

**CONSULTATIONS PARTICULIÈRES ET AUDITIONS PUBLIQUES AU SUJET D’OUTILS
TECHNOLOGIQUES DE NOTIFICATION DES CONTACTS AINSI QUE SUR LA PERTINENCE DE CE
TYPE D’OUTILS, LEUR UTILITÉ ET LE CAS ÉCHÉANT, LES CONDITIONS DE LEUR ACCEPTABILITÉ
SOCIALE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LA COVID-19**

Mémoire déposé par :

Pierre-Luc Déziel

Professeur agrégé

Faculté de droit, Université Laval

Québec, le 12 août 2020

INTRODUCTION

Le 8 juillet 2020, le gouvernement du Québec lançait une campagne de consultation publique visant à mesurer l’intérêt de la population québécoise à l’égard de l’utilisation d’une application de notification des contacts dans le cadre de la réponse à la pandémie de la COVID-19. S’échelonnant jusqu’au 2 août 2020, la consultation publique entendait identifier les préoccupations de la population en ce qui a trait à l’utilisation d’une telle application, de même que les conditions qui pourraient favoriser son acceptabilité sociale. La Commission des institutions du Québec tiendra également une série de consultations particulières et d’auditions publiques afin de recueillir l’opinion de représentants de la société civile sur les applications de notification et de déterminer, le cas échéant, comment le recours à ces applications devrait être encadré. Ces consultations particulières et auditions publiques se tiendront entre le 12 et le 14 août 2020.

Ce mémoire entend présenter et expliquer les principales recommandations que nous entendons soumettre à la Commission des institutions du Québec au cours des auditions publiques. Ces recommandations s’intéressent à la manière dont devrait être encadré le recours éventuel à une application de notification à la COVID-19 dans une perspective de protection du droit à la vie privée des citoyennes et citoyens, et sont regroupées en deux grandes sections qui portent sur (A) l’utilisation de l’application Alerte COVID développée par le gouvernement du Canada et (B) les mécanismes à mettre en place par le gouvernement du Québec. Les différentes recommandations sont présentées sous une forme sommaire à la fin du document (C).

A. SUR L’UTILISATION DE L’APPLICATION ALERTE COVID DÉVELOPPÉE PAR LE GOUVERNEMENT DU CANADA

La configuration d’une application mobile peut avoir un impact déterminant non seulement sur son efficacité, mais aussi sur le niveau de protection de la vie privée qu’elle confère à ses utilisateurs. Qu’il s’agisse de la nature de données qui sont collectées, des types d’utilisations qui sont prévus ou des modes d’accès et de partage de l’information qui sont anticipés, les propriétés d’une application sont des éléments qui guident toute évaluation de ses effets souhaités, possibles ou observables sur la vie privée des utilisateurs. Ainsi, toute discussion productive sur la valeur d’une application en ce qui a trait à sa capacité à bien protéger le droit à la vie privée des utilisateurs doit s’inscrire dans un contexte où ces propriétés sont posées et identifiées. Or, il n’existe aujourd’hui que très peu d’informations sur l’application envisagée par le gouvernement du Québec. Cette position s’explique sans doute par le fait que le gouvernement souhaite conserver une certaine flexibilité quant à la configuration éventuelle de l’application choisie ; après tout, l’objet des consultations particulières et des auditions publiques est d’identifier les

propriétés de l'application qui assureront sa pertinence et contribueront à favoriser son acceptabilité sociale. Néanmoins, afin d'enrichir notre intervention, nous souhaitons l'inscrire dans un certain contexte précis et aborder, de front, la question de la pertinence de l'application Alerte COVID, une application de notification développée par le gouvernement du Canada et déjà utilisée par Ontario.

Deux principales raisons principales expliquent ce choix. Premièrement, les informations rendues publiques¹ par le gouvernement du Québec sur le mode de fonctionnement et la configuration de l'application envisagée correspondent en large partie à certaines des principales propriétés de l'application Alerte COVID. Par exemple, à l'instar de Alerte COVID², il s'agirait d'une application de notification qui opérerait à partir de la technologie Bluetooth et qui ne collecterait pas de données de géolocalisation. L'application serait volontaire, adopterait une structure décentralisée, et permettrait de notifier de manière "anonyme" les personnes à risques rencontrées par une personne ayant reçu un diagnostic positif à la COVID-19. Le processus de notification serait volontairement déclenché par l'utilisateur à l'aide d'un code unique fourni par une ressource professionnelle de la santé. Finalement, dans le but de favoriser l'interopérabilité de l'application entre les provinces et de maximiser son efficacité, le gouvernement du Canada serait chargé d'assurer la notification des personnes à risques. Deuxièmement, l'idée de structurer notre propos autour de l'application Alerte COVID nous permet de répondre à certaines interrogations qui semblent présentement inévitables. En effet, dans la mesure où l'application fédérale est déjà utilisée en Ontario, et qu'elle le sera sans doute aussi bientôt en Alberta³, la question de savoir si le gouvernement du Québec devrait emboîter le pas ou, à l'inverse, développer sa propre application, peut difficilement être ignorée.

