

Mémoire du Barreau du Québec

Consultation de la Commission d'accès à l'information
sur les *Lignes directrices 2023-1 sur les critères de
validité du consentement*



Juin 2023

Barreau
du Québec 

Mission du Barreau du Québec

Le Barreau du Québec assure la protection du public, contribue à une justice accessible et de qualité, et défend la primauté du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Comité sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels :

M^e Nicolas Le Grand Alary

M^e Julie Allard

M^e Guy Bilodeau

M^e Sylvie Champagne

M^e André-Philippe Mallette

Table des matières

INTRODUCTION ET COMMENTAIRES GÉNÉRAUX.....	1
INTRODUCTION DES LIGNES DIRECTRICES (PARAGRAPHERS 1 À 26).....	2
Exclusions (paragraphe 3).....	2
Irréversibilité (paragraphe 12)	3
Consentement présumé (paragraphe 14)	3
Consentement et nécessité (paragraphe 15).....	4
CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT (PARAGRAPHERS 27 À 71)	5
Consentement exprès obligatoire (paragraphe 31).....	5
Possibilité de consentement implicite (paragraphe 36).....	6
Accessibilité de l'information – niveaux (paragraphe 50).....	7
SUJET NON TRAITÉ PAR LES <i>LIGNES DIRECTRICES</i>	8
Durée de conservation des consentements	8

INTRODUCTION ET COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Le Barreau du Québec remercie la Commission d'accès à l'information (ci-après « CAI ») de l'avoir invité à participer à sa consultation sur les *Lignes directrices 2023-1 sur les critères de validité du consentement* (ci-après les « *Lignes directrices* ») rendues nécessaires par l'adoption de la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*¹.

Cette dernière a introduit de nombreuses modifications à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*² et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*³, en encadrant les conditions de validité des consentements donnés en vertu de ces lois :

- ✓ Manifeste, libre, éclairé et donné à des fins spécifiques;
- ✓ Demandé à chacune de ces fins, en termes simples et clairs;
- ✓ Présenté distinctement de toute autre information communiquée à la personne concernée; et
- ✓ Lorsque celle-ci le requiert, il lui est prêté assistance afin de l'aider à comprendre la portée du consentement demandé⁴.

Le Barreau du Québec accueille favorablement le projet de *Lignes directrices* proposé par la CAI. Il s'agit d'un outil complet, agrémenté d'exemples et qui sera utile aux organismes, aux entreprises et à toute autre entité assujettie à la *Loi sur l'accès* ou à la *Loi sur le privé*.

Nous soumettons toutefois quelques commentaires particuliers, dans le but d'améliorer le projet de *Lignes directrices* et d'en clarifier la portée afin que celles-ci atteignent pleinement leur objectif et permettent de s'assurer de la validité des consentements donnés par les particuliers quant à la collecte, l'utilisation, la communication, la conservation et la destruction de leurs renseignements personnels.

¹ L.Q. 2021, c. 25 (anciennement le projet de loi n° 64).

² RLRQ, c. A-2.1 (ci-après « *Loi sur l'accès* »).

³ RLRQ, c. P-39.1 (ci-après « *Loi sur le privé* »).

⁴ *Loi sur l'accès*, art. 53.1; *Loi sur le privé*, art. 14.

INTRODUCTION DES LIGNES DIRECTRICES (PARAGRAPHERS 1 À 26)

Exclusions (paragraphe 3)

Texte du paragraphe 3 des *Lignes directrices*

Exclusions. Ces lignes directrices ne concernent pas le consentement à la divulgation de renseignements qui ne sont *pas personnels* – comme des renseignements techniques, financiers ou relevant du secret industriel (LAI, articles 23, 24, 25 et 49).

Elles n'ont pas non plus pour but d'offrir des orientations précises sur les situations où un consentement est exigé ou non, sauf pour les informations générales données dans la section 1.1. Elles se concentrent sur les critères à respecter lorsqu'un consentement est bel et bien exigé par la loi.

