun contrat de consommation lors de l'adhésion et de l'accès au site Web, car il est toujours gratuit. Un contrat de consommation est fondé sur le paiement et la contrepartie⁷⁸. »

Puisque les conditions d'utilisation ne constituent pas un « contrat de consommation », contrat tout de même valide autrement, M. St-Arnaud était lié par la clause stipulant qu'il devait déposer une requête pour autorisation d'intenter un recours en Californie et, par conséquent, le recours collectif a été rejeté. La décision devait faire l'objet d'un appel, mais Facebook a conclu un règlement à l'amiable avant le début de l'appel, sans admettre tout comportement répréhensible de sa part et sans reconnaître de la compétence du tribunal du Québec dans le cadre de cette affaire⁷⁹.

Le raisonnement implicite du tribunal dans le cas de *St-Arnaud* veut que la valeur des renseignements personnels soit insuffisante pour que ceux-ci soient considérés comme un « paiement ». Cette affirmation semble absurde, étant donné que le revenu de Facebook découle presque entièrement des publicités ciblées et de l'utilisation des renseignements de ses utilisateurs. Or, les renseignements personnels n'ont pas de valeur équivalente en espèces et, en conséquence, fournir ceux-ci à Facebook n'équivaut pas à payer en vertu de la loi.

⁷⁶ Art. 3149 CCQ.

⁷⁷ Art. 1384 CCQ.

⁷⁸ *St-Arnaud*, supra note 73, paras 52-54.

⁷⁹ Règlement *St-Arnaud c. Facebook Inc.*, Internet :

<https://www.merchantlaw.com/classactions/assets/pdf/Facebook_Settlement_Agreement_Exetuted.pdf> au para. 2.3.

La cour a également insinué que les renseignements personnels sont suffisamment importants pour constituer une « contrepartie », une obligation juridique de la formation valide d'un contrat⁸⁰. Il en résulte que les conditions d'utilisation forment un contrat valide qui accorde à Facebook l'avantage des dispositions qu'il a lui-même rédigées, mais non un « contrat de consommation » valide, ce qui aurait permis à M. St-Arnaud de bénéficier du droit relatif à la protection du consommateur.

Il est surprenant qu'au Québec, une province munie de solides mesures de protection du consommateur, un juge applique ce type de raisonnement à un litige mettant en cause un service « gratuit ». Malheureusement, les habitants du Québec ne sont probablement pas les seuls consommateurs vulnérables aux pratiques des services « gratuits ».

Procès aux États-Unis

Tandis que les États-Unis adoptent habituellement une approche législative distincte de celle du Canada, les tribunaux canadiens se tournent régulièrement vers leurs homologues américains aux fins d'assistance dans les dossiers nouveaux et émergents. Comme de fait, le juge du Québec dans l'affaire *St-Arnaud* n'était pas seul à considérer que les renseignements personnels n'ont pas une valeur suffisamment élevée afin de correspondre à un équivalent monétaire. Un recours collecté intenté contre Facebook aux États-Unis a rapidement été rejeté suivant un raisonnement semblable.

Dans l'affaire *In re Facebook Privacy Litigation*, les plaignants ont allégué que Facebook avait intentionnellement ou par négligence autorisé la communication des renseignements personnels à des annonceurs tiers en conséquence d'une mauvaise conception logicielle⁸¹. Les plaignants ont fait valoir huit revendications différentes, mais la plus pertinente est la demande présentée en vertu de la *Consumer Legal Remedies Act* (CLRA) de la Californie, qui fournit des mesures de protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales.

Puisque « consommateur » est défini aux termes de la CLRA comme étant « une personne qui recherche ou acquiert, par achat ou par bail, tout bien ou service à des fins personnelles, familiales ou ménagères », la cour a rejeté la demande⁸² :

« En l'espèce, les plaignants allèguent que le défendeur “permet à toute personne... de s'inscrire gratuitement à son service.” Tel que discuté précédemment, l'argument des plaignants selon lequel les renseignements personnels constituent une forme de “paiement” n'est pas étayé par la loi. »

La « discussion précédente » évoquée décrit très clairement la position de la cour :

⁸⁰ La contrepartie et le droit contractuel seront approfondis plus loin à la section consacrée aux questions juridiques.

⁸¹ *In re Facebook Privacy Litigation*, 791 F Supp (2d) 705 (2001).

⁸² *Ibid.* à 716-717.

L'avis de la cour dans [*Doe 1 v AOL LLC*, 719 F Supp 2d 1102 (ND Cal 2010)] ne peut soutenir la proposition générale selon laquelle tout renseignement personnel « équivaut à de l'argent ou à un bien. » Cela indique plutôt qu'un plaignant est le consommateur de certains services (c.-à-d. qui « paie les frais » de ces services) peut déposer une requête en vertu de certaines lois californiennes de protection du consommateur lorsqu'une entreprise, en contravention de ses propres politiques, divulgue les renseignements personnels de ses consommateurs au public⁸³.

Pour des motifs similaires, la demande du plaignant en raison de rupture de contrat a été rejetée⁸⁴. Comme l'explique la cour, la loi californienne exige qu'un préjudice « appréciable et réel » ait été subi par le plaignant afin d'établir une requête valable en raison de rupture de contrat. Les plaignants font valoir que leurs renseignements personnels ont été transférés à des publicitaires tiers sans leur consentement et qu'en conséquence, ils ont « subi un préjudice ». Le seul transfert de renseignements personnels n'était pas suffisant afin d'obtenir un verdict de préjudice et de conclure que le « préjudice avait été subi » par les plaignants, ce qui n'était pas suffisamment précis afin d'établir un préjudice « appréciable et réel⁸⁵ ».

En fait, le raisonnement selon lequel les renseignements personnels n'ont pas de valeur « préjudiciable » est une tendance bien articulée dans la procédure en matière de protection de la vie privée aux États-Unis. En outre, même le temps et l'argent consacrés à l'atténuation des répercussions d'une atteinte à la protection de la vie privée (notamment l'achat d'assurances contre le vol d'identité) ne constituent pas un « préjudice » suffisant afin d'étayer des revendications présentées en raison de négligence ou de rupture de contrat⁸⁶.

Par exemple, une affaire où les renseignements personnels d'un plaignant ont été obtenus du fait d'un vol d'ordinateurs contenant des données cryptées sur la clientèle a été rejetée parce que le plaignant ne pouvait prouver « une perte de capacité de gain ou de salaire⁸⁷ ». Puisqu'il n'y avait aucune preuve de l'accès aux renseignements du plaignant ou de leur utilisation

⁸³ *Ibid.* à 715.

⁸⁴ *Ibid.* à 717.

⁸⁵ La cour a rejeté la poursuite pour rupture de contrat et les plaignants avaient la possibilité de modifier leur plainte et réessayer. Dans l'affaire *In re Facebook Privacy Litigation*, 2011 US Dist LEXIS 147345 (ND Cal 2011), la cour a rejeté à nouveau la demande et a indiqué que « en l'espèce, les plaignants allèguent qu'ils ont subi des "dommages réels et appréciables sous la forme de la valeur de leurs données personnelles identifiables que le défendeur a abusivement partagé avec le publicitaires." Toutefois, la cour a déjà rejeté la théorie des plaignants selon laquelle leurs données personnelles identifiables auraient une valeur. » [italique ajouté]

⁸⁶ Andrew Serwin, « Hannaford Litigation Ruling Finds Plaintiffs Cannot Prove Damages » (21 septembre 2010), Internet :

<<http://web.archive.org/web/20121117002125/http://www.privacysecuritysource.com/2010/09/21/hannaford-litigation-ruling-finds-plaintiffs-cannot-prove-damages>>. Voir aussi Andrew Serwin, « Poised on the Precipice: A Critical Examination of Privacy Litigation » (2009) 25:4 Santa Clara Computer & High Tech LJ 883, pp. 927-931.

⁸⁷ Serwin, *supra* note 86, pp. 929-930.

abusive, les demandes ont échoué. Par ailleurs, le temps, l'effort et l'argent consacrés par le plaignant au contrôle de sa notation de crédit n'étaient pas considérés comme un préjudice suffisant afin de justifier une mise en recouvrement. Le Canada semble adopter graduellement une orientation semblable.

L'affaire *St-Arnaud* et d'autres causes dans la même veine soulèvent de nombreuses questions troublantes : les services « gratuits » dotés de conditions d'utilisation semblables à celles de Facebook sont-ils essentiellement à l'abri des poursuites judiciaires au Canada? Ce type de raisonnement pourrait-il s'appliquer à d'autres cadres juridiques? Quelles autres questions juridiques naissent du modèle opérationnel des services « gratuits »?

Enjeux juridiques axés sur le consommateur

Les services « gratuits » emploient un certain nombre d'outils juridiques à leur avantage et se situent au carrefour d'un grand nombre d'enjeux juridiques peu explorés, ce qui explique sans aucun doute pourquoi ils peuvent être exploités de telle manière compte tenu des problèmes qu'ils posent aux consommateurs. Par conséquent, les solutions à ces enjeux exigeront probablement des changements progressifs à de nombreux cadres juridiques, plutôt qu'une seule mesure rectificative rapide apportée à une loi donnée.

Une grande part du pouvoir d'un service « gratuit » émane des conditions de service et de la documentation connexe qui sont imposées aux utilisateurs et s'avèrent très efficaces afin de prévenir que toute responsabilité soit imputée à un fournisseur de service. Le droit entourant les enjeux juridiques et Internet est en évolution constante depuis les années 1990 et ne montre aucun signe de stabilisation. Les lois sur la protection du consommateur ont traditionnellement protégé les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales; toutefois, le cadre régissant leur fonctionnement a été conçu à une autre époque en matière de technologies et d'entreprises en ligne. Parallèlement, les lois canadiennes relatives à la protection de la vie privée étaient à un moment les plus tournées vers l'avenir du monde entier, mais elles n'ont pas emboîté le pas à l'évolution de l'industrie. D'autres pays ont fait appel au droit de la concurrence afin de s'attaquer à ces problèmes, mais cette approche est peu susceptible de réussir au Canada⁸⁸. Tous les secteurs du droit contribuent au problème et seront examinés tour à tour.

Le droit contractuel et les conditions d'utilisation

Alors qu'une description complète du droit contractuel dépasse la portée du présent exposé, quelques notions élémentaires seront décrites en bref afin de mettre en contexte les stratégies juridiques souvent associées aux services en ligne.

Notions contractuelles élémentaires

Afin qu'un contrat soit exécutoire devant un tribunal, plusieurs éléments sont requis. Les droits et obligations spécifiques (les *conditions*) de l'entente doivent être communiqués d'une partie à l'autre. Ce geste est appelé l'*offre*. La personne présente l'offre est désignée l'*offrant*. La partie à laquelle est présente l'offre se nomme le *destinataire de l'offre*.

Le destinataire de l'offre peut ensuite : accepter l'offre, décliner l'offre ou modifier les conditions et présenter une nouvelle offre à l'offrant initial. Ce processus de modification et de nouvelles offres d'une partie à l'autre peut se répéter au besoin jusqu'à ce qu'une offre soit acceptée. À titre d'exemple, ce processus pourrait prendre la forme commune du « marchandage » lors d'une vente-débaras.

⁸⁸ Par exemple, en Europe, le droit de la concurrence examine souvent la dominance de marché du point de vue du « pouvoir sur le prix », afin que les services gratuits disponibles en ligne soient plus faciles à critiquer. Par exemple, voir : Commission européenne, 7 octobre 2011, affaire COMP/M.6281, Microsoft/Skype.

Si le destinataire de l'offre accepte les conditions particulières d'une offre, cela est désigné l'*acceptation* de l'offre et on évoque que le destinataire de l'offre a *acquiescé* aux conditions. Cela signifie que les deux parties à l'entente comprennent leurs droits et obligations en vertu du contrat et promettent de les satisfaire.

La nature d'un contrat peut être presque tout, que ce soit un échange d'argent contre un produit ou une obligation d'action quelconque des deux parties. Cependant, pour qu'un contrat valide ait cours valide, les deux parties doivent échanger une valeur. Cette valeur s'appelle la *contrepartie*. Le nombre d'éléments valides pouvant servir de « contrepartie » a augmenté sur plusieurs années et comprend : l'argent, un objet, un bien, une promesse de faire quelque chose, ou une promesse de ne pas faire quelque chose, puisqu'un contrat est une entente *mutuelle*, les deux parties doivent contribuer à l'échange.