Nous souhaitons, dans la suite de cette première partie, contribuer à ce débat en expliquant les raisons qui pourraient justifier le recours à Alerte COVID (1), mais aussi en précisant certaines des précautions qui, le cas échéant, devraient être prises pour assurer que l'utilisation de cette application soit pertinente, utile et protectrice du droit à la vie privée des citoyens et citoyennes (2). Notons que ces recommandations sont aussi pertinentes dans le cas où le gouvernement décidait de développer une autre application. Avant d'aller plus loin, nous souhaitons faire deux précisions. D'abord, l'utilisation responsable de l'application Alerte COVID par le gouvernement du Québec devrait, selon nous, prendre en considérations les différentes nuances et recommandations qui ont été formulées par les Commissaires à la protection de la vie privée du Canada et de l'Ontario sur lesquelles nous reviendrons plus loin. En ce sens, certaines des recommandations mises de l'avant dans ce mémoire entendent préciser quelles formes ces elles pourraient prendre dans le contexte québécois. Ensuite, il convient de rappeler que l'utilisation d'une application de notifications devrait être perçue comme un des éléments d'une stratégie plus globale et systémique à la résolution de la crise sanitaire actuelle, une stratégie qui devra continuer de s'appuyer sur des méthodes de recherche de contacts traditionnelles et l'analyse de tests. Nous y reviendrons.

¹ Voir le site Web de la consultation publique "COVID-19 : une application mobile. Le gouvernement veut votre avis!", sous l'onglet "Informations complémentaires". En ligne : <https://consultation.quebec.ca/processes/covidapp/f/25/>

² GOUVERNEMENT DU CANADA, "Alerte COVID : Évaluation de la protection des renseignements personnels de l'application de notification d'exposition". En ligne : <https://www.canada.ca/fr/sante-publique/services/maladies/maladie-coronavirus-covid-19/alerte-covid/politique-confidentialite/evaluation.html>

³ SARAH RIEGER, "Alberta will switch over to federal COVID-19 notification app", *CBC News*, le 8 août 2020. En ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/alberta-covid-app-1.5679734?cmp=rss>

1. Les raisons qui pourraient justifier l'utilisation de l'application Alerte COVID

Nous retenons trois principales raisons qui pourraient justifier l'utilisation de l'application Alerte COVID développée par le gouvernement du Canada. Rappelons, toutefois, que ces justifications doivent être aussi interprétées à la lumière de certaines des nuances et des modifications à apporter que nous décrivons plus bas. La première raison porte sur le contexte actuel, la seconde sur certaines des principales propriétés de l'application et la dernière sur les analyses somme toute positives des Commissaires à la protection de la vie privée du Canada et de l'Ontario.

Dans un premier temps, il convient de souligner la particularité du contexte actuel et rappeler que l'application Alerte COVID est déjà utilisée en Ontario et qu'elle pourrait aussi l'être sous peu en Alberta. Le cas de l'Alberta est particulièrement intéressant, puisque l'adoption éventuelle de l'application Alerte COVID marque aussi l'abandon de l'application ABTraceTogether⁴, une application de recherche de contacts qui avait par ailleurs fait l'objet d'une analyse positive par le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta⁵. L'idée de proposer une solution intégrée qui favorise l'interopérabilité interprovinciale est importante, parce qu'une telle capacité pourrait contribuer à l'efficacité même de l'application.

Dans un second temps, l'application décrite par le gouvernement du Canada possède des propriétés qui permettent d'alléger certaines des principales inquiétudes relatives à l'utilisation d'applications mobiles dans le contexte de la pandémie actuelle. Il s'agit d'une application de notification - par opposition à une application de traçage - qui ne collecte en théorie aucune donnée de géolocalisation, mais qui fonctionne par le biais de la technologie Bluetooth. L'application est volontaire et adopte une structure décentralisée qui évite la centralisation des données collectées. En outre, plusieurs des données sont emmagasinées directement sur l'appareil de l'utilisateur. De plus, les données qui tomberont sous le contrôle du gouvernement du Canada seront emmagasinées dans un serveur se trouvant sur le sol canadien.⁶

Dans un troisième temps, il nous semble aussi pertinent de remarquer que l'application Alerte COVID a fait l'objet de deux évaluations des facteurs relatifs à la vie privée (EFVP), soit par le gouvernement du Canada⁷ et par le gouvernement de l'Ontario⁸, et que ces EFVP ont fait l'objet d'analyses positives et favorables par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP)⁹ et par le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (CIPVP) respectivement.¹⁰ Ces analyses furent conduites en fonction de principes de protection de la vie privée pour les applications de traçage énoncés dans une déclaration commune des commissaires à la protection de la vie privée fédéral, provinciaux et territoriaux publiée au mois

⁴ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, " ABTraceTogether. Help prevent the spread of COVID-19 with the ABTraceTogether mobile app". En ligne : <https://www.alberta.ca/ab-trace-together.aspx>

⁵ OFFICE OF THE INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER OF ALBERTA, *ABTraceTogether Privacy Impact Assessment Review Report. Alberta Health and Alberta Health Services. File 015714*, Juillet 2020. En ligne : https://www.oipc.ab.ca/media/1089098/Report_ABTraceTogether_PIA_Review_Jun2020.pdf

⁶ Voir *supra*, note 2 à la section "Partenaires et intervenants", sous-partie "Secrétariat du Conseil du Trésor - Service numérique canadien (SNC)".

⁷ Voir *supra*, note 2.

⁸ À notre connaissance, le texte de l'évaluation des facteurs relatifs à l'impact sur la vie privée de l'Ontario n'a pas encore été rendue publique.

