

Préserver un équilibre délicat : renforcer la protection des renseignements personnels dans le secteur privé tout en favorisant l’innovation et en soutenant l’économie numérique du Québec*

Eloïse Gratton, Elisa Henry, François Joli-Cœur, Max Jarvie et Andy Nagy**

Résumé

Dans le cadre de l’étude par la Commission des institutions de l’Assemblée nationale du *Projet de loi n° 64, Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, nous présentons nos observations relatives à l’impact que le projet de loi pourrait avoir sur les entreprises du secteur privé, et fournissons nos suggestions quant à certains aspects du projet de loi. La présente soumission vise à fournir un avis pragmatique sur les changements proposés à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*. Par ailleurs, nous espérons par les présentes susciter une discussion plus approfondie sur les enjeux relatifs à la protection de la vie privée au Québec. Dans cette optique, bien que de nombreux changements positifs soient proposés, nous sommes préoccupés par la rigidité de certaines des dispositions introduites par le projet de loi. Spécifiquement, les nouveaux mécanismes d’application du projet de loi, qui incluent des sanctions pécuniaires administratives, une hausse des amendes et un nouveau droit de recours en dommages-intérêts, sont susceptibles de soulever selon nous des préoccupations importantes pour les entreprises du secteur privé et d’avoir un effet paralysant sur l’économie numérique du Québec si ces mécanismes ne sont pas suffisamment circonscrits et adaptés aux circonstances. De même, nous nous inquiétons de la formulation actuelle des nouvelles exigences liées à la sécurité des renseignements, qui ne semblent pas tenir compte des attentes raisonnables des individus en matière de protection de la vie privée ni des pratiques commerciales courantes. Tout en saluant le renforcement des notions de transparence et de consentement dans le projet de loi, il nous apparaît également important de clarifier et de circonscire ces notions afin d’éviter la multiplication des demandes de consentement ou l’obligation pour une entreprise de fournir des informations commercialement sensibles sur son fonctionnement interne. Ainsi, nous proposons d’élargir les bases juridiques permettant le traitement des renseignements afin de répondre aux attentes raisonnables des individus. Nous nous interrogeons également sur certains nouveaux droits proposés, à savoir le droit à l’oubli, qui verrait les entreprises du secteur privé jouer le rôle d’autorité de régulation en matière de vie privée, ainsi que le droit à la portabilité des données, lequel pourrait nécessiter une étude plus approfondie de sa faisabilité et de ses implications en matière de sécurité. Nous concluons par un examen des exigences relatives au transfert de renseignements personnels à l’extérieur du Québec et à l’impartition des activités de traitement, lesquelles créent de nombreuses incertitudes pour les entreprises. Nous sommes aussi préoccupés par l’obligation d’évaluer le cadre législatif applicable à la protection des renseignements personnels d’une juridiction étrangère avant de transmettre des renseignements personnels à celle-ci, car cela n’est ni réaliste ni utile.

* Mémoire présenté à la Commission des institutions de l’Assemblée nationale dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques au sujet du *Projet de loi n° 64, Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels* le 22 septembre 2020.

** Eloïse Gratton et Elisa Henry sont associées chez Borden Ladner Gervais s.r.l. et sont co-chefs nationaux du groupe de pratique en protection de la vie privée. François Joli-Cœur, Max Jarvie et Andy Nagy sont avocats chez Borden Ladner Gervais s.r.l. et font partie du groupe de pratique en protection de la vie privée. Le contenu de ce mémo ne doit pas être considéré comme un avis juridique. Les opinions qui y sont exprimées sont uniquement celles des auteurs en leur qualité personnelle et ne représentent en aucune façon les opinions du cabinet d’avocats Borden Ladner Gervais s.r.l. ni celles de ses clients.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. NOUVEAUX MÉCANISMES DE MISE EN ŒUVRE.....	2
2. PROTECTION DÈS LA CONCEPTION ET ÉVALUATION DES FACTEURS DE RISQUES	5
2.1 Protection dès la conception et par défaut (« Privacy by design / by default »)	5
2.2 Évaluation des facteurs relatifs à la vie privée	5
3. TRANSPARENCE ET CONSENTEMENT	7
3.1 Publication des politiques et procédures internes	7
3.2 Le consentement demandé « distinctement »	8
3.3 Nécessité d'introduire de nouvelles bases juridiques	9
3.4 Nécessité d'une exception au consentement de l'employé.....	9
4. NOUVEAUX DROITS ACCORDÉS AUX INDIVIDUS.....	11
4.1 Le droit à la portabilité des données	11
4.2 Le droit à l'oubli	12
5. IMPARTITION ET TRANSFERTS DE RENSEIGNEMENTS À L'EXTÉRIEUR DU QUÉBEC	14
5.1 Transferts de renseignements personnels à l'extérieur du Québec	14
5.2 Obligations des fournisseurs de services.....	17
CONCLUSION	19

INTRODUCTION

« La nouvelle vision de la protection des renseignements personnels au 21^e siècle doit être audacieuse, rigoureuse et fondée sur les meilleures pratiques afin de réduire les enjeux inhérents à la protection des renseignements personnels. »¹

Ces remarques faites par la ministre Sonia LeBel dans son Mémoire au conseil des ministres concernant le projet de loi 64 résument l'essentiel du projet de loi et servent de fil conducteur aux discussions qui suivent.

Il importe en effet de souligner à quel point notre société a évolué d'un point de vue technologique depuis l'adoption des lois québécoises relatives à la protection de la vie privée, notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*² (« **Loi sur le secteur privé** »), et ce, il y a environ 25 ans. Nos lois n'ont pas suivi le rythme des changements technologiques, lesquels reposent de plus en plus sur la collecte, l'utilisation, la conservation et la communication de renseignements personnels. Cette « économie numérique » offre de nombreuses opportunités en matière d'innovation pouvant conduire à une amélioration de notre qualité de vie, mais peut également présenter des risques pour la vie privée et la réputation des individus. Nous partageons l'avis de la ministre selon lequel la nouvelle vision de la protection des renseignements personnels doit être « audacieuse, rigoureuse et fondée sur les meilleures pratiques ». Cela dit, cette vision ne doit pas être implantée au détriment de l'innovation et des pratiques commerciales légitimes, qui constituent des piliers de l'économie numérique.

En effet, il est à craindre qu'en imposant de nouvelles mesures qui ne tiennent pas suffisamment compte du principe de proportionnalité, il y ait un exode du marché québécois, étant donné les risques de se voir imposer des amendes faramineuses ou de devoir engager des dépenses importantes pour adapter ses opérations ainsi que ses produits et services à des obligations onéreuses. Pour les entreprises dont les opérations dans la province représentent une petite part de leurs activités globales, il peut simplement ne pas valoir la peine de prendre le risque d'offrir leurs produits et services au Québec. Cela pourrait avoir un effet négatif sur des secteurs importants de l'économie de la province, dont l'industrie florissante de l'IA, et réduire la disponibilité de produits et services utiles et novateurs pour les consommateurs.

Comme l'illustrent les principes généraux fixés par le gouvernement fédéral dans sa charte numérique de 2019³ et les commentaires de la ministre Sonia LeBel dans son Mémoire au conseil des ministres concernant ledit projet de loi,⁴ la législation relative à la protection des renseignements personnels doit concilier deux objectifs parfois divergents : la protection de la vie privée des individus et le développement

¹ Ministre responsable des Institutions démocratiques, de la Réforme électorale et de l'Accès à l'information, « Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels », 25 mai 2020, à la page 2, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/MCE/dossiers-soumis-conseil-ministres/protection_des_renseignements_personnels.pdf?1597849734.

² RLRQ, c. P-39.1.

³ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, « [Renforcer la protection de la vie privée dans l'ère numérique](https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/fra/h_00107.html) », en ligne : https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/fra/h_00107.html.

⁴ Ministre responsable des Institutions démocratiques, de la Réforme électorale et de l'Accès à l'information, « Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels », 25 mai 2020, à la page 2, en ligne : https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/MCE/dossiers-soumis-conseil-ministres/protection_des_renseignements_personnels.pdf?1597849734.

de l'économie numérique. En ce sens, le projet de loi 64 représente un pas important vers la création d'une législation relative à la protection des renseignements personnels plus équilibrée, c'est-à-dire adaptée aux changements technologiques et aux questions qui en découlent.