Le projet de *Lignes directrices* prévoit diverses sections introductives, qui tendent à les rendre complètes et autoportantes, notamment en précisant les « bases légales » (par. 1), en précisant leur « objectif » (par. 2) et en définissant les « références juridiques » (par. 4) applicables.

L'un de ces paragraphes concerne les exclusions de certains renseignements, notamment ceux qui ne sont pas personnels, comme les renseignements techniques, financiers ou relevant du secret industriel. Toutefois, le Barreau du Québec constate qu'en aucun cas, les *Lignes directrices* ne proposent une définition des « renseignements personnels ».

Afin que les *Lignes directrices* demeurent un document complet et autoportant, nous proposons d'y ajouter, dans la section introductive, une définition des renseignements personnels, qui pourrait reprendre celle prévue par la *Loi sur l'accès*⁵ et la *Loi sur le privé*⁶, en énonçant « [qu'est] un renseignement personnel, tout renseignement qui concerne une personne physique et [qui] permet de l'identifier. »

La définition de « renseignement personnel sensible », actuellement au paragraphe 31 des *Lignes directrices*, pourrait également s'y retrouver.

⁵ Art. 54.

⁶ Art. 2.

Irréversibilité (paragraphe 12)

Texte du paragraphe 12 des *Lignes directrices*

Irréversibilité. Si, à une fin précise, une organisation choisit de s'appuyer sur un consentement plutôt que sur une exception applicable pour la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels, elle doit respecter le choix des personnes concernées. Ainsi, elle ne peut pas, à cette même fin, revenir en arrière et plutôt choisir de s'appuyer sur cette exception si ces personnes refusent de consentir ou retirent leur consentement. Le contraire viderait le consentement de son sens en tant que moyen de contrôle des individus.

Le paragraphe 12 du projet de *Lignes directrices* propose que le choix effectué par une organisation soit irréversible. Ainsi, si l'organisation décide de demander des consentements en vertu de la *Loi sur l'accès* ou de la *Loi sur le privé*, il ne peut, dans le futur, revenir sur cette décision et employer une des exceptions possibles en vertu de la loi.

Le Barreau du Québec appuie cette orientation qui permet d'assurer que le choix de la personne repose sur toute l'information pertinente et qu'il s'agisse réellement d'un consentement éclairé.

Nous proposons néanmoins de préciser que cette décision ne vise que les personnes pour lesquelles le consentement a été préalablement obtenu (rétroactif). Si une organisation décide postérieurement d'employer l'exception pertinente prévue aux lois, elle pourra le faire, mais seulement pour les nouveaux renseignements personnels qu'elle recueille auprès de personnes n'ayant pas déjà fourni ces renseignements à l'organisation en question (prospectif).

Consentement présumé (paragraphe 14)

Texte du paragraphe 14 des *Lignes directrices*

Consentement présumé. Quand une personne concernée fournit ses renseignements personnels après avoir reçu les informations prévues par la loi (LAI, article 65; LP, article 8), elle est présumée consentir à leur utilisation et à leur communication aux fins qui justifient sa collecte et dont elle est informée (LAI, article 65.0.2; LP, article 8.3).

Ce consentement présumé implique que l'organisation n'est pas tenue d'évaluer ses critères de validité. Toutefois, la personne concernée peut retirer son consentement par la suite.

Ce paragraphe du projet de *Lignes directrices* n'est pas clair. Nous déduisons qu'il vise les cas où une organisation recueille auprès d'une personne des renseignements personnels afin de les utiliser à une fin précise⁷.

En vertu des nouveaux articles 65.02 de la *Loi sur l'accès* et 8.3 de la *Loi sur le privé*, le consentement de cette personne est présumé quant à l'utilisation et à la communication des

⁷ *Loi sur l'accès*, art. 65 al. 1 par. 2; *Loi sur le privé*, art. 8 al. 1 par. 1.

renseignements personnels aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis. C'est dans cette circonstance que le consentement peut être « présumé ».

