



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

*Loi sur la protection des renseignements
personnels et les documents électroniques
(LPRPDE)*

**SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA VIE PRIVÉE ET DE L'ACCÈS À L'INFORMATION
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Janvier 2008

500-865 Carling, Ottawa, Ontario, Canada K1S 5S8

tel/tél. : 613.237.2925 toll free/sans frais : 1.800.267.8860 fax/téléc. : 613.237.0185 info@cba.org www.cba.org

TABLE DES MATIÈRES

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)

I.	INTRODUCTION	1
II.	NOTIFICATION D'UNE VIOLATION DES DONNÉES	2
A.	Contexte	2
B.	Analyse	5
	Critères en matière de notification et de déclaration	5
	Contenu des rapports à la commissaire	8
	Sanctions	8
	Capacité de la commissaire de rendre de l'information publique	9
	Autres éléments – Délais et notification à l'intention des bureaux de crédit.....	10
III.	PRODUIT DU TRAVAIL	11
A.	Une modification est-elle nécessaire?	11
B.	Enjeux de l'application de la loi.....	13
IV.	AUTORITÉ LÉGITIME	15
A.	Incertitude actuelle.....	15
B.	Récente clarification	15
C.	Options en vue d'une clarification supplémentaire	17
V.	ENQUÊTES ET ORGANISMES D'ENQUÊTE	18
VI.	OSAL (OUTILS DE SENSIBILISATION À LA LPRPDE)	20

VII. INCIDENCE SUR LE PROCESSUS JUDICIAIRE	20
A. Enquêtes et déclarations de témoins.....	21
B. Autres effets sur le processus judiciaire	22
VIII. CONCLUSION.....	26

AVANT-PROPOS

L'ABC est une association nationale qui représente plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit de l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) est heureuse de pouvoir participer à la consultation menée par Industrie Canada au sujet de la réponse du gouvernement au Quatrième Rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE)¹

La Section de l'ABC a déjà présenté à Industrie Canada, à la commissaire à la protection de la vie privée du Canada (la commissaire) et au Comité permanent des commentaires et recommandations au sujet de l'examen, prévu par la loi, de la LPRPDE². Le Comité permanent a accepté nombre de nos commentaires et des modifications que nous avons recommandées, qui ont aussi été appuyées dans la réponse du gouvernement.

Dans le présent mémoire, la Section de l'ABC se penche sur les questions suivantes :

- notification d'une violation des données;
- produit du travail;
- autorité légitime;
- enquêtes et organismes d'enquête;

¹ Avis du gouvernement, *Gazette du Canada*, 27 octobre 2007.

² Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, *Preparing for the 2006 Review of the Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (Ottawa : ABC, 2005); *Preparing for the 2006 Review of the Personal Information Protection and Electronic Documents Act – Case Examples* (Ottawa : ABC, 2005); *Document de consultation LPRPDE* (Ottawa : ABC, 2006); *Examen quinquennal de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (Ottawa : ABC, 2006).

- outils de sensibilisation à la LPRPDE (OSAL);
- neutralité dans le processus judiciaire.

II. NOTIFICATION D'UNE VIOLATION DES DONNÉES

A. Contexte

Cette section analyse les paramètres de la notification à l'intention des personnes touchées et de la déclaration à la commissaire en cas de violation des renseignements personnels; elle aborde aussi d'autres facteurs pertinents à l'élaboration d'un modèle de notification des violations.

Le gouvernement a traité des recommandations 23, 24 et 25 du rapport du Comité permanent dans sa réponse. Il indique en somme que :

- pour une certaine catégorie définie de violations où il existe un risque élevé de nuisance importante, la loi devrait exiger une notification rapide des personnes touchées;
- la loi devrait exiger la déclaration à la commissaire à la protection de la vie privée de toute perte ou tout vol d'une grande quantité de renseignements personnels, et ce, dans un délai précis;
- la commissaire à la protection de la vie privée ne devrait pas être l'arbitre décidant quelles violations entraînent une obligation de notification, cette décision devant plutôt être prise par l'organisation en cause en fonction des critères prévus par la loi ou des lignes directrices;
- des consultations, des recherches et des analyses seront utilisées pour déterminer les éléments de la notification et les paramètres des déclarations, y compris les seuils, les délais, la forme et le contenu, ainsi que les exigences quant à la notification à l'intention d'autres organisations liées à l'industrie.

La commissaire recommande vivement de modifier la *Loi* de façon à y inclure la notification des violations, mais reconnaît que la mise au point du modèle approprié exigera du temps et la consultation des parties intéressées. Actuellement, seule la *Loi sur la protection des renseignements personnels sur la santé* (LPRPS) de l'Ontario exige expressément que les personnes soient informées de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels sans autorisation.

Trois options générales se présentent quant à la notification d'une violation dans le cours normal des événements. La première option consisterait à maintenir le statu quo puisque :

- la LPRPDE oblige déjà les organisations à protéger les renseignements personnels, et certains jugent que l'obligation comprend la notification lorsque des renseignements personnels ont été perdus, volés ou autrement divulgués sans autorisation;
- les entreprises ont déjà des incitations à notifier, s'il y a lieu;
- l'imposition d'un devoir de notification dans chaque cas de violation pourrait rendre les consommateurs insensibles aux avis;
- les entreprises sont bien placées pour évaluer le risque engendré par chaque violation de la sécurité, et ont besoin de flexibilité pour le faire.

À l'autre extrémité de la gamme de possibilités serait l'option d'imposer aux organisations une obligation absolue d'aviser les personnes touchées dans *tous* les cas de violation. C'est la solution adoptée par la LPRPS en raison de la sensibilité inhérente aux renseignements personnels sur la santé³.

Entre les deux se situerait une approche équilibrée exigeant la notification dans certaines circonstances. Dans son mémoire de 2005, la Section de l'ABC recommandait cette approche si un devoir de notification était prévu dans la LPRPDE et cette recommandation a été formellement considérée dans le Rapport du Comité permanent. La Section de l'ABC faisait référence à la loi SB 1386 de la Californie, prévoyant un devoir de notification lorsque deux critères sont réunis :

- **chiffrement insuffisant** : les renseignements sont (a) non chiffrés ou non protégés par d'autres moyens, de sorte qu'il n'y a aucune assurance raisonnable que les renseignements sont inaccessibles, ou (b) chiffrés ou protégés par d'autres moyens, mais l'organisation a été informée que la protection a été violée;
- **renseignements sensibles** : les renseignements appartiennent à une catégorie prévue de types de renseignements personnels sensibles [p. ex., numéros d'assurance sociale, renseignements financiers sensibles (y compris numéros de comptes bancaires, numéros de cartes de crédit et mots de passe et NIP connexes) et renseignements sur la santé]⁴.

³

Loi sur la protection des renseignements personnels sur la santé, L.O. 2004, ch. 3, paragraphe 12(2).

⁴

Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, *supra* note 2, p. 40.