⁹ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, "Examen des répercussions sur la vie privée de l'application Alerte COVID", 31 juillet 2020. En ligne : https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/reenseignements-sur-la-sante-reenseignements-genetiques-et-autres-reenseignements-sur-le-corps/urgences-sanitaires/rev_covid-app/

¹⁰ COMMISSARIAT À L'INFORMATION ET À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DE L'ONTARIO, "Recommandations du CIPVP au gouvernement de l'Ontario concernant Alerte COVID", 30 juillet 2020. En ligne : <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-30-ltr-michael-maddock-re-ipc-recommendations-to-the-government-of-ontario-regarding-covid-alert-f.pdf>

de mai 2020.¹¹ La déclaration commune insiste, entre autres, sur l'importance pour les gouvernements d'agir avec transparence, d'afficher un degré élevé de responsabilité et de s'efforcer à nourrir la confiance du public, notamment en s'assurant que l'utilisation de l'application demeure volontaire. Elle recommande aussi aux gouvernements, dans la mesure du possible, d'utiliser des données qui sont dépersonnalisées, mais aussi d'envisager le risque de réidentification que l'utilisation de ces données peut engendrer sur le plan de la protection de la vie privée. À la lumière de son analyse, le CPVP conclut que :

Après examen des documents fournis par le gouvernement du Canada jusqu'à présent, nous pouvons affirmer que l'application de notification Alerte COVID est conforme à tous les principes de protection de la vie privée énoncés dans la déclaration conjointe fédérale-provinciale-territoriale. (...) [L]es Canadiens qui choisissent d'utiliser l'application peuvent le faire sachant qu'elle comprend des protections très avancées en matière de protection de la vie privée.¹²

Dans le même ordre d'idées, le rapport du CIPVP affirme que "[e]n gros, le CIPVP est satisfait des mesures rigoureuses qui ont déjà été prises dans le cadre de l'initiative Alerte COVID pour protéger la vie privée et la sécurité."¹³ Néanmoins, il est impératif de préciser que les rapports du CPVP et du CIPVP relatifs aux EFVP des gouvernements du Canada et de l'Ontario établissent aussi certaines nuances et énoncent différentes recommandations qui, à notre avis, peuvent s'avérer pertinentes dans le contexte québécois. Nous les examinons à la prochaine section.

2. Les nuances et recommandations du CPVP et du CIPVP

Les différentes recommandations du CPVP et du CIPVP s'intéressent à la fois à certaines des propriétés et capacités inhérentes à l'application Alerte COVID, mais aussi sur certaines des actions que doivent prendre les gouvernements du Canada et de l'Ontario pour "renforcer"¹⁴ et "améliorer"¹⁵ la protection de la vie privée des citoyennes et citoyens. Nous en retenons ici quatre qui, à notre avis, sont pertinentes dans le contexte québécois. La première porte sur la qualification des données collectées et la protection que peuvent offrir les lois de protection des renseignements personnels, la seconde sur le caractère volontaire de l'application, la troisième sur l'efficacité de l'application et la dernière sur l'utilisation de l'interface de programmation d'application développée par Google et Apple.

2.1 La qualification des données et la protection de la loi

Une des premières nuances à apporter porte sur la qualification des données qui tomberont sous le contrôle des gouvernements par le biais de l'application Alerte COVID et, incidemment, sur l'application des lois de protections des renseignements personnels aux actions des gouvernements. En d'autres mots, il s'agit de déterminer si les renseignements qui seront collectés auprès des utilisateurs et qui seront ensuite utilisés et communiqués au cours du processus de

¹¹ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, "Appuyer la santé publique et bâtir la confiance des Canadiens : principes de protection de la vie privée et des renseignements personnels pour les applications de traçage des contacts et autres applications similaires. Déclaration commune des commissaires fédéral, provinciaux et territoriaux à la protection de la vie privée", 7 mai 2020. En ligne : https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/allocutions/2020/s-d_20200507/

¹² Voir *supra*, note 9 à la section "Conclusion".

¹³ Voir *supra*, note 10 à la page 2.

¹⁴ Voir *supra*, note 9 à la section "Conclusion".

¹⁵ Voir *supra*, note 10 à la page 2.

notification sont des renseignements personnels.¹⁶ Selon le gouvernement du Canada, les données collectées, utilisées et divulguées aux autorités fédérales ne sont pas des renseignements personnels, parce qu'elles ne comprennent pas d'identifiants directs et qu'il n'existe pas de "possibilités sérieuses"¹⁷ qu'elles puissent être utilisées de manière à révéler l'identité d'une personne.¹⁸

Les identifiants de proximité variable (IPV) qui sont échangés entre les appareils via les dispositifs Bluetooth pour établir les chaînes de contacts possibles entre les utilisateurs sont en effet des identifiants aléatoires qui ne comprennent aucune information permettant d'identifier directement une personne ; il ne s'agirait en fait que d'une suite de caractères qui demeurerait "insignifiante" à elle seule.¹⁹ Les clés d'exposition temporaire (CET), qui permettent de générer les IPV par le biais de l'application et qui peuvent - sous réserve du consentement de l'utilisateur suite à l'obtention d'un diagnostic positif - être communiquées au serveur fédéral afin d'entamer le processus de notification - seraient, elles aussi, des données qui ne comprennent aucun identifiant direct et qui vise à "réduire le risque de réidentification à près de zéro"²⁰. De même, les codes à usage unique qui sont assignés aux utilisateurs ayant reçus un diagnostic positif afin de lui permettre de partager ses CET avec le serveur fédéral sont protégés par des techniques de cryptographie asymétrique opérant à partir de clés publiques et privées et ne révèlent pas l'identité de l'utilisateur.

