



**Jeune Barreau
de Montréal**
Young Bar of Montreal

Mémoire sur le Projet de loi n°64

*Loi modernisant des dispositions législatives en matière
de protection des renseignements personnels*

28 septembre 2020

Dans le contexte des consultations particulières et des auditions publiques sur le projet de loi n°64 Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels (le « projet de loi »), le Jeune Barreau de Montréal (JBM) présente sa position écrite à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec.

Le présent mémoire prend la forme de questionnements qui invitent la Commission à se positionner sur certains enjeux soulevés par le projet de loi et à clarifier certaines ambiguïtés.

En espérant qu'ils puissent éclairer les travaux de la Commission.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	3
1. Notion de renseignement personnel	4
2. Obligation de proposer le plus haut standard de confidentialité par défaut	5
3. Communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec	5
4. Traitement automatisé de renseignements personnels	7
5. Publication de politiques et de pratiques de gouvernance sur le site Internet	8
6. Exigence de procéder à une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée	9
7. Obligation d'assister la personne concernée à comprendre la portée du consentement	10
8. Production de documents, enquêtes et secret professionnel	10
9. Pouvoirs de la CAI à ordonner toute mesure	11
10. Communication de renseignements personnels au conjoint ou au proche parent d'une personne décédée	12
11. Exigence d'un consentement pour chaque fin	12

Liste des abréviations

Alberta PIPA

Personal Information Protection Act, SA 2003, c P-6.5

BC PIPA

Personal Information Protection Act, SBC 2003, c 63

CAI

Commission d'accès à l'information

CPVP

Commissaire à la protection de la vie privée du Canada

EFVP

Évaluation des facteurs relatifs à la vie privée

Loi sur l'accès

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1

LPRPDÉ

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, LC 2000, c. 5

LPRPSP

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ c. P-39.1

RGPD

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 (Règlement général sur la protection des données)

1. Notion de renseignement personnel

- La notion de « renseignement personnel » présente dans la *Loi sur l'accès* (art. 54) et dans la LPRPSP (art. 2) dispose d'une définition large qui est similaire à celle prévue par la LPRPDÉ (art. 2 (1)) ainsi que celle que l'on retrouve dans d'autres juridictions canadiennes.
- Selon le JBM, la souplesse de cette définition est importante puisqu'elle permet d'accomplir l'objet des lois précitées à savoir protéger les renseignements personnels des justiciables, et ce, peu importe les développements technologiques.
- Ceci étant, dans l'optique d'une mise à niveau des lois québécoises par rapport au RGPD, la définition de renseignement personnel pourrait bénéficier de précisions supplémentaires. À cet égard, le RGPD définit la notion de « données à caractère personnel » comme :

« toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée »); est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

- Le législateur québécois pourrait s'inspirer d'une telle approche, qui consiste à définir les données personnelles de façon large tout en formulant certains exemples de renseignements qui sont susceptibles d'identifier une personne physique grâce à l'ajout d'un « notamment ».

Recommandation : préciser la définition actuelle de renseignement personnel en y ajoutant une liste de renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier en s'inspirant de la jurisprudence québécoise.

2. Obligation de proposer le plus haut standard de confidentialité par défaut

- Le libellé proposé pour le nouvel article 9.1 de la LPRPSP, qui introduit l'obligation pour une entreprise d'assurer le plus haut standard de confidentialité par défaut, suscite la confusion entre deux principes différents en matière de protection de renseignements personnels.

« 100. Cette loi est modifiée par l'insertion, après l'article 9, du suivant : »

« 9.1. Une personne qui exploite une entreprise et qui recueille des renseignements personnels en offrant un produit ou un service technologique doit s'assurer que, par défaut, les paramètres de ce produit ou de ce service assurent le plus haut niveau de confidentialité, sans aucune intervention de la personne concernée. ».

- Cette disposition exprime-t-elle une obligation générale de mettre en place l'approche de « protection de la vie privée dès la conception » (*privacy by design*) ou fait-elle plutôt référence à un de ses sept principes, soit la « la vie privée comme paramètre par défaut » (*privacy as the default setting*)¹ ? À titre indicatif, l'article 25 du RGPD adopte l'expression « Protection des données dès la conception et protection des données par défaut ». Le JBM estime que cette ambiguïté, si elle n'est pas résolue, risque d'entraîner des problèmes d'interprétation de cette obligation importante, notamment en ce qui concerne l'applicabilité de six autres principes de la protection de la vie privée dès la conception.

Recommandation : clarifier la portée de l'expression « s'assurer que, par défaut, les paramètres de ce produit ou de ce service assurent le plus haut niveau de confidentialité » à l'article 100 du projet de loi.

3. Communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec

- L'article 103 du projet de loi, qui propose de remplacer l'article 17 de la LPRPSP, prévoit certaines formalités devant être accomplies avant qu'une entreprise puisse communiquer des renseignements personnels hors Québec, notamment de procéder à une EFVP qui tient compte du « régime juridique applicable dans l'État où ce renseignement serait communiqué, notamment son degré d'équivalence par rapport aux principes de protection

¹ Voir les 7 principes du *privacy by design* tel que développés par Ann Cavoukian : https://iapp.org/media/pdf/resource_center/pbd_implement_7found_principles.pdf

des renseignements personnels applicables au Québec ». L'ajout d'un article 17.1 à la LPRPSP précise que « Le ministre publie à la *Gazette officielle du Québec* une liste d'États dont le régime juridique encadrant les renseignements personnels équivaut aux principes de protection des renseignements personnels applicables au Québec. ».

- Bien qu'un processus similaire soit prévu au RGPD, le JBM se questionne sur la possibilité, pour le gouvernement québécois, de procéder à une telle analyse de régimes juridiques afin de produire une liste de juridictions adéquates à l'intérieur du délai d'un an prévu pour l'entrée en vigueur de la loi². De plus, le JBM se questionne sur la faisabilité d'effectuer une vigie constante des différents régimes législatifs étrangers en matière de protection de la vie privée et toutes lois connexes notamment en matière de droits de la personne ou d'accès aux renseignements par les gouvernements, lesquels sont en constante mouvance. En effet, la production d'une telle liste exige des efforts et des ressources considérables. En outre, la publication de ladite liste en amont de l'entrée en vigueur du projet de loi s'avère indispensable pour assurer une certaine prévisibilité aux entreprises assujetties à la loi et leur offrir la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité des affaires.
- Le JBM souligne aussi le défi que représente l'exigence de procéder à un EFVP qui tient compte du « régime juridique applicable dans l'État où ce renseignement serait communiqué » pour les entreprises faisant affaires au Québec et particulièrement les petites entreprises disposant de peu de ressources. Il s'agit d'un fardeau élevé qui pourrait en décourager certaines et contribuer à leur exode du Québec alors qu'il est souhaitable de soutenir et d'encourager la croissance des petites entreprises et l'industrie des technologies au Québec.
- Au cours de l'été 2020, la Cour de Justice de l'Union européenne a invalidé le mécanisme principal par lequel les organisations européennes pouvaient communiquer des renseignements personnels aux États-Unis dans *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems and intervening parties, Case C-311/18* (communément, Schrems II). Il serait pertinent de préciser si les nouvelles dispositions en matière de transfert de renseignements personnels exigent une décision positive du gouvernement du Québec publiée dans la Gazette officielle ou si les organisations peuvent transférer des renseignements personnels hors Québec moyennant des clauses contractuelles appropriées (voir l'article 28 par. 8 et à l'article 46 par. 2 d) du RGPD).

² Article 165 du projet de loi.

Recommandation : offrir des précisions sur le processus menant à la publication de la liste de juridictions dont le régime juridique est considéré comme équivalent et mentionner si le transfert sur la base de clauses contractuelles types est permis.

4. Traitement automatisé de renseignements personnels

- L'article 20 du projet de loi, qui propose d'ajouter le nouvel article 65.2 à la *Loi sur l'accès*, ne prévoit pas que la personne concernée par une décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé de ses renseignements personnels puisse avoir l'occasion de présenter ses observations afin de contester la décision en question. Cette possibilité est uniquement prévue pour le traitement automatisé de renseignements personnels dans le secteur privé (article 102 introduisant le nouvel article 12.1 de la LPRPSP). Le JBM comprend difficilement la raison pour laquelle la possibilité de contester la décision automatisée prise à son endroit n'a pas été également reconnue dans la *Loi sur l'accès* au même titre que dans la LPRPSP. Selon le JBM, les justiciables devraient bénéficier de cette protection, peu importe si le traitement automatisé de leurs renseignements personnels est effectué par une entreprise ou par un organisme public.
- Par ailleurs, le projet de loi présente une version édulcorée du droit de ne pas faire l'objet d'une décision automatisée prévue à l'article 22 du RGPD. Le RGPD reconnaît aux personnes concernées un droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé. La personne concernée peut renoncer à ce droit par voie d'un consentement explicite³. Si tel est le cas, le responsable du traitement doit veiller à respecter le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la décision⁴. Or, le projet de loi ne formule qu'une simple « occasion », pour la personne concernée, de présenter ses observations à un membre du personnel de l'entreprise qui soit « en mesure de réviser la décision ». Selon le JBM, les termes utilisés à cet alinéa sont beaucoup trop permissifs et accordent une trop grande marge de manœuvre aux entreprises dans leur gestion des demandes de contestation des décisions fondées exclusivement sur le traitement de renseignements personnels.