Dans son livre blanc sur la question⁵, la Clinique d'intérêt public et de Politique d'Internet du Canada a recommandé une telle solution équilibrée selon laquelle la notification serait exigée si des renseignements personnels « désignés » ont été obtenus ou vraisemblablement obtenus par une personne non autorisée. Les renseignements personnels « désignés » sont définis de façon à :

- comprendre les numéros d'identification délivrés par le gouvernement (NAS, numéros de permis de conduire ou numéros de cartes d'assurance-maladie) ainsi que les numéros de comptes et de cartes de crédit ou de débit;
- exclure les renseignements qui sont chiffrés, expurgés ou autrement modifiés par quelque méthode ou technologie que ce soit, de sorte que les éléments associant noms et données soient illisibles par des personnes non autorisées.

Même si elles sont formulées différemment, les deux solutions préconisent des critères de notification fondés sur une évaluation du *préjudice potentiel pour une personne*, en tenant compte de la sensibilité des renseignements en cause et de la probabilité que ces renseignements seraient divulgués.

Dans sa réponse à la recommandation 23, le gouvernement énumère des fins auxquelles la commissaire recevrait une déclaration sur les cas majeurs *de vol ou de perte de renseignements personnels* (collectivement, les « buts des déclarations ») :

- permettre une surveillance des pratiques organisationnelles;
- surveiller le volume et la nature des fuites de données;
- surveiller les mesures prises par les organisations qui respectent le processus d'avis, au besoin;
- faciliter la tâche des petites et moyennes entreprises (PME) qui pourraient ne pas disposer de ressources internes suffisantes pour effectuer des évaluations dans le cadre du processus d'avis.

Selon la réponse du gouvernement, il est impératif qu'un avis soit donné promptement et que la déclaration se fasse dans un délai précis. Nous constatons que la notification et la déclaration sont des fonctions distinctes dont les délais peuvent ou non être liés entre eux, tout dépendant des faits en cause. Habituellement, la notification se produirait le plus

⁵

Approaches to Security Breach Notification (janvier 2007) <http://www.cippic.ca/en/>.

rapidement possible, tandis que la déclaration peut survenir plus tard (ce qui sera vraisemblablement souvent le cas), après que la situation est mieux connue et que l'organisation en cause a pris des mesures pour s'assurer que la déclaration est pertinente. Cependant, tout comme c'est le cas actuellement, une déclaration peut être faite à la commissaire avant la notification, si une organisation a besoin d'indications sur l'opportunité d'une notification ou si elle tient à prévenir rapidement la commissaire de la violation. De la même façon, toute organisation pourrait demander des conseils sans présenter une déclaration officielle; et si elle est tenue de faire une déclaration, elle pourrait le faire ultérieurement.

B. Analyse

Critères en matière de notification et de déclaration

La réponse du gouvernement préconise à toutes fins pratiques un modèle à deux volets. Les organisations déterminent la nécessité d'une notification si elles constatent qu'il y a « risque élevé de nuisance importante » pour des personnes, et elles déclarent la violation à la commissaire de tout cas majeur de perte ou vol de renseignements personnels. Notre analyse suppose que des facteurs semblables peuvent servir à évaluer la gravité d'une violation en fonction des critères « risque élevé » ou « perte majeure ». Cependant, nous reconnaissons que les termes différents peuvent viser à établir des distinctions dont il convient de tenir compte.

Les relations possibles entre le seuil prévu pour la notification et le seuil prévu pour la déclaration sont les suivantes :

- Le critère de la notification pourrait avoir un seuil plus faible que le critère de la déclaration – c'est-à-dire que la gravité d'un incident exigeant une notification serait moindre que la gravité d'un incident exigeant une déclaration. Tout dépendant de la façon dont serait structuré le mécanisme de notification et de déclaration, il en découlerait que tous les incidents exigeant une notification ne seraient pas nécessairement déclarés à la commissaire; l'organisation pourrait être tenue d'aviser les personnes touchées par une violation sans avoir à déclarer cette violation.
- Le critère de la notification pourrait avoir le même seuil que le critère de la déclaration – c'est-à-dire que la gravité d'un incident exigeant une notification serait la même que la gravité d'un incident exigeant une déclaration. Dans ce cas, tous les incidents à déclarer devraient faire l'objet

d'une notification, et tous les incidents devant faire l'objet d'une notification devraient être déclarés.

- Le critère de la notification pourrait avoir un seuil plus élevé que le critère de la déclaration – c'est-à-dire que la gravité d'un incident exigeant une notification serait supérieure à la gravité d'un incident devant être déclaré. En d'autres termes, parmi les incidents qui seraient déclarés en fonction du critère de la « perte majeure », seul un petit nombre devrait faire l'objet d'une notification. Toutes les violations pouvant avoir à faire l'objet d'une notification seraient déclarées, en même temps que d'autres incidents répondant au critère de la perte majeure

Dans la mesure où ce ne sont pas toutes les violations ou tous les incidents devant faire l'objet d'une notification qui seraient déclarés, les buts des déclarations ne seraient pas réalisés en ce sens où la commissaire ne connaîtrait pas l'ensemble des violations ou le traitement qui leur est réservé. Les objectifs généraux des buts des déclarations doivent être compris dans le contexte où la déclaration est expressément limitée aux cas majeurs de « perte ou vol ».

En ce qui concerne le but des déclarations consistant à faciliter la tâche des PME à l'égard des notifications, nous supposons qu'il s'agirait que la commissaire offre aide et conseils aux PME qui en demandent volontairement, comme c'est le cas actuellement, et de permettre que la commissaire profite des données recueillies grâce à l'ensemble des déclarations reçues.

La Section de l'ABC n'a pas soumis les buts des déclarations à une évaluation critique, mais plutôt accepte qu'ils traduisent les objectifs du gouvernement dans l'élaboration d'un mécanisme de déclaration, et présente des commentaires et des suggestions dans cette optique.

Quel que soit le modèle qui sera adopté quant à la relation entre notification et déclaration, les critères pertinents à chacune de ces deux activités distinctes doivent être déterminés. La réponse du gouvernement laisse entendre que le critère de la notification est fondé sur une évaluation concluant à un risque élevé pour les personnes; la question de savoir comment évaluer le seuil exigeant la déclaration d'une perte ou d'un vol de renseignements personnels reste cependant entière.

Nous avons examiné l'interaction entre trois facteurs au moment de déterminer si une notification ou une déclaration est requise dans diverses situations : i) le nombre de personnes touchées; ii) la sensibilité des renseignements en cause; et iii) la probabilité qu'il y a eu accès aux renseignements. Évidemment, de la souplesse serait nécessaire dans un tel cadre d'évaluation. Le tableau suivant illustre les résultats à prévoir en fonction de l'interaction de ces facteurs.

Nombre de personnes touchées	Sensibilité des renseignements	Probabilité d'un accès	Déclaration?	Notification?
Faible	Faible	Faible	Non	Non
Élevé	Faible	Faible	Selon le cas	Non
Faible	Élevée	Faible	Selon le cas	Non
Faible	Faible	Élevée	Non	Non
Faible	Élevée	Élevée	Selon le cas	Oui
Élevé	Élevée	Faible	Oui	Non
Élevé	Faible	Élevée	Oui	Selon le cas
Élevé	Élevée	Élevée	Oui	Oui

Par exemple, si les renseignements sont sensibles, s'ils concernent un petit nombre de personnes et si la probabilité d'accès est élevée, l'organisation serait tenue de notifier. Cependant, la décision de déclarer peut dépendre des circonstances particulières de la violation. Si dans la même situation la probabilité d'un accès est relativement faible, il se peut que la déclaration soit suffisante sans notification, voire que ni l'une ni l'autre ne s'impose.