S'il s'agit bien de l'intention de la CAI, nous soulignons que ce paragraphe devrait être réécrit pour refléter plus fidèlement ce principe.

Consentement et nécessité (paragraphe 15)

Texte de l'exemple 15.1 des *Lignes directrices*

[Pratique a priori non conforme]

Exemple 15.1 – Lors de son assemblée générale, une association de seize copropriétaires adopte une résolution unanime pour l'installation de caméras de surveillance captant des images dans tous les couloirs d'un immeuble de condos afin d'assurer la sécurité des lieux. Il n'y a toutefois pas d'historique de problèmes de sécurité importants. Les caméras achetées sont disposées dans un angle qui permet de filmer la porte d'entrée de chaque unité.

Malgré l'accord unanime des copropriétaires, qui indique leur consentement, le fait de capter des images partout dans l'immeuble est vraisemblablement, à l'égard des copropriétaires mais aussi de leurs invités, une atteinte à la vie privée dont l'impact n'est pas proportionnel à l'objectif de sécurité poursuivi. En effet, les personnes ont une expectative de vie privée lorsqu'elles se trouvent dans des lieux d'habitation; or l'angle des caméras fait qu'elles enregistrent et documentent leurs allées et venues, les gens qu'elles fréquentent, etc. De plus, le problème de sécurité est théorique et non avéré, puisqu'aucun incident antérieur ne s'est produit. **Dans ces circonstances, la collecte de bandes vidéo par l'association de copropriétaires ne respecte pas le critère de nécessité, et le consentement ne suffit pas à la rendre conforme à la loi.**

L'exemple employé par la CAI dans le projet de *Lignes directrices* afin d'expliquer le critère de nécessité de la cueillette des renseignements est inutilement complexe. En effet, l'exemple employé réfère à l'utilisation de caméras de surveillance dans des parties communes (mais filmant également les parties privatives) d'une copropriété.

De plus, le consentement des copropriétaires a été recueilli, mais pas celui des invités ou des autres personnes autorisées à s'y trouver (comme des locataires, d'autres résidents, etc.) et qui pourraient avoir une expectative de vie privée. Notons également le caractère diffus du renseignement personnel qui en l'espèce prend la forme de l'image de la personne visée, possiblement de sa voix.

La multiplicité des acteurs présents et pouvant être visés, de même que les droits garantis qui sont en cause, nous amène à conclure que cet exemple, bien qu'intéressant conceptuellement, devrait être revu afin qu'il puisse mieux illustrer l'enjeu relatif à la nécessité de la cueillette des renseignements personnels par une organisation assujettie à la *Loi sur l'accès* ou à la *Loi sur le privé*.

CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT (PARAGRAPHES 27 À 71)

Consentement exprès obligatoire (paragraphe 31)

Texte du paragraphe 31 des *Lignes directrices*

Consentement exprès obligatoire. Dans certaines situations, l'organisation doit obligatoirement obtenir un consentement exprès. Par exemple :

a. **Renseignements sensibles :** L'utilisation ou la communication de renseignements sensibles doit être autorisée par un consentement exprès (LAI, articles 59 et 65.1; LP, articles 12 et 13).

i. Les renseignements sensibles sont ceux dont la nature notamment médicale, biométrique ou autrement intime ou dont le contexte d'utilisation ou de communication suscite un haut degré d'attente raisonnable en matière de vie privée (LAI, article 59; LP, article 12);

ii. Un consentement n'est pas requis pour l'utilisation ou la communication d'un renseignement sensible aux fins primaires justifiant sa collecte (LAI, article 65.0.2; LP, article 8.3) ou lorsque des exceptions au consentement s'appliquent.

b. **Identification, localisation et profilage :** Les lois prévoient que les technologies permettant d'identifier une personne, de la localiser ou d'effectuer un profilage doivent être désactivées par défaut; les organisations doivent informer les personnes concernées des moyens permettant de les activer (LAI, article 65.0.1; LP, article 8.1). Cela revient à exiger qu'il y ait consentement exprès.