Le gouvernement du Canada soutient ainsi que les données traitées par l'application ne sont pas des renseignements personnels et, par conséquent, que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (LPRP) ne s'applique pas à Alerte COVID.²¹ Il précise tout de même que, même si on en venait à qualifier les données traitées par Alerte COVID comme des renseignements personnels, les principes énoncés par la LPRP seraient néanmoins satisfaits. Poursuivant dans cette voie, le CPVP a demandé au gouvernement du Canada si les utilisateurs pourraient bénéficier de certains droits prévus par le LPRP, comme le droit d'accès et la protection contre les communications non autorisées de renseignements personnels. Le gouvernement du Canada a répondu par la négative, arguant que l'application Alerte COVID ne collecte pas de renseignements personnels.

La question de savoir l'application Alerte COVID traite ou non des renseignements personnels demeure en suspens. Néanmoins, le refus du gouvernement du Canada de reconnaître que la LPRP pourrait s'appliquer à Alerte COVID soulève deux enjeux qui pourraient miner la légitimité sociale de l'application et nuire aux efforts de santé publique. D'abord, comme le souligne le CPVP, le fait de soustraire l'utilisation à Alerte COVID au champ d'application de la LPRP élimine aussi la protection que pourrait offrir cette loi aux utilisateurs :

Il y a toutefois lieu de prendre note que le gouvernement estime que ses lois en matière de vie privée ne s'appliquent pas à une application considérée dans le monde

¹⁶ Rappelons qu'en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, un renseignement personnel est un renseignement concernant un "individu identifiable" et qu'en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, LQ, A-2.1, les renseignements personnels sont les renseignements qui "concernent une personne physique et permettent de l'identifier".

¹⁷ L'analyse du gouvernement du Canada s'en remet ici à une décision de la Cour fédérale qui précise qu'un renseignement qui ne permet pas de directement identifier une personne sera qualifié de renseignement personnel lorsqu'il y a de fortes possibilités que l'individu puisse être identifié par l'utilisation de ces renseignements, seuls ou en combinaison avec des renseignements d'autres sources." Voir *Gordon c. Canada (Santé)*, 2008 CF 258 au paragraphe 34.

¹⁸ Voir *supra*, note 2 à la section "Analyse de la protection des renseignements personnels".

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir *supra*, note 9 à la section "Autorité légale".

entier comme ayant une incidence considérable sur la vie privée et qui soulève des préoccupations raisonnables quant à l'avenir des valeurs démocratiques. Ici encore, nous faisons face à l'évidence que nos lois doivent être modernisées pour protéger de manière efficace les citoyens canadiens. Bien que la conception de l'application prévoie des mesures de protection de la vie privée, cela signifie-t-il que l'application ne devrait pas être assujettie à la loi? Quels recours judiciaires les citoyens auraient-ils si une application bien conçue était mise en œuvre de façon inappropriée?²²

Ensuite, le fait d'affirmer que l'application Alerte COVID ne collecte pas de renseignements personnels alors que cette affirmation n'a pas encore été confirmée peut porter à confusion et apporter un "faux sentiment de sécurité"²³ aux utilisateurs de l'application. De plus, si les tribunaux en venaient éventuellement à décider que les données collectées par le biais de Alerte COVID doivent être considérées comme des renseignements personnels, les conclusions du gouvernement du Canada pourraient être interprétées comme peu prudentes et nourrir la méfiance du public à l'égard des autorités publiques. Par ailleurs, il peut être intéressant de noter que les résultats d'un sondage Léger publié le 11 août 2020 montrent que "52% des Canadiens ne croient pas le gouvernement lorsqu'il affirme que cette application ne recueille pas leurs informations personnelles/ permet de les géolocaliser."²⁴ Ces quelques constats nous amènent à formuler une première recommandation au gouvernement du Québec. Celle-ci est surtout importante si le gouvernement du Québec en venait à décider d'adopter l'application Alerte COVID, mais elle demeure pertinente, à notre avis, même si la province choisissait une autre application.

Recommandation # 1 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à respecter la loi provinciale en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur public, soit la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, et ce, même s'il en venait à conclure que l'application Alerte COVID ne collecte pas de renseignements personnels.*

2.2. Le caractère volontaire de l'application

La seconde nuance porte sur le caractère volontaire de l'application et le fait qu'elle nécessite un consentement individuel tant pour l'activation de l'application que pour le partage des CET avec le serveur fédéral. Dans leur déclaration commune, les commissaires fédéral-provinciaux-territoriaux insistent sur l'importance de la confiance et du consentement individuel : " l'utilisation des applications doit être volontaire. Cela sera indispensable pour bâtir la confiance du public. Cette confiance exigera également des gouvernements la démonstration d'un degré élevé de transparence et de responsabilité".²⁵ Nous sommes d'accord avec cette affirmation et avons expliqué ailleurs le caractère synergique du lien entre la confiance, l'efficacité des mesures technologiques proposées et la protection du droit à la vie privée dans le contexte de la santé publique, notamment dans la conduite d'activités de surveillance des maladies infectieuses²⁶.