De nombreux enjeux soulevés par les services « gratuits » en droit contractuel ont trait à la contrepartie et à l'acquiescement.

Conditions d'utilisation

Pratiquement tous les services en ligne exigent des utilisateurs qu'ils acceptent des « conditions d'utilisation⁸⁹ » avant de pouvoir utiliser les fonctionnalités de la plateforme. Ces documents énoncent les droits et obligations de l'utilisateur durant son utilisation du service et décrivent souvent les pratiques particulières d'un fournisseur de service (par exemple, comment un service traite des questions de droit d'auteur). Il se peut que les consommateurs ne se rendent pas compte qu'ils concluent en fait un contrat ayant force obligatoire en cliquant « J'accepte » au moment de leur inscription⁹⁰. Comme nous l'abordons plus loin, le contrat est valablement établi, peu importe si l'utilisateur lit les conditions avant de les accepter.

Le problème qui se pose aux consommateurs est que contrairement au processus décrit ci-dessus par lequel les utilisateurs peuvent modifier les conditions qui leur sont présentées et répondre par leur propre offre, les utilisateurs doivent accepter les conditions du service telles quelles ou ils ne peuvent pas utiliser le service. C'est ce qu'on appelle un *contrat d'adhésion*⁹¹. Le contrat d'adhésion désigne un contrat où une partie a essentiellement tout le pouvoir de négociation et l'utilise afin de rédiger toutes les conditions qui leur sont favorables, souvent aux dépens de l'autre partie. Ces contrats sont ensuite « à prendre ou à laisser » par l'autre partie. Par exemple, les contrats téléphoniques sans-fil sont considérés comme des contrats d'adhésion, car le consommateur doit accepter le prix et les caractéristiques du forfait offert tels quels, sans possibilité de négocier d'autres conditions.

⁸⁹ Parfois également appelées « condition de service », « contrat de licence de l'utilisateur », « conditions générales », « modalités » ou « droits et obligations ».

⁹⁰ À moins que l'utilisateur n'ait pas la capacité juridique de conclure des contrats, notamment un mineur ou une personne frappée d'incapacité juridique en raison d'une maladie mentale.

⁹¹ Également désigné « entente contractuelle type », « contrat type », « contrat d'application générale » ou par la formule « contrat d'adhésion ».

Étant donné la popularité de nombreux services en ligne et le fait qu'ils remplacent de plus en plus les services classiques, nous en sommes désormais dans une réalité où les consommateurs doivent utiliser certains services « gratuits » afin de participer pleinement à la société. Dans ce cas, les consommateurs sont souvent laissés au dépourvu en conséquence des contrats d'adhésion (c.-à-d. les conditions d'utilisation) et peu de solutions de rechange s'offrent à eux.

Alors que les contrats d'adhésion ne sont pas *intrinsèquement* problématiques et sont probablement nécessaires (il n'est pas réaliste que Facebook négocie individuellement un contrat avec 1,1 milliard d'utilisateurs), en pratique, les services « gratuits » utilisent cette position de force afin de rédiger des conditions d'utilisation au détriment des consommateurs. En outre, la recherche a montré que la conception et la présentation des contrats d'adhésion ont pour effet de « contrecarrer d'une manière significative l'aptitude d'une personne à lire et comprendre convenablement » les conditions d'utilisation⁹². Les lois sur la protection du consommateur sont habituellement dotées de règles visant les contrats d'adhésion en reconnaissance du fait que ces contrats sont souvent injustes à l'égard du consommateur, mais comme nous le verrons ci-dessous, ces lois sont rarement appliquées aux services « gratuits ».

Contrats d'achat au clic et conclusion de contrat en ligne

Une question souvent soulevée dans les litiges concernant les services en ligne veut que le consommateur ne lit jamais réellement les conditions d'utilisation, et ne devrait donc pas être lié à celles-ci. En termes juridiques, cet argument implique que s'il y avait techniquement l'*acceptation* du contrat, il n'y avait aucun *acquiescement* à son contenu. Par conséquent, il manque un élément essentiel du contrat et le tribunal ne devrait pas à ce motif lui accorder force exécutoire.

Les tribunaux ont rarement accepté cet argument. Il faut réunir un ensemble de circonstances exceptionnelles afin qu'un tribunal ne rende pas exécutoire un contrat parce qu'une partie n'a pas lu les conditions⁹³. Dans la plupart des cas, les deux parties passent en revue une copie papier du contrat avant de le signer, et donc il ne serait pas sincère de faire valoir qu'il n'y avait pas de possibilité de lire les conditions. À l'inverse, l'aversion des juges à l'égard de ce type d'entente découle de l'obligation juridique qui incombe aux deux parties de lire et de comprendre les conditions du contrat qu'ils acceptent; quiconque ignore cette obligation le fait à ses propres risques et périls.

En ligne, la situation est toute autre. Depuis les débuts des longs contrats de licence accompagnant l'installation de tous les programmes, une culture s'est développée où les utilisateurs acceptent sans le lire un accord juridique en « cliquant » sur une icône. De même, les services en ligne ont reconnu qu'obliger les utilisateurs à lire de longs documents juridiques

⁹² Woodrow Hartzog, « The New Price To Play: Are Passive Online Media Users Bound by Terms of Use? » (4 octobre 2010) 15:4 Comm L & Pol'y 405 à 408.

⁹³ Par exemple, voir : *Rudder v Microsoft Corp.*, [1999] O.J. No. 3778 (Sup. Ct. J.), au para. 11-12. En l'espèce, le juge Winkler déclare que les obstacles technologiques à la consultation du contrat intégral (dans ce cas le défilement) ne devraient pas justifier l'inexécution de ses conditions.

pourrait empêcher certains utilisateurs de s'inscrire à leur service, et par conséquent leurs plateformes sont souvent conçues afin de rendre les conditions d'utilisation accessibles, mais non nécessaires à lire.

Les tribunaux aux États-Unis saisis des poursuites contre ces services ont réparti ces ententes en deux catégories de licences⁹⁴ : le « contrat d'achat au clic » où les conditions d'utilisation ne sont qu'à un clic du processus d'inscription, et la « conclusion de contrat en ligne » où l'utilisateur a soi-disant accepté l'entente simplement en utilisant le service, qu'ils aient ou non effectivement lu les conditions.

Il est établi en droit aux États-Unis et au Canada que les « contrats d'achat au clic » sont valides et exécutoires, même lorsqu'un utilisateur a fait défiler un contrat affiché en « cliquant » sur une icône ou en cliquant sur « J'accepte » avant de lire une entente référencée par un hyperlien⁹⁵. Il est permis de croire que les consommateurs comprennent qu'ils seront toujours liés par un contrat même s'ils ne lisent pas les conditions et ainsi il n'est pas surprenant que cette règle s'applique au contexte des contrats en ligne.

Or, les services « gratuits » peuvent facilement tirer avantage de la culture du clic sans lecture. Si la lecture de toutes les politiques de confidentialité auxquelles un utilisateur est soumis prendrait 201 heures par année⁹⁶, il faudrait un délai équivalent ou supérieur afin de lire les conditions d'utilisation. Ainsi, la réalité veut que les consommateurs ne consacrent tout simplement pas le temps nécessaire à la lecture ou à la compréhension de ces documents. Les services en ligne sont au courant de cette tendance et du fait que les tribunaux feront exécuter les contrats d'achat au clic contre les consommateurs. Il en résulte que les consommateurs sont trop souvent en position injuste en conséquence de contrats d'achat au clic.

Le droit afférent à la conclusion de contrat en ligne est moins établi. Les tribunaux aux États-Unis traitent les ententes en ligne d'une manière analogue aux contrats papier, la seule véritable différence étant situations inhabituelles ou nouvelles⁹⁷. Toutefois, dans le but d'étendre la loi en place à une situation juridique nouvelle, la force exécutoire de la conclusion de contrat en ligne reposait souvent sur la question de savoir si l'utilisateur a été avisé de l'existence de

⁹⁴ Les termes « contrat par clic » et « contrat de licence en ligne » sont issus de la notion de « licence sous emballage scellés », à savoir des licences jadis imprimées à l'intérieur des boîtes de logiciels qu'un utilisateur pouvait seulement lire après qu'il ait déjà acheté le logiciel (c.-à-d. ouvert l'emballage sous film). Les licences sous emballage scellées ont fait l'objet de contestations judiciaires aux États-Unis et les tribunaux ont confirmé leur validité et leur force exécutoire parce qu'« un avis à l'extérieur, les conditions à l'intérieur, et le droit à un remboursement si les conditions sont jugées inacceptables » était considéré comme une méthode commerciale valide. Noter les similitudes et les différences avec les services « gratuits » et leurs conditions d'utilisation (p. ex. impossible d'obtenir un « remboursement »). Voir : Bradley J Freedman, « Electronic Contracts under Canadian Law – A Practical Guide » (2000) 28 Man LJ 1, paras. 57-61.

⁹⁵ Voir p. ex. *Brodsky v Match.com LLC*, 2009 WL 3490277 (SD NY 2009), cocher une case indiquant « J'accepte les conditions d'utilisation de Match.com » avec un hyperlien vers les conditions de l'entente est un acquiescement suffisant, et *Rudder v Microsoft Corp.*, 1999 CanLII 14923 (ON SC).

⁹⁶ McDonald & Cranor, *supra* note 32.

⁹⁷ Hartzog, *supra* note 92, à 417.

l'entente, plutôt que s'il avait lu et compris son contenu⁹⁸. Il est à noter que cette interprétation affaiblit un élément crucial du contrat : depuis l'*acquiescement* (la compréhension des droits et obligations en vertu d'une entente) jusqu'à la *connaissance* (savoir qu'une entente existe).

Les tribunaux américains sont plus disposés à rendre applicable la conclusion de contrat en ligne dans les procès entre entreprises, mais les consommateurs n'en sont pas à l'abri⁹⁹. Les universitaires ont constaté que dans pratiquement tous les cas où les tribunaux ont refusé de rendre exécutoire une conclusion de convention en ligne, cette décision visait à protéger les consommateurs¹⁰⁰. Au Canada, il y a encore trop peu d'actions en justice mettant en cause la conclusion de contrat en ligne, mais à ce jour les tribunaux canadiens semblent emboîter le pas aux tribunaux américains. La décision récente d'un tribunal en Colombie-Britannique a fait droit à la conclusion de convention en ligne entre deux entreprises, et le juge a raisonné que l'analyse une affaire antérieure entre un consommateur et une entreprise pourrait être interprétée comme ayant fait droit à une conclusion de contrat en ligne¹⁰¹.

La question se pose aux consommateurs à mesure que s'accroît la tendance des « avis au lieu de l'acquiescement », le pouvoir de négociation continue de passer aux mains du service en ligne au détriment du consommateur, ce qui met ce dernier en position de plus en plus défavorisée. Les consommateurs ont été engagés dans une voie très dangereuse, on peut supposer que ce soit au nom de la convivialité ou « facilité d'utilisation », par laquelle le simple furetage d'un site Web les oblige à souscrire à des obligations et restrictions injustes qui ne peuvent faire l'objet de contestations judiciaires. Plus la conclusion de contrat en ligne est répandue et plus les tribunaux lui donnent force exécutoire, plus les services se rapprochent du pouvoir d'imposer des responsabilités à ses utilisateurs, avec pratiquement aucune possibilité d'être tenus responsables d'abus.

Dispositions contraires aux intérêts des consommateurs

Si tous les services « gratuits » diffèrent et, par conséquent, les conditions d'utilisation de ceux-ci ont différents objectifs, il existe plusieurs types de dispositions communes dans les contrats en ligne. Ce type de disposition est intrinsèquement défavorable aux consommateurs et accorde une position nettement meilleure aux intérêts de l'entreprise en cas de litige.

La disposition la plus courante est la clause de *l'élection de for*. La compétence sera examinée dans le détail ci-dessous, mais essentiellement cette disposition énonce qu'en cas de litige avec l'entreprise, l'utilisateur doit déposer la requête pour autorisation d'intenter une poursuite à l'endroit précisé par le contrat. Par exemple, puisque de nombreux services « gratuits » sont établis dans la Silicon Valley en Californie, ces services précisent que toute poursuite doit être intentée contre eux dans un tribunal californien et ne peut être intentée dans un tribunal dans le lieu de résidence du plaignant. Cela signifie qu'un consommateur canadien aurait à se procurer

⁹⁸ *Ibid.*, à 415.