Le nombre de personnes touchées par une violation peut aussi être un facteur déterminant dans la décision de déclarer la violation. Manifestement, en fonction du critère de la perte majeure, un incident où une seule personne est touchée n'exigerait vraisemblablement pas une déclaration. Cependant, en cas de tendance à des violations semblables sur une certaine période de temps, il pourrait bien être indiqué de déclarer. Par exemple, si le nombre de personnes touchées est faible, mais que la sensibilité et la probabilité d'un accès sont toutes deux élevées, la déclaration pourrait être requise, surtout en cas de tendance où des incidents aux caractéristiques semblables peuvent indiquer un problème systémique au sein de l'organisation en cause.

De façon générale :

- une organisation serait seulement tenue de déclarer un incident (à titre de cas majeur de « perte ou vol de renseignements personnels ») si la sensibilité des renseignements est élevée. Cependant, pour des raisons relevant des politiques publiques, un incident devrait peut-être faire l'objet d'une déclaration lorsque le nombre de personnes touchées et la probabilité d'un accès sont élevés même si la sensibilité des renseignements est faible, puisqu'un tel incident pourrait être qualifié de « perte majeure ». De plus, la déclaration pourrait être indiquée lorsque le nombre de personnes touchées est élevé même si la sensibilité et la probabilité d'un accès sont faibles, simplement en raison du nombre de personnes qui pourraient être touchées par la violation;
- une organisation serait seulement tenue de notifier (à la suite d'un « risque élevé de nuisance importante » aux personnes) lorsque la sensibilité des renseignements et la probabilité d'un accès sont élevés⁶.

Contenu des rapports à la commissaire

La Section de l'ABC encourage une approche des déclarations selon laquelle le contenu d'un rapport à la commissaire se fonde simplement sur les faits. Le formulaire de déclaration des violations de la vie privée (de novembre 2006) prévu par le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique demande de l'information générale sur les faits de la violation. Le même formulaire demande aussi à l'organisation de préciser les genres de nuisance pouvant découler de la violation, ce qui relève de la conjecture et peut de fait dissuader les déclarations proactives. Au contraire, un formulaire axé sur les faits encouragera les déclarations. Nous sommes d'avis que ce formulaire devrait être mis au point par la commissaire en collaboration avec toutes les parties intéressées.

Sanctions

La recommandation 25 du rapport du Comité permanent suggère d'envisager des « sanctions en cas de défaut d'aviser », bien que la réponse du gouvernement n'y fasse pas suite. Des questions complexes sont en jeu. Par exemple, s'il incombe à l'organisation ayant connu une violation de décider à quel moment procéder à une notification, comment pourrait-on déterminer que l'organisation a pris une « décision erronée », quel serait le critère utilisé, et comment une infraction ou une sanction pour défaut d'aviser serait-elle déterminée? Les

⁶

Cette analyse est cohérente en regard de l'approche recommandée dans notre mémoire de 2005. Voir *supra*, note 2, p. 40.

infractions et sanctions déjà prévues par la LPRPDE comprennent un important élément de méfait; une « décision erronée » au sujet de la notification pourrait ne pas revêtir une gravité justifiant d'en faire une infraction d'un niveau comparable aux infractions se trouvant actuellement dans la LPRPDE.

La Section de l'ABC n'appuie pas l'opinion présentée dans le rapport du Comité permanent⁷ voulant que le défaut d'aviser les intéressés d'une violation dans les cas où une « personne raisonnable » pourrait s'attendre à ce qu'il y ait divulgation devrait constituer une infraction en vertu de la LPRPDE. Même si la LPRPDE contient de nombreuses mentions de l'obligation d'être raisonnable, aucune ne peut servir de base à une infraction. Il serait encore une fois incohérent d'introduire une infraction fondée sur le critère d'une « personne raisonnable ».

Si des sanctions pour défaut de notification doivent encore être envisagées à l'avenir, la Section de l'ABC serait heureuse de pouvoir participer à l'étude de la question.

Capacité de la commissaire de rendre de l'information publique

L'article 20 de la LPRPDE oblige la commissaire et ses mandataires à protéger la confidentialité des renseignements dont ils prennent connaissance par suite de l'exercice de tout devoir ou fonction en vertu de la *Loi*. L'article précise aussi des exceptions à cette obligation. Par exemple, la commissaire peut rendre publique toute information relative aux pratiques d'une organisation en matière de gestion des renseignements personnels, si elle estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

Nous soutenons qu'il faut examiner soigneusement l'interaction entre la responsabilité de l'organisation touchée de décider d'une notification, la nouvelle exigence que l'organisation fasse une déclaration à la commissaire dans certains cas et le pouvoir existant de la commissaire de rendre de l'information publique quand ce serait dans l'intérêt public. Si l'organisation a décidé qu'une notification serait inopportune dans un cas donné, il pourrait

⁷

Quatrième Rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique sur la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE), p. 48.

être problématique pour elle que la commissaire décide ensuite de rendre l'information publique.

Autres éléments – Délais et notification à l'intention des bureaux de crédit

La Section de l'ABC est d'accord que la notification des personnes touchées devrait se faire promptement. Cependant, nous suggérons qu'au lieu de prévoir un délai précis dans la loi, le moment de la notification et de la déclaration devrait être précisé par voie de règlement ou de lignes directrices, pour pouvoir tenir compte de facteurs et circonstances propres à chaque violation. Par exemple, il peut être nécessaire de retarder la notification en tenant compte d'enquêtes relevant de l'application de la loi ou autres, comme l'a indiqué la commissaire dans de récentes lignes directrices :

Les personnes concernées par l'incident devraient être notifiées le plus tôt possible après l'évaluation de l'incident. Cependant, si des responsables de l'application de la loi sont saisis de l'affaire, il conviendrait de leur demander si la notification devrait être différée pour ne pas compromettre la tenue de l'enquête.⁸

Une formulation possible de la règle serait la suivante :

La notification des personnes touchées devrait être effectuée le plus rapidement possible en tenant compte des risques de nuisance, de l'état de toute enquête, de la méthode opportune de notification et d'autres facteurs pertinents.

L'exigence de base quant à la déclaration devrait assurément être précisée dans la loi (p. ex., « dans un délai raisonnable »). Cependant, des lignes directrices rédigées par la commissaire en collaboration avec les parties intéressées apporteraient les indications voulues sur le délai normal de déclaration d'une violation. Il ne devrait y avoir aucune exigence que la déclaration survienne avant la notification, bien qu'une organisation pourrait déclarer aussitôt qu'elle le juge opportun. Comme le rôle de la commissaire relève de la surveillance plutôt que du contrôle de l'accès, il n'est nul besoin que le délai de déclaration soit particulièrement court. Nous estimons qu'un délai de 45 à 90 jours serait raisonnable. Il permettrait à l'organisation de mener à bien ses mesures en réaction à la violation et à recueillir autant de faits que possible pour la déclaration à la commissaire. Encore une fois,

⁸

Principales étapes à suivre par les organisations en cas d'atteintes à la vie privée (Ottawa : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, août 2007).

rien n'empêche une organisation de déclarer plus rapidement et de demander conseil, que la loi l'exige ou non.