Le gouvernement du Québec a déjà annoncé que l'utilisation de l'application retenue se fera sur une base volontaire. Nous considérons que cet engagement doit être maintenu. Toutefois, dans une perspective où, comme recommandé, l'utilisation de l'application se ferait dans une optique où la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* [Loi sur l'accès] est appliquée, il convient de préciser que le consentement *n'est pas un*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ SONDAGE HEBDOMADAIRE DE LÉGER, 11 août 2020. En ligne : <https://leger360.com/fr/sondages/sondage-hebdomadaire-de-leger-11-aout-2020/>

²⁵ Voir *supra*, note 9.

²⁶ PIERRE-LUC DÉZIEL, *La protection des renseignements personnels sur la santé au temps de la biosécurité*, LexisNexis, Montréal, 2018.

fondement juridique autorisant la collecte de renseignements personnels par un organisme public. En effet, l'article 64 de la Loi sur l'accès précise que "[n]ul ne peut, au nom d'un organisme public, recueillir un renseignement personnel si cela n'est pas nécessaire à l'exercice des attributions de cet organisme ou à la mise en oeuvre d'un programme dont il a la gestion." Néanmoins, le gouvernement pourrait facilement démontrer que la collecte de renseignements personnels est nécessaire à l'exercice d'un organisme public. Par exemple, l'article 3 de la *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*²⁷ pourrait sans doute être évoqué.

Quoi qu'il en soit, l'idée que souhaitons mettre de l'avant est que, même si l'obtention du consentement individuel n'était pas nécessaire d'un point de vue juridique, il pourrait bien l'être dans une perspective de légitimité sociale et d'efficacité de l'application. En Alberta, par exemple, bien que le gouvernement se trouvait dans une situation similaire, il a décidé que le consentement des utilisateurs était nécessaire. Voici comment il a justifié cette approche :

Alberta Health considered carefully the positioning of the App and its associated approach. Public buy-in and support is critical to its adoption and success. Alberta Health believes that the consent-based approach provides Albertans with both choice in the use of the App as well as how their information will be handled. The intent is that this decision will encourage buy-in and lead to greater adoption by Albertans, thereby helping to ensure the success of the initiative. Although consent is not a requirement, it was ultimately decided that alternative approaches which did not directly address individual consent and control over information were not consistent with the design philosophy of the App and the need to obtain broad public support for the initiative to be successful. Voluntary adoption of the app in combination with express consent is a more user centric approach than only voluntary adoption. Furthermore, consent can be revoked, which creates clear control for users to off-board and have their information removed.²⁸

Selon nous, c'est dans cet état d'esprit que le gouvernement du Québec doit envisager le recours à une application de notification, c'est-à-dire, au moyen d'une approche visant à nourrir la confiance du public et renforcer le contrôle que les utilisateurs ont sur l'application et les informations qu'ils divulguent. Tel que mentionné plus haut, une telle approche se traduit par un engagement envers les principes de transparence et de responsabilité. En ce qui a trait à la responsabilisation, nous considérons que la recommandation # 1, qui propose au gouvernement du Québec de soumettre l'application choisie aux exigences de la Loi sur l'accès, constitue un point d'ancrage valable. Pour le principe de transparence, il exige que le gouvernement communique de manière honnête avec la population et lui transmette non seulement l'ensemble des informations qui lui permettra de faire un choix éclairé en ce qui a trait à l'application, mais que ces informations soient exactes et fiables.

À cet effet, il est intéressant de remarquer que, dans son rapport sur l'EFVP du gouvernement du Canada, le CPVP souligne que les conditions d'utilisation de l'application tendent à suggérer que Alerte COVID est anonyme, un terme qui est erroné et peut s'avérer trompeur. L'anonymat renvoie à l'idée qu'il soit *impossible* d'identifier les personnes à partir des données collectées.²⁹ Or,

²⁷ *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, L.Q. M-19.2.

²⁸ Voir *supra*, note 5, au paragraphe 80.

²⁹ Voir *supra*, note 9 à la section "Consentement et confiance". Voir aussi, l'article 28 du Projet de loi # 64, *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels* qui définit un renseignement anonymisé comme suit : un "renseignement concernant une personne physique est anonymisé lorsqu'il ne permet plus, de façon irréversible, d'identifier directement ou indirectement cette personne."

comme le reconnaît le gouvernement, bien qu'il soit "peu probable"³⁰ que l'identité des personnes soit révélée, le risque de réidentification ne peut être réduit à zéro. Ainsi, le gouvernement du Canada a retiré ce terme des conditions d'utilisation. Cette observation nous amène à notre deuxième recommandation :

Recommandation # 2 : *Le gouvernement du Québec devrait s'abstenir de suggérer, comme elle le fait présentement³¹, de présenter l'application de notification comme garantissant l'anonymat des utilisateurs potentiels.*

Le caractère volontaire de l'application choisie est une information qui doit être efficacement communiquée aux utilisateurs potentiels, mais aussi - et peut-être même surtout - aux employeurs et aux entreprises. Certaines organisations pourraient être tentées, afin d'assurer la sécurité des lieux de travail, d'obliger leurs employés à installer l'application et à démontrer l'absence de notifications relatives à une exposition potentielle. Certaines personnes pourraient aussi craindre que l'installation de l'application les rende plus vulnérables à ce type de divulgation. Comme le mentionne le CPVP,

Pour bâtir la confiance et avoir l'assurance que l'utilisation est volontaire, il est également important que l'application serve exclusivement à permettre aux utilisateurs de déterminer s'ils ont été exposés au virus et, s'il y a lieu, de prendre les mesures appropriées pour freiner davantage la propagation, comme l'indique l'évaluation sur le plan de la vie privée.³²