Le paragraphe 31 du projet de *Lignes directrices* revient sur les exigences de la *Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé* quant à l'obtention d'un consentement exprès obligatoire dans certaines circonstances, notamment lorsqu'une organisation recueille un renseignement personnel sensible, de même qu'à la désactivation par défaut des technologies d'identification, de localisation ou de profilage.

Le texte du paragraphe 31 définit également la notion de « renseignement personnel sensible ». Comme nous l'avons énoncé plus tôt, cette définition devrait également se retrouver au début des *Lignes directrices*, par exemple au paragraphe 3 qui réfère aux types de renseignements qui y sont assujettis.

Par ailleurs, le sous-paragraphe a) ii) réfère au consentement présumé qui a déjà fait l'objet d'une présentation au paragraphe 14 du projet de *Lignes directrices*. Nous avons d'ailleurs précédemment souligné un problème quant au libellé de ce paragraphe. En réitérant cette même notion qui manque de clarté au sous-paragraphe a) ii), le projet de *Lignes directrices* risque de porter à confusion.

Le Barreau du Québec propose que le sous-paragraphe a) ii) soit modifié afin de l'arrimer avec le libellé corrigé du paragraphe 14 des *Lignes directrices* et qu'un renvoi y soit effectué à même le texte, comme cela se fait ailleurs dans le document.

Possibilité de consentement implicite (paragraphe 36)

Texte du paragraphe 36 des *Lignes directrices*

36. Possibilité de consentement implicite. Dans certaines circonstances, la forme du consentement peut être implicite (ou tacite), notamment si ces critères supplémentaires sont réunis :

- a. S'il ne vise pas des renseignements sensibles;
- b. S'il ne va pas à l'encontre des attentes raisonnables des personnes selon le contexte;
- c. Si aucun risque de préjudice grave n'émerge de l'utilisation ou de la communication prévue.

Dans ce cas, le consentement n'est pas formulé explicitement. L'organisation le déduit en raison du silence ou de l'inactivité de la personne concernée ou d'une autre action qu'elle pose, sans lien direct avec le consentement.

En pratique, les organisations ne doivent toutefois pas oublier que le consentement présumé (LAI, article 65.0.2; LP, article 8.3; voir paragraphe 14) couvre beaucoup de situations dans lesquelles un consentement implicite aurait pu être jugé pertinent. Les cas pour lesquels le consentement implicite à une finalité secondaire est réellement pertinent sont cependant plus rares.

Le projet de *Lignes directrices* rappelle aux organisations qu'il est possible, lorsque certains critères sont satisfaits, qu'un consentement implicite (ou tacite) peut être utilisé en lieu et place d'un consentement exprès (ou explicite).

Or, le paragraphe 36 précise *in fine* que « [l]es cas pour lesquels le consentement implicite à une finalité secondaire est réellement pertinent sont cependant plus rares. » En effet, le consentement présumé couvre davantage de situations dans lesquelles un consentement implicite aurait pu être jugé pertinent.

Le paragraphe est par la suite suivi de quatre exemples :

- L'exemple 36.1 concerne une activité de photographie dans une école primaire et la diffusion subséquente de ces photos sur un portail informatique accessible aux parents des élèves;
- L'exemple 36.2 vise une demande de bail mobilier assorti d'une enquête de crédit qui est faite automatiquement, sans demande du client;
- L'exemple 36.3 présente la décision d'un conseil municipal de diffuser en ligne, le nom et l'adresse des gens ayant transmis des questions aux élus;

- L'exemple 36.4 traite d'une entreprise œuvrant en matière d'intelligence artificielle et qui veut utiliser des renseignements recueillis afin d'entraîner un algorithme.

Tous ces exemples concernent des pratiques *a priori* non conformes. Aucun exemple ne présente une utilisation valable du consentement implicite. Afin de distinguer le consentement présumé du consentement tacite (et que cette distinction ne devienne pas uniquement théorique), nous suggérons que la CAI ajoute au paragraphe 36 des *Lignes directrices* un exemple de pratique autorisée et conforme qui viserait une situation pour laquelle un consentement implicite peut être utilisé par une organisation.