Dans cette optique, il est clair que le projet de loi s'inspire de ses pendants fédéraux, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁵ (« **LPRPDE** »), et provinciaux⁶ ainsi que de son cousin européen, le *Règlement général sur la protection des données*⁷ (« **RGPD** »). De plus, nous constatons que le projet de loi met en œuvre un certain nombre de recommandations formulées par la Commission d'accès à l'information dans son rapport quinquennal de 2016.⁸ Toutefois, bien que le projet de loi apporte, dans son ensemble, de nombreux changements positifs, plusieurs aspects de celui-ci peuvent encore être améliorés.

Si nous mettons l'accent sur les aspects du projet de loi qui méritent selon nous d'être améliorés, cela ne signifie pas pour autant que nous sommes généralement en désaccord avec sa teneur. Il s'agit plutôt d'une occasion unique de s'appuyer sur ce qui a déjà été proposé afin de créer une législation qui soit adaptée au cadre juridique québécois. Il convient d'ailleurs de reconnaître qu'en étant la première juridiction canadienne à proposer des réformes importantes à ses lois relatives à la protection des renseignements personnels, ces discussions auront certainement un impact significatif sur la manière dont des réformes similaires seront menées par le gouvernement fédéral et dans les autres provinces.

Nous ne prétendons cependant pas fournir une étude exhaustive de la doctrine juridique qui sous-tend ces discussions. Au contraire, en tant que praticiens du droit, nous sommes souvent sollicités par nos clients, des entreprises de toutes tailles et opérant dans des secteurs variés, afin de les conseiller de manière pratique quant à leurs obligations en matière de protection de la vie privée. Notre point de vue se veut donc pragmatique. La discussion qui suit est donc axée sur les modifications proposées à la Loi sur le secteur privé, et décrit les sujets de préoccupation qui méritent selon nous d'être considérés, réexaminés et clarifiés au cours des différentes étapes de révision du projet de loi 64.

1. NOUVEAUX MÉCANISMES DE MISE EN ŒUVRE

Le projet de loi 64 ferait de la Commission d'accès à l'information la première autorité canadienne de protection de la vie privée ayant le pouvoir d'imposer directement des sanctions administratives pécuniaires pour violation des règles relatives à la protection des renseignements personnels. Il renforcerait également le régime pénal actuel et accorderait aux personnes concernées la possibilité de poursuivre en dommages-intérêts les entreprises qui contreviennent à la loi.

Bien que ces changements soient attendus depuis longtemps, on peut s'interroger à savoir si le montant et la procédure d'application des sanctions représentent un juste équilibre, compte tenu du régime

⁵ L.C. 2000, ch. 5.

⁶ Soit la Colombie-Britannique avec sa *Personal Information Protection Act*, SBC 2003, c. 63, (« **PIPA (CB)** ») et l'Alberta avec sa *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c. P-6.5, (« **PIPA (Alberta)** »).

⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁸ Commission d'accès à l'information, « Rapport quinquennal 2016 : Rétablir l'équilibre », septembre 2016, en ligne : http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf.

législatif général dans lequel elles s'inscrivent. Il est certain que la possibilité d'imposer des amendes, qui peuvent atteindre jusqu'à 25 000 000 \$ ou 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent (si ce dernier montant est plus élevé)⁹ représente un changement drastique par rapport au régime antérieur de la Loi sur le secteur privé.¹⁰ Rappelons que ces amendes s'appliquent à plusieurs types de contraventions, y compris à la collecte, l'utilisation, la communication ou la destruction illicite de renseignements personnels. Or, le fait que ces montants faramineux puissent être imposés par la Commission d'accès à l'information, sans qu'il soit nécessairement possible de remédier à la situation afin d'éviter de telles amendes, semble aller à l'encontre de l'esprit de la Loi sur le secteur privé, qui privilégie la souplesse et la proportionnalité.¹¹ Nous nous interrogeons en outre sur l'effet dissuasif que ces amendes auront sur les entreprises si les exigences mêmes qui font l'objet de ces sanctions donnent à ces dernières une marge de manœuvre dont les limites appellent à être testées.

Il importe de rappeler que la Loi sur le secteur privé vise à conserver une approche technologiquement neutre afin de s'adapter aux nouvelles technologies, approche qui est notamment illustrée par la flexibilité avec laquelle certains concepts sont définis, notamment celui de la forme du consentement devant être obtenu en vertu de la Loi sur le secteur privé qui dépend de la « sensibilité » des renseignements personnels, qui est définie en fonction du degré d'attente raisonnable en matière de vie privée que suscite le renseignement.¹² Il n'en reste pas moins que la norme qui nous permet de déterminer si un élément donne lieu à un tel degré d'attente raisonnable sera influencée par les normes sociales, par nature évolutives.¹³ En d'autres termes, il est naturel de s'attendre à ce que les attitudes et les normes sociales évoluent au fil du temps, rendant ainsi ce qui était autrefois considéré comme une atteinte à la vie privée, une pratique courante. Or, cette flexibilité, qui sous-tend le libellé de plusieurs des dispositions de la Loi sur le secteur privé, est difficile à concilier avec la possibilité d'imposer d'importantes sanctions administratives pécuniaires, ce qui pourrait avoir un effet paralysant sur l'économie numérique du Québec et ainsi sur l'innovation. Il pourrait être judicieux selon nous de réviser le montant des amendes ainsi que le processus permettant d'imposer celles-ci afin que leur imposition soit réellement proportionnée à la gravité de l'atteinte à la vie privée et au risque de préjudice qui en découle. Par exemple, il peut être pertinent de se demander si les montants maximaux devraient être calculés sur la base du chiffre d'affaires local (par exemple, québécois ou canadien) plutôt que mondial. Nous notons que les amendes maximales sont fixées en fonction de pourcentages du chiffre d'affaires mondial (2 %

⁹ Ces montants peuvent être doublés pour les récidivistes. Quant aux sanctions administratives pécuniaires, les montants, bien que plus faibles, sont tout aussi importants, à savoir 10 000 000 \$ ou, s'ils sont plus élevés, 2 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent.

¹⁰ Dans la version actuelle de la Loi sur le secteur privé, il n'y a pas de sanctions administratives pécuniaires et les sanctions pénales peuvent aller jusqu'à 100 000 \$ dans des circonstances très limitées. Voir articles 91-92.1 Loi sur le secteur privé.

¹¹ Par exemple, en vertu de l'article 10 de la Loi sur le secteur privé, les entreprises ont l'obligation de mettre en œuvre des mesures de sécurité raisonnables, compte tenu de facteurs tels que la sensibilité des renseignements. Ainsi, ce qui est raisonnable variera nécessairement en fonction des circonstances.

¹² Art. 12, Loi sur le secteur privé, tel qu'amendé par l'article 102 du projet de loi 64. Voir aussi art. 10, Loi sur le secteur privé. Il convient également de noter que les attentes raisonnables d'une personne sont également utilisées en vertu d'autres lois canadiennes relatives à la protection de la vie privée pour déterminer, notamment, la forme du consentement. Par exemple, voir le principe 4.3.5 de la LPRPDE. Pour plus de détails, voir Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable », mai 2018, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privée/collecte-de-renseignements-personnels/consentement/gl_omc_201805/>.

¹³ Voir Eloïse Gratton, « Beyond Consent-based Privacy Protection », 11 juillet 2016, à la page 22, en ligne : <https://www.eloisegratton.com/files/sites/4/2016/07/Gratton_Beyond-Consent-based-Privacy-Protection_-July2016.pdf>.

pour les amendes administratives pécuniaires et 4 % pour les sanctions pénales) similaires au RGPD. Considérant que la population du Québec représente moins de 2 % de la population de l'Union européenne, il convient de s'interroger sur le caractère disproportionné de ces seuils, compte tenu notamment de la taille du marché québécois.

Tout en reconnaissant que la Commission d'accès à l'information sera habilitée à émettre un cadre général concernant la procédure à suivre pour imposer des amendes administratives ou entreprendre des procédures pénales, le projet devrait comprendre des garanties législatives plus spécifiques afin d'assurer aux entreprises que ces procédures seront proportionnelles aux circonstances et n'iront pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de dénonciation et de dissuasion de la loi.