De même, le CIPVP recommande que le gouvernement de l'Ontario s'affaire à

Faire savoir clairement et explicitement aux entreprises et employeurs qu'il leur faut respecter le fait que l'utilisation d'Alerte COVID est facultative, et qu'ils doivent éviter d'obliger des particuliers à utiliser cette application ou à divulguer des renseignements sur leur utilisation d'Alerte COVID.³³

Soulignons que l'article 9 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*³⁴ pourrait s'avérer ici pertinent. Sous réserve de certaines exceptions, l'article 9 interdit en effet aux entreprises de "refuser d'acquiescer à une demande de bien ou de service ni à une demande relative à un emploi à cause du refus de la personne qui formule la demande de lui fournir un renseignement personnel". Selon nous, cette observation milite en faveur, comme suggéré plus haut, d'inclure le recours à l'application de notifications dans le champ d'application des lois québécoises de protection des renseignements personnels. Ces constats nous invitent à formuler une troisième recommandation :

Recommandation # 3 : *Le gouvernement du Québec devrait s'efforcer de communiquer de manière efficace avec les entreprises et les employeurs du Québec de manière à s'assurer que l'utilisation de l'application de notification est volontaire et qu'ils ne peuvent exiger de leurs employés qu'ils ou elles utilisent l'application ou de leur demander de communiquer les renseignements personnels relatifs à l'utilisation ou aux notifications obtenues par le biais de l'application.*

2.3. L'efficacité de l'application

La troisième nuance qui mérite d'être ici analysée porte sur l'efficacité de l'application Alerte COVID. Le critère d'efficacité d'une mesure visant la collecte, l'utilisation ou la communication de

³⁰ Voir *supra*, note 2, à la section "Analyse de la protection des renseignements personnels".

³¹ Voir *supra*, note 1.

³² Voir *supra*, note 9, à la section "Éléments essentiels".

³³ Voir *supra*, note 10, à la p. 2.

³⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. P-39.1

renseignements personnels est un principe de protection de la vie privée fondamental en droit québécois et canadien. Sa pertinence tient au fait que le droit exige que les mesures visant le traitement de renseignements personnels permettent d'atteindre efficacement les fins qui sont visées par celles-ci. Les finalités de l'application Alerte COVID sont claires : tenter de freiner la propagation de la pandémie de la COVID-19 en permettant aux citoyennes et citoyens d'être notifiés du fait qu'ils ont possiblement été exposés au virus et de prendre les actions appropriées.³⁵ Comme suggéré par le gouvernement du Canada, l'application "vise à compléter les mesures pour réduire la propagation du virus, y compris la recherche de contacts. Elle permet d'informer les Canadiens s'ils ont été près d'une personne qui a reçu un diagnostic de COVID-19 et qui utilise également l'application, et les encourage à prendre des mesures appropriées (par exemple, se faire tester)."³⁶

Eut égard au caractère exceptionnel de la crise sanitaire actuelle et à la nouveauté de la mesure technologique envisagée, il est difficile de démontrer empiriquement que l'application COVID-19 est efficace. Dans son EFVP, le gouvernement du Canada souligne que l'efficacité de l'application dépendra, en partie, du niveau d'adoption de l'application. Ce niveau d'adoption dépendra, à son tour, du niveau de confiance que vouent les citoyennes et citoyens à la capacité du gouvernement à assurer la protection de leurs renseignements personnels.³⁷ Le gouvernement du Canada cite l'exemple de l'application allemande *Corona-Warn-app*, qui fut téléchargée par 12 millions de personnes et qui a déjà permis de notifier certains citoyens d'une exposition possible, pour affirmer que "Santé Canada s'attend à ce que l'application soit efficace pour atteindre les objectifs établis."³⁸ Notons qu'un sondage Leger publié le 11 août montre que 14% des Canadiennes et Canadiens interrogés ont déjà installé Alert COVID et que 20% prévoient le faire. Toutefois, 46% affirment ne pas envisager l'installation de l'application.³⁹

Le CPVP a reconnu qu'il est difficile de conclure à l'efficacité d'une mesure qui n'a pas encore été testée et qu'une forme d'incertitude plane encore sur l'utilité des applications de notifications. Le CPVP soutient aussi qu'il considère que, lorsque l'utilisation d'une telle application s'inscrit dans un ensemble de mesures, comme la recherche de contacts manuelle et le dépistage, elle pourrait "contribuer à freiner la propagation du virus."⁴⁰ Toutefois, le CPVP recommande un suivi serré de l'efficacité de l'application après son déploiement, un point sur lequel le CIPVP de l'Ontario a aussi insisté.⁴¹ Le gouvernement du Canada a accepté de prendre certaines actions, comme la création d'un conseil consultatif externe et l'élaboration d'un cadre d'analyse qui permettra de définir et d'évaluer l'efficacité de l'application Alerte COVID, et ce, en collaboration avec le CPVP. En outre, le CIPVP propose aussi que les rapports d'évaluation de l'efficacité de l'application soient mis à la disposition du public. Fait important, le CPVP et le CIPVP recommandent que l'application soit désactivée et mise hors service si son efficacité n'est pas démontrée. Ces précisions nous amènent à notre quatrième recommandation :

Recommandation # 4 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à effectuer un suivi de l'efficacité de l'application au Québec, à rendre public l'ensemble des rapports d'évaluation sur l'efficacité de l'application choisie et, finalement, de désactiver l'application si son efficacité ne peut être scientifiquement démontrée.*

³⁵ Voir *supra*, note 9, à la section "Principe de finalité".