³ RGPD, article 22 par. 2 c).

⁴ RGPD, article 22 par. 3.

- Compte tenu des risques inhérents aux décisions automatisées prises sur la base des renseignements personnels, il serait préférable de reconnaître un réel droit de ne pas faire l'objet d'une décision automatisée à l'instar de ce que prévoit le RGPD.

Recommandation : reconnaître un droit de ne pas faire l'objet d'une décision automatisée fondée exclusivement sur le traitement de renseignements personnels et offrir une possibilité de contestation à la personne concernée en cas de renonciation à son droit, et ce, tant pour les décisions automatisées prises par des entreprises que par des organismes publics.

5. Publication de politiques et de pratiques de gouvernance sur le site Internet

- Le texte de l'article 95 du projet de loi (nouvel article 3.2 de la LPRPSP) prévoit une obligation de publier les politiques et pratiques encadrant la gouvernance des renseignements personnels au sein d'une entreprise sur son site Internet.
- Ces politiques et pratiques internes sont distinctes des conditions d'utilisation ou des politiques de confidentialité qui sont des documents confectionnés à l'attention du public. Ces politiques et pratiques d'entreprise sont susceptibles de contenir de l'information privilégiée qu'une entreprise ne souhaite pas divulguer au grand public. Il serait loisible de préciser les types de documents visés par la disposition et de revoir celle-ci pour exclure les documents qui relèvent exclusivement de la gestion interne.
- Le JBM souligne également que cette obligation de publier les politiques et pratiques encadrant la gouvernance des renseignements personnels ne permettrait pas nécessairement de renforcer la protection de vie privée et pourrait au contraire contribuer à créer de la confusion chez les consommateurs. En effet, il faut se questionner sur la valeur ajoutée pour les consommateurs d'avoir accès à ces informations qui sont souvent hautement techniques et qui ne sont pas rédigées dans un langage leur étant destiné. Cette obligation pourrait aussi aller à l'encontre des recommandations formulées par les commissaires à la vie privée de réduire le volume et de clarifier les informations destinées aux consommateurs en matière de protection de la vie privée.

Recommandation : retirer l'exigence de publier sur Internet les politiques et pratiques encadrant la gouvernance des renseignements personnels au sein d'une entreprise.

6. Exigence de procéder à une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée

- L'article 95 du projet de loi (nouvel article 3.3 de la LPRPSP) soumet tout nouveau projet de système d'information ou de prestation électronique de services impliquant la collecte, l'utilisation, la communication, la conservation ou la destruction de renseignements personnels à une EFVP.
- Cette obligation, formulée de manière à s'appliquer à une panoplie de situations, crée une exigence pour les entreprises de toujours considérer le risque, en termes d'atteintes à la vie privée, associé à leur projet. Elle laisse également la latitude aux entreprises de procéder à une EFVP en fonction de ce risque: un projet qui comporte peu de risques fera l'objet d'une EFVP plus succincte. Le JBM se questionne à savoir si une analyse d'importance comme une EFVP peut être réalistement modulée en fonction du risque et s'il est opportun de laisser une telle latitude aux entreprises.
- Le RGPD fournit un cadre plus précis d'EFVP pour les projets « susceptibles d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés »⁵. Selon le JBM, avant d'imposer un critère d'application large de l'EFVP, lequel peut présenter un défi pour les petites entreprises disposant de peu de ressources, le projet de loi devrait circonscrire les situations où une EFVP est réellement nécessaire parce qu'il existe un risque élevé en plus de préciser les paramètres qui doivent être considérés dans le cadre de cette démarche lorsqu'il y a un risque élevé d'atteinte aux droits et libertés. Le projet de loi adopte cette approche d'EFVP « renforcée » en ce qui concerne la communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec (article 103 introduisant le nouvel article 17 LPRPSP).
- Cette approche permettrait d'aiguiller les entreprises sur les situations précises où une EFVP est requise parce la situation présente un risque élevé d'atteinte aux droits et libertés d'une personne. On évite ainsi que des entreprises consacrent d'importantes ressources à mener des EFVP sur des projets ne présentant que très peu de risque.