⁹⁹ Voir p. ex. *Dewayne Hubbert v Dell Corp.*, 359 Ill App (3d) 976 (Ill App 2005).

¹⁰⁰ Hartzog, *supra* note 92, à 418.

¹⁰¹ *Century 21 Canada Limited Partnership v Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, paras. 92-108.

les services d'un avocat étranger, mais aurait aussi à se déplacer vers un pays étranger et y demeurer pendant la durée du litige. Ainsi, le consommateur perd les avantages du droit établi dans son territoire de compétence en se soumettant aux lois d'une autre compétence. Une disposition porteuse de conséquences semblables est la clause de *compétence législative* qui précise la loi du pays, de la province ou de l'État applicable à tout litige avec l'entreprise. Il n'est sans doute pas surprenant que les lois du territoire de compétence privilégié par l'entreprise soient probablement plus favorables aux entreprises qu'aux consommateurs favorisent probablement les intérêts des entreprises au-delà de ceux des consommateurs.

Une autre disposition contraire aux intérêts du consommateur figurant dans les conditions d'utilisation des contrats est l'*arbitrage obligatoire*¹⁰². Ces dispositions font perdre aux consommateurs le droit d'intenter une action devant un tribunal et tout litige doit être résolu par un expert indépendant tiers. Les entreprises soutiennent souvent que cette pratique leur permet de réaliser des économies, car même une demande insignifiante peut engendrer d'importants coûts de procédure judiciaire. Toutefois, les consommateurs risquent de se trouver gravement désavantagés : l'arbitrage exige d'ordinaire le paiement préalable d'une somme considérable qui peut être naturellement supérieur au montant en litige; les décisions sont exécutoires, non publiées, et ne peuvent généralement faire l'objet d'un appel que dans des circonstances limitées; d'ailleurs, l'expert indépendant tiers est souvent choisi par l'entreprise, ce qui remet en question l'impartialité du processus.

Un autre type de disposition qui soulève d'importantes questions d'équité est l'*interdiction des recours collectifs*. Un recours collectif permet à un groupe nombreux de personnes d'intenter une action contre un défendeur d'une manière plus efficace et efficiente que si chacun des membres du groupe intentait une action distincte. Le recours collectif est souvent considéré comme un outil permettant aux consommateurs de responsabiliser les grandes entreprises : le préjudice subi par une seule personne n'est peut-être pas assez significatif afin de justifier une action en justice, mais en tant que groupe, les préjudices subis collectivement seraient vraisemblablement suffisants pour qu'un tribunal exige qu'une société indemnise les consommateurs et modifie ses pratiques¹⁰³. Il est à noter en outre que les clauses d'arbitrage obligatoire peuvent empêcher les consommateurs d'intenter un recours collectif ou de participer à une telle procédure. L'interdiction des recours collectifs fait considérablement diminuer la capacité des consommateurs à influencer le comportement des grandes entreprises et de chercher à obtenir réparation en raison d'un préjudice à grande échelle.

¹⁰² Pour un examen des clauses d'arbitrage obligatoire, voir le rapport antérieur du CDIP et d'Option consommateurs : « Mandatory Arbitration and Consumer Contracts » (novembre 2004), Internet : <http://www.piac.ca/files/mandatory_arbitration.pdf>. Voir *ibid.* pp. 24-37 les raisons pour lesquelles l'arbitrage obligatoire est préjudiciable aux consommateurs.

¹⁰³ Voir p. ex. les commentaires de Hall JA dans *Knight v Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 235 au para. 20 : « ...lois sur les recours collectifs devraient être structurées généreusement. Les recours permettent de réaliser des économies judiciaires en évitant un double emploi inutile dans de multiples actions, en améliorant l'accès à la justice et en servant à modifier un comportement fautif. »

Enfin, une clause abusive qui a fait l'objet de poursuites au Canada dans le contexte du contrat d'achat au clic et de la conclusion de contrat en ligne¹⁰⁴ est la disposition de *modification unilatérale*. Ce type de clause permet à l'entreprise de modifier toute condition du contrat en tout temps, sans devoir obtenir l'approbation de l'utilisateur. Ces dispositions indiquent souvent que l'entreprise doit aviser l'utilisateur des modifications d'une manière quelconque, par exemple en publiant un avis sur le site Web de l'entreprise. L'exigence en matière d'avis est probablement incluse parce que la modification unilatérale d'un contrat sans communiquer les changements peut être considérée comme injuste et déraisonnable si bien qu'un tribunal refuserait l'exécution des modifications. En réalité, les consommateurs lisent rarement les conditions d'utilisation la première fois et recherchent encore moins le site du service afin d'y consulter régulièrement des mises à jour. En pratique, cette responsabilité déraisonnable incombe aux consommateurs et les entreprises savent qu'elle ne sera pas respectée par la grande majorité des consommateurs. Autrement, ce type de disposition accorde aux entreprises un contrôle intégral sur les droits des utilisateurs.

Les principales inquiétudes suscitées par les conditions d'utilisation sont attribuables au fait que les consommateurs ne lisent pas tous les documents volumineux associés à chacun des services qu'ils utilisent. Alors qu'on peut soutenir que les consommateurs adoptent ce comportement à leurs propres risques, la réalité est que les services « gratuits » et d'autres entreprises en ligne tirent collectivement avantage d'une « culture d'acceptation sans lecture » et de la nature des contrats d'adhésion en y inscrivant des dispositions contraires aux intérêts du consommateur. Même si les consommateurs lisaient ces documents, ils ne comprendraient probablement pas, par exemple, l'effet combiné d'une clause d'élection de for et d'une disposition d'arbitrage obligatoire sur leurs droits.

On ne peut trop insister sur le fait que les consommateurs doivent être informés de ce qu'ils acceptent au moment de s'inscrire auprès d'un service « gratuit ». Cependant, alors que les tribunaux du Canada et des États-Unis ont fait respecter la conclusion de contrat en ligne à l'encontre des consommateurs et que les tribunaux ont de plus en plus tendance à accepter un avis approprié au lieu de l'acquiescement, l'application de ces restrictions n'est pas tout à fait claire avant qu'il ne soit trop tard. Les consommateurs sont donc plus susceptibles que jamais d'être désavantagés injustement en cas de litige avec un service « gratuit ». Malgré les nombreuses actions intentées par les consommateurs et le nombre de reportages négatifs dans les médias, les forces du marché n'ont pas suscité une réorientation de politiques préconisées par les services « gratuits » — la réglementation de ces pratiques est apparemment nécessaire afin de protéger les consommateurs.

¹⁰⁴ Voir *Kanitz v Rogers Cable Inc.*, [2002] 58 OR (3d) 299, 2002 CanLII 49415 (ONSC), qui a confirmé l'applicabilité des changements unilatéraux aux conditions d'utilisation de Rogers après qu'un avis de la modification a été publié sur le site Web de l'entreprise.

Compétence

Tandis qu'un examen intégral des questions de compétence excède la portée du présent document de la présente étude, les services en ligne ont soulevé de nouveaux enjeux entourant les tribunaux, les contrats et la compétence qu'il convient d'examiner en bref.

Le concept juridique de la compétence renvoie effectivement à la question de savoir si un tribunal a l'autorité ou non d'entendre et de trancher un litige¹⁰⁵. Si une action est intentée devant un tribunal qui n'est pas investi de cette autorité, par exemple si quelqu'un intentait une action pour faute professionnelle médicale devant la Cour canadienne de l'impôt, la cour rejeterait la procédure au motif du « défaut de compétence ». La compétence renvoie à la gamme de sujets sous l'autorité de la cour ainsi qu'aux régions géographiques où le tribunal dispose de cette autorité. Ce dernier concept pose problème dans le contexte Internet.

Dans le contexte hors ligne, les entreprises ont une présence physique au sein des frontières d'une région géographique définie. En cas de litige avec une entreprise, le plaignant se situe probablement dans la même région géographique que l'entreprise et toute action en justice serait donc intentée devant un tribunal de cette même région.

Dans le contexte Internet, une entreprise peut avoir son siège dans un pays, posséder des serveurs dans un autre pays et proposer l'accès à ses services dans un troisième pays. Selon la nature du litige, il n'est pas toujours évident de savoir où une poursuite devrait être intentée. Puisqu'il n'existe aucun « cybertribunal », le litige doit être déposé auprès d'un tribunal dans l'une de ces régions.

En pareil cas, le consommateur serait disposé à présenter une contestation judiciaire devant un tribunal de leur région de résidence aux fins d'accès à une représentation juridique locale et aux avantages des lois auxquels ils sont habitués. Le cas échéant, l'entreprise dont le siège social se situe dans un autre pays contesterait sans doute la compétence de ce tribunal et indiquerait que l'action aurait dû être intentée dans la région où se trouve l'entreprise. Le tribunal se pencherait ensuite sur les faits litigieux et prendrait une décision motivée en fonction du contexte global de l'affaire et de la compétence législative¹⁰⁶. Il serait possible d'interjeter appel devant une instance supérieure qui examinerait le contexte et le raisonnement du tribunal inférieur. Selon les faits en litige et la discrétion de la cour dans une certaine mesure, les consommateurs auraient toutes les chances de faire entendre leur différend dans leur pays de résidence.

D'un autre côté, les entreprises préfèrent la prévisibilité de leurs dépenses plutôt que l'approche adaptée au contexte d'un tribunal. En raison du fonctionnement d'Internet, une entreprise en

¹⁰⁵ Par exemple, voir : *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572.

¹⁰⁶ Au Canada, l'exercice de la compétence est fondé sur le critère d'un « lien réel et substantiel » adopté dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 SCR 1077. Le cadre d'analyse afin de déterminer s'il existe un lien réel et substantiel a récemment été modifié dans l'affaire *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17.

ligne pourrait être éventuellement traduite en justice dans tous les pays du monde où leur service est accessible, ce qui plongerait dans l'incertitude la question des coûts juridiques. Par conséquent, les entreprises contournent cette difficulté en intégrant une clause d'élection de for à leurs contrats qui précise l'endroit particulier où doit être intentée une action. Devant ce type de contrat, les tribunaux décident uniquement si le contrat a été valablement formé afin de déterminer s'ils peuvent exercer leur compétence, plutôt que d'envisager le contexte des demandes et les questions d'équité.

S'il existe des intérêts légitimes des deux côtés de la médaille, la problématique réside dans le fait qu'il s'agit d'un autre domaine où les intérêts des entreprises sont privilégiés au détriment des consommateurs. Un litige de consommation contre une grande société constitue déjà un combat inégal sont déjà traités de manière inéquitable, puisque la société dispose de considérablement plus de ressources que le particulier. Étant donné l'imposition de la clause d'élection de for, les consommateurs sont obligés à déposer leur demande de règlement de litige sur « leur propre terrain juridique », ce qui crée des avantages significatifs pour l'entreprise et défavorise considérablement les consommateurs. Cet inconvénient peut souvent atteindre un point tel qu'il dissuade en fait les consommateurs d'intenter une action, quelle qu'elle soit.

Il convient de rappeler que les conditions d'utilisation constituent des contrats d'adhésion — les utilisateurs doivent ainsi renoncer à ce droit afin de pouvoir utiliser le service. Il se peut que sans clause d'élection de for, une entreprise soit tenue de donner suite à des demandes dénuées de fondement dans d'autres pays et engagerait par le fait même des dépenses juridiques inutiles. Toutefois, il est simplement injuste que l'entité la mieux placée pour absorber les dépenses d'une poursuite oblige les particuliers à renoncer à leur droit à une audition impartiale dans leur pays de résidence. Le contexte d'Internet, conjugué à la compétence législative et aux pratiques associées au contrat d'adhésion, laisse entrevoir la nécessité d'invalider par voie réglementaire les clauses d'élection de for, dans le but de d'accorder aux consommateurs au moins la chance de présenter une demande dans leur propre pays.

Droit relatif à la protection du consommateur

Les lois relatives à la protection du consommateur régissent les transactions entre les particuliers et les entreprises afin de garantir un marché équitable où les droits des deux parties sont protégés. Habituellement, ce besoin émane du fait que les entreprises ont la capacité et une incitation à influencer déloyalement les consommateurs. Par exemple, les entreprises utilisent les contrats d'adhésion afin de se protéger contre la responsabilité financière au détriment des droits des consommateurs et les consommateurs n'ont aucun choix que d'acquiescer aux conditions telles quelles. Tel que susmentionné, le Code civil du Québec reconnaît le déséquilibre du pouvoir de négociation des consommateurs lorsque ceux-ci signent un contrat d'adhésion et prévoit des mesures de protection contre certaines dispositions abusives. Dans le but de réaliser des profits, certaines entreprises franchiront inévitablement la ligne iront inévitablement au-delà de ce qui est considéré comme une pratique raisonnable par la société. Par conséquent, les lois sur la protection du consommateur ont été amenées à exercer un rôle important dans la société.