Tout comme pour la détermination des délais, la Section de l'ABC croit qu'il vaut mieux préciser les critères précis sur la forme et la méthode d'une notification et d'une déclaration par voie de règlement ou de lignes directrices émises par la commissaire. Cette façon de faire permet une plus grande précision et une plus grande souplesse en fonction des différentes circonstances entourant chaque violation; elle permettra aussi de modifier les règles à la lumière de l'expérience future. La Section de l'ABC est prête à présenter des commentaires supplémentaires sur ces éléments dans toute consultation future.

Il serait pertinent d'envisager un pouvoir, voire une obligation de notifier les bureaux de crédit quant aux éventuels risques de fraude associés à une violation sans consentement. Les bureaux de crédit et les groupes représentant les fournisseurs de crédit devraient être consultés afin de cerner les implications qu'entraînerait l'autorisation d'une telle notification. Les bureaux de crédit sont le principal instrument utilisé par les fournisseurs de crédit pour valider les demandes de crédit ou autres engagements financiers, comme l'assurance, et ils peuvent être efficaces comme première ligne de défense contre les éventuels vols d'identité ou autres fraudes. Encore une fois, la Section de l'ABC serait disposée à étudier plus avant la question des organisations qui pourraient servir dans la prévention de la fraude lors de toute consultation supplémentaire sur les mesures à prendre à la suite de violations.

III. PRODUIT DU TRAVAIL

A. Une modification est-elle nécessaire?

En 2005, la Section de l'ABC a recommandé que la LPRPDE soit modifiée de façon à prévoir une définition explicite des « renseignements sur le produit du travail », en précisant que ces renseignements sont exclus de la définition de « renseignements personnels » dans la *Loi*. Nous avons soutenu ceci :

[TRADUCTION]

La définition de « renseignements personnels » devrait être clarifiée en tenant compte à la fois de décision rendue par la commissaire fédérale dans le résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 15 et de l'exclusion des « renseignements sur le produit du travail » dans la *Personal Information Protection Act (PIPA)* de la Colombie-Britannique, qui a pour effet de codifier la décision de la commissaire. Les entreprises ont besoin de certitude quant à la portée de la LPRPDE pour s'assurer que tous les renseignements mentionnant simplement un employé ne sont pas considérés comme des renseignements personnels concernant cette personne aux fins de l'accès. En outre, la codification de cette exclusion reconnaîtrait, comme l'ont fait la commissaire fédérale et la *Loi de la Colombie-Britannique*, que des renseignements ne visent pas nécessairement une personne au sens personnel simplement parce qu'ils ont trait à cette personne.

Cette exclusion peut être distinguée de la décision rendue par la commissaire adjointe dans le résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 303 selon laquelle le nombre de maisons vendues par des agents d'immeuble au cours d'une année constitue des renseignements personnels. Non seulement de tels renseignements concernent-ils manifestement ces personnes, mais ils constituent aussi des renseignements financiers au sujet des revenus de ces agents. Cependant, la décision dans ce cas n'établissait pas expressément une distinction par rapport à la décision rendue dans le résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 15. Il en a découlé de l'incertitude au sujet de l'exception du « produit du travail » énoncée dans le résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 15, exception qui a régi le traitement par les organisations de leurs dossiers de travail dès l'adoption de la LPRPDE. La modification de la LPRPDE en vue de codifier la distinction au sujet du « produit du travail » du résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 15 résoudrait cette incertitude; en outre, elle ferait suite à l'intention exprimée par Industrie Canada lors de l'élaboration de la loi.⁹

En témoignant devant le Comité permanent en novembre 2006, la commissaire a affirmé ceci :

Nous reconnaissons qu'une personne, à titre d'employé ou de professionnel, peut générer de l'information qui ne la concerne pas.¹⁰

La commissaire et d'autres personnes qui ont comparu devant le Comité permanent semblent être d'accord qu'il existe une catégorie de « renseignements sur le produit du travail » qui, même s'ils sont associés à une personne précise, ne devraient pas être considérés comme étant des « renseignements personnels » sur cette personne. Cependant, la commissaire a aussi souligné le fait que certains renseignements recueillis dans le cadre de la gestion d'un milieu de travail pourraient être désignés comme « produit du travail » dans

⁹ *Supra*, note 2, p. 6-7.

¹⁰ <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=10473&SourceId=186780&SwitchLanguage=1>, 1530.

le but d'éviter d'être considérés comme les renseignements personnels d'employés (comme des images de surveillance vidéo).

La Section de l'ABC continue de croire à la nécessité d'une modification à la LPRPDE. En l'absence d'une définition précise dans la *Loi*, l'expression « renseignements sur le produit du travail » pourrait avoir des sens différents pour différentes personnes. Par exemple, des personnes demandant l'accès à leurs renseignements personnels auprès d'une organisation pourraient soutenir que chaque note de service ou lettre qu'ils ont rédigée en tant qu'employés constitue des renseignements personnels et qu'elles devraient donc y avoir accès. En revanche, une organisation pourrait soutenir que ces documents sont des « renseignements sur le produit du travail » auxquels ils ne sont pas tenus de donner accès. Sans définition expresse, de tels cas pourraient donner lieu à des plaintes auprès de la commissaire, exigeant du temps et des ressources qui seraient plus utilement consacrés à d'autres fins. En outre, l'absence d'une définition crée une incertitude quant aux droits des personnes et aux responsabilités des organisations.

À notre avis, toute préoccupation quant au risque d'utilisation de l'exclusion du « produit du travail » à des fins non prévues pourrait être réglée au moyen de définitions appropriées complétées par les interprétations judiciaires. L'application de toute loi à des faits précis exigera toujours une interprétation selon le contexte. L'interprétation est facilitée lorsque la loi donne des indications claires. La modification que nous proposons ci-dessous assurerait une plus grande certitude dans ce processus.

B. Enjeux de l'application de la loi

En ce qui concerne la définition du produit du travail, le Comité permanent est du même avis que la Section de l'ABC, qu'elle devrait s'inspirer de la définition de la PIPA de la Colombie-Britannique. Il a toutefois aussi recommandé que soit prise en considération l'approche adoptée à l'égard des renseignements des professionnels dans la loi québécoise¹¹.

¹¹

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

Nous ne sommes pas d'accord que l'approche du Québec convienne comme modèle en vue de modifier la LPRPDE. Sa portée est limitée aux renseignements de *professionnels* concernant leurs activités professionnelles, de sorte qu'elle n'est pas aisément applicable aux renseignements concernant d'autres personnes préparés ou recueillis dans le cadre de leurs responsabilités liées à un emploi. Le volet de la loi québécoise imposant une consultation des ordres professionnels serait inopportun ou impossible à appliquer pour d'autres catégories d'employés. Sur le plan des processus, l'approche québécoise exigerait d'importantes ressources au Commissariat à la protection de la vie privée ou tout autre organisme qui serait créé pour gérer les demandes d'utilisation de « renseignements sur le produit du travail ». Enfin, la clause dérogatoire prévue au Québec serait problématique puisqu'elle pourrait mener à des incohérences dans la façon dont les données sont traitées au sein d'une organisation.

