RÉSUMÉ du mémoire de Mes Karl Delwaide, Antoine Aylwin et Antoine Guilmain sur le rapport quinquennal 2016 intitulé *Rétablir l'équilibre – Rapport sur l'application de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé.*

Introduction

Les auteurs s'appuient sur leur expertise et leur expérience en matière d'accès aux documents des organismes publics et de protection des renseignements personnels pour formuler leurs commentaires à l'endroit des recommandations de la Commission d'accès à l'information, en date de septembre 2016.

Les auteurs insistent sur la nécessité de *maintenir un équilibre*, que ce soit entre le droit à l'information et d'autres intérêts légitimes, entre le principe de la transparence des actions de l'administration publique et les forces économiques du marché, ou encore entre le droit au respect de la vie privée d'un individu et les besoins d'une entreprise de recueillir, d'utiliser, de communiquer ou de conserver des renseignements personnels dans le cadre de ses activités.

Commentaires

Recom.	Mots-clés	Commentaires
N^{o} 5	**Document informatisé et base de données**	Une telle recommandation est intéressante sur le principe, mais soulève des préoccupations d'ordre pratique : d'abord de cohérence avec le corpus juridique préexistant, ensuite de pragmatisme compte tenu de la réalité matérielle, technologique et technique des organismes publics.
N^{o} 7	**Article 137.1 de la Loi sur l'accès**	Nous n'adhérons pas à cette recommandation. En effet, dans les faits, et selon notre expérience, il arrive que les organismes publics découvrent tardivement que les conditions d'exercice de l'article 137.1 sont rencontrées. Par ailleurs, les situations visées à l'article 137.1 sont dangereuses pour notre régime d'accès dans sa globalité, ne doivent jamais être minimisées, et la Commission doit pouvoir les interdire à tout moment.
N^{o} 10	**Portée du secret professionnel**	Nous sommes sceptiques quant à cette recommandation. Selon nous, la protection du secret professionnel appartient davantage à la réalité des faits de chaque cas particulier, ce qui relève plutôt de l'appréciation de la preuve par un tribunal (ici la Commission) que d'une loi du Parlement (qui ne peut pas prévoir tous les contextes d'application éventuels).
N^{o} 12	**Montant total des honoraires d'un avocat**	Nous émettons plusieurs observations quant à cette recommandation. D'abord, le montant total est susceptible de divulguer les efforts qu'un client est prêt à prendre, ou à ne pas prendre, dans la défense de ses intérêts et, plus avant, donner accès aux comptes d'honoraires des avocats équivaudrait à permettre de déduire le niveau d'engagement de l'organisme face aux procédures entreprises. Ensuite, il ne nous semble pas souhaitable de renverser le fardeau de prouver que le compte d'honoraires et les montants totaux payés par un organisme à des avocats sont protégés par le secret professionnel des épaules du demandeur d'accès à celles de l'organisme.
N^{o} 16	**Renseignements**	Nous appuyons cette recommandation. En effet, comme la Commission,

Recom.	Mots-clés	Commentaires
	d'une personne décédée	nous croyons qu'il y a lieu d'amender les lois pour permettre la divulgation de renseignements d'une personne décédée, notamment pour des motifs de compassion.
N^{o} 19	**Rapports d'enquête de harcèlement au travail**	Nous sommes favorables à cette recommandation. Le législateur devrait en effet intervenir pour clarifier et uniformiser les régimes d'accessibilité aux rapports d'enquête de harcèlement en milieu de travail. On pourrait par exemple penser à un préjudice « présumé » dans de telles situations, au lieu d'administrer une preuve complète pour démontrer le préjudice. Il serait également souhaitable de regarder attentivement, pour peut-être s'en inspirer, les approches adoptées par nos voisins néo-brunswickois et terre-neuvien.
N^{o} 24	**Notion de « dossier »**	Nous accueillons favorablement une telle recommandation, qui devrait clarifier les obligations des entreprises privées par rapport à la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels.
N^{o} 26	**Renseignements liés à l'exercice de fonctions**	Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer antérieurement, et pour des raisons de sécurité juridique, nous soutenons la recommandation de « modifier la Loi sur le secteur privé afin qu'elle prévoie que les renseignements liés à l'exercice de fonctions dans une entreprise ne sont pas des renseignements personnels ».
N^{o} 29	**Critères du consentement**	Nous sommes en désaccord avec cette recommandation. En effet, il nous semble inutile de préciser davantage les critères du consentement par voie législative, alors même que la jurisprudence s'en charge au jour le jour.
N^{o} 33	**Renseignements génétiques**	Nous émettons des réserves quant à cette recommandation, et désirons mettre en garde le législateur de la tentation d'interdire purement et simplement alors que le critère de « nécessité » est peut-être amplement suffisant.
N^{o} 34	**Biométrie et LCCJTI**	Nous exprimons notre désaccord quant à cette recommandation. Plutôt que légiférer pour faire connaître une loi (un paradoxe en soi), il suffirait plutôt d'assurer une promotion constante de la LCCJTI, adoptée en 2001, et pourtant si mal connue.
N^{o} 38 et 39	**Notification en cas d'incident de sécurité**	Nous sommes favorables à ce que les organismes publics, mais aussi les entreprises privées, soient obligés *dans certaines circonstances* de déclarer et/ou notifier à la Commission les incidents de sécurité survenus dans le cadre de leurs activités et impliquant des renseignements personnels.
N^{o} 56	**Analyse des impacts et des risques**	Nous exprimons des réticences quant à cette recommandation. En effet, il faut bien tenir compte de la réalité d'affaires des organismes publics et des entreprises privées avant de leur imposer des obligations supplémentaires coûteuses en temps, en argent et en énergie. Par ailleurs, la Commission fournit trop peu d'information – d'ordre pratique notamment – pour pouvoir évaluer sérieusement cette recommandation.

Le tout étant respectueusement soumis.

Montréal, ce 1er juin 2017.

Karl Delwaide, Antoine Aylwin et Antoine Guilmain, avocats.

« MAINTENIR UN ÉQUILIBRE »

Présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec

Montréal, ce 1er juin 2017

TABLE DES MATIÈRES

Page

1. PRÉSENTATION DES AUTEURS 3
2. RÉSUMÉ GÉNÉRAL 4
3. INTRODUCTION 4
4. COMMENTAIRES SUR LES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT QUINQUENNAL 2016 6
   a) Recommandation n^{o} 5 : document informatisé et base de données 6
   b) Recommandation n^{o} 7 : article 137.1 de la Loi sur l'accès 8
   c) Recommandation n^{o} 10 : portée du secret professionnel 9
   d) Recommandation n^{o} 12 : montant total des honoraires d'un avocat 10
   e) Recommandation n^{o} 16 : renseignements d'une personne décédée 11
   f) Recommandation n^{o} 19 : rapports d'enquête de harcèlement au travail 13
   g) Recommandation n^{o} 24 : notion de «dossier» 14
   h) Recommandation n^{o} 26 : renseignements liés à l'exercice de fonctions 14
   i) Recommandation n^{o} 29 : critères du consentement 15
   j) Recommandation n^{o} 33 : renseignements génétiques 17
   k) Recommandation n^{o} 34 : biométrie et LCCJTI 18
   l) Recommandations n^{o} 38 et 39 : notification en cas d'incident de sécurité 19
   m) Recommandation n^{o} 56 : analyse des impacts et des risques 21
5. CONCLUSION 22

MÉMOIRE de Mes Karl Delwaide, Antoine Aylwin et Antoine Guilmain sur le rapport quinquennal 2016 intitulé *Rétablir l'équilibre – Rapport sur l'application de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* [1].