Or, contrairement à l'environnement législatif, le monde des affaires est orienté par l'innovation et une évolution rapide. L'évolution des marchés et le raffinement de la technologie peuvent finalement mener à la mise au point de nouveaux modèles de gestion. Comme toute nouvelle pratique commerciale, cela peut susciter de nouveaux préjudices subis par les consommateurs, que les lois sur la protection du consommateur n'auraient pu prévoir. Il s'agit précisément de la préoccupation soulevée par les services « gratuits » et les lois existantes en matière de protection du consommateur. La rapidité de l'innovation a de loin dépassé la vitesse de l'adoption des mesures législative et entre-temps l'équilibre du marché a considérablement évolué en faveur des entreprises.

Comme l'a illustré l'affaire *St-Arnaud*, les définitions prévues par les lois sur la protection du consommateur au Québec s'avèrent inadéquates lorsqu'elles sont appliquées au modèle de gestion des services « gratuits ». Malgré l'esprit évident de la loi, voulant que les consommateurs ne doivent pas être obligés à renoncer à un droit important, la structure de la loi et du modèle opérationnel de Facebook empêchent le juge de l'appliquer aux conditions d'utilisation de Facebook.

Les conclusions de l'affaire *St-Arnaud* ont soulevé la question de savoir si les lois sur la protection du consommateur d'autres provinces canadiennes seraient exposées à ce même raisonnement. Malheureusement, les lois en matière de protection du consommateur en vigueur dans les autres provinces souffrent du même problème (ou pire) —elles reposent toutes sur la définition de « contrat de consommation » ou de « transaction de consommation » qui nécessite un paiement. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario prévoit la définition suivante de « convention de consommation » :

« convention de consommation » Convention que le fournisseur conclut avec le consommateur selon laquelle il convient de fournir des marchandises ou des services **moyennant paiement**¹⁰⁷.
[caractère gras ajouté]

La loi de l'Alberta sur le commerce loyal intitulée la *Fair Trading Act* propose une définition plus large :

« transaction de consommation » sous réserve de la réglementation prévue aux termes du paragraphe (2),
i) l'approvisionnement d'un consommateur en biens ou en services par un fournisseur, du fait d'un achat, bail, cadeau, concours ou arrangement autre; ou
ii) une entente entre un fournisseur et un consommateur qui résulte d'un achat, bail, cadeau, concours ou arrangement autre, selon laquelle le fournisseur accepte de fournir des biens ou des

¹⁰⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c 30, art. 1.

services au consommateur ou à un autre consommateur précisé par l'entente¹⁰⁸.

Toutefois, dans la réglementation des contrats établis par Internet, le « contrat de vente par Internet » se définit comme suit :

« contrat de vente par Internet » une transaction de consommation qui constitue un contrat dans lequel :

- i) la contrepartie des biens ou des services **dépasse 50 \$**; et
- ii) le contrat est formé par une communication textuelle sur Internet¹⁰⁹. [caractère gras ajouté]

Par conséquent, si la valeur d'un contrat de vente par Internet ne dépasse pas le seuil de 50 \$, les consommateurs ne peuvent bénéficier des mesures de protection prévues par la loi.

D'autres provinces et territoires ont des définitions semblables¹¹⁰. En Colombie-Britannique, la *Business Practices and Consumer Protection Act* [loi sur les pratiques commerciales et la protection des consommateurs] semble s'appliquer à n'importe quel type de contrat, avec ou sans paiement¹¹¹. Cependant, les mesures de protection reposent largement sur la divulgation complète des biens ou des services échangés et la possibilité d'obtenir un remboursement lorsqu'un fournisseur n'effectue pas la divulgation requise¹¹².

Dans l'ensemble, l'objectif des mesures de protection du consommateur actuellement en place est tout à fait clair — seules les transactions entre une entreprise et un consommateur comportant une somme d'argent raisonnable méritent cette protection. La plupart des secteurs exigent des entreprises qu'elles demandent un paiement en échange de leurs produits ou services, contrairement aux services « gratuits » qui disposent de sources de revenus de remplacement (c.-à-d., la publicité, l'exploration des données). Il s'agit pratiquement d'une échappatoire permettant aux entreprises qui traitent directement avec les consommateurs de structurer leur modèle de revenu de sorte qu'ils ne soient pas assujettis au droit relatif à la protection du consommateur. Il n'est pas raisonnable que dans le cas où Facebook facturait à

¹⁰⁸ *Fair Trading Act*, RSA 2000, c F-2 à l'art. 1(1)(c) [N.D.T. : en anglais seulement, traduction libre].

¹⁰⁹ Alberta Reg 81/2001, art. 1(d).

¹¹⁰ *Loi sur la protection du consommateur*, CPLM c C200 à l'art. 1(1); *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, LN-B 1978, c C-18.1 à l'art. 1(1); *Consumer Protection and Business Practices Act*, SNL 2009, c C-31.1 à l'art. 2(b); *Consumer Protection Act*, RSNS 1989, c 92 à l'art. 21V(b); *The Consumer Protection Act*, SS 1996, c C-30.1 à l'art. 75.5(e). Les lois de protection du consommateur aux Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut et au Yukon ne mentionnent pas du tout les contrats de consommation ou les ententes sur Internet.

¹¹¹ *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2, art. 17 : « "contrat de vente à distance" un contrat d'approvisionnement de biens ou de services entre un fournisseur et un consommateur qui n'est pas conclu en personne... »

¹¹² *Ibid.*, art. 46-52. Toutefois, la Loi prévoit à l'article 172 une voie de recours à l'infraction de la loi par un fournisseur. La Cour suprême du Canada a statué dans l'affaire *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15 que les clauses d'arbitrage obligatoire privé dans les contrats de consommation ne peuvent empêcher un consommateur d'intenter une poursuite en vertu de cet article, ce qui annule pratiquement ce type de disposition en Colombie-Britannique.

50 \$ l'accès à son service, les consommateurs soient mieux placés que s'ils intentaient la même poursuite en vertu du modèle de fonctionnement actuel de Facebook.

Les consommateurs devraient certainement bénéficier d'une protection contre les pratiques déloyales qui pourraient leur coûter une somme d'argent considérable et, par conséquent, le cadre actuel leur accorde des droits et recours importants. Cependant, comme l'industrie des entreprises de services « gratuits » en ligne s'est développée, les échanges monétaires importants ne sont pas les seules opérations auxquelles des mesures de protection du consommateur s'imposent.

Malheureusement, il n'existe probablement pas de solution miracle afin de régler tous les enjeux caractérisant les services « gratuits ». Même si les définitions de « contrat de consommation » étaient modifiées afin d'y inscrire les renseignements personnels à titre de mode de paiement, les droits créés par de nombreuses lois de protection du consommateur se rattachent à des lois sur la communication équitable de l'information sur les biens ou les services fournis au consommateur — soit une analogie au type d'information qu'on pourrait s'attendre à trouver lors de l'achat d'un produit dans le contexte hors ligne.

Comme le met en évidence la section ci-dessus consacrée aux problèmes, de nombreuses inquiétudes associées aux services « gratuits » ne se rapportent pas au fonctionnement du service en tant que tel, mais plutôt à la manière dont il recueille, explore et partage les procédés qui se déroulent pendant l'utilisation du service par les consommateurs. Dans la plupart des cas, ces pratiques sont complètement invisibles aux yeux du consommateur, et les consommateurs peuvent ne jamais en avoir connaissance avant qu'un problème ne survienne, par exemple une atteinte à la protection des données ou si un consommateur est exposé à une publicité personnalisée bouleversante. Ce sont des processus opérationnels secondaires qui seraient normalement considérés comme confidentiels par l'entreprise, mais en raison de la nature personnelle des renseignements en jeu, les consommateurs ont le droit de savoir exactement comment les processus emploient et manipulent leurs renseignements. Afin de rendre obligatoire la divulgation de tels processus, il faudrait un cadre juridique différent de ce qu'offrent les lois actuelles en matière de protection du consommateur, qui établirait un équilibre entre des intérêts très divergents.

En outre, les enjeux associés aux services « gratuits » évoqués dans le présent rapport se situent au carrefour du droit relatif à la protection du consommateur, du droit des affaires et du droit relatif au respect de la vie privée. Tout changement apporté aux lois dans un seul de ces domaines serait potentiellement inexécutable en pratique ou inefficace.

Par exemple, les tribunaux ne considèrent actuellement pas que les renseignements personnels ont une valeur équivalente en espèces et que par conséquent, une poursuite fondée sur la divulgation non autorisée de ces renseignements serait probablement tout de même rejetée en raison de l'absence de « préjudice ». À l'heure actuelle, un contrat doté d'une clause d'arbitrage obligatoire empêcherait qu'une action de la sorte soit intentée de toute manière. Une modification à la définition de « convention de consommation » en Ontario afin d'y inscrire les

contrats fondés sur l'échange de renseignements personnels permettrait d'intenter une telle poursuite¹¹³, mais le problème demeure que la demande serait probablement vouée à l'échec.

De plus, les préoccupations susmentionnées à l'égard de la discrimination des services « gratuits » ou du comportement des services gratuits à l'endroit des enfants ne seraient pas réglées par une simple redéfinition. Une approche plus holistique serait requise en vue de traiter efficacement des inquiétudes complexes suscitées par les services « gratuits » et rétablir l'équilibre des forces dans le marché.

Droit relatif au respect de la vie privée

Puisque la vaste majorité des services « gratuits » monétisent les renseignements personnels des utilisateurs, le droit relatif à la protection de la vie privée propose le cadre juridique le plus pertinent afin d'analyser les obligations des services gratuits à l'endroit de leurs utilisateurs. En particulier, le droit relatif au respect de la vie privée examine la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements personnels des utilisateurs et, par ce moyen, prévoit des règles et fixe des normes régissant la transparence, la responsabilité et la pertinence de ces activités de traitement données. La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE¹¹⁴) est le cadre législatif fédéral qui gouverne la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements personnels dans le secteur privé. Cette loi s'applique à toutes les provinces qui n'ont pas de lois essentiellement similaires¹¹⁵. Les points forts et les points faibles de la LPRPDE ont fait l'objet d'analyses exhaustives par le passé¹¹⁶ et la présente section mettra en relief seulement certaines préoccupations propres aux services « gratuits ».

La définition des renseignements personnels aux termes de la LPRPDE est très large : « "renseignement personnel" Tout renseignement concernant un individu identifiable¹¹⁷ [...] ». L'interprétation de cette définition comprend une grande variété de matières, y compris l'adresse IP d'un utilisateur dans le contexte approprié¹¹⁸. Cette définition générale présente un avantage aux Canadiens en veillant à ce que la loi s'applique à essentiellement toutes les

¹¹³ La *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario, *supra* note 107, art. 7(2) annule toute clause d'arbitrage dans une convention de consommation qui empêcherait un consommateur d'intenter une action devant un tribunal en Ontario.

¹¹⁴ *Supra* note 30.

¹¹⁵ Trois provinces ont adopté des lois (non liées à la santé) qui l'emportent sur la LPRPDE : l'Alberta (*Personal Information Protection Act*, SA 2003, c P-6.5), la Colombie-Britannique (*Personal Information Protection Act*, SBC 2003, c 63) et le Québec (*Loi sur la Protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1).

¹¹⁶ Voir p. ex. John Lawford, « Consumer Privacy Under PIPEDA: How Are We Doing? » (novembre 2004), Internet : <<http://www.piac.ca/files/pipedareviewfinal.pdf>>; Lisa Austin, « Reviewing PIPEDA: Control, Privacy and the Limits of Fair Information Practices » (2006) 44 CBLJ 21; Eloise Gratton, « Personalization, Analytics, and Sponsored Services: The Challenges of Applying PIPEDA to Online Tracking and Profiling Activities » (2010) 8 CJLT 299.

¹¹⁷ LPRPDE, *supra* note 30 à l'art. 2(1).