Pour ces raisons, il est également souhaitable de déterminer si la mise en œuvre d'un droit de recours en dommages-intérêts prévu à l'article 93.1 est nécessaire et bénéfique compte tenu des autres mécanismes prévus par le projet de loi. En effet, ce droit, qui permettrait aux particuliers d'obtenir réparation pour un préjudice résultant de l'atteinte illicite à un droit en vertu de la Loi sur le secteur privé ou des articles 35 à 40 du *Code civil du Québec* exposerait les entreprises à une multiplication de recours collectifs au Québec fondés sur l'atteinte à la vie privée. En effet, étant donné que ce nouveau recours ne serait limité que lorsque le préjudice « résulte d'une force majeure », le projet de loi semble alléger le fardeau d'avoir à établir une faute, élevant ainsi les obligations prévues par la Loi sur le secteur privé et le *Code civil du Québec* à des obligations de résultat plutôt que de moyens. Étant donné que les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont déjà suffisamment atteints par les sanctions administratives et pénales proposées, il ne nous apparaît pas nécessaire d'exposer les entreprises à des recours parallèles, ce qui pourrait d'ailleurs doubler le montant total des pénalités auxquelles elles pourraient être exposées. Plutôt que d'augmenter encore le nombre de recours collectifs intentés dans la province se soldant généralement par l'octroi de montants dérisoires pour les membres, le gouvernement pourrait s'inspirer du droit d'action collective réservé à certaines associations dans le RGPD,¹⁴ qui permet d'intenter un recours pour faire corriger une pratique sans demander de réparation pécuniaire. L'exercice de ce droit a récemment permis de forcer les autorités de surveillance à agir suite à l'invalidation du programme de *Privacy Shield*.¹⁵

Suggestion no 1 : Réviser les sanctions prévues par le projet de loi pour s'assurer qu'elles sont suffisamment circonscrites afin d'assurer le respect des exigences juridiques sans entraver indûment l'innovation ni paralyser l'économie numérique du Québec. À cette fin, il convient de s'interroger sur l'opportunité de prévoir un plafond basé sur un pourcentage du chiffre d'affaires global, par opposition au chiffre d'affaires local et sur les montants choisis, qui semblent disproportionnés par rapport à la taille du marché québécois

Suggestion no 2 : Reporter, voire éliminer, le droit d'intenter un recours en dommages pour atteinte aux droits protégés par la Loi sur le secteur privé, étant entendu que ce type de droit existe déjà en vertu du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* et que l'objectif visé par ce recours est déjà suffisamment rempli par d'autres mesures proposées.

¹⁴ RGPD, article 58.

¹⁵ Voir: <https://noyb.eu/en/101-complaints-eu-us-transfers-filed>

2. PROTECTION DÈS LA CONCEPTION ET ÉVALUATION DES FACTEURS DE RISQUES

2.1 Protection dès la conception et par défaut (« Privacy by design / by default »)

Le projet de loi 64 obligerait les entreprises qui recueillent des renseignements personnels par le biais de biens ou de services technologiques à suivre une approche de « protection de la vie privée dès la conception et par défaut ». En particulier, les organisations devraient s'assurer que les paramètres de leurs produits ou services technologiques offrent « le plus haut niveau de confidentialité par défaut, sans aucune intervention de la personne concernée ».¹⁶

L'approche « protection de la vie privée dès la conception et par défaut » vise à assurer le respect du droit à la vie privée des personnes à chaque étape du processus de développement d'une initiative, et rend toutes les parties prenantes responsables de veiller à ce qu'un produit ou un service particulier protège la vie privée. Cette approche se retrouve expressément à l'article 25 du RGPD, et a été recommandée dans un récent Rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique concernant l'examen de la LRPDE.¹⁷ Cependant, contrairement au RGPD, qui prend expressément en compte les circonstances entourant une initiative particulière, y compris les coûts liés à la mise en œuvre et le degré de risque pour les personnes concernées, l'article 9.1 proposé ne fournit aucun qualificatif permettant de déterminer ce qui sera considéré comme étant « le plus haut niveau de confidentialité » dans un contexte donné. Cela pourrait mener à des situations où une entreprise multinationale déjà assujettie et conforme aux exigences du RGPD devrait adapter ses activités ainsi que ses produits et services au marché québécois afin de se conformer à des normes plus rigides. Cela irait d'ailleurs à l'encontre d'une tendance visant à garantir des normes communes et interopérables en matière de protection des renseignements personnels, et irait à l'encontre de certaines dispositions de la Loi sur le secteur privé, qui exigent expressément la prise en compte d'éléments contextuels dans la détermination de la portée des obligations d'une entreprise, tels que la sensibilité des renseignements personnels, les attentes raisonnables des individus en matière de vie privée et les fins auxquelles ils sont utilisés.¹⁸ Il conviendrait selon nous de privilégier une approche plus souple qui tienne compte de considérations commerciales raisonnables, afin de ne pas créer des obstacles inutiles au développement de produits innovateurs et d'éviter. La disposition telle que rédigée pourrait aussi créer une mauvaise expérience pour le consommateur et nécessiter une programmation fastidieuse de leur part afin que les services et les appareils fonctionnent comme prévu.

2.2 Évaluation des facteurs relatifs à la vie privée

L'importance accrue accordée par le projet de loi à la protection de la vie privée dès la conception est également illustrée par l'introduction d'une nouvelle obligation de procéder à une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée (« EFVP »). Une EFVP est un processus qui permet à une organisation d'examiner une initiative, un programme ou un projet impliquant la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels afin d'identifier les exigences légales applicables, d'évaluer les risques

¹⁶ Art. 9.1, Loi sur le secteur privé, tel qu'amendé par l'article 100 du projet de loi 64.

¹⁷ Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique, « Vers la protection de la vie privée dès la conception : examen de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques », février 2018, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/ETHI/Reports/RP9690701/ethirp12/ethirp12-f.pdf>.

¹⁸ Voir art. 10, Loi sur le secteur privé.

potentiels et d'atténuer ces risques à un niveau acceptable grâce à une combinaison de mesures. La réalisation d'une EFVP est pour l'instant une bonne pratique. Le projet de loi exigerait désormais qu'une entreprise procède à une telle évaluation pour « tout projet de système d'information ou de prestation électronique de services » impliquant des renseignements personnels.¹⁹ Il convient de souligner que le projet de loi ne prévoit aucune qualification ou seuil minimal à cette obligation. De plus, cette exigence s'ajoute à l'obligation pour une entreprise d'effectuer une EFVP dans le cadre d'un transfert de renseignements personnels à l'extérieur du Québec ou d'une impartition des activités de traitement de renseignements à un fournisseur de services.²⁰

Le projet de loi 64 augmenterait considérablement le nombre de situations dans lesquelles une entreprise serait tenue d'effectuer une EFVP, en particulier pour celles dont les activités sont centrées sur le commerce électronique et l'utilisation de systèmes de traitement électronique des données. Cette exigence pourrait s'avérer lourde pour de nombreuses entreprises de la province, car cela les obligerait à se livrer à une analyse formelle, quelle que soit la taille ou la nature du système d'information ou du projet de prestation de services électroniques en cause. Une approche plus nuancée devrait être envisagée selon nous, et ce, à l'instar de celle adoptée par le RGPD. Celui-ci n'exige des entreprises qu'elles n'effectuent une EFVP que lorsque l'activité de traitement est susceptible de présenter un « risque élevé » pour les droits et libertés d'une personne concernée, compte tenu notamment de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement.²¹ Ce type d'approche axée sur les risques représente un compromis plus équilibré entre la nécessité d'assurer la sécurité des renseignements personnels et celle de permettre aux entreprises de mener leurs activités commerciales sans contraintes excessives.

Suggestion no 3 : Réviser le libellé des dispositions du projet de loi de manière à assurer que le niveau de sécurité requis et attendu des entreprises reste suffisamment flexible et adapté aux circonstances particulières dans lesquelles les renseignements personnels sont traités.