1. PRÉSENTATION DES AUTEURS

Les auteurs sont tous avocats membres du Barreau du Québec et exercent leur profession au sein du cabinet Fasken Martineau DuMoulin à Montréal, au sein du groupe national Protection de l'information et de la vie privée.

Ils possèdent une vaste expérience des domaines de l'accès aux documents des organismes publics et de la protection des renseignements personnels que ce soit en vertu des lois du Québec ou celles relevant du fédéral en semblables matières. Ils conseillent leurs clients sur l'interprétation et l'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, la *Loi* (fédérale) *sur l'accès à l'information*, la *Loi* (fédérale) *sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi* (fédérale) *sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* et la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (« **LCCJTI** »). Ils représentent leurs clients devant les divers tribunaux et organismes qui ont mission de décider des différends dans ces domaines, que ce soit la Commission d'accès à l'information du Québec, la Cour du Québec, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et la Cour fédérale. Leur clientèle comprend autant des organismes publics appelés à traiter des demandes d'accès que des entreprises privées ayant fourni des documents à des organismes publics à titre de tiers.

Karl Delwaide est un praticien reconnu dans les domaines de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, ayant développé ceux-ci depuis 1987. Grâce à sa vaste expérience et à ses nombreux succès en litiges complexes, il est reconnu comme l'un des rares plaideurs québécois à avoir acquis une solide connaissance de tous les tribunaux en matière de protection de l'information et de la vie privée. Il est aussi un des auteurs mandatés par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada pour écrire l'ouvrage intitulé *Leçons tirées de dix ans d'expérience : la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec*, 2005 (révisé en 2007).

Antoine Aylwin a développé au fil des ans une pratique élaborée en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels. Ses connaissances approfondies des technologies de l'information lui permettent d'ailleurs d'être au fait des défis auxquels font face les organismes publics et les entreprises. Il est également

[1] Les informations figurant dans le présent mémoire ne sont fournies qu'à titre de renseignements généraux et ne constituent en aucune façon des conseils professionnels d'ordre juridique ou autre. Par ailleurs, les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs; elles ne se veulent pas l'expression de celles du cabinet Fasken Martineau DuMoulin ni de ses clients.

coauteur avec Me Delwaide de l'ouvrage intitulé *Leçons tirées de dix ans d'expérience : La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec*, 2005 (révisé en 2007).

Antoine Guilmain est avocat et candidat au doctorat en droit des technologies de l'information, cotutelle Université de Montréal / Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il œuvre dans les domaines de la protection des renseignements personnels, de l'accès à l'information, de la publicité et du marketing en ligne, de la cybersécurité et de la propriété intellectuelle. Entre 2014 et 2016, il a poursuivi ses recherches au *Berkeley Center for Law and Technology*, ainsi qu'au *Fordham Center on Law and Information Policy*.

Tous et chacun des auteurs publient régulièrement des articles et donnent des conférences en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels.

2. RÉSUMÉ GÉNÉRAL

Nous vous référons au document intitulé « RÉSUMÉ du mémoire de Mes Karl Delwaide, Antoine Aylwin et Antoine Guilmain sur le rapport quinquennal 2016 intitulé *Rétablir l'équilibre – Rapport sur l'application de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* ».

3. INTRODUCTION

C'est avec plaisir que nous prenons part à la consultation générale sur le rapport quinquennal 2016 intitulé « Rétablir l'équilibre – Rapport sur l'application de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé » (« **Rapport quinquennial** ») de la Commission d'accès à l'information du Québec (« **Commission** »).

Compte tenu de l'ampleur du Rapport quinquennal et de ses recommandations (215 pages; 67 recommandations), nous faisons le choix de nous concentrer sur certaines recommandations qui sont émises dans ce document. Nous espérons que notre expérience et expertise dans ce domaine permettra d'apporter un éclairage utile sur certains des enjeux soulevés par les propositions de modifications à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[2] (« **Loi sur l'accès** ») et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[3] (« **Loi sur le secteur privé** »).

D'entrée de jeu, nous croyons, tout comme la Commission, que toute législation en matière de protection des renseignements personnels et d'accès à l'information doit

---

2 RLRQ c A-2.1.

3 RLRQ c P-39.1.

maintenir une forme d'« équilibre ». D'abord, un *équilibre* entre le droit à l'information et d'autres intérêts légitimes qui se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme la sécurité publique, l'administration de la justice, les relations internationales, etc. Ensuite, un *équilibre* entre le principe de la transparence des actions de l'administration publique et les forces économiques du marché – le secteur privé n'étant pas soumis aux mêmes obligations et contraintes, il faut s'assurer que les organismes publics évoluant dans un contexte économique concurrentiel et ouvert puissent demeurer compétitifs. Enfin, un *équilibre* entre le droit au respect de la vie privée d'un individu et les besoins d'une entreprise de recueillir, d'utiliser, de communiquer ou de conserver des renseignements personnels dans le cadre de ses activités.

C'est en ce sens que la Commission intitule son Rapport quinquennal « Rétablir l'équilibre ». À cet égard, si la notion d'« équilibre » nous semble bien choisie, car primordiale, l'idée qu'il faille la « rétablir » nous semble un peu excessive. En effet, notre expérience indique plutôt que – sans être parfait – notre modèle québécois de protection des renseignements personnels et d'accès à l'information ne se porte pas si mal, que ce soit en termes d'utilisation, d'efficacité ou d'encadrement.

On peut alors penser que cette idée de « rétablir l'équilibre » fait écho au contexte évolutif des technologies de l'information et des nouveaux modèles d'affaires, qui, nous en convenons, commande de réévaluer nos approches et législations. Les réseaux sociaux, l'infonuagique, les mégadonnées, l'Internet des objets, les données ouvertes ou encore l'intelligence artificielle constituent des sources de potentiel et de défis, quant à la transparence des organismes publics et des entreprises privées notamment. Cette préoccupation majeure ne doit toutefois pas mener à faire *tabula rasa* des textes de loi actuels et de la longue évolution jurisprudentielle associée, car, comme le disait une figure de son temps, « plus loin on regarde vers le passé, plus loin on voit vers l'avenir » (W. Churchill). C'est d'ailleurs cette même idée que nous avons prôné lors d'une consultation récente sur le « consentement » mené par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada[4], sur laquelle nous reviendrons.

De plus, à l'heure où Montréal et la province de Québec s'inscrivent en tant que pôle économique et scientifique de premier plan, concernant l'intelligence artificielle et les initiatives de « ville intelligente », notamment, il faut s'assurer que la refonte de notre législation ne soit pas un frein à l'investissement et l'innovation dans le domaine numérique. Tout au contraire, notre législation doit être un moteur de croissance, de compétitivité et d'attractivité pour la province de Québec, ses villes et ses habitants.

---

[4] Voir Karl Delwaide et Antoine Guilmain, « Consentement et protection de la vie privée : regarder le passé, préparer l'avenir », document de discussion sur le consentement, présenté à la Commissariat à la protection de la vie privée du Canada en octobre 2016, disponible en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultation-sur-le-consentement-en-vertu-de-la-loi-sur-la-protection-des-renseignements-personnels-et-les-documents-electroniques/memoires-recus-dans-le-cadre-de-la-consultation-sur-le-consentement-en-vertu-de-la-lprpde/sub_consent_06/>.