La Section de l'ABC répète que la définition de « renseignements sur le produit du travail » figurant dans la PIPA de la Colombie-Britannique devrait être utilisée dans la modification de la LPRPDE. Cette définition se lit comme suit :

[TRADUCTION]

« renseignements sur le produit du travail » s'entend de renseignements préparés, compilés ou communiqués par une personne ou un groupe dans le cadre des responsabilités de cette personne ou de ce groupe reliées à leur profession, leur emploi ou leur entreprise. En sont exclus les renseignements personnels au sujet d'une personne identifiable qui n'a pas préparé, compilé ou communiqué les renseignements.¹²

Pour répondre aux préoccupations exprimées par la commissaire et d'autres au sujet du risque de conséquences imprévues que pourrait produire pour la vie privée des employés une exemption en vertu de la LPRPDE, la définition pourrait prévoir une exception supplémentaire. La deuxième phrase pourrait être formulée comme suit :

En sont exclus : (i) les renseignements personnels au sujet d'une personne identifiable qui n'a pas préparé, compilé ou communiqué les renseignements ou (ii) *les renseignements au sujet d'employés qui sont recueillis, utilisés ou communiqués aux fins de la gestion du lieu de travail.*

¹²

Personal Information Protection Act (PIPA), SBC 2003, ch. 63.

IV. AUTORITÉ LÉGITIME

A. Incertitude actuelle

La LPRPDE prévoit un dispositif qui régit la cueillette, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par le secteur privé, exigeant en général que la personne en cause en soit informée et qu'elle y consente. La LPRPDE précise aussi des circonstances précises dans lesquelles des renseignements personnels peuvent être recueillis, utilisés et communiqués sans consentement. Le paragraphe 7(3) énonce les circonstances limitées dans lesquelles une organisation peut communiquer des renseignements personnels sans consentement.

Il n'y a guère de confusion quant à la capacité d'une organisation de communiquer des renseignements lorsqu'un mandat ou une ordonnance d'un tribunal est présenté, en regard de l'alinéa 7(3)c), ou lorsque la communication est exigée par la loi, en regard de l'alinéa 7(3)i). Cependant, il y a incertitude et confusion, lorsque la communication est demandée par un organisme d'application de la loi comme la GRC ou un corps policier provincial, quant au sens d'une « autorité légitime » en vertu de l'alinéa 7(3)c.1) dans ce contexte. Certains organismes d'application de la loi demandant des renseignements ont d'ailleurs invoqué cette disposition de la LPRPDE pour justifier leur « autorité légitime » d'obtenir les renseignements demandés¹³.

B. Récente clarification

Pendant l'examen de la LPRPDE et une consultation de Sécurité publique Canada sur l'« accès légal », l'automne dernier¹⁴, cette question a été abordée et une partie de la confusion peut avoir été réglée. Les organismes d'application de la loi reconnaissent de plus en plus que l'alinéa 7(3)c.1) de la LPRPDE ne leur confère pas une autorité légitime d'obtenir les renseignements demandés, mais crée plutôt un régime discrétionnaire en vertu duquel les organisations *peuvent* communiquer des renseignements personnels si les

¹³ Cette question est examinée de façon plus détaillée dans un récent mémoire de l'ABC sur l'accès des organismes d'application de la loi aux noms et adresses de clients (Ottawa : ABC, 2007).

¹⁴ Sécurité publique Canada, Consultation sur les renseignements concernant les noms et les adresses des clients, septembre 2007.

conditions pertinentes de la disposition sont réunies. Par ailleurs, il y a maintenant un énoncé clair à la fois du gouvernement et de la commissaire au sujet de l'intention du législateur dans cette disposition.

La réponse du gouvernement affirme clairement que :

Le gouvernement souhaite confirmer que l'alinéa 7(3)c.1) a pour objet de permettre aux organisations de collaborer avec les organismes d'application de la loi et de sécurité nationale, sans nécessiter une assignation, un mandat ou une ordonnance des tribunaux. Les organisations qui partagent des renseignements avec les institutions fédérales, y compris les organismes d'application de la loi et de sécurité nationale, conformément aux exigences de cette disposition, agissent en conformité avec la LPRPDE.

D'autre part, la commissaire, répondant à la consultation de 2007 sur l'« accès légal », a aussi clairement souligné l'intention sous-tendant l'alinéa 7(3)c.1) :

En revanche, l'alinéa 7(3)c.1) vise clairement à permettre aux organisations de communiquer des renseignements personnels sans consentement ni notification aux organismes responsables de l'application de la loi et de la sécurité nationale et autres organisations gouvernementales en l'absence d'une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, l'organisme qui demande le renseignement doit faire part de son autorité juridique et mentionner qu'il recueille l'information pour l'une ou l'autre des raisons énumérées à l'alinéa, par exemple aux fins du contrôle d'application du droit canadien, provincial ou étranger.

Dans le cadre des délibérations à la Chambre des communes au sujet de la loi (projet de loi C-6), le ministre de l'Industrie a clairement énoncé que l'alinéa 7(3)c.1) visait à maintenir le *statu quo* : « Ces amendements ne confèrent aucun nouveau pouvoir aux institutions gouvernementales et ils n'imposent aucune nouvelle obligation aux entreprises. » Bien que l'alinéa 7(3)c.1) ne visait pas à modifier le *statu quo*, nous reconnaissons qu'il a pu créer une incertitude au sein des organisations qui se voient demander de communiquer certains renseignements.

Cette disposition a fait l'objet d'un nombre important de discussions au cours de la révision quinquennale obligatoire de la LPRPDE réalisée par le Comité permanent de la Chambre des communes sur l'accès à l'information, la protection des renseignements personnels et l'éthique. Dans son rapport déposé le 2 mai 2007, le Comité a recommandé que soit étudiée la possibilité de clarifier le sens de l'expression « autorité légitime » à l'alinéa 7(3)c.1).

... La commissaire à la protection de la vie privée a affirmé publiquement qu'elle ne s'objectait pas à l'ajout de la définition des termes « autorité légitime » et « institution gouvernementale » si le gouvernement était d'avis que de telles définitions clarifieraient la loi.

Bien que le document de consultation désigne « l'absence de dispositions législatives explicites » à titre de problème que tente de régler le processus de

consultation, la LPRPDE constitue en fait un code législatif explicite qui donne un accès légal aux organismes responsables de l'application de la loi et de la sécurité nationale tout en « préservant et en assurant la protection de la vie privée ainsi que les autres droits et libertés de toutes les personnes habitant au Canada. » [Italiques ajoutés]

C. Options en vue d'une clarification supplémentaire

S'il faut clarifier encore l'alinéa 7(3)c.1), nous voyons trois options possibles : i) modifier la LPRPDE de façon à ajouter une nouvelle définition d'une « autorité légitime »; ii) envisager un règlement en vertu de l'article 26 de la LPRPDE; ou iii) faire émettre des lignes directrices soit par Industrie Canada, soit par la commissaire, en collaboration avec les organismes d'application de la loi, l'industrie et d'autres parties intéressées. Comme on l'a vu plus haut, le plus grand domaine d'incertitude est survenu dans le contexte des demandes présentées par des organismes d'application de la loi par opposition à des demandes d'un ministère ou organisme du gouvernement habilités en ce sens par la loi. Toute mesure supplémentaire pour régler l'incertitude subsistante devrait viser ce contexte.