¹¹⁸ Commissariat à la protection de vie privée du Canada, « Renseignements personnels – Interprétations en vertu de la LPRPDE » (2011), Internet : <http://www.priv.gc.ca/leg_c/interpretations_02_f.asp>.

données susceptibles d'être recueillies par une entreprise qui aurait une incidence sur la vie privée d'une personne.

En revanche, les services « gratuits » établis dans des pays étrangers sans une définition aussi large, feront essentiellement fi du cadre législatif canadien en faveur de celui de leur pays. Comme de nombreux services populaires « gratuits » accessibles aux Canadiens sont établis aux États-Unis, ils emploient la norme des « données permettant d'identifier une personne », une définition considérablement plus restrictive¹¹⁹. Parallèlement, les normes sur le consentement et le consentement éclairé diffèrent souvent d'un pays à l'autre. Puisque les services « gratuits » monétisent l'information des utilisateurs, ils ont peut d'intérêt à utiliser le cadre juridique le plus contraignant afin de protéger la vie privée des utilisateurs. Dans leur ensemble, les consommateurs canadiens pourraient croire à tort que les services gratuits proposent les mêmes normes de protection des renseignements personnels qu'ils sont habitués de recevoir dans leurs interactions avec les entreprises canadiennes « hors ligne ».

Une autre lacune de la LPRPDE est l'absence générale de capacité d'application de la loi. Si un consommateur canadien voulait contester une pratique relative à la vie privée adoptée par un service « gratuit », en vertu de la LPRPDE il pourrait déposer une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP). La procédure relative aux plaintes est souvent longue et le dédommagement de la personne est peu probable. En outre, aux termes de la LPRPDE, le CPVP a très peu de choix en matière d'application efficace de la loi :

La commissaire peut chercher à régler une plainte par le biais de la négociation, de la persuasion et de la médiation. Même si elle peut encourager la conformité en nommant les organisations mises en cause s'il est dans l'intérêt public de le faire, elle n'a aucun pouvoir exécutoire direct. La commissaire peut seulement, dans certaines circonstances, demander à la Cour fédérale d'entendre certains éléments soulevés dans les plaintes présentées au Commissariat, ordonner au mis en cause de prendre des mesures pour corriger ses pratiques ou accorder des dommages-intérêts au plaignant¹²⁰.

La possibilité de nommer publiquement une organisation afin de la « contraindre à se conformer par la honte » n'est pas un modèle efficace d'application de la loi, en particulier lorsque les organisations peuvent défendre leurs agissements en déclarant qu'ils se conforment aux lois relatives à la protection de la vie privée dans leur pays d'origine. Les litiges qui relèvent de la zone d'incertitude entre les différents régimes de normes sont peu susceptibles de recevoir l'attention qu'ils méritent et en fin de compte, le consommateur est laissé sans recours.

¹¹⁹ Voir *supra* la note 30 et le texte explicatif. Il est également à noter que des entreprises canadiennes telles que Nexopia, un service de réseautage social pour les jeunes, ont utilisé la définition américaine des renseignements personnels plutôt que celle de la LPRPDE : voir *supra* note 37.

¹²⁰ Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Arguments en faveur de la réforme de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* » (mai 2013), Internet : <http://www.priv.gc.ca/parl/2013/pipeda_r_201305_f.pdf> p. 5.

Les consommateurs ne peuvent poursuivre en justice une entreprise en raison d'une violation de la LPRPDE en leur propre nom. Cependant, quatre provinces possèdent des lois autorisant une personne à intenter une action pour délit civil d'atteinte à la vie privée¹²¹. Malheureusement, comme on l'a constaté dans une affaire récente devant la Cour d'appel de l'Ontario¹²², chacune de ces lois permet seulement un redressement dans des circonstances étroitement limitées, y compris que la demande de recouvrement du plaignant doit être « raisonnable dans les circonstances ». En outre, aucune de ces lois ne définit adéquatement ce qui est considéré comme une « atteinte à la vie privée ». La sévérité, ou même l'existence d'une atteinte à la vie privée dépendront des circonstances.

Même si un acte peut être considéré comme une atteinte à la vie privée, si un plaignant ne peut prouver une perte monétaire réelle, les tribunaux ont typiquement attribué des dommages-intérêts modestes¹²³. Par exemple, dans l'affaire *Heckert v 5470 Investments Ltd.*¹²⁴, la cour a accordé au plaignant 3 500 \$ pour l'inquiétude qu'elle a éprouvée lorsqu'une caméra de surveillance cachée a été installée sans son consentement dans son immeuble, directement face à la porte de son appartement. L'utilisation non autorisée de renseignements personnels est par nature moins concrète que la surveillance clandestine, et puisque les renseignements personnels n'ont pas de valeur intrinsèque en espèces, il n'existe pas de moyen facile d'apprécier la valeur de ce type d'intrusion.

De plus, tous les honoraires d'avocate nécessaires afin d'introduire une procédure contre une société seraient considérablement supérieurs à l'étendue de dommages-intérêts. Cela fait en sorte qu'intenter une telle action comporterait des risques extrêmement élevés pour un particulier¹²⁵. Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons constaté plus haut, une poursuite intentée contre une société serait entravée dès le début par les dispositions d'arbitrage obligation et d'élection de for figurant dans les contrats du service.

Comme le droit de protection du consommateur, le droit relatif au respect de la vie privée présente des lacunes dans le traitement des services « gratuits » et l'apport de simples modifications à la LPRPDE ou aux lois provinciales de protection du consommateur ne résoudra sans doute pas toutes les questions en suspens. Les modifications à la LPRPDE

¹²¹ Colombie-Britannique, *Privacy Act*, RSCB 1996, c 373; Manitoba, *Loi sur la protection de la vie privée*, CPLM c P125; Saskatchewan, *Privacy Act*, RSS 1978, c P-24; et Terre-Neuve-et-Labrador, *Privacy Act*, RSN 1990, c P-22.

¹²² *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, para. 52-54.

¹²³ *Ibid.* à 83.

¹²⁴ 2008 BCSC 1298.

¹²⁵ Par exemple, la plaignante dans l'affaire *Jones v Tsige*, *supra* note 122, a obtenu une réparation d'un montant de 10 000 \$ pour une atteinte à la vie privée en Ontario que le juge a examiné en fonction des lois sur le respect de la vie privée dans d'autres provinces, mais a engagé 130 000 \$ en frais juridiques qu'elle a refusé de payer. L'avocat qui représentait la demanderesse a recueilli les dommages-intérêts de 10 000 \$ et l'a traduite en justice pour le solde restant : Yamri Taddese, « Plaintiff in landmark privacy case sued for not paying legal bills » (11 mars 2013), Internet : <http://www.lawtimesnews.com/201303112152/headline-news/plaintiff-in-landmark-privacy-case-sued-for-not-paying-legal-bills>.

recommandées par le CPVP¹²⁶ constituent certainement un pas dans la bonne direction en vue de s'assurer que les lois relatives à la protection de la vie privée demeurent pertinentes, mais les consommateurs ne disposeront toujours pas des outils nécessaires afin de contraindre les services « gratuits » à répondre de leurs actes.

¹²⁶ Voir *supra* note 120.

L'approche de l'Union européenne

La Commission européenne a tenté de s'attaquer à certaines questions soulevées dans la présente étude qui s'appliquent aux habitants de l'Union européenne en lançant une nouvelle proposition en 2012 intitulée le règlement général sur la protection des données. Ce règlement vise à réglementer le traitement des données personnelles en général dans les secteurs public et privé. Les mesures de protection existantes ne tiennent pas compte de l'avènement et la prolifération de l'infonuagique et du réseautage social. Ainsi, la proposition a pour objet de réglementer le traitement des données personnelles des internautes relativement aux nouveaux médias numériques et sociaux¹²⁷.

Le nouveau régime de protection des données de l'Union européenne élargit la portée de la protection des données de l'Union européenne afin d'y inscrire toutes les entreprises étrangères qui traitent les données des résidents de l'Union européenne. La commissaire européenne à la Justice, aux Droits fondamentaux et à la Citoyenneté, Mme Viviane Reding, a indiqué que la proposition donnerait aux entreprises de l'Union européenne un avantage concurrentiel à l'échelle mondiale, puisque le règlement prévoit :

- une réglementation paneuropéenne harmonisée qui remplace la mosaïque actuelle de 27 règlements nationaux;
- l'amélioration du système actuel de règles d'entreprise contraignantes aux fins du transfert sécuritaire des données à l'extérieur de l'Union européenne;
- un régime permettant d'exercer un meilleur contrôle sur les données d'une personne¹²⁸.

Le règlement général sur la protection des données proposé vise non seulement tous les résidents et toutes les entreprises situées dans l'Union européenne, mais s'appliquera aussi à toutes les entreprises à l'extérieur de l'Union européenne qui traitent les données des résidents de l'Union européenne. Ainsi, contrairement aux conditions prévues en vertu de la LPRPDE, il semble que les fournisseurs de services gratuits auront à s'adapter au règlement général sur la protection des données une fois qu'il sera mis en œuvre.

La question du consentement est également traitée dans la proposition de règlement par la déclaration suivante : « "consentement de la personne concernée" : toute manifestation de volonté, libre, spécifique, informée et explicite par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif univoque, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement¹²⁹ ». L'article 8 explique que le consentement des

¹²⁷ « [Statement on the European Commission's proposals for new EU Data Protection rules](#) ». Ministre danois de la Justice et président du conseil Justice et Affaires intérieures, M. Morten Bødskov, 25 janvier 2012. Dernière consultation le 22 janvier 2014, à <http://eu2012.dk/en/NewsList/Januar/week-4/data-protection>.

¹²⁸ M Law Group, « New draft European data protection regime », article de blogue, 2 février 2012. Dernière consultation le 22 janvier 2014, à http://www.mlawgroup.de/news/publications/detail.php?we_objectID=227.

¹²⁹ Commission européenne, « Règlement général sur la protection des données », article 4, paragraphe 8, p. 41. Dernière consultation le 22 janvier 2014, à

enfants âgés de moins de 13 ans doit être donné ou autorisé par un parent de l'enfant ou une personne qui en a la garde¹³⁰. En cas de violation de données à caractère personnel, le responsable du traitement en adresse notification à l'autorité de contrôle sans retard injustifié et, si possible, 24 heures au plus tard après en avoir pris connaissance. Lorsqu'elle a lieu après ce délai de 24 heures, la notification comporte une justification à cet égard¹³¹. Le règlement général sur la protection des données propose les sanctions suivantes en cas de violation :

- un avertissement par écrit lors du premier manquement non intentionnel au présent règlement;
- des vérifications périodiques de la protection des données menées à intervalles réguliers;
- une amende d'un maximum de 100 000 000 euros ou jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise, selon le plus élevé des deux montants¹³².

Un autre élément intéressant dans la proposition de l'Union européenne est le droit à l'oubli numérique ou à l'effacement. Si une personne désire que ses données soient effacées et ne soient plus traitées par une autorité de contrôle, lorsqu'il n'y a aucun motif légitime de conserver Dernière consultation le 22 janvier 2014

Le règlement général sur la protection des données est en cours d'examen devant le Parlement européen, après avoir été étudié par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures. On s'attend à ce que le règlement soit adopté en 2015 et entre en vigueur dans les États membres de l'Union européenne après une période de transition de deux ans.

Droit de la concurrence

Tel que susmentionné, le droit de la concurrence a été utilisé afin d'étudier les services gratuits dans les administrations européennes et américaines. Le recours au droit de la concurrence n'est pas sans controverse — les enquêtes jugées malavisées de sociétés menées par les

http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM%282012%290011_EN.pdf .

¹³⁰ Commission européenne, « Règlement général sur la protection des données », article 8, sections 1-4, p. 45. Dernière consultation le 22 janvier 2014 à

http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM%282012%290011_EN.pdf .

¹³¹ Commission européenne, « Règlement général sur la protection des données » article 31, section 1, p. 60. Dernière consultation le 22 janvier à

2014 http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM%282012%290011_EN.pdf .

¹³² Union européenne, « LIBE Committee vote backs new EU data protection rules », memorandum, 22 octobre 2013, p. 6. Dernière consultation le 22 janvier 2014 à europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-923_en.doc, et Commission européenne, « Règlement général sur la protection des données » article 79, sections 3-6, p. 60. Dernière consultation le 22 janvier 2014, à http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM%282012%290011_EN.pdf .

autorités ont fait couler beaucoup d'encre¹³³. Tandis qu'au Canada, il est historiquement plus rare que le Bureau de la concurrence examine l'applicabilité du droit de la concurrence aux fournisseurs de services gratuits sur Internet, les enquêtes qui ont récemment fait l'objet de rapports pourraient signaler le début des changements aux entreprises exploitées en ligne sur le marché canadien¹³⁴.