À ce stade, il n'est pas inutile d'indiquer que le présent mémoire n'est pas le fruit d'une réflexion isolée. Il s'inscrit dans la droite ligne d'une série de documents produits par les soussignés concernant la Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé, notamment :

- Mémoire de Mes Karl Delwaide, Antoine Aylwin, Myriam Robichaud et Marc-André Boucher sur les propositions de modifications de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* contenues au document intitulé «Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels», en date de mars 2015, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec le 4 septembre 2015[5];

- Consultations de Mes Karl Delwaide et Antoine Aylwin relatives à l'actualisation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, transmis à Me Jean Chartier, président de la Commission d'accès à l'information du Québec, le 25 novembre 2015.

C'est dans cet esprit que nous avons ciblé certaines recommandations du Rapport quinquennal, pour les commenter. C'est également cette même approche qui a guidé nos commentaires et suggestions relatifs à ces différentes recommandations.

4. COMMENTAIRES SUR LES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT QUINQUENNAL 2016

a) Recommandation n^{o} 5 : document informatisé et base de données

5. Modifier la Loi sur l'accès pour préciser les obligations d'un organisme public concernant l'accès à des renseignements contenus dans un document informatisé, plus précisément dans une base de données.

Étant donné que les demandes d'accès portent de plus en plus souvent sur des documents ou des rapports produits à partir de bases de données électroniques, mais que la Loi sur l'accès ne s'applique qu'aux documents *déjà* confectionnés et détenus par les organismes publics, la Commission considère qu'il y a lieu de clarifier cette situation.

En effet, sur la base des articles 1 et 15 de la Loi sur l'accès, des organismes sont théoriquement en droit de refuser de donner accès à un document qui devrait être confectionné à partir d'une base de données sous prétexte que le document n'existe pas ou que, pour répondre à la demande, il leur faudra procéder à des calculs ou à des

---

[5] Mémoire et résumé disponibles en ligne sur le site de l'Assemblée nationale du Québec à l'adresse suivante : <https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=82476>. La vidéo des représentations des auteurs du mémoire est également disponible en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/video-audio/archives-parlementaires/travaux-commissions/AudioVideo-60845.html?support=video>.

comparaisons. Or, pour la Commission, « les bases de données constituent une source précieuse d'information », et une telle attitude va « à l'encontre de la volonté du gouvernement de favoriser l'accès et la réutilisation de données rendues accessibles en format ouvert »[6].

En ce sens, à l'instar de la *Loi* (fédérale) *sur l'accès à l'information* et du *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de la Colombie-Britannique, la Commission suggère de modifier la Loi sur l'accès pour préciser les obligations d'un organisme public concernant l'accès à des renseignements contenus dans un document informatisé, plus précisément dans une base de données.

Une telle recommandation nous semble intéressante sur le principe. En revanche, elle soulève des préoccupations d'ordre pratique, qui doivent être prises en considération dans l'éventualité d'un amendement à la Loi sur l'accès.

Premièrement, malgré le fait que la Commission cite en note de bas de page l'article 3 de la LCCJTI[7], aucune observation n'est faite quant à l'interaction de cette disposition avec une potentielle modification de la Loi sur l'accès. Or, la définition de « document » en vertu de la LCCJTI, valant également pour la Loi sur l'accès, englobe déjà « toute banque de données dont les éléments structurants permettent la création de documents par la délimitation et la structuration de l'information qui y est inscrite ». Une telle approche se veut d'ailleurs neutre sur le plan technologique. Or, en prévoyant une disposition spécifique aux documents informatisés, tel que préconisé par la Commission, on s'éloigne du principe de neutralité technologique, et il y a des risques de discordance avec la définition de « document » déjà posée par la LCCJTI. En ce sens, selon nous, une modification de la Loi sur l'accès concernant l'accès aux documents confectionnés à partir d'un document informatisé est tributaire d'une mise en perspective avec la LCCJTI – au risque d'avoir deux approches et définitions différentes de la notion de « document » au sein du même corpus juridique québécois, ce qui n'est pas souhaitable. Nous l'avons souligné dans le passé : la cohérence législative est importante en ces matières.

Deuxièmement, il faut nuancer la position de la Commission qui considère que « les avancées technologiques rendent les manipulations et les recherches visant à produire des documents plus aisées »[8] : ce n'est pas une règle d'airain. En effet, en pratique, encore faut-il que l'organisme public ait à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques suffisantes pour pouvoir confectionner un document diffusable à partir d'une base de données, et que cela n'impose pas une contrainte trop ardue à l'organisme. Plus avant, il nous semble complètement irréaliste de forcer un organisme public de confectionner un document alors qu'elle ne dispose pas des ressources appropriées pour le faire, ou encore de l'obliger à moderniser tout son matériel, ses logiciels et compétences techniques pour atteindre cet objectif. De même, il ne faut pas forcer un organisme à procéder à divers recoupements de données pour en arriver à répondre à une demande d'accès, le législateur a toujours été préoccupé de ne pas transformer les organismes

6 Rapport quinquennal, p. 30.

7 Rapport quinquennal, p. 30.

8 *Ibid.*

publics en « agents de recherche » pour un demandeur d'accès. Au contraire, la Loi sur l'accès devrait tenir compte de cette réalité, et ne requérir la communication de documents issus de documents informatisés si et seulement si cela est « raisonnablement possible » pour l'organisme public. La Commission semble adhérer à cette position, mais nous ne saurions que trop insister sur la prise en compte de cette considération primordiale si la Loi sur l'accès devait être modifiée.

b) Recommandation n^{o} 7 : article 137.1 de la Loi sur l'accès

7. Modifier la Loi sur l'accès afin d'attribuer à la Commission une plus grande marge de manœuvre dans l'application de l'article 137.1 et prévoir que cette disposition ne peut être invoquée que dans les délais de 20 ou 30 jours prévus par la loi.

L'article 137.1 de la Loi sur l'accès constitue une exception au principe général du droit d'accès et permet à un organisme public de « ne pas tenir compte de demandes manifestement abusives par leur nombre, leur caractère répétitif ou leur caractère systématique ou d'une demande dont le traitement serait susceptible de nuire sérieusement aux activités de l'organisme » (alinéa 1), ou encore lorsque « ces demandes ne sont pas conformes à l'objet des dispositions de la présente loi sur la protection des renseignements personnels » (alinéa 2).

À la lumière de la jurisprudence, la Commission relève que les organismes publics invoquent parfois cette disposition à l'audience ou peu de temps avec celle-ci. La Commission est en désaccord avec une telle pratique et voudrait en ce sens que l'article 137.1 de la Loi sur l'accès ne puisse être invoqué que dans les délais de 20 ou 30 jours prévus par la loi.

Nous n'adhérons pas à une telle approche. En effet, dans les faits, et selon notre expérience, il arrive que les organismes publics découvrent tardivement que les conditions d'exercice de l'article 137.1 sont rencontrées – ce qui est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence[9]. Dans un tel contexte, rien ne justifie d'ôter à l'organisme public le droit d'invoquer l'application de l'article 137.1. Plus avant, il nous semble que le caractère abusif d'une demande ou contraire aux finalités de la Loi sur l'accès ne devrait pas être circonscrit dans le temps – au contraire ces situations sont de nature grave pour le système d'accès dans son ensemble et devraient pouvoir être condamnées en tout temps par la Commission. Autrement, c'est le signal suivant qu'on lance aux demandeurs d'accès : « après 20 ou 30 jours, ce n'est plus un abus ».

Par ailleurs, il nous semble hautement paradoxal que la Commission demande « une plus grande marge de manœuvre dans l'application de l'article 137.1 », tout en voulant perdre la possibilité de condamner une demande d'accès abusive ou contraire aux finalités de la Loi d'accès en tout temps. De telles situations sont périlleuses pour notre régime d'accès dans sa globalité, ne doivent jamais être minimisées, et la Commission doit pouvoir les interdire à tout moment.