(i) Nouvelle définition d'« autorité légitime » dans la LPRPDE

Des trois options, nous croyons que celle-ci est la plus difficile du point de vue de la rédaction. Nous estimons qu'une modification à la loi n'est peut-être pas nécessaire, compte tenu des clarifications faites jusqu'à présent et des autres options possibles.

(ii) Règlement en vertu de l'article 26 de la LPRPDE

La LPRPDE prévoit le pouvoir de préciser par règlement le sens d'« institution gouvernementale » et, de façon plus générale, de donner des indications pour l'application des buts et dispositions de la LPRPDE. Bien qu'un nouveau règlement supposerait un processus plus simple qu'une modification à la loi, il entraînerait aussi des difficultés sur le plan de la rédaction pour tenter de clarifier des expressions telles qu'« autorité légitime ».

(iii) Lignes directrices

Les options (i) ou (ii) pourraient réduire par inadvertance la portée de la LPRPDE. Cependant, les contraintes de la rédaction aux fins législative ou réglementaire ne se posent pas pour des lignes directrices. En outre, l'alinéa 7(3)c.1) de la LPRPDE est une disposition discrétionnaire plutôt qu'obligatoire. Compte tenu de la structure de la LPRPDE et des clarifications faites au cours des derniers mois, des lignes directrices pourraient suffire à

apporter les clarifications supplémentaires requises. Cette solution est celle qui a été retenue dans le document d'orientation de Service Alberta *Requesting Personal Information from the Private Sector: Forms and Guidelines for Law Enforcement Agencies*. Pour ce qui est de préciser l'« autorité légitime » d'une institution gouvernementale, ces lignes directrices déclarent ceci :

[TRADUCTION]

Certaines lois confèrent à un organisme des pouvoirs d'enquête précis qui peuvent comprendre des pouvoirs de collecte de renseignements, comme dans le cas d'enquêtes en vertu de l'*Occupational Health and Safety Act* de l'Alberta, ou selon ce que prévoient les obligations et pouvoirs des agents de police en vertu du paragraphe 38(1) de la *Police Act*.¹⁵

Cette solution permettrait à Industrie Canada ou à la commissaire de collaborer avec les parties intéressées en vue de mieux comprendre quelles incertitudes subsistent et d'émettre des lignes directrices élaborées de concert, qui comblient les besoins à la fois des organismes d'application de la loi et du secteur privé tout en préservant les droits personnels au respect de la vie privée. La Section de l'ABC collaborera volontiers à la rédaction de lignes directrices.

V. ENQUÊTES ET ORGANISMES D'ENQUÊTE

La Section de l'ABC croit qu'un problème important de la LPRPDE concerne les dispositions sur la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le cadre d'une enquête.

Dans notre mémoire de 2005, nous avons présenté les points de vue suivants sur les exemptions actuelles pour « organismes d'enquête », affirmant qu'elles :

[TRADUCTION]

- ont entraîné de la confusion quant à l'application des principes du droit des mandats et de la relation de tiers fournisseur de services que les organismes d'enquête ont avec leurs clients;

¹⁵

Document d'orientation de Service Alberta, *Requesting Personal Information from the Private Sector: Forms and Guidelines for Law Enforcement Agencies*, p. 10.

- comportent des restrictions superflues (p. ex., exigeant qu'une communication de renseignements soit faite « à l'initiative de l'organisation »);
- entraînent des résultats incohérents parce qu'elles ne comportent pas d'exemptions pour consentement réciproque (p. ex., une organisation a le droit de recueillir des renseignements, mais la partie auprès de laquelle elle a le droit de le faire n'a pas le droit de les communiquer);
- ont par inadvertance entraîné de la confusion au sujet de l'application de la LPRPDE. Il en a découlé que des organisations qui de prime abord ne semblent pas se livrer à des activités commerciales et donc ne sont pas régies par la LPRPDE (p. ex., les associations provinciales de CGA) ont demandé volontairement d'être désignées comme organismes d'enquête et de ce fait ont été tenues de prouver leur conformité à la LPRPDE¹⁶.

La Section de l'ABC a recommandé les mesures suivantes :

- supprimer le processus de désignation d'organisme d'enquête;
- adopter l'approche des PIPA de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, prévoyant que le droit de recueillir des renseignements serait accompagné d'un droit correspondant de les communiquer;
- adopter l'approche des PIPA prévoyant que la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements sans consentement seraient autorisées aux fins d'une enquête (c.-à-d. sans exigence qu'une personne réponde au critère d'organisme d'enquête aux fins de l'exemption et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une désignation d'organisme d'enquête);
- adopter l'approche plus directe des PIPA face au traitement des renseignements par une tierce partie, de sorte que la définition d'une organisation comprendrait toute personne travaillant pour le compte de cette organisation, et par conséquent un enquêteur serait considéré comme un mandataire de son client.

En plus des anomalies inhérentes aux dispositions actuelles de la LPRPDE sur les enquêtes, la Section de l'ABC croit que le processus de demande de désignation comme organisme d'enquête est à ce point onéreux, vu le coût prohibitif de l'élaboration et de la présentation de la demande, qu'il est à toutes fins pratiques inaccessible sauf aux organisations les mieux financées. En adoptant des règles de communication réciproque et les dispositions sur les enquêtes, on atténuerait les distorsions qui sont survenues en raison de la nécessité d'une désignation comme organisme d'enquête.

¹⁶

Supra, note 2, p. 28-29.

Nous appuyons vivement la conclusion de la réponse du gouvernement voulant qu'un examen plus approfondi des approches adoptées par l'Alberta et la Colombie-Britannique s'impose, et qu'il faut examiner de façon plus poussée comment rationaliser au mieux les dispositions de la LPRPDE sur les enquêtes, de sorte que le processus soit à la fois plus efficace et plus logique et pour assurer une meilleure harmonisation avec les provinces et les territoires.

VI. OSAL (OUTILS DE SENSIBILISATION À LA LPRPDE)

La réponse du gouvernement invite les commentaires sur la recommandation 17 du rapport du Comité permanent de déterminer « quels éléments du document sur les outils de sensibilisation à la LPRPDE pourraient être énoncés sous forme législative ». L'application de la LPRPDE au secteur de la santé a créé des incertitudes, surtout qu'elle n'a pas été conçue de façon à s'y appliquer et à reconnaître les sensibilités et complexités particulières des renseignements sur la santé. Les questions et réponses sur les outils de sensibilisation à la LPRPDE (OSAL) semblent destinées à éliminer certaines de ces incertitudes.

Cependant, la Section de l'ABC croit qu'il n'est ni simple ni souhaitable de simplement greffer les questions et réponses sur les OSAL à la LPRPDE. Elles pourraient accroître plutôt que réduire l'ambiguïté, puisqu'elles n'ont pas été rédigées dans un langage législatif ou réglementaire.

La Section de l'ABC recommande plutôt qu'après un examen plus approfondi par la commissaire, les questions et réponses sur les OSAL soient adoptées à titre de lignes directrices officielles de la commissaire, ce qui créerait une plus grande certitude quant à leur statut. Le site Web d'Industrie Canada fait actuellement référence au document sur les OSAL, indiquant que la commissaire a participé à sa rédaction, mais ce document n'est pas présenté dans le site Web de la commissaire à titre de lignes directrices officielles.