Accessibilité de l'information – niveaux (paragraphe 50)

Texte du paragraphe 50 des *Lignes directrices*

Accessibilité de l'information – niveaux. Donner trop d'informations en même temps à la personne concernée peut créer de la confusion. Néanmoins, toutes les informations nommées au paragraphe précédent aident à assurer un consentement éclairé. Pour éviter de surcharger la demande de consentement, il peut être avantageux pour une organisation de structurer l'information en plusieurs niveaux en tenant compte du contexte de ses activités. Par exemple, il est possible de hiérarchiser les informations en deux niveaux :

a. **Premier niveau** : informations accessibles immédiatement et sans effort, directement dans la demande de consentement.

i. Au minimum, le **nom** de l'organisation (qui), la **finalité** (pourquoi) et les **tiers**, s'il y en a (à qui/auprès de qui), devraient être mentionnés à ce niveau, de même que les **renseignements ou les catégories de renseignements concernés** (quoi), chaque fois que possible. Les éléments pouvant être surprenants pour la personne concernée devraient aussi y figurer (durée de validité longue, utilisation d'un moyen technologique peu commun, risques nombreux ou importants, etc.);

b. **Deuxième niveau** : informations complémentaires facilement accessibles par des efforts minimaux. En modalité orale, ce deuxième niveau pourrait consister en une mention indiquant qu'il est possible d'obtenir plus d'informations sur demande. En modalité écrite, ce deuxième niveau pourrait consister, entre autres, en :

i. Une politique de confidentialité accessible par un lien mis en évidence, notamment lorsqu'un moyen technologique est utilisé (LAI, article 63.4; LP, article 8.2);

ii. Une annexe à un formulaire;

iii. Une icône en forme de point d'interrogation ou un bouton « En savoir plus » situé à côté de la demande de consentement.

Le Barreau du Québec salue l'ajout du paragraphe 50 au projet de *Lignes directrices* qui prévoit l'accessibilité de l'information à fournir aux personnes afin d'obtenir de celles-ci un consentement éclairé. L'emploi d'un « niveau d'information » en tenant compte du contexte des activités de l'organisation permet de cibler le langage à employer et les détails à fournir.

Nous soulignons qu'il serait également pertinent de considérer ces niveaux d'informations variables selon la nature des renseignements personnels qui seront fournis.

Ainsi, lorsque des informations personnelles de base sont requises, un document accompagnateur devrait être plus simple lorsque des renseignements personnels sensibles pouvant faire l'objet d'un traitement complexe sont recueillis.

SUJET NON TRAITÉ PAR LES *LIGNES DIRECTRICES*

Durée de conservation des consentements

Le projet de *Lignes directrices* est muet quant à la durée de conservation des consentements recueillis en vertu de la *Loi sur l'accès* ou de la *Loi sur le privé*.

En effet, bien que le paragraphe 24 précise que les organisations doivent « documenter l'obtention du consentement, les organisations doivent pouvoir démontrer sa validité [...] », rien n'indique la durée de cette conservation. De même, le paragraphe 67 des *Lignes directrices* traite de la durée de validité du consentement en tant que tel, sans aborder la durée de sa conservation.

Bien qu'il soit évident que les informations relatives aux « éléments factuels liés à la demande de consentement », comme l'indique le paragraphe 24 des *Lignes directrices*, doivent être conservées en tout temps durant la période de validité du consentement, il y aurait lieu de suggérer aux organisations un délai supplémentaire de conservation à même les *Lignes directrices*.

Ce faisant, ce délai permettrait aux organisations de remplir leurs obligations, notamment celles prévues au paragraphe 22 des *Lignes directrices*, qui impose à ces dernières de « pouvoir démontrer qu'elles respectent les obligations prévues par la loi (principe de démontrabilité) ».