---

9 Voir par exemple *Service de réadaptation L'Intégrale* c. *Bolduc* (C.Q., 1997-12-12), [1998] C.A.I. 439.

c) Recommandation n° 10 : portée du secret professionnel

10. Rétablir l'équilibre entre le droit au secret professionnel et le droit d'accès aux documents des organismes publics prévu à l'article 9 de la Loi sur l'accès en précisant la portée du secret professionnel dans le contexte de l'objectif de transparence visé par la Loi sur l'accès.

La Commission relève d'abord qu'il y a un difficile équilibre entre les droits d'accès et le respect du secret professionnel. En effet, selon la Commission, la « particularité Québécoise » selon laquelle *tous* les ordres professionnels bénéficient actuellement de la protection de l'article 9 de la *Charte québécoise*, ainsi que les modalités complexes de cette protection, explique que « les organismes publics choisissent de plus en plus d'invoquer le secret pour tout document préparé par un professionnel dans le cadre de sa profession »[10]. L'étendue du droit au secret professionnel serait donc trop large selon la Commission. Ce qui n'empêche toutefois pas la Commission de reconnaître la spécificité du secret professionnel de l'avocat, qui n'est pas remis en question. Il convient ici reproduire les extraits suivants du Rapport quinquennal, qui résume bien les questions en jeu et la position préconisée par la Commission :

> 1) La primauté du secret professionnel sur les droits d'accès prévus dans ces lois est-elle souhaitable en toutes circonstances? Par exemple, un organisme public devrait-il pouvoir invoquer le secret professionnel pour refuser l'accès à un document préparé dans l'exercice de ses fonctions par un de ses employés, membre d'un ordre professionnel, écartant par le fait même les principes de la Loi sur l'accès?
>
> 2) Devrait-on encadrer davantage le droit des organismes publics et des entreprises de se prévaloir du secret professionnel, préciser les conditions en vertu desquelles ces lois pourraient tenir compte du secret professionnel?
>
> 3) Toutes les informations reçues sous le sceau du secret par des professionnels assujettis au Code des professions doivent-elles bénéficier de la même protection?[11]
>
> […]
>
> Pour la Commission, un organisme public devrait pouvoir revendiquer le secret professionnel pour s'opposer à la divulgation d'un document élaboré par un non-avocat dans le cadre d'une relation professionnelle uniquement lorsque le besoin de confidentialité l'emporte sur l'intérêt public de la divulgation. De même, une demande d'accès à des renseignements personnels devrait être refusée seulement si l'intérêt à maintenir le secret professionnel surpasse celui de la personne concernée à connaître ses renseignements personnels.[12]

Malgré l'intention louable de mieux concilier le secret professionnel avec les droits d'accès, nous nous interrogeons quant au constat, aux questions et à la solution donnés par la Commission.

---

10 Rapport quinquennal, p. 43.

11 Rapport quinquennal, pp. 43-44.

12 Rapport quinquennal, p. 46.

Quant au constat de la Commission, c'est-à-dire que les organismes publics invoquent « à tort et à travers » le secret professionnel pour éviter de divulguer tout document préparé par un professionnel dans le cadre de sa profession, il ne nous semble pas que ce soit le cas selon notre expérience.

Quant aux questions soulevées par la Commission, reproduites ci-dessus, nous en dégageons plusieurs enjeux et risques potentiels. Tout d'abord, alors même que la Commission reconnaît que la jurisprudence relative au secret professionnel est avant tout contextuelle, en plus d'être hautement complexe, comment peut-on sérieusement envisager que la loi puisse améliorer la situation? En effet, en fixant des conditions précises et rigoureuses dans Loi sur l'accès, il y a de sérieux risques que le secret professionnel soit vidé de toute appréciation contextuelle, en plus d'alourdir et de complexifier inutilement la loi. En un mot, selon nous, la protection du secret professionnel appartient davantage à la réalité des faits de chaque cas particulier, ce qui relève plutôt de l'appréciation de la preuve par un tribunal (ici la Commission) que d'une loi du Parlement (qui ne peut pas prévoir tous les contextes d'application éventuels). Par ailleurs, le secret professionnel ne devrait pas être hiérarchisé en fonction de l'ordre professionnel ou de l'information en cause, au risque de mettre en péril son caractère constitutionnel ou quasi constitutionnel. Nous sommes par exemple réticents à l'idée de traiter <u>automatiquement</u> l'information révélée aux ingénieurs différemment de celle reçue par les médecins : nous convenons bien que les renseignements médicaux sont par nature « sensibles », mais c'est également le cas de renseignements commerciaux ou industriels qui apparaissent souvent comme des plus confidentiels.

Quant à la solution présentée par la Commission, à savoir conditionner le secret professionnel « uniquement lorsque le besoin de confidentialité l'emporte sur l'intérêt public de la divulgation », nous avons des doutes sur la mise en œuvre pratique d'une telle mesure. On peut en effet légitimement se demander « qui » décide lorsque l'intérêt public l'emporte, « comment » définir l'intérêt public, « quels » critères devraient être pris en compte dans une telle analyse, etc. Au risque de nous répéter, il ne nous semble pas que la loi soit la meilleure solution pour répondre à l'enjeu de conciliation du secret professionnel avec les droits d'accès. Il faut finalement souligner qu'une consultation formelle auprès des ordres professionnels nous apparaît nécessaire avant tout amendement à cet effet.

d) <u>Recommandation n^{o} 12 : montant total des honoraires d'un avocat</u>

12. Modifier la Loi afin que le secret professionnel ne puisse être invoqué par les organismes publics pour empêcher la divulgation du montant total des honoraires d'un avocat sauf dans le cas où cette divulgation est clairement susceptible de divulguer une information autrement protégée par le secret professionnel.

Après une analyse poussée de la jurisprudence en matière d'accès au montant total des comptes d'honoraires d'avocats (au Québec et ailleurs au Canada), la Commission vient indiquer qu'à son avis « le montant versé à l'avocat sans autres détails constitue

généralement une information neutre qui ne révèle aucune information préjudiciable au client ou à sa relation avec son avocat »[13]. La Commission vient indiquer un peu plus loin que « les cas où la communication du montant total des honoraires pourrait compromettre le libre et sincère échange entre l'organisme et son avocat demeurent des exceptions »[14].

Nous croyons tout d'abord que les cas où le montant global des honoraires est couvert par la protection du secret professionnel ne sont pas si *exceptionnels* : le montant total est en effet susceptible de divulguer les efforts qu'un client est prêt à prendre, ou à ne pas prendre, dans la défense de ses intérêts et, plus avant, donner accès aux comptes d'honoraires des avocats équivaudrait à permettre de déduire le niveau d'engagement de l'organisme face aux procédures entreprises. Il n'est pas rare qu'un demandeur en justice souhaite un règlement sur la base d'une valeur de nuisance qu'il espère monnayer. Les montants totaux d'honoraires peuvent donc servir de point de repère stratégique à un demandeur en justice qui utilise la Loi sur l'accès afin de tenter de glaner ici et là des informations utiles à sa cause. C'est à éviter.

Par ailleurs, il ne nous semble pas souhaitable de renverser le fardeau de prouver que le compte d'honoraires et les montants totaux payés par un organisme à des avocats sont protégés par le secret professionnel des épaules du demandeur d'accès à celles de l'organisme. L'un des soussignés a d'ailleurs récemment pu démontrer les difficultés que pose l'accès public aux comptes d'honoraires des avocats[15], à la lumière de deux décisions concomitantes de la Commission qui semblent pourtant en contradiction quant aux conclusions.

e) Recommandation n° 16 : renseignements d'une personne décédée

16. Inclure la divulgation de renseignements aux proches parents d'une personne décédée pour des motifs de compassion parmi les éléments qui sont présumés ne pas constituer une atteinte déraisonnable à la vie privée.