Suggestion no 4 : Mieux circonscrire l'obligation de procéder à une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée proposée à l'article 3.3 en utilisant un seuil basé sur la matérialité du risque présenté par l'activité de traitement des renseignements.

¹⁹ Art. 3.3, Loi sur le secteur privé, tel qu'amendé par l'article 95 du projet de loi 64.

²⁰ Pour une discussion plus détaillée des enjeux liés aux transferts de données et aux exigences en matière d'impartition, voir la section 5 ci-dessous.

²¹ Art. 35, RGPD.

3. TRANSPARENCE ET CONSENTEMENT

3.1 Publication des politiques et procédures internes

Le projet de loi 64 introduit un certain nombre de changements importants destinés à améliorer la transparence et la responsabilité des entreprises en matière de pratiques de traitement des renseignements. Ainsi, les modifications proposées introduisent un nouveau rôle au sein des entreprises, à savoir la personne chargée de la protection des renseignements personnels, et renforcent les exigences en matière d'avis relatif à la protection des renseignements personnels. Des exigences similaires sont d'ailleurs déjà prévues par la LPRPDE ainsi que d'autres lois provinciales relatives à la protection des renseignements personnels.²²

De plus, le projet de loi 64 exige des entreprises qu'elles établissent et mettent en œuvre des politiques et des pratiques de gouvernance concernant les renseignements personnels. Ces politiques doivent prévoir « l'encadrement applicable à la conservation et à la destruction de ces renseignements, prévoir les rôles et les responsabilités des membres de son personnel tout au long du cycle de vie de ces renseignements et un processus de traitement des plaintes relatives à la protection de ceux-ci ».²³ Toutefois, et c'est là une distinction importante par rapport à la LPRPDE et aux autres lois provinciales, le projet de loi semble exiger que les entreprises publient leurs politiques internes sur leur site web ou, à défaut, qu'elles les publient en utilisant tout autre moyen approprié.²⁴

Contrairement aux politiques ou avis de confidentialité que les organisations publient généralement sur leur site web en vertu de l'exigence de transparence qui leur incombe,²⁵ les entreprises ne publient généralement pas leurs politiques et pratiques internes en matière de protection de la vie privée. Nous sommes d'avis que cette nouvelle exigence n'est pas nécessaire d'un point de vue de la protection de la vie privée puisqu'elle ne renforce pas la protection des renseignements personnels et ne soutient pas les objectifs de transparence et de responsabilité mentionnés ci-dessus. Par ailleurs, les politiques et procédures internes ne sont pas rédigées dans une langue destinée aux consommateurs. En outre, il convient de noter que les commissaires à la protection de la vie privée canadiens ont généralement mis l'accent, à juste titre, sur la réduction de la quantité de renseignements fournis aux individus dans les politiques de confidentialité, puisque les individus n'ont pas nécessairement le temps de lire ces documents avant de consentir aux pratiques de traitement des renseignements d'une entreprise.²⁶ Or, exiger des entreprises qu'elles publient des documents internes revient à ignorer ce problème et risque d'exposer des renseignements commercialement sensibles au sujet du fonctionnement interne d'une entreprise sans aucun avantage discernable pour les particuliers. Plus grave encore, cela pourrait entraîner un risque accru d'hameçonnage et de fraude pour les entreprises, exposant ainsi également les renseignements des particuliers.

²² Principe 4.1.4, LPRPDE; art. 5, PIPA (CB); art. 6, PIPA (Alberta).

²³ Art. 3.2, Loi sur le secteur privé, tel qu'amendé par l'article 95 du projet de loi 64.

²⁴ Voir art. 3.2, Loi sur le secteur privé *in fine*, tel qu'amendé par l'article 95 du projet de loi 64.

²⁵ Voir article 8, Loi sur le secteur privé, tel qu'amendé par l'article 99 du projet de loi 64.

²⁶ Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable », mai 2018, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/collecte-de-renseignements-personnels/consentement/gl_omc_201805/>.

Suggestion no 5 : Supprimer l’obligation de publier les politiques ou procédures internes des entreprises, compte tenu du fait que ces documents internes peuvent contenir des renseignements commerciaux confidentiels et que leur publication est peu susceptible de contribuer au renforcement des principes sous-jacents des lois québécoises relatives à la protection des renseignements personnels, c’est-à-dire la transparence et la responsabilité.

3.2 Le consentement demandé « distinctement »

Parmi les nombreux changements proposés par le projet de loi 64, la notion de consentement a reçu une des révisions les plus attendues et les plus nécessaires. À cet égard, il y a lieu de saluer plusieurs éléments. Tout d’abord, le projet de loi introduit de nouvelles exceptions au consentement pour les transactions commerciales²⁷ et les utilisations à des fins secondaires.²⁸ Il précise les exigences en matière de traitement des renseignements d’un mineur,²⁹ il offre une plus grande souplesse dans le cadre de la recherche et des statistiques,³⁰ et il crée une exemption pour les coordonnées professionnelles.³¹ De plus, le projet de loi semble reconnaître la notion de consentement implicite en ce qui concerne les activités qui ne font pas appel à des renseignements personnels sensibles, ce qui constitue une amélioration par rapport à la version précédente de la Loi sur le secteur privé, qui favorisait une conception plus rigide du consentement. Bien que ces améliorations ne changent rien au fait que le consentement demeure la pierre angulaire de la Loi sur le secteur privé, elles sont adaptées aux attentes sociétales et améliorent la compatibilité de la loi avec les autres lois canadiennes relatives à la protection des renseignements personnels. Cela dit, il certaines modifications nous apparaissent souhaitables.

Sur le plan conceptuel d’abord, il est important de noter une certaine ambiguïté créée par la reformulation de la notion de consentement. En effet, selon l’article 14 proposé, le consentement doit être manifeste, libre et éclairé et être donné à des fins spécifiques; il doit en outre être demandé pour chacune de ces fins, en termes simples et clairs et distinctement de tout autre renseignement communiqué à la personne concernée. Il nous apparaît difficile de comprendre ce que le projet entend par « demandé distinctement de tout autre renseignement communiqué à la personne concernée », surtout dans le contexte d’un consentement implicite, car ce dernier n’est pas à proprement parler « demandé ». Par ailleurs, il n’est pas non plus évident de savoir si le consentement doit être demandé en dehors du champ d’application d’une politique de confidentialité. De ce fait, le projet de loi devrait privilégier la clarté et la cohérence en ce qui concerne la notion de consentement (explicite et implicite) et les exigences qui y sont liées, surtout si les entreprises sont confrontées à de lourdes pénalités et amendes.

²⁷ Art. 18.4, Loi sur le secteur privé, tel qu’amendé par l’article 107 du projet de loi 64.

²⁸ Art. 12, Loi sur le secteur privé, tel qu’amendé par l’article 102 du projet de loi 64.

²⁹ Art. 14, Loi sur le secteur privé, tel qu’amendé par l’article 102 du projet de loi 64.

³⁰ Art. 12 et 21, Loi sur le secteur privé, tel qu’amendé par les articles 102 et 110 du projet de loi 64.

³¹ Art. 1, Loi sur le secteur privé, tel qu’amendé par l’article 93 du projet de loi 64.