La loi antitrust [abus de position dominante] européenne¹³⁵ et américaine a du mal à évaluer le pouvoir de marché dans sa détermination de la question de savoir si les organisations adoptent effectivement un comportement anticoncurrentiel. Le département de la Justice des États-Unis, malgré les déclarations des détracteurs de mesures d'application de la loi contre le secteur de la haute technologie (voir ci-dessous), a clairement exprimé son intention de porter des accusations de violation des lois antitrust contre les entreprises de l'industrie des technologies qui s'adonnent à des pratiques anticoncurrentielles. Dans une allocution prononcée en 2012 devant le forum annuel sur l'abus de position de dominante organisé par l'administration du Barreau de l'État de New York, Fiona Scott-Morton, Assistant Attorney General adjointe à la direction antitrust du département de la Justice des États-Unis a exprimé l'opinion du Département quant à l'application de la loi antitrust au secteur de la haute technologie¹³⁶. Dans son discours, Mme Scott-Morton a fait valoir que l'importance financière des entreprises spécialisées dans la technologie au sein de ce secteur aux États-Unis est une motivation considérable favorable à l'amélioration des activités d'enquête et d'application de la loi du département de la Justice.

Mme Scott-Morton a clairement indiqué que le département de la Justice des États-Unis reconnaît l'avènement de la « concurrence entre les plateformes » où le propriétaire ou le parrain d'une plateforme technologique ne dispose que d'une partie d'un vaste système de services complémentaires¹³⁷. Même si ces plateformes offrent des avantages aux consommateurs, parce qu'elles font appel à des parties distinctes aux fins de la création et de la prestation de services destinés à la plateforme (notamment des applications), il existe un effet de « verrouillage » du fait que les fournisseurs de plateformes tentent de limiter les choix du consommateur en n'autorisant pas le mouvement d'un fournisseur de plateforme à l'autre. Les services gratuits peuvent parallèlement lier les consommateurs à une entreprise — en particulier lorsqu'un site Web fournit une plateforme de communication ou de contact entre les utilisateurs (c'est-à-dire qu'il s'agit du principal ou du seul forum au moyen duquel les utilisateurs communiquent).

¹³³ Par exemple, voir : A. Douglas Melamed et Daniel L. Rubinfeld, « Chapter 10: U.S. v. Microsoft: Lessons Learned and Issues Raised », *Antitrust Stories*, sous la direction d'Eleanor M. Fox et Daniel A. Crane, (New York: Foundation Press, 2007), pp. 287-310.

¹³⁴ Matt Hartley, « Canada's Competition Bureau plans investigation into Google Canada », Internet : Financial Post, 17 mai 2013, <http://business.financialpost.com/2013/05/17/google-canada-investigation-competition-bureau/?_lsa=a22c-bdaa>.

¹³⁵ Voir Microsoft, *supra* note 78, ci-haut.

¹³⁶ Fiona Scott Morton, *Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition*, 2012, allocution prononcée devant le NYSBA Annual Antitrust Forum.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 2.

Toutefois, il est important d'évaluer les innovations à titre de gains d'efficacité dynamiques (et non d'efficacité statique), puisqu'un bond sur le plan technologique, s'il n'est pas considéré comme une évolution dynamique, pourrait être confondu avec une pratique anticoncurrentielle¹³⁸. Tel est particulièrement le cas lorsqu'un mouvement dynamique mène à la création d'une nouvelle plateforme pratiquement sans concurrents. En raison de l'incompréhension de la nature des gains d'efficacité dynamiques, le département de la Justice des États-Unis a éprouvé de la difficulté à évaluer les changements dans les marchés technologiques. Parallèlement, les universitaires se sont demandé si les définitions d'un produit ou d'un service préconisées par le marché actuel donnent effectivement lieu à une évaluation exacte des marchés où des services gratuits et payants sont offerts¹³⁹.

À l'ère de l'évolution fulgurante des changements en ligne, il reste à voir si les définitions juridiques prévues aux termes du droit de la concurrence sont suffisamment larges afin que les autorités en matière de concurrence soient en mesure d'analyser correctement l'incidence de ces fournisseurs sur la concurrence et les consommateurs.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 3-4.

¹³⁹ David S. Evans, « The Antitrust Economy of Free », 19 mai 2011, publication à venir, actuellement accessible à l'école de droit de l'Université de Chicago <<http://www.law.uchicago.edu/files/file/555-de-free.pdf>>.

Conclusion et recommandations

Dans la conception du présent rapport sur les services gratuits destinés aux consommateurs, le CDIP avait pour objectif d'explorer ce que proposent ces services aux consommateurs et comment sont protégés les intérêts des consommateurs. Le présent rapport a fourni de nombreuses preuves attestant que les consommateurs disposent peu de mesures de protection en cas de problème ou de litige avec un fournisseur de service gratuit en ligne. La présente étude signale également le problème croissant de la l'inégalité des intérêts entre les consommateurs et de nombreuses entreprises fournissant des services gratuits. Lorsque les entreprises cherchent des moyens de monétiser leurs entreprises « gratuites », le consommateur risque d'être perdant. Que cette perte résulte de l'utilisation des métadonnées de consommation afin d'exposer le consommateur à des publicités excessives, ou une atteinte à la vie privée, même les entreprises qui offrent des services soi-disant gratuits cherchent à monétiser leurs investissements — y compris le public qui utilise leurs services. Or, les services gratuits sont fournis de façon à lier les consommateurs à un service en devenant le principal intermédiaire afin de joindre des groupes d'amis ou de parents (tels que Facebook et LinkedIn), le principal mode de communication (p. ex., Skype) ou une solution de stockage et de partage des données (p. ex., Dropbox, flickr, Tumblr). Ces liens avec les services en ligne et la difficulté perçue d'éliminer ces services de la vie d'une personne signifient que les consommateurs trouvent difficile de quitter un service ou de changer de fournisseur, même si les conditions d'utilisation sont modifiées de sorte que les intérêts des consommateurs sont de moins en moins protégés. À mesure que les services poursuivent leur essor en ligne, les possibilités de conflit entre les intérêts du consommateur et de l'entreprise augmentent en parallèle.

La portée des enjeux de consommation soulevés par les services gratuits est vaste, puisque les services gratuits sont à la fois diversifiés et différent au niveau des fonctionnalités qu'ils proposent et de leur modèle de gestion. Toutefois, nous avons constaté, dans le cadre de la présente étude, un certain nombre de questions particulièrement préoccupantes pour les consommateurs dans l'utilisation des services gratuits. Sans doute le plus important enjeu à mettre en relief est la manière dont les conditions d'utilisation, que doivent accepter les consommateurs afin d'utiliser les services gratuits, lient les consommateurs à une relation contractuelle restrictive. Les limites imposées par les conditions d'utilisation contraignent les droits et les intérêts des consommateurs de contester une situation par voie d'action en justice, d'en saisir la compétence de son choix, ou de généralement remettre en question une condition contraire aux intérêts du consommateur. Voilà ce qui fait partie des « coûts » imputés aux consommateurs par les services gratuits.

Les conditions d'utilisation acceptées deviennent de plus en plus précaires puisque les lois et la réglementation conçue pour protéger les intérêts des consommateurs contre ce type de restriction sont souvent inapplicables aux utilisateurs, qui n'échangent pas un paiement contre des biens ou des services lorsqu'ils se procurent des services gratuits. Ce point de droit, notamment évoqué dans l'affaire *St-Arnaud c. Facebook Inc.*, figure dans de nombreuses lois provinciales de protection du consommateur. Par conséquent, les consommateurs qui rencontrent un problème dans l'utilisation de services gratuits en ligne sont essentiellement

laissés à eux-mêmes afin de résoudre ces problèmes, car les cadres législatif et réglementaire ne leur accordent pas le soutien nécessaire.

Une difficulté recensée par la présente étude du régime des services gratuits associée aux liens noués entre ces services et les consommateurs est l'obstacle auquel se heurtent de nombreux consommateurs dans le cas où ils souhaiteraient renoncer entièrement à tous ces services dans notre société. S'il est concevable de ne pas avoir un compte, les consommateurs ont besoin d'au moins un compte courriel afin de communiquer. Il se peut qu'un consommateur n'utilise pas Skype afin de passer des appels gratuits, mais s'il veut partager une vidéo en ligne avec des amis, le choix de services est limité. Les systèmes courriel ont des tailles de fichiers limitées, de sorte que le partage d'une documentation volumineuse doit parfois être confié à un fournisseur de stockage de données en ligne. Tous les consommateurs utilisent inévitablement certaines formes de services gratuits et chaque fois qu'ils le font, ils mettent en péril leurs droits et leurs intérêts. Or, les consommateurs disposent de peu de moyens de se protéger contre les conditions restrictives qui peuvent leur être imposées par un service en cas de problème. Pour ces raisons, les consommateurs utilisent à grande échelle ces services de plus en plus essentiels à leurs propres risques.

En nous appuyant sur la présente analyse, nous formulons les recommandations suivantes :

Recommandation : Moderniser les lois de protection du consommateur afin de proscrire les clauses contraires aux intérêts des consommateurs

Une simple mise à jour aux lois provinciales existantes, qui empêchent actuellement ceux qui ne paient pas les services de bénéficier de mesures de protection du consommateur, protégerait considérablement davantage les personnes qui accèdent aux services gratuits en ligne. La loi provinciale devrait être limitée afin que tous les services gratuits ne soient pas visés par une nouvelle disposition, de sorte qu'une définition de la nature des services gratuits soit ajoutée, comme nous l'avons proposé (*un service en ligne gratuit qui monétise la valeur fournie par les utilisateurs*). Selon le texte actuel de nombreuses lois provinciales, il se peut que la seule modification de la définition de consommateur doive être modifiée aux fins de certaines dispositions.

Recommandation : Inscrire en loi le délit civil d'abus de confiance

Afin de répondre au risque d'atteinte à la protection de la vie privée des personnes qui accèdent aux services gratuits, un délit civil d'abus de confiance établi par la loi permettrait à un utilisateur de porter plainte contre les entreprises Web qui ont utilisé sans justification les renseignements confidentiels stockés sur leur site Web. Un modèle pour ce type de délit se trouve dans l'affaire *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd*¹⁴⁰. Dans cette affaire, bien qu'il n'y ait aucune obligation de discrétion contractée, il a été reconnu qu'une obligation générale de discrétion existait entre les deux parties. De tels fondements juridiques pourraient jeter les bases d'une mesure législative contre des abus de confiance semblables.

¹⁴⁰ [1989] 2 SCR 574.

Dans le contexte des services gratuits, le délit actuel extrajudiciaire ne tient pas compte de la manière dont les renseignements sont fournis aux sites Web : parce qu'il peut être difficile de montrer que des renseignements personnels sont « confidentiels », ou que leur communication est justifiée et effectuée dans un climat de « confiance » en vertu de la seconde partie, il est peu probable que le délit soit suffisant afin de tenir les services responsables des abus de renseignements personnels. Toutefois, il est possible de modéliser un délit civil fondé sur l'abus de confiance, par exemple « l'abus des attentes ». Cela se prête en particulier au contexte des recours collectifs, où la valeur statutaire des renseignements personnels ou le montant des dommages est jugé trop faible afin de faire l'objet d'une action à lui seul, mais dans le cadre d'un recours collectif, il aurait un effet suffisamment dissuasif à l'endroit des services gratuits.

Recommandation : Augmenter les pouvoirs d'application de la loi du Commissariat à la protection de la vie privée

Les modifications à la LPRPDE permettraient au Commissariat à la protection de la vie privée d'enquêter sur certains éléments du régime de protection de la vie privée du Canada et d'assurer leur application. Alors que le recours collectif associé au délit susmentionné a entraîné des coûts pour les consommateurs, l'intervention du commissaire à la vie privée dans l'application de la loi fait passer le fardeau des utilisateurs à un organisme faisant autorité. Des pouvoirs d'exécution donneraient au gouvernement la possibilité de mettre à recouvrement des amendes ou d'autres sanctions contre les transgresseurs des conditions de la LPRPDE.