³⁶ Voir *supra*, note 2, à la section "Contexte".

³⁷ *Ibid.*, à la section "Est-elle susceptible de répondre efficacement au besoin?".

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir *supra*, note 24.

⁴⁰ Voir *supra*, note 9, à la section "Éléments essentiels".

⁴¹ Voir *supra*, note 10, à la p. 3.

Dans le même ordre d'idées, il est à notre avis essentiel que le gouvernement du Québec s'engage aussi à ne pas utiliser les renseignements personnels à d'autres fins que celles visées par l'application et qu'elle supprime l'ensemble de ces renseignements lorsque la pandémie prendra fin. Le délai que s'est engagé à respecter le gouvernement du Canada est 30 jours après la fin de la crise actuelle.

Recommandation # 5 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à supprimer l'application et l'ensemble des renseignements personnels collectés dans un délai de 30 jours suivants la fin de la pandémie. Qui plus est, le gouvernement du Québec devrait s'engager à ne pas utiliser les renseignements collectés à d'autres fins que celles initialement prévues et communiquées aux utilisateurs.*

2.4. L'interface de programmation d'application de Apple et Google

La dernière nuance qui doit être soulignée porte sur le recours d'Alerte COVID à l'interface de programmation d'application (IPA) développée par Apple et Google. Au cours des dernières semaines, cet IPA a fait l'objet de nombreuses critiques. D'abord, il semblerait que l'application ne serait fonctionnelle que sur les appareils iPhone (Apple) et Android (Google) qui ont été mis en marché au cours des 5 dernières années. Ainsi, les personnes qui, pour différentes raisons, ne possèdent pas ou ne pas peuvent se procurer des appareils plus récents ne pourront installer l'application. Évidemment, cette limite est non seulement problématique en raison de l'impact qu'elle peut avoir sur le niveau d'adoption de la technologie, mais aussi en raison du fait qu'elle viserait surtout des communautés qui sont plus âgées ou qui disposent de ressources financières plus limitées.⁴² Ensuite, certains observateurs ont remarqué que, pour que certaines applications opérant sur l'IPA fonctionnent, les utilisateurs de téléphones Android doivent activer la fonction de géolocalisation de leur appareil, suggérant qu'une possible collecte de données de géolocalisation pouvait être effectuée.⁴³ Bien qu'il n'y ait aucune preuve qu'une telle collecte soit effectuée, cette propriété de l'IPA semble susciter certaines inquiétudes. Par ailleurs, le CPVP et le CIPVP ont recommandé que les gouvernements du Canada et de l'Ontario surveillent de manière continue et rigoureuse les composantes technologiques de l'IPA de Google et d'Apple afin de s'assurer que l'utilisation de ce dispositif n'engendre aucun risque pour la vie privée des utilisateurs. Selon nous, dans l'éventualité où le gouvernement du Québec en venait à proposer une application qui opère avec cet IPA, il devrait aussi exercer une telle surveillance. Voici notre sixième recommandation.

Recommandation # 6 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à conduire une surveillance continue et rigoureuse des dispositifs technologiques qui sont exploités par des tiers et qui sont intégrés à l'application de notification, notamment l'IPA de Google et d'Apple, et ce, afin de s'assurer que leur utilisation ne présente aucun risque pour la vie privée des utilisateurs.*

B. SUR LES MÉCANISMES À METTRE EN PLACE AU NIVEAU PROVINCIAL

Dans cette seconde partie, nous souhaitons formuler certaines recommandations qui portent sur les mécanismes que le gouvernement du Québec devrait adopter afin d'assurer un encadrement responsable de l'utilisation d'une application de notification d'exposition à la COVID-19. Nous nous intéresserons dans un premier temps aux dispositifs qui seront nécessairement déployés par le gouvernement du Québec pour la mise en oeuvre de l'application Alerte COVID (1) et aux mesures, plus larges, portant sur la distribution de tests et de diagnostics à la COVID-19 (2).

⁴² NICK WELLS, "Rollout of COVID Alert app faces criticism over accessibility", *CBC News*, le 3 août 2020. En ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/covid-alert-app-accessibility-1.5672881>

⁴³ NATASHA SINGER, "Google Promises Privacy With Virus App but Can Still Collect Location Data", *New York Times*, le 20 juillet 2020. En ligne : <https://www.nytimes.com/2020/07/20/technology/google-covid-tracker-app.html>