L'enjeu de l'accès aux renseignements personnels de personnes décédées est spécifiquement soulevé par la Commission. En principe, les articles 88.1 de la Loi sur l'accès et 41 de la Loi sur privé prévoient qu'un organisme public ou une entreprise privée « doit refuser de donner communication d'un renseignement personnel au liquidateur de la succession, au bénéficiaire d'une assurance-vie ou d'une indemnité de décès ou à l'héritier ou au successible de la personne concernée par ce renseignement, à moins que cette communication ne mette en cause ses intérêts ou ses droits à titre de liquidateur, de bénéficiaire, d'héritier ou de successible ».

---

13 Rapport quinquennal, p. 52.

14 Rapport quinquennal, p. 53.

15 Karl Delwaide, «L'accès public aux comptes d'honoraires des avocats : vers une application deux poids deux mesures du secret professionnel?», Bulletin Protection de l'information et de la vie privée, Fasken Martineau DuMoulin (à paraître).

Un contrôle strict est donc exercé sur les renseignements personnels du défunt, puisque le principe de base, c'est le refus de communication. Pour faire exception à ce principe, la demande doit « mettre en cause les intérêts du liquidateur, du bénéficiaire, de l'héritier ou du successible ». L'un des soussignés a d'ailleurs récemment publié un article énonçant les droits d'accès statutaires disponibles concernant les renseignements d'un défunt et faisant une vaste revue de la jurisprudence rendue sur l'exercice de ces droits[16].

Or, il peut arriver qu'une personne n'ayant pas l'un de ces statuts ou qui est motivée par des fins autres que celles visées par ces dispositions souhaite obtenir des renseignements personnels sur une personne décédée (un proche parent voulant faire son deuil, par exemple).

Concernant la Loi sur l'accès, étant donné que l'article 88.1 n'est pas applicable pour accéder à des renseignements personnels d'une personne décédée pour des motifs d'ordre personnel, certains ont plutôt tenté d'invoquer des « circonstances exceptionnelles » au sens de l'article 68(2) de la Loi sur l'accès comme exception à la confidentialité. C'est le cas dans la décision *X.* c. *Québec (Ville de)*[17] où la Commission a autorisé une municipalité à communiquer à une mère les photos de son fils décédé à la suite d'un accident pour l'aider à faire son deuil. Or, dans une autre décision *Bourque* c. *Laval (Ville de)*[18], la Commission a refusé à une ville de communiquer à une mère les photos de sa fille noyée à l'âge de 21 ans des suites d'une crise d'épilepsie. Cette différence de traitement se justifie par des faits légèrement différents – la possibilité de voir le corps de sa fille lors du salon funéraire –, mais surtout par une «sensibilité très personnelle» de la part des deux décideurs[19]. On comprend alors que cette marge de discrétion et d'appréciation purement subjective n'est pas entièrement satisfaisante.

Nous croyons aussi qu'il y a lieu d'amender les lois pour permettre la divulgation de renseignements d'une personne décédée, notamment pour des motifs de compassion. Plus loin, nous penchons davantage pour l'intégration d'une disposition expresse autorisant le droit d'accès dans ces cas de figure, plutôt qu'en faire un des éléments à prendre en considération dans l'évaluation de l'atteinte déraisonnable à la vie privée.

---

16 Voir Antoine Aylwin, «L'accès aux renseignements personnels d'une personne décédée», (2011) 11 *Liquidation des successions* 103-168.

17 [1996] C.A.I. 355.

18 [2007] C.A.I. 315.

19 Voir Antoine Aylwin, «L'accès aux renseignements personnels d'une personne décédée», (2011) 11 *Liquidation des successions* 103 aux pp. 148-150.

f) Recommandation n^{o} 19 : rapports d'enquête de harcèlement au travail

19. Clarifier et uniformiser les régimes d'accessibilité aux rapports d'enquête de harcèlement en milieu de travail, y compris en ce qui concerne la compétence de la Commission de rendre des décisions à ce sujet.

Nous sommes favorables à cette recommandation. Lors des dernières années, la Commission a eu à se pencher sur l'accès aux rapports d'enquête confectionnés dans le cadre de plaintes pour harcèlement en milieu de travail, que ce soit par la partie plaignante ou encore la personne faisant l'objet de la plainte de harcèlement. Dans tous les cas, de tels rapports concernent d'autres personnes (témoins rencontrés, plaignant ou personne accusée), dont les droits peuvent facilement entrer en conflit avec ceux du demandeur d'accès. À titre d'exemple, la déclaration d'un témoin concernant un harcèlement en milieu de travail contient des renseignements personnels sur la personne soupçonnée de harcèlement, mais aussi sur l'auteur de la déclaration. L'un et l'autre ont des intérêts différents, parfois divergents.

La Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé ne contiennent aucune disposition propre à de telles situations. Il faut alors se replier sur les articles 83 et 88 de la Loi sur l'accès, et les articles 27 à 40 de la Loi sur le secteur privé, indiquant en substance que les seuls renseignements personnels qui sont interdits de divulgation au motif qu'ils constituent également des renseignements personnels sur un tiers sont ceux qui « seraient susceptibles de nuire sérieusement » à ce dernier. Cette dernière condition dépend de la preuve administrée, et peut être fort difficile à évaluer.

Par ailleurs, comme l'indique la Commission, les personnes qui participent à de telles enquêtes comprennent souvent mal les règles d'accessibilité du rapport, et pensent que la signature d'un engagement avec l'organisme public ou l'entreprise privée suffit à sauvegarder la confidentialité. Or, comme plusieurs décisions l'ont rappelé, la Commission n'est pas liée par un engagement de confidentialité, puisqu'elle a le devoir d'appliquer la loi.

Il faut ici noter que cette question fait aussi intervenir des enjeux de protection des droits et libertés en vertu de la *Charte québécoise*. En effet, les articles 1 (droit à l'intégrité physique), 4 (droit à la dignité) et 5 (droit à la vie privée) de la *Charte québécoise*, notamment, peuvent justifier en soi que la confidentialité du processus d'enquête en matière de harcèlement psychologique soit sauvegardée.

Compte tenu de l'ambigüité de l'expression « serait susceptible de nuire » et de la mauvaise perception du public sur les engagements de confidentialité, nous croyons également que le législateur devrait intervenir pour clarifier et uniformiser les régimes d'accessibilité aux rapports d'enquête de harcèlement en milieu de travail. On pourrait par exemple penser à un préjudice « présumé » dans de telles situations, au lieu d'administrer une preuve complète pour démontrer le préjudice. Il serait également souhaitable de regarder attentivement, pour peut-être s'en inspirer, les approches adoptées par nos voisins néo-brunswickois et terre-neuviens.

g) Recommandation n° 24 : notion de « dossier »

24. Retirer la notion de « dossier » de la Loi sur le privé et articuler les obligations des entreprises autour de la finalité de la collecte des renseignements personnels.

La Loi sur le secteur privé réfère à de nombreuses reprises à la notion de « dossier » sur autrui, que ce soit au stade de la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels. Or, dans le contexte technologique actuel, il est bien admis que les entreprises privées ne constituent plus toujours des « dossiers » identifiés au nom d'un individu : on pense notamment aux bandes de vidéosurveillance ou aux banques de données qui contiennent une multitude de données qui sont susceptibles d'identifier une personne physique sans nécessairement qu'il y ait un dossier à son nom. Soulignons cependant que le truchement des articles 1(3) et 3 de la LCCJTI permettent d'étendre la portée de la notion de «dossier» à une multitude de systèmes technologiques.