Recommandation : circonscrire les situations où une EFVP est réellement nécessaire parce qu'il existe un risque élevé et préciser les paramètres que l'EFVP doit notamment considérer pour évaluer les risques pour les droits et libertés des personnes physiques.

⁵ RGPD, article 35 par. 1.

7. Obligation d'assister la personne concernée à comprendre la portée du consentement

- Le texte proposé pour remplacer les articles 53.1 de la *Loi sur l'accès* et 14 de la LPRPSP prévoit que: « Lorsque [la personne concernée] le requiert, il lui est prêté assistance afin de l'aider à comprendre la portée du consentement demandé. ».
- Il serait loisible de définir la portée de cette obligation positive pour les organismes publics et les entreprises. Est-ce que cela implique une formation aux employés qui expliquent la portée du consentement? Est-ce que cela passe par un texte explicatif sur une application informatique? Quel est le degré d'assistance suffisante? Est-ce une obligation de moyens ou de résultats?

Recommandation : préciser la portée de l'expression « Lorsque celle-ci le requiert, il lui est prêté assistance afin de l'aider à comprendre la portée du consentement demandé. » aux nouveaux articles 53.1 de la *Loi sur l'accès* et 14 de la LPRPSP.

8. Production de documents, enquêtes et secret professionnel

- Le texte proposé de l'article 81.2 de la LPRPSP prévoit que: « La Commission peut, par une demande péremptoire notifiée par poste recommandée ou par signification en mains propres, exiger d'une personne, assujettie ou non à la présente loi, dans le délai raisonnable qu'elle fixe, la production par poste recommandée ou par signification en mains propres de tout renseignement ou de tout document permettant de vérifier l'application de la présente loi ou de ses règlements. ».
- Contrairement aux autres lois provinciales, aucune exception n'est prévue pour les renseignements ou les documents protégés par le secret professionnel. ⁶ Contrairement à la LPRPDÉ et aux autres lois provinciales, les documents produits à la demande de la CAI ne sont pas soumis à quelconque obligation de confidentialité.⁷

⁶ BC PIPA 3(3) Nothing in this Act affects solicitor-client privilege; Alberta PIPA 4(5) This Act is not to be applied so as to (a) affect any legal privilege.

⁷ BC PIPA 40 Anything said, any information supplied or any record produced by a person during an investigation or inquiry by the commissioner is privileged in the same manner as if the investigation or inquiry were a proceeding in a court; Alberta PIPA 38.1 If a legal privilege, including solicitor-client privilege, applies to information disclosed to the Commissioner on the Commissioner's request under section 37.1 or section 38, the legal privilege is not affected by the disclosure; Alberta PIPA 40 Anything said, any information supplied or any record produced by a person during an investigation or inquiry by the Commissioner is privileged in the same manner as if the investigation or inquiry were a proceeding in a court; Alberta PIPA 41(3.2) The Commissioner shall not disclose information under subsection (3.1) if the information is subject to

- Il serait pertinent d'exclure explicitement les documents visés par le secret professionnel de la portée de la loi. Ceci encouragerait les organismes à se renseigner quant à leurs obligations sans la crainte que les documents préparés pour se prémunir contre ou pour enquêter un incident de confidentialité fassent l'objet de demandes de production.
- Une formulation qui assure aux entreprises que les documents assujettis au secret professionnel et produits à la demande de la CAI continueront de bénéficier du secret professionnel par rapport aux tiers permettra d'éviter un dialogue plus franc entre les organisations et la CAI. Cette protection est essentielle, surtout s'il existe un risque réel de litige ou d'action collective.

Recommandation : prévoir un cadre juridique particulier pour les renseignements ou les documents protégés par le secret professionnel.

9. Pouvoirs de la CAI à ordonner toute mesure

- Le texte proposé de l'article 81.3 de la LPRPSP prévoit que :
« La Commission peut, lorsqu'un incident de confidentialité est porté à son attention, ordonner à toute personne, après lui avoir fourni l'occasion de présenter ses observations, l'application de toute mesure visant à protéger les droits des personnes concernées qui leur sont accordés par la présente loi, pour le temps et aux conditions qu'elle détermine. ».
- Ceci représente un pouvoir significatif. Quels sont les types de mesures envisagées par cette disposition? Pourquoi la CAI aurait-elle besoin de ce pouvoir additionnel?