1. La mise en oeuvre de Alerte COVID au Québec

Comme ce fut le cas en Ontario, l'adoption de l'application Alerte COVID au Québec nécessitera la mise en place de certains mécanismes de collecte, d'utilisation et de divulgation de différentes données fournis par les utilisateurs. En effet, la structure décentralisée de l'application exige un traitement de données qui sera fait au niveau fédéral et un traitement de données qui sera effectué au niveau provincial. Tel que détaillé dans l'EFPV du gouvernement du Canada, ce sont les provinces qui seront en charge d'attribuer les codes à usage unique aux utilisateurs qui ont reçu un diagnostic positif et qui souhaitent entamer le processus de notification en divulguant leurs CET au gouvernement du Canada. Ces codes uniques sont fournis aux provinces par le gouvernement du Canada, mais c'est gouvernement du Québec qui, le cas échéant, serait responsable d'apparier ces deux types d'information. Les communications entre le gouvernement du Canada et les provinces procèdent par l'échange d'identifiants de hachage qui permettent de taire l'identité de la personne. Bien que le gouvernement provincial n'aurait pas accès aux CET ou aux IPV, le fait qu'il revienne au gouvernement du Québec de mettre en place ce système d'attribution des codes en fonction des diagnostics soulève des questions qui dépassent le cadre de l'EFPV du gouvernement fédéral. Le Gouvernement de l'Ontario a produit un EFPV qui a, on l'a dit, a été évaluée par le CIPVP de l'Ontario. Bien que le CIPVP ait reçu favorablement l'EFPV provincial, ce-dernier n'est malheureusement pas accessible au public. Néanmoins, on comprend que la mise en place de ce type de système au niveau provincial engendre des considérations relatives à la protection de la vie privée, notamment par le fait que les diagnostics soient associés à des identifiants directs. À notre avis, les recommandations # 2, 3 et 6 sont tout à fait applicables aux dispositifs qui devront être déployés au niveau provincial. Une recommandation supplémentaire mérite toutefois d'être formulée :

Recommandation # 7 : *Le gouvernement du Québec devrait conduire une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée des dispositifs d'attribution des codes uniques et d'appariement avec les diagnostics qui sont liés à Alerte COVID, de confier à la Commission d'accès à l'information (CAI) du Québec d'analyser cet EFPV et de formuler des recommandations à l'intention du gouvernement du Québec, et de s'engager à respecter ces recommandations. Qui plus est, l'EFPV et le rapport de la CAI devraient être rendus publics.*

2. Les mesures plus larges qui doivent être prises par le gouvernement du Québec

Tel que discuté plus haut, l'utilisation d'une application de notification doit s'inscrire dans une stratégie plus large d'endiguement de la pandémie actuelle. Une des principales visées de l'application est de notifier les utilisateurs d'une possible exposition au virus et les invités, au besoin, d'aller passer un test. Dans un tel contexte, il nous appert évident que, pour atteindre cette fin avec succès, le processus de notification doit être complété par un mécanisme efficace de distribution et d'analyse des tests. On comprend que, dans l'éventualité où cette mécanique en venait à être trop lente, déficiente ou incapable de répondre à la demande de la population, les effets de l'application pourraient s'avérer particulièrement néfastes. Les personnes qui recevraient une notification sans avoir accès en temps opportun à un test ou à ses résultats pourraient sans doute se trouver dans une situation d'incertitude qui pourrait miner leur confiance et s'avérer contreproductive.

Recommandation # 8 : *Le gouvernement du Québec devrait veiller à mettre en place une stratégie efficace de distribution et d'analyse des tests à la COVID-19 afin de s'assurer que l'application ne s'avère pas contreproductive.*

C. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

Recommandation # 1 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à respecter la loi provinciale en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur public, soit la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, et ce, même s'il en venait à conclure que l'application Alerte COVID ne collecte pas de renseignements personnels.*

Recommandation # 2 : *Le gouvernement du Québec devrait s'abstenir de suggérer, comme elle le fait présentement, de présenter l'application de notification comme garantissant l'anonymat des utilisateurs potentiels.*

Recommandation # 3 : *Le gouvernement du Québec devrait s'efforcer de communiquer de manière efficace avec les entreprises et les employeurs du Québec de manière à s'assurer que l'utilisation de l'application de notification est volontaire et qu'ils ne peuvent exiger de leurs employés qu'ils ou elles utilisent l'application ou de leur demander de communiquer les renseignements personnels relatifs à l'utilisation ou aux notifications obtenues par le biais de l'application.*

Recommandation # 4 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à effectuer un suivi de l'efficacité de l'application au Québec, à rendre public l'ensemble des rapports d'évaluation sur l'efficacité de l'application choisie et, finalement, de désactiver l'application si son efficacité ne peut être scientifiquement démontrée.*

Recommandation # 5 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à supprimer l'application et l'ensemble des renseignements personnels collectés dans un délai de 30 jours suivants la fin de la pandémie. Qui plus est, le gouvernement du Québec devrait s'engager à ne pas utiliser les renseignements collectés à d'autres fins que celles initialement prévues et communiquées aux utilisateurs.*

Recommandation # 6 : *Le gouvernement du Québec devrait s'engager à conduire une surveillance continue et rigoureuse des dispositifs technologiques qui sont exploités par des tiers et qui sont intégrés à l'application de notification, notamment l'IPA de Google et d'Apple, et ce, afin de s'assurer que leur utilisation ne présente aucun risque pour la vie privée des utilisateurs.*

Recommandation # 7 : *Le gouvernement du Québec devrait conduire une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée des dispositifs d'attribution des codes uniques et d'appariement avec les diagnostics qui sont liés à Alerte COVID, de confier à la Commission d'accès à l'information (CAI) du Québec d'analyser cet EFPV et de formuler des recommandations à l'intention du gouvernement du Québec, et de s'engager à respecter ces recommandations. Qui plus est, l'EFPV et le rapport de la CAI devraient être rendus publics.*

Recommandation # 8 : *Le gouvernement du Québec devrait veiller à mettre en place une stratégie efficace de distribution et d'analyse des tests à la COVID-19 afin de s'assurer que l'application ne s'avère pas contreproductive.*