En ce sens, « la Commission propose que soit remplacée la notion de dossier par celle de « finalité de la collecte », principe à la base de plusieurs régimes de protection des renseignements personnels »[20] – ce qui affecterait les articles 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13 et 27 de la Loi sur le secteur privé.

Nous sommes favorables à une telle modification, qui devrait clarifier les obligations des entreprises privées par rapport à la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels.

h) Recommandation n° 26 : renseignements liés à l'exercice de fonctions

26. Modifier la Loi sur le privé afin qu'elle prévoie que les renseignements liés à l'exercice de fonctions dans une entreprise ne sont pas des renseignements personnels.

Contrairement à la Loi sur l'accès, la Loi sur le secteur privé ne prévoit pas que les renseignements liés à l'exercice de fonctions dans une entreprise ne constituent pas des renseignements personnels. On peut donc se retrouver dans des situations relativement absurdes où « le nom d'un employé à qui est adressée une facture ou une lettre, ou encore l'identité d'un représentant d'une entreprise dans une réunion, se voient […] conférer le même caractère confidentiel que le dossier médical d'un individu »[21].

Même si un large courant jurisprudentiel semble exclure de la définition de « renseignements personnels » certaines informations concernant un employé lorsqu'il

[20] Rapport quinquennal, p. 80.

[21] Rapport quinquennal, p. 86.

agit dans le cadre de son emploi comme mandataire d'une société[22], il demeure certaines décisions qui concluent à leur caractère confidentiel.

En ce sens, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer lors de la consultation menée par la Commission[23], et pour des raisons de sécurité juridique, nous soutenons la recommandation de «modifier la Loi sur le secteur privé afin qu'elle prévoie que les renseignements liés à l'exercice de fonctions dans une entreprise ne sont pas des renseignements personnels».

i) Recommandation n^{o} 29 : critères du consentement

29. Modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé pour y préciser les exigences liées à ces critères [c'est-à-dire les critères du consentement].

Pour la Commission, « le consentement est le moteur de la protection des renseignements personnels », « en principe il permet aux utilisateurs de contrôler ce que les entreprises peuvent faire et ne pas faire avec leurs renseignements personnels ». Il convient ici de reproduire *in extenso* les propos de la Commission sur le consentement :

> En principe seulement, car la notion de consentement est de plus en plus critiquée et jugée inadaptée dans certains contextes. En effet, il serait naïf de considérer que le fait de cocher une case de type « J'ai lu et j'accepte » ou « J'atteste avoir pris connaissance » signifie que les personnes concernées ont lu et compris les conditions d'utilisation ou la politique de confidentialité associées à un site Internet ou à un réseau social. Nombreux sont les utilisateurs qui cochent une telle case sans avoir consulté ces informations ou sans les avoir comprises, étant donné le manque de clarté de ces textes. Les citoyens ne savent donc pas toujours ce à quoi ils consentent.[24]

Cette question n'est pas isolée et doit s'inscrire dans un débat plus large, qui a lieu notamment à l'échelle fédérale auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. En effet, en mai 2016, une consultation et un appel de mémoires ont été lancés sur la question du consentement en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*[25]. Les soussignés ont alors produit en juillet 2016 un mémoire intitulé « Consentement et protection de la vie privée : regarder le passé, préparer l'avenir »[26]. Nous reproduisons ci-dessous le

---

22 Voir Karl Delwaide et Antoine Aylwin, *Leçons tirées de dix ans d'expérience : la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec*, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, 2005, pp. 10-11.

23 Rapport quinquennal, p. 86, note de bas de page 282.

24 Rapport quinquennal, p. 89.

25 En ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultation-sur-le-consentement-en-vertu-de-la-loi-sur-la-protection-des-renseignements-personnels-et-les-documents-electroniques/>.

26 Voir Karl Delwaide et Antoine Guilmain, « Consentement et protection de la vie privée : regarder le passé, préparer l'avenir », document de discussion sur le consentement, présenté à la Commissariat à la protection de la vie privée du Canada en octobre 2016.

résumé général de ce mémoire, qui s'applique selon nous *mutatis mutandis* au contexte de la Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé :

> 1. L'importance d'une recherche d'« équilibre » entre la protection de la vie privée des individus, mais aussi des besoins des organisations de recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels (« RP ») sur les individus dans le cadre de leurs activités commerciales légitimes.
>
> 2. Nous ne privilégions pas d'imposer des restrictions supplémentaires qui viendraient alourdir le fardeau des organisations, voire qui iraient (sauf exceptions limitées) jusqu'à interdire de demander (ou d'obtenir) un consentement dans certaines circonstances, qui relèvent souvent des activités commerciales légitimes.
>
> 3. À notre avis, la LPRPDÉ (et les autres lois provinciales en semblable matière) contient déjà les paramètres utiles à l'encadrement du consentement à l`ère des technologies de l'information:
>
> a) Le consentement repose sur une obligation d'information qui doit être effectuée de façon claire et transparente. Cependant, l'individu qui consent ne peut pas être que « passif »; il a aussi l'obligation de se renseigner. Nous ne croyons pas qu'une approche de « victimisation » ou d'« infantilisation » soit appropriée en la matière;
>
> b) Compte tenu des principes sous-jacents au bijuridisme canadien, les notions de droit civil peuvent être utiles en l'espèce. Elles existent déjà pour encadrer la notion de consentement. Nous élaborerons d'ailleurs sur l'obligation d'informer qui s'impose aux organisations qui procèdent à la cueillette, l'utilisation ou la communication de RP, mais aussi sur l'obligation de se renseigner qui incombe à toute partie;
>
> c) Les principes sous-jacents à la LPRPDÉ (et autres lois provinciales similaires) imposent déjà des limites au consentement : les décisions des régulateurs soulignent que l'obtention d'un consentement (aussi vaste soit-il) ne peut faire échec au principe que les renseignements colligés, utilisés ou communiqués doivent être nécessaires aux objets/fins dénoncés clairement aux individus;
>
> d) De même, le critère de « nécessité » est bien connu et encadré par les régulateurs dans l'application des lois relatives à la protection des RP : généralement, on exige que la cueillette, l'utilisation ou la communication des renseignements soit « indispensable » (par opposition à « utile »);
>
> e) Nous proposerons cependant une approche d'encadrement qui permet d'allier contrôle, simplification et transparence, sans devenir trop contraignante. Selon nous, le reproche sous-jacent à la situation est le fait qu'il est parfois difficile de véritablement cerner ce à quoi on consent. Une formule de consentement de plusieurs pages de texte peut être plutôt « indigested ». Nous soumettons qu'il y a avantage à simplifier pour que les circonstances du consentement soient clairement énoncées et compréhensibles. Nous suggérons que le Commissariat soit doté du pouvoir d'imposer une forme simplifiée de consentement qui pourrait exiger d'énoncer, sur une ou deux pages seulement, a) les objets de la cueillette de l'utilisation et de la communication des RP, b) le consentement demandé pour chacune, c) un énoncé de ce en quoi cela est nécessaire et d) la présence ou non de « cookies » ou autres éléments du genre. Le sommaire en question devra apparaître dès le début de la « publication » de la demande de consentement. Le but est de donner à l'individu un portrait succinct de ce qui lui sera expliqué en long et en large dans les autres pages du formulaire de consentement. Il s'agit de mettre en application l'adage bien connu « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire viennent aisément! ».