3.3 Nécessité d'introduire de nouvelles bases juridiques

Comme le démontrent les consultations et les directives émises par les autorités canadiennes de réglementation de la protection de la vie privée,³² et l'approche privilégiée par le RGPD,³³ l'utilisation du consentement devrait être limitée aux situations où la personne concernée se voit offrir un choix réel, par opposition à un choix purement illusoire, ou inexistant. En ce sens, le projet de loi pourrait être amélioré à plusieurs égards en clarifiant et en circonscrivant la notion de consentement et même en introduisant d'autres bases légales de traitement que le consentement, compte tenu des limites de l'approche actuelle basée sur les exceptions en matière de consentement.³⁴ À titre d'exemple, le RGPD reconnaît cinq autres bases légales de traitement, dont les intérêts légitimes d'une entreprise et la nécessité d'exécuter un contrat, y compris les contrats de service et les contrats de travail.³⁵

Par ailleurs, une évaluation minutieuse de la nécessité de se fier au consentement devrait être effectuée, car un recours excessif au consentement ne fournit qu'un faux sentiment de protection et, au pire, vide le concept même de consentement de toute utilité ou de sens. Les demandes répétées de consentement formulées par les entreprises, combinées à l'apathie du public envers les longs formulaires de consentement risquent de persister si le consentement est demandé sans égard au contexte ou aux attentes raisonnables des individus. Le consentement doit être une mesure de dernier recours, qui signale aux personnes concernées l'importance de l'activité à laquelle elles consentent. La valeur du consentement est perdue lorsqu'il est sollicité pour une multitude d'activités, aussi minimes ou inoffensives soient-elles, que l'individu ait un choix valable ou non. En ce sens, le renforcement du consentement, qui a déjà été amorcé par le projet de loi, devrait être combiné avec une approche plus novatrice reconnaissant les réalités actuelles et les pratiques courantes. Cette approche a été défendue avec succès par le RGPD et, il convient de le mentionner, n'a pas entraîné une perte de contrôle des renseignements personnels par les individus, et ce, en partie grâce aux protections offertes par la loi. En effet, quelle que soit la base sur laquelle les renseignements sont traités dans le cadre du RGPD, les personnes concernées doivent en être informées.

3.4 Nécessité d'une exception au consentement de l'employé

Le fait que le projet de loi continue à s'appuyer sur la notion de consentement est particulièrement problématique dans le contexte de l'emploi, où la relation employeur-employé n'est pas susceptible de donner lieu à ce que l'on peut appeler un consentement « libre » au sens propre du terme, c'est-à-dire

³² Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable », mai 2018, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/collecte-de-renseignements-personnels/consentement/gl_omc_201805/>.

³³ Art. 6, RGPD.

³⁴ En effet, l'approche actuelle favorise le recours à des exceptions étroites qui, avec le temps, ne seront probablement pas adaptées à de nouvelles situations. C'est ce qu'illustrent les modifications proposées actuellement, qui intègrent des exceptions concernant les transactions commerciales et qui visent à aligner les exigences en matière de protection des renseignements personnels avec les pratiques commerciales courantes. On peut s'attendre à ce que d'autres situations de ce type se produisent, ce qui n'est pas optimal du point de vue de la stabilité du droit.

³⁵ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », novembre 2017, en ligne : <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf> (révisée et adoptée le 10 avril 2018 en vertu du RGPD).

« donné sans contrainte ».³⁶ En effet, il est difficile de considérer le consentement d'un employé dans ses relations avec son employeur comme étant « libre », puisqu'un employé pourrait bien croire, à tort ou à raison, que son emploi serait compromis par un refus de consentement. Cette réalité a été expressément reconnue et soulignée dans le cadre du RGPD.³⁷ En outre, si un employé refuse que son employeur collecte, utilise ou communique des renseignements personnels le concernant à des fins professionnelles normales, cela pourrait simplement empêcher l'employeur de poursuivre ses activités et de remplir ses obligations légales.³⁸ En vertu de la LPRPDE, de la PIPA (CB) et de la PIPA (Alberta), les employeurs peuvent recueillir, utiliser et communiquer les renseignements personnels nécessaires à l'établissement, à la gestion ou à la cessation d'une relation d'emploi sans le consentement de leurs employés, bien qu'ils aient l'obligation d'informer les employés de leurs pratiques.³⁹ L'absence d'une exception équivalente dans la Loi sur le secteur privé du Québec est un oubli qui devrait être reconsidéré, ne serait-ce que pour renforcer la stabilité de la notion de consentement.⁴⁰

Suggestion no 6 : Limiter davantage l'utilisation de la notion de consentement afin de renforcer sa valeur, notamment en introduisant des bases juridiques alternatives afin de mieux prendre en compte les intérêts légitimes des entreprises.

Suggestion no 7 : Clarifier le sens du terme « distinctement » figurant à l'article 14 proposé de la Loi sur le secteur privé afin d'éviter d'exiger indûment que le consentement soit obtenu dans des situations qui ne donnent pas lieu à un haut degré d'attente en matière de vie privée.

Suggestion no 8 : Introduire une exception au consentement pour le traitement des renseignements personnels des employés par les employeurs aux fins d'établir, de gérer et de mettre fin à une relation d'emploi tout en maintenant des obligations de transparence adéquates, et ce, à l'instar de l'approche privilégiée par les autres juridictions canadiennes.

³⁶ Commission d'accès à l'information, « Rapport quinquennal 2016 : Rétablir l'équilibre », septembre 2016, à la page 91, en ligne : <http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf>.

³⁷ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », novembre 2017, en ligne : <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf> (révisée et adoptée le 10 avril 2018 en vertu du RGPD).

³⁸ Une telle observation n'est pas nouvelle et a été faite, notamment, par la Cour d'appel fédérale. Voir *Wansink v. TELUS Communications Inc.*, 2007 FCA 21.

³⁹ Art. 7.3, LPRPDE; art. 13, 16, 19, PIPA (CB); art. 15, 18, 21, PIPA (Alberta).

⁴⁰ Éloïse Gratton et Antoine Guilmoin, « La protection des renseignements personnels dans le secteur privé au Québec : rétrospectives et perspectives », *Barreau du Québec, Service de la formation continue, Développements récents en droit à la vie privée* (2019), vol. 465, à la page 93, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/465/369051331>>.

4. NOUVEAUX DROITS ACCORDÉS AUX INDIVIDUS

4.1 Le droit à la portabilité des données

Le projet de loi 64 prévoit un certain nombre de nouveaux droits et obligations visant à renforcer le contrôle des individus sur leurs renseignements personnels, dont un droit à la portabilité des données, qui serait incorporé dans le droit d'accès prévu à l'article 27 de la Loi sur le secteur privé. La disposition qui est proposée prévoit qu'une personne concernée puisse requérir que ces renseignements lui soient communiqués « dans un format technologique structuré et couramment utilisé » (c'est-à-dire, un fichier électronique) et qu'ils soient communiqués « à toute personne ou à tout organisme autorisé par la loi à recueillir un tel renseignement ». Toutefois, comme l'a expressément indiqué la ministre Sonia LeBel, « [c]e droit ne vise pas les renseignements qui sont créés, dérivés, calculés ou inférés à partir des renseignements fournis par la personne concernée (ex. : profil d'un utilisateur), lesquels peuvent avoir une valeur commerciale pour les entreprises ».⁴¹ Par ailleurs, les entreprises doivent prendre en compte ce nouveau droit dès la conception de leurs projets informatiques et services en ligne afin de s'assurer que les renseignements recueillis auprès des personnes concernées pourront lui être communiqués dans le format requis.⁴² L'entreprise pourrait refuser d'honorer une telle requête si ceci « soulève des difficultés pratiques sérieuses ».

Cette nouvelle disposition fait écho au droit à la portabilité des données prévu à l'article 20 du RGPD, qui vise à renforcer le contrôle des individus sur leurs renseignements personnels et à accroître l'interopérabilité entre les responsables du traitement. En outre, il reflète également les discussions en cours au niveau fédéral sur le système bancaire ouvert et la mobilité des données.⁴³ Cela dit, l'introduction d'un droit à la portabilité des données soulève un certain nombre d'enjeux que le projet de loi n'aborde pas dans sa version actuelle.

En premier lieu, il sera important de clarifier la portée du droit à la portabilité des données, notamment en circonscrivant plus expressément les types de renseignements qui peuvent faire l'objet d'une telle demande, et ce, conformément aux observations de la ministre LeBel. Il sera également important de s'assurer que les données ainsi transférées n'auront pas à être effacées par l'entreprise les communiquant qui pourrait avoir l'obligation de les conserver pour exécuter un contrat ou se conformer à son calendrier de rétention.

De même, en l'absence de consultations plus spécifiques avec les acteurs de l'industrie, il n'est pas possible de savoir comment ce type de droit pourrait affecter une industrie donnée. Or, il est important de reconnaître qu'afin d'atteindre les objectifs poursuivis, à savoir renforcer le contrôle des individus sur leurs renseignements personnels et promouvoir la concurrence et l'innovation grâce à une meilleure circulation des données, un droit à la portabilité des données doit permettre l'échange de renseignements

⁴¹ Ministre responsable des Institutions démocratiques, de la Réforme électorale et de l'Accès à l'information, « Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels », 25 mai 2020, à la page 5, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/MCE/dossiers-soumis-conseil-ministres/protection_des_renseignements_personnels.pdf?1597849734>.