Recommandation : Mieux nuancer l'évaluation du pouvoir de marché dans les enquêtes et les activités d'application de la loi en vertu du droit de la concurrence

Une leçon tirée de l'expérience de l'Europe et des États-Unis n'est pas que l'application du droit de la concurrence dans le secteur de la technologie est « difficile », mais que l'analyse du comportement anticoncurrentiel doit être plus nuancée. Alors que de nombreuses dispositions réglementaires existantes traitent des questions de concurrence pour l'industrie de la technologie, certains critères établis par voie judiciaire ou par d'autres activités d'évaluation interne et d'application de la loi, ne tiennent pas compte des modalités de la définition du pouvoir de marché et de la nature des actes anticoncurrentiels dans le secteur de la technologie. Envisager les avancées technologiques statiques par rapport aux gains d'efficacité dynamiques, comme le ferait le département de la Justice des États-Unis, est un pas dans la bonne direction, mais il faut une meilleure compréhension du fonctionnement des systèmes technologiques (qui englobe un examen des effets systémiques à grande échelle), de la définition appropriée du marché (marché gratuit par rapport à payant) et des effets à long terme sur les consommateurs des fonctionnalités de service « asservissantes ».

Annexe A – Rapport d’Environics sur le groupe de discussion

Focus Group Report on Free Online Services

Prepared for

Public Interest Advocacy Centre

February 2013

Environics Research Group
33 Bloor Street East, Suite 900
Toronto, ON M4W 3H1



METHODOLOGY

Environics Research Group is pleased to present this focus group report to the Public Interest Advocacy Centre. This report provides an overview of the attitudes towards services that companies provide online for “free.” This research project was designed with the following objectives in mind:

- To examine consumer views of the advantages and disadvantages of free online services.
- To explore what consumers feel they are giving up in exchange for free services and how they think companies offering free services make money.
- To determine whether consumers feel they have a contract with companies or service providers offering free services, and what rights and obligations they have vis-à-vis these service providers.

Three focus groups were held in Vancouver on January 14 and in Ottawa on February 12, 2013. One group in each city was comprised of online services users under the age of 40, and one group in each city was comprised of online services users over the age of 40. We recruited both men and women from a range of education and income levels. One of the Ottawa sessions was conducted in French.

The discussion guide used for the groups can be found in the Appendix at the end of this report.

DETAILED REPORT

GENERAL ATTITUDES TOWARD ONLINE SERVICES

Services used

Participants use a wide range of services, and most use at least three or four services every week. Some of the more popular services are social networking, communication and email services, including Facebook, YouTube, LinkedIn, Gmail, Hotmail, Twitter, Instagram and Skype. Some participants also use storage services such as Dropbox, and all participants said they use Google's search engine and some other Google services regularly. Participants use a number of others such as Songza, Flickr, Shazam, eBay, Craigslist, Kijiji and Wikipedia. The vast majority of services mentioned were ones that are generally "free" and available to the general public.

Advantages and disadvantages of online services

Participants were quick to identify a number of benefits associated with using free online services. They had a harder time thinking of any disadvantages. This tendency indicates that consumers may think they are "getting" more than they are "giving" or giving up when they use free services.

Advantages

In general, participants use these services because they improve their lives in some discernible manner. Whether this increased connection be through a greater degree of contact with friends, family and acquaintances (via social networking sites), or the ability to communicate directly for no cost with people who live far away (via Skype), it is clear that participants *appreciate* being able to share information online. One participant even saw the information that he was able to access through online services as a surrogate for in-person travel. He noted that he "would have never met people from all over the world. Sometimes you're in a circle so big, you might meet somebody who you would never meet somewhere you couldn't afford to go like Antarctica."

Participants also focused on the convenience of many online services, with many suggesting that being able to do work, or access and share information in "real time [is] easy, quick, and efficient. Basically, anything you want to find out information-wise, it's there." They see the information-sharing capacity of these services as a significant advantage to their personal lives, and their careers or businesses. As one participant

noted, to “start with some pros, we put time-saving and productivity, just your access to an array of services super conveniently. Access to information, we put communication and networking, again – just your whole network is there.” With information-sharing and social networking services topping the list of services used most frequently, it is not surprising that participants concluded that these capacities provide them with significant personal benefits.

Some also mentioned how these services save them money. They use services such as Dropbox, Skype and Facebook to share files, and communicate with friends and family for free. A few participants also suggested that music services like Songza save them money because they do not have to purchase music anymore.

Disadvantages

When discussing the disadvantages associated with using these online services, participants identified two types of issues: those that are personal in nature, and issues that have a negative impact on wider cultural relationships and institutions. The most significant and widespread personal disadvantage is a loss of privacy, with participants generally agreeing that most people make some sacrifices to their privacy in order to use free online services. They see this as a worthwhile trade-off: they share information in order to gain access to something, but most indicated that they only ever publish information that they would ultimately be comfortable sharing publicly. Some have developed personal strategies to deal with this issue, with some using alternative email addresses, pseudonyms and cookie-cleaning services, while others share the least amount of information necessary. As one participant noted, the trade-off is acceptable “as long as you’re intelligent with it, know where you’re sending the information [...] a lot of places will ask you for an address, I’ll just give them some random street.” A couple of participants were also concerned about copyright issues with these free services and whether they were potentially losing rights to materials they have created that they might upload. This was a particular concern to people who had written music or other materials.

In addition to their concerns over lost privacy, participants also noted that online services, while convenient, can also have a negative effect on productivity and can encourage sedentary behaviour. Most agreed that it is far too easy to “waste time” using these services.

Some of the broader disadvantages include a perceived loss of in-person or intimate connection with people in local communities. Participants who focused on this perceived declining connectedness noted that the Internet “helps you stay connected, but by the

same token we are probably the least connected we have ever been as a human race because of the Internet. People are sitting behind those screens, as opposed to communicating with each other.”

Free online service limitations

In general, participants struggled with the idea that these online services could have limitations, mainly because they think of the services as complete, rather than limited by a specific factor (such as bandwidth, storage space or time). Participants could think of few services with limitations, even after prompting. LinkedIn is one of the few services that clearly has specific “levels” of service, although some participants also noted that Skype and Dropbox have some modest limitations that users can overcome by paying a premium.

Are these online services “free”?

At the outset, nearly every participant agreed that most of the online services being discussed (that they use) are “free.” They see the transaction in economic terms: because they do not pay money for the services, they are getting them for free. They assume that the companies and organizations who provide these services are making money, but most have a fairly rudimentary understanding of how, exactly, those companies make money. This is despite a general understanding that companies like Google and Facebook “make a lot of money.”

When prompted to explain what they mean by “free,” and to consider if there is anything else involved in the transaction, participants noted that these companies make money through advertising. Only after considerable prompting did they acknowledge that by providing a “free service,” these companies can make a lot of money by selling their user base to advertisers. At the end of the groups, participants understood this reversal (they started to see *users* as the commodity, rather than the service), and were much more receptive to the idea that no service is ever free. Nonetheless there was a general consensus that, as long as you the user are not actually paying money to use a service, it is essentially a free service.

Paying for online services

Few participants currently pay, or recently paid, to use any online services that have free components. Most agree that there is almost always a free version of the pay-to-use service somewhere, so they will always use the free version before the paid version. Those who have paid to use some services (such as Skype, Dropbox or

LinkedIn) chose to do so because they *needed* the level of service available through the paid version, either to communicate with people, or to share large amounts of data. Some have also paid premiums when they have been selling products online in order to get better placement of their own notices.

NATURE OF RELATIONSHIP WITH FREE SERVICE PROVIDERS

Participants were uncertain about how to characterize their relationship with free online service providers – most thought about this in terms of a positive relationship (using words like “accommodating” and “mutually beneficial”); while others noted that they are “detached” and “cautious.” When prompted to characterize themselves as a user, consumer or client, almost all participants agreed that they see themselves as “users,” which is a more passive (and less demanding) role than “consumer” or “client.” As one participant noted, he sees the relationship as a passive one because “the world wouldn’t end if I didn’t have it [access to the service].” A few noted that they would prefer to be seen as a client or consumer “because [as a] user, you’re reliant on them, but client, you’re more of the boss [...] they need your business and you can move elsewhere.” This participant went on to note that these services do not *need* users because “we let ourselves become so reliant on it [the service], it’s a real hassle to change, some things more than others. It’s a real hassle to change your email address, for example, definitely feel like a user there versus a client. Whereas something like Skype, year, there’s a bunch of other services that [...] I feel like more of a client.”

Others actually preferred to see themselves as “users” because it allows them to stay more detached and refrain from developing a sense of customer loyalty. One participant noted that, “I don’t mind being a user in the fact that I have absolutely no allegiance, so if any one of those services annoys me, I’m gone, I don’t have anything invested.” Another participant agreed, and suggested that “client” means the service is something people pay for, which she was not interested in doing.

CUSTOMER SERVICE AND DISPUTE RESOLUTION

Customer support issues

In general, few participants have ever had an issue with a service that prompted them to contact customer support, so they were largely unaware of the processes that customers have to go through to get their issues resolved. This lack of awareness notwithstanding, most agreed that free services should be obliged to provide a certain

quality of service. They noted, however, that most services would likely provide good customer service in the interest of keeping customers happy. Since the free online services market is so competitive and over-saturated, it is unlikely that a company with consistently poor customer service would maintain a loyal customer base for very long (unlike some industries where a few players corner the market with little room for customers to move from one company to another). For example, the few participants who reported that they received poor customer service quickly noted that they stopped using the service.

Dispute resolution

None of the participants have experienced a dispute or conflict with an online service provider, so they were generally unaware of the dispute resolution mechanisms that may or may not be available to them. In fact, most participants had a hard time even imagining why they would ever have a dispute with a provider of free online services. For the most part, the only situation anyone could really imagine where they might have a dispute with the provider of a free service would be if they were the victim of identity theft as a result of some sort of data breach that the service provider had caused through negligence.

When they were informed that there are no formal mechanisms available to users of online services, they generally thought that this was unfair, could not articulate *why* this would be unfair, likely because they have never considered their relationship with online service providers in legal terms. Their general belief that this is unfair notwithstanding, they were largely unconcerned about the lack of legal dispute resolution mechanisms. The only situation where participants believed there should be legal recourse (and where there already is) was in a violation of privacy rights. No one reported ever having stopped using a service because of an issue involving changes to the terms of service. When people stop using a service, it is typically because it has been superseded by a newer better service (e.g., no one uses MSN chat anymore). The consensus was that Terms of Use are unreadable “legalese” and no one really understands them.

How service providers make a profit

At the outset of this conversation, participants appeared largely unconcerned about how free online service providers actually make money. Most assumed that they make money through advertising, as they have all seen many ads on the sites of the services they use. For the most part, they well understand that their personal demographic information is likely aggregated so that advertising can be sold. They also understand that advertising is targeted at them as a result of patterns such as what they “like” on

Facebook. People are not bothered by this. They feel it is a fair tradeoff that they get to use the service for free, and that they get exposed to advertising that is more useful and interesting to them in exchange for being a user of the service and thereby allowing the service to charge more to advertise.

Most participants would like some rough idea of how these services make money, and how their individual data and information may be aggregated – but they also recognized that there were limits as to how much detail the service providers could ever be expected to give out. Most people felt that, as long as they were not being targeted as individuals, and that they were only being exposed to advertising as a result of their general demographic profile and preferences, they did not really mind. One person said that only someone who was really “paranoid” would demand full disclosure of exactly who the provider was selling advertising to, etc.

There was little strong feeling about whether paying a premium for enhanced premium service means that all your information should suddenly be off limits. It was noted that what you get as a result of paying a small premium varies by service. In some cases, you are paying for an “ad-free” experience. In other cases, you are paying for extra services or more capacity, etc.

INSTAGRAM CASE STUDY

Participants in each session were told about the recent controversy over Instagram after it was bought by Facebook and initially changed terms of use – and was going to start selling people’s pictures, etc. Only a few participants (mostly younger) had heard about this controversy. The general view was that Instagram had tried to “pull a fast one” on their users, and had been caught out and had to backtrack due to negative publicity. There was a mix of opinions as to whether Instagram had a right to try to get away with selling people’s pictures in this way. It was noted that, when the term of use changed, people always had the option of withdrawing from Instagram and withdrawing their pictures – or so they thought.

For the most part, though, people did feel that they had a contract with Facebook or Instagram and that they as consumer ought to have some legal protection from wanton changes in policy that could have an impact on privacy and copyright. It was also noted that, in the case of Facebook – and by extension Instagram – it is actually very difficult to remove a profile and people wondered whether users can ever really opt out.

Is there a contract with a free service provider?