Cela étant dit, la Commission suggère que des précisions quant aux obligations des organismes publics et des entreprises privées à l'égard de chacun des critères du consentement devraient être incluses dans la Loi sur l'accès. Cesdits critères sont ceux énoncés à l'article 14 de la Loi sur le secteur privé, et sont le caractère « manifeste, libre, éclairé et […] donné à des fins spécifiques » du consentement.

Il nous semble inutile de préciser davantage de tels critères par voie législative. En effet, le fait d'indiquer que *manifeste* veut dire « évident, certain et indiscutable », ou encore que *libre* signifie « donnée sans contrainte », etc., ne présentent aucun apport (si ce n'est peut-être sur le plan synonymique), ceci d'autant que la jurisprudence se charge déjà de préciser et raffiner ces concepts au jour le jour. La Commission pourrait tout simplement s'en tenir à publier un document d'orientation sur la signification de ces concepts, avec des exemples concrets par exemple, mais il ne faut certainement pas introduire de tels éléments ni dans la Loi sur l'accès ni dans la Loi sur le secteur privé.

j) Recommandation n° 33 : renseignements génétiques

33. Légiférer afin d'interdire la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements génétiques à des fins autres que médicales, scientifiques ou judiciaires.

Les renseignements génétiques peuvent révéler « des informations de nature médicale, mais aussi des caractéristiques raciales, des liens familiaux et permettent d'identifier une personne de manière unique »[27], selon le Rapport quinquennal. En ce sens, la Commission estime que les personnes qui se soumettent à un test génétique « ne s'attendent pas à ce que ces renseignements soient utilisés par une entreprise afin qu'elle prenne une décision à leur sujet, par exemple, en matière d'assurance ou d'emploi »[28]. Plus loin, suite à une courte analyse de la collecte et de l'utilisation de renseignements génétiques à des fins d'assurance et d'emploi, la Commission invite le législateur à « interdire la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements génétiques à des fins autres que médicales, scientifiques ou judiciaires »[29]. Une telle recommandation suscite pour nous trois observations.

Premièrement, si nous croyons aussi que le législateur devrait encadrer la collecte et l'utilisation de renseignements génétiques, il ne nous semble pas qu'il devrait se contenter « de légiférer afin d'interdire » uniquement – comme le recommande la Commission. Au contraire, il s'agit d'un enjeu suffisamment sérieux pour qu'on l'aborde sous l'angle de la compréhension d'ensemble plutôt que sous celui de l'interdiction ciblée. En un mot, il ne faudrait pas que le législateur se contente d'interdire dans ce domaine.

Deuxièmement, sans nier les enjeux et risques que portent les renseignements génétiques dans les domaines de l'assurance et de l'emploi, il nous semble que le

---

27 Rapport quinquennal, p. 96.

28 Rapport quinquennal, p. 96.

29 Rapport quinquennal, p. 100.

critère de « nécessité » est trop minimisé. La Commission y fait référence dans les deux cas, en indiquant qu' un assureur ne peut recueillir que les renseignements qui sont « nécessaires à l'objet du dossier »[30] et qu'« un employeur qui souhaite recueillir des renseignements génétiques doit démontrer qu'ils sont nécessaires pour évaluer la capacité d'exercer un emploi ou pour mettre en œuvre des mesures de prévention et de santé au travail »[31]. Toutefois, malgré l'existence de ce garde-fou, qui a pourtant fait ses preuves lors des dernières décennies, la Commission semble ne pas trouver la situation satisfaisante, et prône en ce sens une approche d'interdiction. Nous ne remettons pas en question l'importance du débat sur les renseignements génétiques, mais cela ne justifie pas de remettre en question les anciennes sauvegardes, quitte à ne plus les considérer, comme si elles ne remplissaient plus leurs fonctions. Une telle approche pourrait ultimement conduire à légiférer spécifiquement (par l'interdiction?) pour chaque nouvelle technologie, ce qui nous semble peu satisfaisant.

Troisièmement, l'interdiction pure et simple de la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements génétiques « à des fins autres que médicales, scientifiques ou judiciaires » pourrait freiner la croissance économique et l'innovation technologique. En effet, on peut penser à des situations exceptionnelles pouvant justifier la collecte et l'utilisation de renseignements génétiques (sous réserve évidemment d'un consentement exprès de la part de l'individu concerné), par exemple pour certains types d'emplois qui comportent des risques importants ou encore pour les contrats d'assurance qui excèdent une limite spécifique à déterminer. De telles situations doivent mener à une réflexion plus large que l'interdiction « pure et simple » comme solution.

En définitive, nous désirons mettre en garde le législateur de la tentation d'interdire purement et simplement alors que le critère de « nécessité » est peut-être amplement suffisant. Après tout, il a fait ses preuves afin de limiter, voire encadrer la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels. L'assujettissement à une forme de divulgation préalable à la Commission (comme à l'article 66 de la Loi sur l'accès, par exemple) pourrait être envisagé.

k) Recommandation n^{o} 34 : biométrie et LCCJTI

34. Référer, dans la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé, aux dispositions de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information concernant la biométrie.

La LCCJTI contient de nombreuses dispositions encadrant le recours à la biométrie[32], qui s'appliquent notamment aux organismes publics et aux entreprises privées.

---

30 Rapport quinquennal, p. 97.

31 Rapport quinquennal, p. 98.

32 Voir notamment Julie M. Gauthier, *Le droit de la biométrie au Québec : sécurité et vie privée*, Montréal, Yvon Blais, 2015.

Selon la Commission, « la Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé devraient référer explicitement aux dispositions de la LCCJTI », car « elle constate que plusieurs entreprises ignorent l'existence de ces dispositions bien qu'elles se soient informées des règles applicables en matière de protection des renseignements personnels »[33].

Nous sommes en désaccord avec une telle recommandation. Alors même que la LCCJTI recoupe à bien des endroits la Loi sur l'accès et la Loi sur le secteur privé (par exemple, quant à la sécurité des renseignements confidentiels, quant à l'encadrement des banques de données, et, généralement, quant au régime applicable à tous documents), pourquoi y ferait-on spécifiquement référence en matière de biométrie? Une telle modification législative, pourtant pleine de bonnes intentions, pourrait ultimement laisser penser aux organismes et entreprises que la LCCJTI est uniquement applicable aux enjeux de biométrie – ce qui serait trompeur. Par ailleurs, plutôt que légiférer pour faire connaître une loi (ce qui est paradoxal, tout le monde en conviendra), il suffirait plutôt d'assurer une promotion constante de la LCCJTI, adoptée en 2001, et pourtant si mal connue. Plusieurs initiatives porteuses ont vu le jour[34], qui doivent maintenant être reçues et relayées par tous les acteurs œuvrant dans le domaine de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels. Rien ne sert de (re)légiférer, le tout est maintenant de promouvoir la LCCJTI.

l) Recommandations n^{o} 38 et 39 : notification en cas d'incident de sécurité

38. Modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé afin que l'obligation de déclarer à la Commission les incidents de sécurité portant sur des renseignements personnels y soit ajoutée et définir les conditions et les modalités de cette obligation de déclaration.

39. Modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé afin que les organismes publics et les entreprises soient obligés de notifier les personnes concernées lors de la survenance d'un incident de sécurité portant sur des renseignements personnels.

Comme nous l'indiquons déjà en 2015[35], nous sommes favorables à ce que les organismes publics, mais aussi les entreprises privées, soient obligés dans certaines circonstances de déclarer à la Commission les incidents de sécurité survenus dans le cadre de leurs activités et impliquant des renseignements personnels. Une telle modification serait en phase avec les exigences récemment introduites dans la *Loi sur*

---

33 Rapport quinquennal, p. 104.

34 On pense notamment au site Internet <lccjti.ca>, au *Guide relatif à la gestion des documents électroniques* ou à la Loi annotée.