⁴² Art. 3.3, Loi sur le secteur privé tel qu'amendé par l'article 95 du projet de loi 64.

⁴³ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, « Renforcer la protection de la vie privée dans l'ère numérique », en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/fra/h_00107.html>.

dans un format interopérable, en utilisant des normes de sécurité communes, ce qui nécessiterait une participation active de l'industrie.

Par ailleurs, le droit d'obtenir des renseignements sous une forme technologique et de les voir transférés à un tiers désigné devrait également être dûment circonscrit et réglementé, en particulier lorsqu'il s'agit de renseignements personnels sensibles. En effet, en l'absence de mesures de sécurité et d'authentification appropriées, l'obligation de communiquer à un tiers, sur demande, des renseignements sensibles détenus par une entreprise peut créer des risques de sécurité tant pour la personne concernée que pour l'entreprise. Par exemple, dans le secteur bancaire, les discussions sur le système bancaire ouvert ont généralement porté sur la nécessité de limiter le nombre de tiers susceptibles de recevoir des renseignements financiers sensibles afin de mieux protéger les consommateurs.

Suggestion no 9 : Clarifier et circonscrire la portée du droit à la portabilité des données, notamment, de manière à ce qu'il ne s'applique qu'à certains types de données, à savoir les renseignements fournis par la personne elle-même et non les renseignements qui sont dérivés, créés, etc.

Suggestion no 10 : Collaborer avec les acteurs de diverses industries pour déterminer l'impact qu'aurait la mise en œuvre d'un droit à la portabilité des données et les mesures qui devraient être mises en place pour garantir la sécurité des renseignements transférés en vertu d'un tel droit.

4.2 Le droit à l'oubli

Le nouvel article 28.1 accorde aux individus un droit à deux volets qui existe (sous une forme légèrement différente) dans l'Union européenne depuis 2014, maintenant codifié à l'article 17 du RGPD.

La nouvelle disposition permet d'abord aux personnes de demander aux entreprises de cesser de diffuser leurs renseignements personnels et de supprimer tout hyperlien attaché à leur nom qui donne accès auxdits renseignements si la diffusion contrevient à la loi ou à une ordonnance judiciaire. Les éditeurs de sites web et les moteurs de recherche devront donc non seulement se conformer aux ordonnances des tribunaux, mais aussi évaluer si le contenu contesté enfreint la loi applicable, ce qui soulève d'importantes questions quant au rôle joué par les entreprises du secteur privé dans l'administration de la justice.

Deuxièmement, les personnes concernées ont le droit de demander que leurs renseignements personnels cessent d'être diffusés ou soient désindexés ou réindexés lorsque la diffusion de celles-ci porte gravement atteinte à leur réputation ou à leur vie privée et que ce préjudice est manifestement supérieur à l'intérêt du public à connaître ce renseignement et à la liberté d'expression (dans la mesure où la réparation demandée n'excède pas ce qui est nécessaire pour empêcher la perpétuation du préjudice). Le projet de loi prévoit plusieurs critères pour procéder à cette évaluation, qui reflètent ceux généralement pris en compte par les tribunaux canadiens dans les dossiers relatifs au droit à la vie privée et à la diffamation. Ce nouveau droit permet aux particuliers de faire retirer les contenus préjudiciables de l'internet sans avoir

à engager de poursuites judiciaires, et crée de ce fait de nombreux enjeux présentés dans le cadre d'une soumission au CPVP en réponse à leur consultation sur la réputation en ligne.⁴⁴

Bien qu'un contrôle accru sur la réputation et la vie privée en ligne soit un objectif louable, il ne devrait pas nécessairement se faire au détriment d'autres droits et libertés fondamentaux protégés par des lois constitutionnelles (et quasi constitutionnelles), à savoir la liberté d'expression des individus et le droit du public à l'information.⁴⁵ À cette fin, il apparaît déconcertant d'exiger des entreprises privées qu'elles mettent en balance les droits et libertés fondamentaux et déterminent ce qui est dans l'intérêt public, et ce, avec peu de contrôle des autorités gouvernementales ou des tribunaux de droit commun, et sans garanties ou mesures de sécurité procédurales. En outre, comment, et selon quelle norme, les entreprises sont-elles censées évaluer si une loi a été violée en raison de la publication de renseignements? Étant donné que l'article 28.1 proposé énumère une liste non exhaustive de critères quelque peu subjectifs, comment les entreprises sont-elles censées équilibrer ces critères? Doivent-elles mener une enquête approfondie sur les circonstances dans lesquelles les renseignements apparaissent en ligne? Étant donné la complexité de cette évaluation, il est probable qu'une entreprise, par excès de prudence, choisira de désindexer les renseignements, malgré la valeur potentielle de ces derniers pour la société.⁴⁶ Les PME et les *startups* risquent de prendre une position particulièrement conservatrice puisqu'elles ont moins de ressources pour effectuer une évaluation complexe et pour se défendre en cas de poursuite. Ce résultat ne nous apparaît pas souhaitable, tant du point de vue juridique que de l'intérêt public.

Plusieurs alternatives pourraient être considérées. En effet, il existe un certain nombre de sources législatives sur lesquelles on peut s'appuyer pour répondre aux préoccupations en matière de vie privée et de réputation qui sous-tendent le droit à l'oubli, notamment dans la Charte québécoise et le *Code civil du Québec*.⁴⁷ Bien que ces alternatives ne soient pas aussi expéditives que le régime proposé, qui exige en théorie qu'une entreprise qui reçoit une demande de dé-indexation ou de suppression fournisse une réponse dans les 30 jours qui suivent, elles offrent à l'individu et au public certaines garanties procédurales que les entreprises privées ne peuvent tout simplement pas fournir par manque de temps et de ressources.

Outre ces préoccupations, il convient également de souligner la question de la territorialité d'une demande de dé-indexation ou de suppression de renseignements. Plus précisément, on ne précise pas si

⁴⁴ Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Le droit à la vie privée a-t-il préséance sur tous les autres droits fondamentaux? Les défis que présente la mise en œuvre du droit à l'oubli au Canada », août 2016, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/a-propos-du-commissariat/ce-que-nous-faisons/consultations/consultations-terminees/consultation-sur-la-reputation-en-ligne/memoires-recus-dans-le-cadre-de-la-consultation-sur-la-reputation-en-ligne/or/sub_or_03/>. Voir aussi Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Droit À L'Oubli: Canadian Perspective on the Global 'Right to Be Forgotten' Debate », (2017) 15-2 *Colorado Technology Law Journal* 337.

⁴⁵ Il appartient aux tribunaux d'évaluer si une limite à cette liberté est justifiée dans les circonstances, mais il y a des raisons de croire que ce ne sera pas le cas dans le cadre du régime proposé. Pour une discussion plus détaillée des implications constitutionnelles du droit à l'oubli, voir Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Le droit à la vie privée a-t-il préséance sur tous les autres droits fondamentaux? Les défis que présente la mise en œuvre du droit à l'oubli au Canada », août 2016, aux pages 4 et suivantes, en ligne : <https://fpf.org/wp-content/uploads/2016/04/PolonetskyGratton_RTBFpaper_FINAL.pdf>. Voir aussi *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62.

⁴⁶ Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Le droit à la vie privée a-t-il préséance sur tous les autres droits fondamentaux? Les défis que présente la mise en œuvre du droit à l'oubli au Canada », août 2016, à la page 17, en ligne : <https://fpf.org/wp-content/uploads/2016/04/PolonetskyGratton_RTBFpaper_FINAL.pdf>.

⁴⁷ Arts. 35-36, *Code civil du Québec*; art. 5, *Charte des droits et libertés de la personne*.

le régime proposé oblige les entreprises, dont les moteurs de recherche, à dé-indexer le contenu au niveau local ou international. Bien que ces questions ne soient pas nouvelles, elles reflètent des préoccupations plus larges concernant les relations internationales et les normes sociales en vigueur.⁴⁸

Suggestion no 11 : Envisager de circonscrire la portée du droit à l’oubli, en tenant compte des normes d’équité procédurale et de la nécessité de trouver un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d’expression.