There was a widespread perception that users enter into a contract with the organization providing the service when they agree to the “terms of service” before using it for the first time. Participants viewed the terms of service (ToS) as a formal agreement between users and the company providing the service. Most admitted that they do not read the ToS, even though they think of the document as a legally binding contract. Moreover, even participants who said they read the ToS believe that the ToS constitutes a consumer contract, although one did note that the ToS referred to it as a “unilateral contract. It’s for the benefit of them [the service provider] only, really, it’s not like I can negotiate their terms of service. I do actually read them – but, ultimately, it’s not that big of a problem.” Most participants, especially younger people, felt strongly that when they click on “I agree” after reading the terms and conditions of a service, they are essentially signing a contract and that it should be viewed that way legally.

When participants were shown the quote from the Quebec court case regarding Facebook, they tended to agree with all the points in the statement about the lack of obligations on the part of Facebook users, but despite it all, they still felt that as a user who had clicked on agreement to Terms of Use, they did in fact have a contractual arrangement with Facebook and that their rights as users needed to be protected in some way – even if they were not paying money to use the service. It was noted that Facebook should not “hide behind the fact that it does not charge a fee” to evade any obligation to its users or clients. Several participants noted that Facebook needs users to make money and so, in a small way, we each “sell ourselves” when we join, since our membership in the site is what allows the site to make a profit. Only a few mostly older participants took the view that if a person partakes in a free service, they don’t really have a contract since no money is exchanged. Younger participants have grown up in a world where free services are almost the norm and they expect some consumer protection. That being said, most participants were also very cynical about whether any individual consumer could ever take on a giant like Facebook even if, under consumer protection laws, they had a right to do so – though it was pointed out that class action law suits could be a potential avenue for such cases. It was noted that, while it is currently hard to imagine circumstances where a consumer might want to sue a free online service provider, this is uncharted territory and there could be circumstances in the future – particularly in areas involving breaches of privacy settings. It was noted that rendering an opinion on whether agreeing to terms of use of a free service is necessarily a “contract” is a complex legal decision that a layperson may not be equipped to express an opinion on.

APPENDIX

February 11, 2013

**Discussion Guide
Environics Research
Attitudes towards free online services
Public Interest Advocacy Centre**

1.0 Introduction to Procedures (10 minutes)

Welcome to the group. We want to hear your opinions. Not what you think other people think – but what you think!

Feel free to agree or disagree. Even if you are just one person around the table that takes a certain point of view, you could represent many Canadians who feel the same way as you do.

You don't have to direct all your comments to me; you can exchange ideas and arguments with each other too.

You are being taped and observed to help me write my report.

I may take some notes during the group to remind myself of things also.

The host/hostess will pay you your incentives at the end of the session.

Let's go around the table so that each of you can tell us your name and a little bit about yourself, such as what kind of work you do if you work outside the home and who lives with you in your house.

2.0 Defining free/paid services (25 minutes)

As you may have guessed from the questions we asked you when we invited you to this session, we are going to be discussing some of the services that we all use online. Could each of you write down the services you use at least once a week, and how often you use each of them. For example, there are email services, social networking sites, cloud storage services, entertainment sites, photo sharing services and communication services. Once you're done, we'll discuss them as a group.

WRITE SERVICES ON FLIPCHART – add a few key free with paid component services if they do not use any of them (such as Skype, Dropbox, LinkedIn, Flickr, etc.)

Are there any other services that you use less frequently?

Working in pairs, could you please brainstorm some potential advantages and disadvantages to using services like the ones on this chart. PROBE FOR DISADVANTAGES: privacy concerns, inability to remove information, limitations to the “free service,” have to pay to access the “full service,” company sells personal information, etc.

PROBE FOR ADVANTAGES: increased connection between friends/family, increased public profile, listen to music, share files, network/get a job, etc.

Does any of these services replace something that you traditionally pay for (i.e., Skype)?

Do you come across any limitations when using any of these services? Are there elements of the service that you cannot access? If so, what are they? Why are you not able to access them? (If they don't get it, then maybe discuss boundaries – what types of boundaries do any of these services have?)

IF NOT MENTIONED PREVIOUSLY: Aside from when there may be server issues, are there times when you cannot access any of these services?

Looking over this list of services (i.e., Instagram, Facebook, LinkedIn, YouTube, Flickr), do you consider these to be free services? Why?

PROBE: What do you mean by “free”? (Free to use, no monetary value?)

Do any of them have a paid component? Which ones?

Do any of you pay to use any of these services? If so, why?

Are there any differences in the “free” and “paid” features offered by these services?

3.0 Customer support and quality of service (5 minutes)

What kind of technical support do these “free” services provide, if any?

Do you think that companies providing free online services for social networking and file sharing should be obliged to maintain a particular quality of service or customer service? What should that level of service be?

Have you ever stopped trying to access one of these services, or one like it for any reason? Why? (PROBE: too many time-consuming plug-ins, downloads, and registration forms, bugs, change in functionality, privacy issues, etc.)

Have you ever stopped using one of these services because the terms of use changed? Why?

4.0 Dispute resolution (5 minutes)

Have any of you ever experienced a dispute, or some sort of conflict, with an organization providing any of these services? What happened?

For the services you currently use, do you know if there is any dispute resolution mechanism available to you?

As it stands right now, the only recourse you have is to raise the issue directly with the company, in an informal (non-legal) manner. Do you think that it's fair that there are no dispute resolution mechanisms available to people who use "free" services (i.e., you cannot sue them) in place for you to access? Why/why not?

5.0 Consumer relationships with free service providers (5 minutes)

I'd now like each of you to quickly jot down how you would characterize your relationship with services like these services we have been discussing. Please focus on how you relate to the service, rather than whether you're satisfied with the service. Take a minute, but you only need to write a word or two, or a single sentence at maximum. In other words, in relation to Facebook – what are you?

What did each of you say? Why do you see yourself as a CONSUMER? USER? CLIENT?

Thinking of services that you do NOT pay for, do you believe that you have a contract with the business providing the free service?

6.0 Monetizing personal information and consumer rights (15 minutes)

Do any of you know – or how do you think – free services make money as a business? How are they successful?

Do any of the providers of these services give you an indication of what they plan to do with the information they collect about you? What do you think they do? PROBE FOR MONETIZING PERSONAL INFORMATION

Should they be obligated to tell users what they do with the information?

Do you know if these companies providing free service leverage data about you in order to reap monetary returns? What about through advertising – do they use your information to benefit themselves by increasing advertising revenue?

FOR REFERENCE: Google earned \$37.5B in revenue last year. Facebook earned \$3.71B in revenue last year. (I believe that they classify these revenues as from "advertising" primarily – though Google does have some subscription and royalty revenue).

Should they be obligated to tell users whether they make money using this information? What about the end-buyer of your information – should they tell you who these people are?

Do you end up “paying” with your privacy and subject yourself to increased advertising targeted specifically to you based on your actions while using the service? Some might see this as an acceptable exchange – do you? Why/why not?

What if you're paying a premium for the service, or if you start paying for a premium version of a service, do you think companies stop selling information they collect about you once you are paying for the premium version of the service? Should they?

7.0 Instagram case study (20 minutes)

I'd like to move on to discuss a recent case study. I'm interested in hearing what all of you think about it. We're going to be discussing Instagram's recent proposed changes to their terms of service. Did any of you hear about this? What did you hear? What happened?

EXPLAIN ISSUE – SHOW PRE-PREPARED FLIP CHART SHEETS THAT CONTAIN KEY FACTS

- Facebook bought popular photo sharing site Instagram (for \$715 million).

- Instagram announced it would change its terms of service regarding how it shares personal information with third-party advertising partners – it would require users to agree to terms that allow a business to pay Instagram to display the user's name and photos in connection with paid or sponsored content or promotions without any compensation to the user.
- After considerable user pushback and threats to leave, Instagram said: "It was interpreted by many that we were going to sell your photos to others without any compensation. This is not true and it is our mistake that this language is confusing," wrote Kevin Systrom, one of Instagram's co-founders. "To be clear: it is not our intention to sell your photos. We are working on updated language in the terms to make sure this is clear."

Now that I've explained what happened, do any of you remember it? Where do you remember hearing about it?

What are/were your reactions? Why did Instagram react the way it did?

Since Instagram's services are free to use, do you think there is a contract between the consumer and the service provider? Why or why not?

What rights should users or consumers have? What obligations/responsibilities does Instagram have to its users/consumers?

What if Instagram was successful in changing its Terms of Service to monetarily benefit from its users' photographs (by selling them to advertisers), or if another organization such as Flickr or Twitter successfully implemented a similar change.

In this situation, would you believe that you had a contract with the organization?

Does this situation change your view of what rights the consumer should have? Or what obligations/responsibilities Instagram owes the consumer?

Hypothetically, if Instagram had not retracted its initial proposed changes to the terms of service, what remedies (if any) should have been available to its users?

For any Instagram users in the room, what would you have done? And to the rest of you, how would you have reacted if you regularly used the service?

Focus on expectations: Let's discuss a hypothetical situation: if you paid for a service, what would you expect – would you have a contract with the organization? And what about if the service was free to use – do your expectations change?

8.0 Consumer protection law (35 minutes)

There is a legal debate ongoing about whether consumers using free services have entered into an enforceable consumer contract. Some think that, since consumers haven't directly paid for a service, there is no contract. Others think that consumers pay with their information (we don't get anything for free), and consumers should therefore be protected under consumer protection laws.

Which position do you agree with? Which approach is fairest to consumers like you?

How would you like to see the debate resolve: is there a contract? Or is there no contract? NB: Under current contract law, if companies breach their terms of service, you don't have any recourse under the consumer protection laws – cannot sue in the conventional way, since you can't sue them for failing to provide a service.

NB: Consumers not completely immune from legal remedy (may be able sue under privacy or other laws), but not consumer protection or contract law, which is the most common way of enforcing consumer rights.

I'm going to pass around a short quote from a recent case in Quebec. I'd like you to read it over and underline phrases where you agree, and circle phrases where you disagree. We'll discuss the quote as a group once you're all done.

DISTRIBUTE QUEBEC QUOTE TO PARTICIPANTS

Access to the Facebook website is completely free. Therefore, there exists no consumer contract when joining and accessing the website, because it's always free. Users pay Facebook nothing at all. In joining and accessing the website,

Users:

- (a) do not pay Facebook;
- (b) do not undertake to pay Facebook at a later date;
- (c) do not undertake to remain Users for any period of time;
- (d) do not undertake to post anything on the Website;
- (e) do not undertake to encourage friends or family to join the Website; and

(f) do not undertake to promote the Website in any way.

Thinking about this case study, and about the services you use every week, what rights should you have when dealing with a company that provides you with a free service?

Do you think Facebook is a free service?

Thinking back to the last time (or every time) you agreed to a service's or website's terms of service, do you think you entered into a consumer contract with the organization providing the service?

In fact, in Canada, consumer protection law and regulations generally apply only to consumer contracts. If you do not have a contract with a "free service," then there is a risk that consumer protection law and regulations will not apply. This is how the law stands now. But when you use to one of these free services, do you think consumer protection laws should apply? Why or why not?

Do you think it's fair that users have no right to sue the company for breach of contract if the service was provided for free?

Returning to a previous issue: when you use free services, do you think you have made some exchange with the company in order to receive the service?

What about the money they make by selling your personal information – should a company be required to disclose whether, or how, they monetize user information?

BACKGROUND INFORMATION, FOR IF IT COMES UP: [For example, if consumer protection law does not apply because the terms of use for a free service does not constitute a consumer contract, then consumer protection legislation prohibiting mandatory arbitration clauses would not apply. This means that consumers would not have the right to sue free services in the jurisdiction of their choice if they felt that the service provider violated consumer protection laws. This also means that consumer remedies such as through class action mechanisms would not be valid against free services.]

9.0 Additional material (time permitting)

Moving on to a few final questions...

Now that we've had a chance to discuss all of these issues, I'd like to ask you again: should companies/service providers be obligated to tell you what they plan to do with the information they collect about you? Why/why not?

Now that we've discussed all of this, what is your definition of a "free" service? Are there any "free services"?

Have you ever experienced working with a program that was given away for free, and then you were asked to pay for it? How did you react?

If you begin using a service that is free, and proceed to pay for the premium version of the same service, do you feel that once you start paying for the service, you now have a contract with that service provider?

How did you feel about the prospect of paying for extra features of a program or service, such as LinkedIn?

Thanks for your participation!