35 Mémoire de Mes Karl Delwaide, Antoine Aylwin, Myriam Robichaud et Marc-André Boucher sur les propositions de modifications de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels contenues au document intitulé « Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels », en date de mars 2015, pp. 15-16.

la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et certaines législations provinciales, telle que l'Alberta.

L'introduction d'une définition de la notion d'« incident de sécurité » serait ici nécessaire, afin que les organismes publics et les entreprises privées soient en mesure de véritablement cerner la portée de leurs obligations à ce chapitre. Par ailleurs, nous appuyons l'idée de déclaration obligatoire des incidents de sécurité qui surviennent dans un organisme public dans la mesure où ce registre des incidents de sécurité ne serait accessible qu'à la Commission d'accès à l'information du Québec et où seuls les incidents pouvant présenter un risque de préjudice significatif seraient rendus publics. À ce sujet, nous sommes d'avis qu'il convient d'effectuer les distinctions qui s'imposent entre un accès non autorisé à l'interne -*vs*- à l'externe, une erreur d'inadvertance -*vs*- un acte posé dans l'intention de nuire, la perte de quelques documents sans réelle importance -*vs*- plusieurs centaines de dossiers, etc. En effet, il nous apparaît contraire à l'intérêt public que même les plus petites failles soient publicisées, considérant notamment l'effet de désensibilisation, les conséquences néfastes que cela pourrait engendrer pour un organisme public ou une entreprise privée et le risque que des personnes mal intentionnées exploitent ces vulnérabilités, d'autant plus qu'aucune entité, même la mieux outillée, n'est entièrement à l'abri de ce type d'incidents. Nous sommes finalement d'avis qu'il serait opportun de mettre en place une cloison étanche entre le personnel responsable du registre des incidents de sécurité et le personnel chargé de faire enquête sur l'application de la Loi sur l'accès au sein de la Commission, de manière à favoriser une approche préventive plutôt que répressive de la part des organismes publics et des entreprises privées.

Nous sommes par ailleurs favorables à ce que les organismes publics et les entreprises privées soient obligés dans certaines circonstances de notifier les personnes concernées lors de la survenance d'un incident de sécurité portant sur leurs renseignements personnels.

Toutefois, une telle obligation de notification emporte de nombreuses considérations à préciser. À cet égard, l'un des soussignés a récemment publié un article sur « L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé »[36], qui décrit certaines lignes directrices et législations au Canada et à l'étranger et qui incidemment suggère un modèle approprié pour le Québec. Nous recommandons de tenir compte de cette étude dans la mise en œuvre de cette recommandation.

Il convient d'ailleurs de reproduire le tableau concluant cette vaste analyse, qui ramasse les différentes modalités possibles d'une obligation de notification potentielle et dont les modalités apparaissant les plus intéressantes sont indiquées en gras.

[36] Antoine Aylwin, «L'obligation de notification en cas de violation de la confidentialité pour une entreprise du secteur privé» (2015) 74 *Revue du Barreau* 465-502.

QUAND notifier ?	• Tous les cas • Lorsque l'autorité de réglementation l'ordonne • Si la divulgation est utile • Risque de préjudice • Lorsque des renseignements sensibles sont en cause (selon une liste précise) • **Risque sérieux de préjudice grave** • Préjudice spécifique prévu : financier/ physique/réputation • Lorsqu'il y a une obligation contractuelle
	• Et lorsque les démarches de confinement n'ont pas permis de limiter substantiellement les risques • Et critère de balance des inconvénients de la divulgation
À QUI notifier ?	• Registre interne • Organisme de réglementation • Institutions gouvernementales • Tiers privés (assureur, banque, agence de crédit) • **Victimes** • Grand public
QUOI notifier ?	• L'existence du bris • **Transparence sur la nature du bris et les informations connues** • Instructions pour réduire les impacts (banque, dossier de crédit, etc.) • Coordonnées pour avoir plus d'informations
COMMENT notifier ?	• Lettre • **Courriel** • Téléphone • Avis public

498 *Revue du Barreau / Tome 74 / 2015*

m) Recommandation n° 56 : analyse des impacts et des risques

56. Modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé afin que les organismes publics et les entreprises soient obligés de réaliser une analyse des impacts et des risques concernant la protection des renseignements personnels avant toute communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec.

La Commission accueille favorablement « l'obligation de réaliser une analyse des impacts et des risques avant toute communication à l'extérieur du Québec et d'inclure dans un contrat avec le tiers les mesures requises pour les atténuer »[37].

Pour notre part, nous y sommes plutôt réticents. Tout d'abord, s'il peut sembler louable de vouloir imposer aux organismes et aux entreprises de prendre toutes les mesures de protection possibles et imaginables, il ne faut surtout pas occulter la réalité actuelle pour ces dernières : les coûts afférents sont élevés, le temps investi est précieux, le cadre légal et réglementaire est déjà relativement lourd, le tout dans un contexte de marché hautement compétitif et internationalisé. En résumé, il faut bien tenir compte de la réalité d'affaires des organismes publics et des entreprises privées avant de leur imposer des obligations supplémentaires coûteuses en temps, en argent et en énergie. Par ailleurs, la Commission ne fournit quasiment pas d'information quant à la nature et

[37] Rapport quinquennal, p. 133.

la portée d'une telle analyse des impacts et des risques : qui y serait soumis? comment? à quelle fréquence? dans toutes les juridictions? selon une formule standard ou au cas par cas? etc. Or, ce sont les réponses à ces questions, et elles seules, qui permettront d'évaluer en pleine connaissance de cause la pertinence du procédé d'analyse des impacts et des risques. Finalement, la plupart des entités qui se voient communiquer ou confier des renseignements personnels dans un contexte transfrontalier sont liées par un contrat (voir en ce sens la recommandation 57 de la Commission), et par la même par une obligation de prendre toutes les « mesures raisonnables de protection ». En ce sens, la mise en œuvre systématique d'une analyse des impacts et des risques peut sembler excessive.

5. CONCLUSION

Nous voulons souligner l'importance, la qualité et l'actualité du Rapport quinquennal de la Commission. De nombreuses pistes de solutions y sont présentées, qui méritent toute et chacune une évaluation attentive – ce que nous nous sommes efforcés de faire. Or, et c'est peut-être le pli fondamental de notre mémoire, les recommandations sont toutes alléchantes prises de manière générale, mais suscitent un certain nombre de difficultés pratiques lorsqu'elles sont confrontées à la réalité des organismes publics, des entreprises privées et des praticiens dans le domaine de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels. Autrement dit, c'est la mise en garde « le diable est dans les détails » qui ressort de l'ensemble de nos développements, et qui doit maintenant éclairer les recommandations de la Commission.

Il faut finalement ajouter que la législation québécoise en ces matières devrait être simple, compréhensible et adaptée à la réalité de l'économie du savoir. En effet, dans la mesure où Montréal devient une plaque tournante de l'intelligence artificielle et que la province de Québec veut tirer son épingle du jeu dans les technologies de l'avenir, le cadre juridique doit être conçu de façon suffisamment flexible pour réglementer adéquatement ces nouvelles industries. À cet égard, les organismes publics à vocation commerciale, financière ou économique ne doivent pas être laissés en marge de cette réalité en puissance, il faut également leur permettre de continuer à remplir leurs missions sans les assujettir à des obligations et contraintes excessives.

Nous vous remercions de votre attention et demeurons disponibles pour répondre à vos questions.

Le tout étant respectueusement soumis.

Karl Delwaide, Antoine Aylwin et Antoine Guilmain, avocats.