Suggestion no 12 : Limiter la territorialité des effets d’une demande de dé-indexation ou de suppression de renseignements.

5. IMPARTITION ET TRANSFERTS DE RENSEIGNEMENTS À L’EXTÉRIEUR DU QUÉBEC

5.1 Transferts de renseignements personnels à l’extérieur du Québec

L’une des dispositions du projet de loi 64 qui créerait le plus de défis pour les entreprises concerne les transferts transfrontaliers. Le projet de loi alourdit considérablement les exigences énoncées dans l’actuel article 17 de la Loi sur le secteur privé, et ce, sans nécessairement offrir aux individus une protection accrue en ce qui concerne leurs renseignements personnels. En ce sens, le risque pour l’économie numérique du Québec, qui repose sur l’échange et la conservation légitime de données par-delà les frontières, pourrait l’emporter sur les avantages à tirer du régime proposé s’il reste inchangé. À cette fin, la Commission d’accès à l’information l’a rappelé dans son rapport quinquennal de 2016 :

« [À] l’instar des autres juridictions ayant encadré ces communications hors territoire, il importe de protéger les renseignements personnels des Québécois sans limiter indûment les échanges commerciaux avec des entreprises situées hors Québec. »⁴⁹

Selon le texte proposé, une entreprise doit, avant de communiquer des renseignements personnels à l’extérieur du Québec, y compris à des fins d’impartition, effectuer une EFVP afin de déterminer si les renseignements bénéficieront d’un niveau de protection équivalent à celui accordé en vertu de la Loi. À cette fin, les entreprises doivent tenir compte non seulement de la sensibilité du renseignement, des fins auxquelles il sera utilisé et des mesures de protection dont il bénéficierait, mais aussi « du régime juridique applicable dans l’État où ce renseignement serait communiqué, notamment son degré d’équivalence par rapport aux principes de protection des renseignements personnels applicables au Québec ». Si, à la suite de cette EFVP, l’entreprise conclut que les renseignements ne bénéficieraient pas d’une protection équivalente, elle ne doit pas les communiquer. L’article 17.1 du projet de loi prévoit que le gouvernement

⁴⁸ Eloïse Gratton et Jules Polonetsky, « Le droit à la vie privée a-t-il préséance sur tous les autres droits fondamentaux? Les défis que présente la mise en œuvre du droit à l’oubli au Canada », août 2016, aux pages 51 à 53, en ligne : <https://fpf.org/wp-content/uploads/2016/04/PolonetskyGratton_RTBFpaper_FINAL.pdf>.

⁴⁹ Commission d’accès à l’information, « Rapport quinquennal 2016 : Rétablir l’équilibre », septembre 2016, à la page 131, en ligne : <http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf>.

publiera une liste d'États dont le régime juridique encadrant les renseignements personnels équivaut à celui du Québec.

Il est important de souligner qu'en vertu de la législation européenne relative à la protection des données, un tel exercice d'évaluation de la législation des États étrangers est effectué par la Commission européenne⁵⁰ après un processus très détaillé impliquant le Comité européen de la protection des données et les représentants des États membres, afin d'évaluer si la législation des pays non membres de l'Espace économique européen est « adéquate » conformément au Référentiel d'adéquation.⁵¹ Ce processus prend plusieurs mois et peut conduire à un constat d'inadéquation comme dans le cas de la proposition du Québec en 2014.⁵² Le fait que la Commission européenne ait déclaré la LPRPDE adéquate en 2001, alors qu'elle est moins exigeante que la Loi sur le secteur privé à plusieurs égards, illustre d'autant plus les défis posés par toute méthodologie de comparaison des lois. Si le pays tiers n'est pas considéré comme adéquat, différents mécanismes peuvent être utilisés par les entreprises conformément au RGPD pour transférer des renseignements personnels en dehors de l'EEE, notamment des clauses contractuelles types, des règles d'entreprise contraignantes, etc.⁵³ Or, le texte proposé par le projet de loi 64 ne prévoit aucun mécanisme de ce type.

Ici, le gouvernement a possiblement sous-estimé les efforts qui lui seraient nécessaires pour publier une liste exhaustive des juridictions équivalentes en conformité avec l'article 17.1. Cela pourrait placer les entreprises dans une situation où elles devraient jouer le rôle d'un organisme de réglementation en matière de protection de la vie privée et requiert qu'elles fassent appel à des experts en droit étranger pour évaluer l'équivalence des lois non québécoises, une évaluation qui est d'ailleurs complexifiée par le fait que les lois étrangères en matière de protection de la vie privée peuvent être sectorielles, modifiées au fil du temps et contrecarrées ou complétées par d'autres lois (par exemple en matière de surveillance ou de protection des droits fondamentaux) et des pratiques administratives et judiciaires. Une entreprise serait-elle tenue de surveiller les changements apportés aux lois étrangères afin de s'assurer qu'elle continue d'offrir des protections équivalentes? Si oui, à quelle fréquence l'entreprise doit-elle procéder à une telle évaluation? Plus généralement, quel poids doit être accordé à cette analyse comparative dans le cadre de la réalisation d'une EFVP?⁵⁴ Ce ne sont là que quelques-unes des questions auxquelles le projet de loi 64 ne répond pas.

⁵⁰ Commission Européenne, « Adequacy decisions », en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_fr>.

⁵¹ Commission Européenne, « Working document on Adequacy Referential », en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_fr>.

⁵² Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Opinion 7/2014 on the protection of personal data in Quebec », 4 juin 2014, en ligne : <<https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1087>>.

⁵³ Voir art. 44-50, RGPD.

⁵⁴ Dans son Mémoire au conseil des ministres, la ministre responsable des Institutions démocratiques, de la Réforme électorale et de l'Accès à l'information a reconnu que le degré d'équivalence du cadre juridique d'une juridiction étrangère n'était qu'un des facteurs à évaluer lors de la réalisation d'une EFVP. Ministre responsable des Institutions démocratiques, de la Réforme électorale et de l'Accès à l'information, « Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels », 25 mai 2020, à la page 21, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/gouvernement/MCE/dossiers-soumis-conseil-ministres/protection_des_renseignements_personnels.pdf?1597849734>.

De plus, ces obligations s'appliqueraient aux transferts interprovinciaux de renseignements, ce qui compliquerait la circulation des renseignements à l'intérieur même du Canada. Or, en presumant que la LPRPDE et les lois provinciales substantiellement similaires restent inchangées à court terme, il pourrait y avoir un risque que les transferts de renseignements personnels vers d'autres provinces soient interdits. Pour illustrer ce point, considérons que la LPRPDE, qui s'applique à toutes les juridictions canadiennes à l'exception de l'Alberta et de la Colombie-Britannique (qui ont adopté leurs propres lois relatives à la protection des renseignements personnels dans le secteur privé) ne s'applique qu'aux employeurs soumis à la réglementation fédérale, tels que les banques et les entreprises de télécommunications, en ce qui concerne les renseignements personnels des employés. Ainsi, les renseignements personnels des employés recueillis par des employeurs non soumis à la réglementation fédérale en Ontario, à titre d'exemple, ne seraient soumis à aucune protection législative spécifique. Cela signifie-t-il que le transfert de renseignements personnels d'employés vers l'Ontario est interdit par le projet de loi?