VII. INCIDENCE SUR LE PROCESSUS JUDICIAIRE

Dans son mémoire de 2005, la Section de l'ABC soutenait que la LPRPDE devrait être neutre à l'égard du processus judiciaire. Nous reconnaissions que la LPRPDE contient certaines exceptions précises à l'exigence du consentement, pour répondre à la nécessité de

recueillir, utiliser et communiquer des renseignements personnels dans le cadre du processus judiciaire. Cependant, en plus des difficultés entraînées par les dispositions sur les enquêtes et les organismes d'enquête que nous avons abordées précédemment, il y a de nombreuses circonstances du cours normal du processus judiciaire auxquelles ces exceptions ne répondent pas.

A. Enquêtes et déclarations de témoins

Dans l'optique du modèle législatif de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, nous avons recommandé d'exclure les renseignements accessibles selon la loi à une partie dans une instance judiciaire. Le traitement que réserve la LPRPDE aux enquêtes et aux déclarations de témoins recueillies dans le cadre d'enquêtes illustre la répercussion que la loi produit par inadvertance sur des procédures judiciaires bien établies.

Une partie à une procédure ou à une procédure prévue peut recueillir des renseignements personnels sans le consentement de la personne en cause, en vertu de l'alinéa 7(1)b). Si la personne transmettant les renseignements est un particulier, rien n'empêche cette personne de les communiquer à l'organisation qui les recueille. Cependant, si une organisation ou un particulier agissant pour le compte d'une organisation communique l'information, la LPRPDE permet la communication uniquement avec le consentement de la personne visée par les renseignements, ou sur ordonnance d'un tribunal (alinéa 7(3)c)) ou à un organisme d'enquête (alinéa 7(3)d)). En d'autres termes, la partie peut recueillir les renseignements auprès d'un particulier, mais pas d'une autre organisation parce qu'une autre organisation *ne peut pas les communiquer* à moins qu'une ou l'autre de ces exigences soit respectée.

La LPRPDE permet aussi à des particuliers d'avoir accès à des déclarations de témoins qui contiennent leurs renseignements personnels. L'accès à des déclarations de témoins peut permettre d'identifier le témoin, révéler des documents soumis au privilège des communications liées à un litige et contourner des règles bien établies de procédure civile et de communication préalable.

Autre anomalie, un organisme d'enquête n'est manifestement pas le mandataire de l'organisation. Si la relation de mandataire était clairement reconnue dans ce contexte, cela

résoudrait les problèmes pour une organisation communiquant des renseignements sans consentement à un organisme d'enquête ou à une deuxième organisation qui a retenu l'organisme d'enquête comme son mandataire.

Les exceptions à l'exigence du consentement prévues à l'article 7 semblent avoir des conséquences non prévues. Des renseignements peuvent être recueillis et utilisés par une organisation sans restriction, mais peuvent seulement être communiqués si des conditions précises sont réunies. Une des conséquences probablement non prévues en a été une prolifération d'organisations demandant la désignation en tant qu'« organismes d'enquête », comme il en a été question plus haut.

Une approche semblable à celle des lois de l'Alberta et de la Colombie-Britannique serait de permettre la cueillette, l'utilisation *et la communication* de renseignements personnels lorsqu'elles sont raisonnables aux fins d'une enquête. Cette approche éliminerait une importante anomalie et une certaine rigidité de la LPRPDE à l'égard du processus judiciaire.

B. Autres effets sur le processus judiciaire

La LPRPDE a aussi un effet nuisible ou non nécessaire dans un certain nombre d'échanges de renseignements entre parties, tiers et avocats qui ne sont pas ordonnés par un tribunal. Les alinéas 7(3)a) à c) prévoient la communication à un avocat, la communication dans le cadre du recouvrement d'une créance et la communication sur ordonnance d'un tribunal, en cas d'assignation ou conformément aux règles de procédure se rapportant à la production de documents. De nombreuses formes de différends judiciaires, depuis les cas de blessures corporelles aux mesures disciplinaires ou aux différends commerciaux supposent la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels. Les exemples suivants illustrent certains problèmes qui peuvent survenir.

- **Collecte d'informations** : Même si l'alinéa 7(3)a) permet la communication de renseignements personnels par un client à son avocat, il n'y a aucune exception expresse permettant à l'avocat de recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels, et aucune exclusion pour les avocats agissant au nom de leurs clients. Dans de nombreux cas, l'avocat est simplement le mandataire de la partie, mais la LPRPDE semble traiter les avocats comme des entités distinctes recueillant des renseignements. Par exemple, selon le résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 340, deux cabinets d'avocats auraient contrevenu à

la LPRPDE. Agissant au nom de leurs clients pour obtenir des rapports de solvabilité sur une personne en vue d'une éventuelle poursuite, les cabinets ont été considérés comme s'étant livrés à des activités commerciales¹⁷.

Dans de telles circonstances pourtant, on pourrait soutenir que les clients, bien qu'assujettis à la LPRPDE, avaient le droit de recueillir les renseignements en vertu de l'alinéa 7(1)b) et que rien n'interdisait aux avocats, agissant simplement comme mandataires, de recueillir les renseignements.

- **Entrevues avec les témoins, experts et enquêteurs** : Les clients peuvent communiquer des renseignements à leur avocat, mais aucune disposition de la LPRPDE (sauf en cas de recouvrement d'une créance) ne permet la communication à d'autres parties qui pourraient participer au processus judiciaire telles que témoins, juricomptables, enquêteurs privés, tierces parties, autres avocats ou témoins experts. Il n'y a pas non plus d'exception permettant à de telles parties de communiquer à leur tour les renseignements se trouvant, par exemple, dans un rapport d'expertise.
- **Plaidoyers** : La LPRPDE conditionne la capacité des avocats de préparer efficacement des plaidoyers, qui dévoilent souvent des renseignements personnels de particuliers sans que ceux-ci le sachent ou y consentent. Même si la LPRPDE permet, lorsque la loi l'exige, la communication de renseignements personnels sans que la personne concernée le sache ou y consente (alinéa 7(3)i)), il n'est pas clair que cette exception engloberait les renseignements personnels utilisés dans des plaidoyers.
- **Interrogatoires préalables** : La LPRPDE ne prévoit pas d'exemption pour les communications orales faites dans le cadre d'interrogatoires préalables ou de débats judiciaires. L'exception précise figurant à l'alinéa 7(3)c) concerne la « production de documents ». Si une partie peut refuser des questions substantielles en soutenant qu'une réponse pourrait comprendre des renseignements dont la communication est interdite par la LPRPDE, un tel refus peut être invalidé par une ordonnance d'un tribunal faisant suite à une requête. Cependant, le recours aux tribunaux non seulement entraîne des frais juridiques accrus pour les parties, mais taxe le système juridique dans son ensemble du fait d'une prolifération de requêtes qui ne seraient autrement pas nécessaires. Les PIPA de l'Alberta et de la Colombie-Britannique règlent ce problème en utilisant l'expression « production de renseignements »¹⁸.
- **Médiation, arbitrage et règlements** : La LPRPDE ne contient pas d'exception pour les renseignements personnels recueillis, utilisés ou communiqués dans le cadre de médiations, d'arbitrages et de règlements. Cette lacune entrave la capacité des parties à préparer et utiliser efficacement des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends. L'exception à la règle sur l'accès prévue pour les renseignements

¹⁷ Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 340, « Des cabinets d'avocats recueillent des rapports de solvabilité sans le consentement des personnes concernées » (le 2 mai 2006).