Recommandation : préciser la portée du texte proposé au nouvel article 81.3 de la LPRPSP.

solicitor-client privilege; lorsque la Loi sur la protection des renseignements personnels numériques avait modifié la LPRPDÉ pour inclure les dispositions liées aux atteintes aux mesures de sécurité, elle a également modifié la 1) Loi sur l'accès à l'information (LAI) afin de créer une exception, en vertu de la loi, à la divulgation de tout rapport d'atteinte à la sécurité des données en réponse à des demandes d'accès à l'information présentées aux termes de la LAI et 2) la LPRPDÉ pour prévoir à l'article 20 que le Commissaire et les personnes sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements figurant dans une déclaration d'atteinte aux mesures de sécurité. De telles modifications seraient loïsibles pour encourager la transparence dans les signalements d'incidents de confidentialité en vertu de la LPRPSP (nouvel article 3.5 de la LPRPSP).

10. Communication de renseignements personnels au conjoint ou au proche parent d'une personne décédée

- Le texte proposé des articles 88.0.1 de la *Loi sur l'accès* et 40.1 de la LPRPSP prévoit que :
« Un organisme public (ou une personne qui exploite une entreprise, pour la LPRPSP) peut communiquer au conjoint ou à un proche parent d'une personne décédée un renseignement personnel qu'elle détient concernant cette personne, si la connaissance de ce renseignement est susceptible d'aider le requérant dans son processus de deuil et que la personne décédée n'a pas consigné par écrit son refus d'accorder ce droit d'accès. ».
- Cette obligation introduit un nouveau concept, soit la condition que « la connaissance de ce renseignement est susceptible d'aider le requérant dans son processus de deuil ». Il serait opportun de préciser les situations visées par ces dispositions, sans restreindre leur généralité, en proposant des exemples.

Recommandation : préciser les situations visées par les nouveaux articles 88.0.1 de la *Loi sur l'accès* et 40.1 de la LPRPSP.

11. Exigence d'un consentement pour chaque fin

- Le texte proposé des nouveaux articles 53.1 de la *Loi sur l'accès* et 14 de LPRPSP exige qu'un consentement soit donné à des fins spécifiques.
- Ce consentement doit être demandé « à chacune de ces fins, en termes simples et clairs, distinctement de toute autre information communiquée à la personne concernée. »
- Le JBM estime qu'il serait pertinent de clarifier si l'exigence d'un consentement « demandé distinctement de toute autre information communiquée à la personne concernée » implique une demande de consentement distincte de celle qui se retrouve habituellement dans une politique de protection de la vie privée. De plus, le JBM souligne que le terme « demandé » lorsqu'il est question de « consentement » soulève une ambiguïté en ce que le consentement obtenu peut être implicite ou explicite.

Recommandation : préciser l'interaction entre le consentement demandé « distinctement de toute autre information communiquée à la personne concernée » et les politiques de

confidentialité des entreprises et réévaluer l'usage du terme « demandé » lorsqu'il est question du « consentement »

Conclusion

Le JBM tient à remercier la Commission des institutions pour cette opportunité de présenter ses observations sur l'important projet de loi n°64.

Le JBM salue particulièrement la volonté de l'Assemblée nationale de renforcer la protection juridique des renseignements personnels des Québécoises et des Québécois en cherchant un juste équilibre entre intérêts légitimes de la société et droits individuels. Le JBM souligne sa fierté et communique sa reconnaissance que le Québec se positionne à nouveau comme un précurseur au Canada en matière de protection des renseignements personnels, en étant cette fois-ci la première province canadienne à introduire une réforme majeure de son cadre législatif visant à protéger les renseignements personnels.

Dans son ensemble, l'initiative est un pas dans la bonne direction et s'inscrit dans une longue tradition de progressisme législatif québécois.

Le JBM espère que le présent mémoire saura éclairer les travaux de la Commission et demeure disponible pour répondre à toute demande de clarification quant aux recommandations proposées.

LE JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL

Fondé en 1898, le JBM regroupe les avocat.e.s de dix ans et moins de pratique inscrit.e.s à la section de Montréal du Barreau du Québec, soit plus de 5 000 membres. Ces jeunes avocats œuvrent dans tous les domaines du droit où ils font leur marque sur le plan professionnel. Ils sont la relève de la profession à l'échelle nationale ou internationale. Ils forment un groupe influent, engagé dans la communauté, et sont appelés à devenir des chefs de file dans toutes les sphères de la société. En matière d'affaires publiques, le JBM a pour mandat de se positionner comme un intervenant clé et vulgarisateur de l'actualité législative.

Le JBM tient à remercier les membres du groupe de travail de son Comité Technologies de l'information (CTI) en collaboration avec son Comité Affaires publiques (CAP) et plus particulièrement M^{es} Laurence Champagne, Nareg Froundjian, Yoann Gauthier, Tara Mandjee ainsi que M. Simon Du Perron pour leur apport inestimable à la préparation des présentes.