Nos préoccupations concernant le régime de transfert de données proposé par le projet de loi peuvent être résumées plus succinctement comme suit :

- **Complexité, coûts et délais pour les entreprises et le gouvernement :** En raison de la complexité de l'évaluation du degré d'équivalence d'un cadre juridique étranger, le régime proposé imposerait des coûts et des délais importants aux entreprises opérant au Québec.⁵⁵ Cela peut être particulièrement difficile pour les PME, qui ont des moyens plus limités pour s'engager dans ce type d'analyse juridique comparative. Pour ces mêmes raisons, il peut s'avérer difficile pour le gouvernement d'émettre de telles conclusions d'adéquation sans s'engager dans une évaluation détaillée et approfondie du cadre juridique d'un État étranger. Il convient de noter que l'évaluation d'un cadre juridique ne doit pas seulement porter sur la législation relative à la protection des renseignements personnels en vigueur, mais aussi sur la législation qui peut avoir une incidence sur la vie privée d'un individu, comme celles qui permettent aux autorités gouvernementales d'accéder aux renseignements détenus dans ladite juridiction.
- **Incertitude et manque de prévisibilité :** Le régime proposé ne semble pas optimal sur le plan de la prévisibilité puisqu'il peut conduire à des décisions incompatibles⁵⁶ ou, pire encore, à un effet paralysant sur la circulation des données et l'économie numérique. D'ailleurs, il convient de se demander si les risques l'emporteront sur les avantages pour les entreprises dont les activités au Québec ne représentent qu'une fraction de leur chiffre d'affaires total. Il est donc important de se demander si le fait d'imposer des exigences onéreuses en matière de transfert transfrontalier de renseignements personnels entraînera une réduction de la disponibilité de produits et services utiles et novateurs au Québec, et ce, au détriment des consommateurs et des entreprises québécoises.

⁵⁵ Or, la Commission d'accès à l'information a indiqué que ce type d'évaluation serait difficile à réaliser : « Par ailleurs, la Commission convient qu'il peut être ardu pour chaque organisme public d'évaluer si une autre juridiction offre une protection équivalente à celle du Québec en matière de renseignements personnels. » À cette fin, la Commission d'accès à l'information a proposé d'adopter une approche similaire à celle que l'on retrouve en Europe. Commission d'accès à l'information, « Rapport quinquennal 2016 : Rétablir l'équilibre », septembre 2016, à la page 134, en ligne : http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf.

⁵⁶ Voir par exemple, Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Opinion 7/2014 on the protection of personal data in Quebec », 4 juin 2014, en ligne : <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1087>.

- **Absence de mécanismes alternatifs** : Le projet de loi 64 ne fournit pas de mécanismes alternatifs pour transférer des renseignements vers le reste du pays ou à l'étranger. Or, d'autres lois canadiennes relatives à la protection des renseignements personnels permettent aux entreprises de recourir à des moyens contractuels ou autres pour garantir un niveau de protection adéquat des renseignements, quelle que soit la juridiction dans laquelle ces renseignements sont transférés ou conservés.⁵⁷ À notre connaissance, ce régime ne pose pas de problèmes particuliers relativement à la protection des renseignements personnels de Canadiens. Comme mentionné précédemment, le RGPD offre des alternatives plus précises à cet égard, qui méritent d'être prises en considération. Dans la mesure où le régime proposé par le projet de loi est maintenu, cela pourrait empêcher de nombreuses entreprises de transférer des renseignements personnels en dehors de la province, et ce, au détriment de l'innovation et du maintien de l'économie numérique du Québec.
- **Contraire aux obligations internationales concernant la résidence des données** : Les obligations prévues par plusieurs conventions internationales auxquelles le Canada est partie⁵⁸ peuvent limiter la capacité du Québec à imposer des restrictions sur le transfert de données à d'autres juridictions.
- **Application rétroactive aux transferts de données en cours** : Selon sa formulation actuelle, le régime proposé s'appliquerait à tout transfert futur ou en cours de données à destination ou en provenance de la province, qui, pour certaines entreprises, peut représenter une part importante de leurs activités commerciales. De fait, exiger de ces entreprises qu'elles appliquent rétroactivement ces exigences pourrait paralyser leurs activités.

Suggestion no 13 : Supprimer l'obligation de procéder à une évaluation comparative du cadre juridique étranger avant de transférer des renseignements personnels à l'extérieur du Québec.

Suggestion no 14 : Exclure les transferts interprovinciaux de renseignements personnels du champ d'application de la disposition sur les transferts transfrontaliers de données.

Suggestion no 15 : Différer l'application des exigences en matière de transfert transfrontalier de données en ce qui concerne les transferts en cours au moment de l'entrée en vigueur de la disposition.

5.2 Obligations des fournisseurs de services

Contrairement au RGPD, la Loi sur le secteur privé, à l'instar de ses pendants canadiens, ne délimite pas explicitement les obligations du responsable du traitement, c'est-à-dire l'entreprise qui détermine les finalités pour lesquelles les renseignements seront utilisés ou communiqués, et les obligations du sous-traitant, c'est-à-dire le prestataire de services qui traite ces renseignements pour le compte du responsable du traitement. Cette situation reste sensiblement la même dans le cadre du projet de loi 64.

⁵⁷ Principe 4.1.3, LPRPDE; art. 34, PIPA (CB); art. 34, PIPA (Alberta).

⁵⁸ Notamment, l'*Accord Canada–États-Unis–Mexique* (« **ACEUM** ») et l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* (« **PTPGP** »), qui contiennent des dispositions relatives à la localisation des données. Voir notamment art. 14.11 et 14.13, PTPGP; art. 19.11-19.12 ACEUM.

Alors que l'article 16 de la Loi sur le secteur privé permet déjà au prestataire de services de référer une personne qui lui fait une demande d'accès ou de rectification à l'entreprise pour le compte de laquelle il traite des renseignements, il n'est pas clair dans quelle mesure le prestataire de services est responsable du respect des autres dispositions de la Loi sur le secteur privé. Par exemple, le prestataire de services est-il tenu de vérifier que l'entreprise pour le compte de laquelle il traite des renseignements a obtenu un consentement au sens de la Loi sur le secteur privé avant d'accepter de traiter ces renseignements? Dans l'affirmative, importe-t-il que cette entreprise soit située dans une autre juridiction où elle n'a pas besoin d'obtenir le consentement aux fins de la collecte de renseignements? En vertu d'autres lois canadiennes sur le respect de la vie privée, cela a entraîné une certaine confusion quant aux rôles respectifs du responsable du traitement et du sous-traitant.⁵⁹

Étant donné que le projet de loi 64 prévoit des règles strictes en matière d'impartition, à savoir l'obligation de conclure une entente contenant des dispositions prescrites visant à assurer la protection des renseignements personnels, nous nous interrogeons sur la nécessité de dédoubler ces exigences en obligeant également le fournisseur de services à se conformer à d'autres dispositions de la Loi sur le secteur privé.

Suggestion no 16 : Définir et circonscrire les obligations du prestataire de services, en gardant à l'esprit que les prestataires de services sont soumis à des mesures contractuelles rigoureuses qui assurent un niveau de protection adéquat des renseignements.

⁵⁹ Par exemple, dans le Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE no 2019-004, un fournisseur de services canadien a été tenu responsable de veiller à ce que les renseignements soient obtenus d'une manière conforme aux exigences de la loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, même si l'organisation au nom de laquelle il traite des renseignements personnels est située dans une juridiction étrangère et n'est pas soumise aux lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE no 2019-004 », 26 novembre 2019, en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2019/lprpde-2019-004/>>.

CONCLUSION

Le projet de loi 64 représente une étape importante pour le Québec et le reste du Canada modernisant la législation relative à la protection des renseignements personnels, afin que celle-ci soit mieux adaptée aux réalités du 21^e siècle. Il offre par ailleurs une vision audacieuse en matière de protection de la vie privée qui présente à la fois des opportunités et des risques pour l'économie numérique de la province.

Tout en soulignant les nombreux changements positifs apportés à la Loi sur le secteur privé, qui visent à mieux aligner les exigences de la loi avec les attentes raisonnables des particuliers ainsi qu'avec les pratiques commerciales courantes, nous relevons également un certain nombre d'aspects qui peuvent créer des barrières et des obstacles excessifs tant pour les entreprises que pour les particuliers. En ce sens, le projet de loi doit trouver le juste milieu entre le renforcement de la protection de la vie privée et le développement de l'économie numérique, à défaut de quoi nous craignons de voir les entreprises se détourner massivement du marché québécois, réduisant d'autant la disponibilité de produits et services utiles pour les consommateurs et les autres entreprises de la province. C'est pourquoi nous proposons un certain nombre de suggestions qui, nous l'espérons, seront prises en compte dans la prochaine version du projet de loi, afin d'atteindre le bon équilibre.

Nous souhaitons que nos commentaires et suggestions soient utiles pour l'étude du projet de loi, et nous attendons avec impatience de lire la prochaine version de celui-ci. Nous restons à votre disposition pour en discuter à votre convenance.