¹⁸ Voir p. ex., *Personal Information Protection Act* de l'Alberta, ch. P-6.5, alinéa 20e).

engendrés dans le cadre d'un processus officiel de règlement des litiges devrait s'appliquer aux renseignements engendrés dans des médiations et autres processus de règlement des différends.

Ces exemples démontrent le fait que le cadre étroit des exceptions de l'article 7 de la LPRPDE ne convient pas dans le contexte particulier des procédures judiciaires. En général, dans les litiges, tous les renseignements pertinents doivent être communiqués de façon à ce que la vérité puisse être déterminée. La pleine communication aide à faire en sorte que des décisions régulières soient rendues et contribue au règlement des différends. Les parties doivent pouvoir faire valoir leurs réclamations et répondre aux réclamations d'autres parties. La conciliation du respect de la vie privée dans le contexte de la saine administration de la justice impose des considérations différentes de celles qui sont en jeu face aux besoins des activités d'affaires ordinaires. Dans le contexte des procédures judiciaires, nous croyons que les tribunaux sont les mieux placés pour concilier les impératifs de la protection de la vie privée et la nécessité d'une pleine divulgation dans les litiges; nous constatons d'ailleurs qu'ils jouent ce rôle depuis de nombreuses années sans lois sur la protection des renseignements.

Les règles des tribunaux et de la common law ont évolué graduellement pour constituer un vaste ensemble de règles de droit répondant aux préoccupations de la protection de la vie privée indépendamment de toute loi sur la protection des renseignements dans le secteur privé¹⁹. Par exemple dans *M.(A.) c. Ryan*, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la nécessité d'une pleine divulgation et de certaines exceptions à ce principe de base :

... toute personne a une obligation générale de faire un témoignage pertinent quant à la question dont le tribunal est saisi, de manière à ce que la vérité puisse être découverte. [...] Je reconnais qu'un plaideur doit accepter les atteintes à sa vie privée qui sont nécessaires pour permettre au juge ou au jury de découvrir la vérité et de prononcer un verdict juste. Mais je n'accepte pas qu'en demandant les dommages-intérêts permis par la loi, un plaideur autorise la partie adverse à fouiller dans les aspects de sa vie privée qui n'ont pas besoin d'être scrutés pour bien trancher le litige.²⁰

¹⁹

Par exemple, la règle sur l'engagement implicite est foncièrement une règle visant la protection des renseignements personnels. Voir P. Matthews et H.M. Malek, *Discovery* (London: Sweet & Maxwell, 1992) (« *The primary rationale for the imposition of the implied undertaking is the protection of privacy* » (la justification principale de l'imposition de la règle de l'engagement implicite est la protection de la vie privée), p. 253).

²⁰

[1997] 1 R.C.S. 157, paragraphes 19 et 38.

Dans son mémoire de 2005, la Section de l'ABC recommandait que la LPRPDE soit modifiée dans le sens des PIPA de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, de façon à exclure les renseignements auxquels une partie à une instance a accès en vertu de la loi. Les PIPA de la Colombie-Britannique et de l'Alberta reconnaissent que les lois sur la protection des renseignements sont mal adaptées au contexte des procédures judiciaires. Elles prévoient de vastes exceptions à l'exigence d'un consentement dans le cas de renseignements recueillis, utilisés et communiqués dans le contexte d'enquêtes et de procédures judiciaires²¹, elles affirment expressément qu'elles ne limitent pas les renseignements accessibles selon la loi à une partie à une instance²², et elles prévoient que les renseignements recueillis aux fins d'une enquête ou d'une procédure judiciaire sont exemptés des dispositions des lois concernant l'accès. La loi de l'Alberta contient aussi une déclaration judicieusement générale voulant qu'elle ne s'oppose à aucun privilège juridique²³. L'exception prévue par la LPRPDE est plus circonscrite et protège uniquement le privilège des renseignements au titre du secret professionnel liant l'avocat à son client en cas de demande d'accès²⁴.

Lorsque les parties violent les limites raisonnables des litiges, par exemple en recueillant, en utilisant ou en communiquant des renseignements qui ne sont pas pertinents à une poursuite, elles s'exposent à des sanctions en vertu de la LPRPDE et éventuellement dans le cadre du litige lui-même. La collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le cadre de procédures judiciaires devraient être régis par les règles bien établies visant expressément ce contexte.

Les préoccupations qui ont motivé la recommandation de la Section de l'ABC ont aussi été prises en compte par certains tribunaux. En 2004, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a exprimé une mise en garde que la LPRPDE pourrait perturber sensiblement les systèmes de justice civile et de justice pénale du Canada :

²¹ PIPA de la Colombie-Britannique, alinéas 14d), 17d) et 20m); PIPA de l'Alberta, alinéas 12(1)c), 15(1)c) et 18(1)c).

²² PIPA de la Colombie-Britannique, paragraphe 3(4); PIPA de l'Alberta, alinéa 4(5)b).

²³ PIPA de l'Alberta, alinéa 4(5)a).

²⁴ LPRPDE, alinéa 9(3)a).

[TRADUCTION]

Les dispositions législatives en cause sont complexes et formulées de façon si large qu'on pourrait raisonnablement élargir leur portée au point de transformer les litiges tant civils que pénaux par rapport à ce qu'ils sont aujourd'hui.²⁵

Le rapport du Comité permanent recommandait aussi l'approche des PIPA. Cependant, la réponse du gouvernement indique que celui-ci n'est pas d'accord qu'une modification soit nécessaire pour le moment.

La Section de l'ABC incite le gouvernement à reconsidérer la question vu le risque persistant de distorsion du processus judiciaire. Nous proposons d'envisager une vaste exclusion à l'égard des renseignements personnels recueillis, utilisés ou communiqués dans le contexte d'une instance, et des modifications particulières palliant les lacunes que nous avons cernées à l'égard des enquêtes et des renseignements nécessaires à l'égard de procédures judiciaires et de processus extrajudiciaires de règlement des différends.

Nous nous inquiétons aussi de ce que la loi puisse être plus fréquemment enfreinte que respectée, puisque les parties et leurs avocats adhèrent à des règles normales de pratique indépendamment des restrictions que peut imposer la LPRPDE. Ceci ne favoriserait pas le respect de la loi, ce qui est manifestement un résultat indésirable.

VIII. CONCLUSION

La Section de l'ABC espère que ces commentaires aideront à la réalisation des objectifs énoncés dans la réponse du gouvernement. C'est avec plaisir que nous répondrons à toute question et fournirons des renseignements supplémentaires sur les sujets abordés dans ce mémoire ou toute autre question pertinente à la réalisation de ces objectifs.

²⁵

Ferenczy c. MCI Medical Clinics, 2004 CanLII 12555 (C.S. Ont.), paragraphe 27; conf. par CanLII 18186 (C.A. Ont.).