

Eloïse Gratton
Tél 514-954-3106
egratton@blg.com

Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L. / LLP
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Bureau / Suite 900
Montréal, QC, Canada H3B 5H4
Tél. 514.879.1212
Télec./F 514.954.1905
blg.com



Le 27 novembre 2015

Monsieur Jean Chartier
**COMMISSION D'ACCÈS
À L'INFORMATION DU QUÉBEC**
Bureau 1.10
575, rue Saint-Amable
Québec (QC) G1R 2G4

Objet : Consultations relatives à l'actualisation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*

Monsieur,

Je tiens à vous remercier de me donner l'occasion de vous transmettre mes commentaires dans le cadre des Consultations relatives à l'actualisation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (« LPRPSP »).

Vous noterez que j'ai co-signé la réponse soumise par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal en ce qui a trait à vos quatre questions, ces réponses ayant été préparées conjointement avec les experts du CRDP.

Ce supplément vise uniquement les aspects plus pratiques qui, selon moi, méritent réflexion dans certains cas, en dehors des quatre questions posées. Je pratique le droit exclusivement dans le domaine de la protection de la vie privée à titre d'associée et co-chef national du groupe Respect de la vie privée et de la protection des données du cabinet national Borden Ladner Gervais. À ce titre, je conseille des dirigeants d'entreprises provenant de toutes les industries, ayant dans la plupart des cas des opérations à l'échelle nationale, en ce qui a trait aux questions juridiques et à la gestion des risques associés à la protection des renseignements personnels de leurs clients et employés.

Je traite donc, au quotidien, des différentes lois en matière de protection des renseignements personnels qui peuvent s'appliquer au Canada aux entreprises du secteur privé, soit la LPRPSP, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques* (« LPRPDE »), ainsi que les deux lois de l'Ouest canadien, soit les *Personal Information Protection Act* (« PIPA ») de la Colombie Britannique et de l'Alberta. Ayant à naviguer avec ces quatre lois, je crois être en mesure de vous éclairer adéquatement sur les enjeux plus pratiques découlant de la LPRPSP.

a) **Consentement implicite**

En vertu de l'article 14 de la LPRPSP, « Le consentement à la collecte, à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques (...) ». La notion de consentement « manifeste » est de façon générale interprétée comme étant un consentement explicite (ou de type « opt-in »). Ceci implique que, contrairement à la LPRPDE ou aux PIPAs de l'Alberta et de la Colombie-Britannique qui incluent une notion de consentement implicite, plus particulièrement dans certaines situations impliquant des renseignements non sensibles,

la LPRPSP n'offre aucune flexibilité quant à la forme du consentement. D'ailleurs, c'est surtout pour cette raison qu'il serait selon moi utile d'inclure la notion de renseignement « sensible » dans la LPRPSP.¹

En ce qui a trait à la LPRPSP, il est de mon opinion que cette notion de consentement « manifeste » devrait être actualisée afin de répondre aux réalités du marché et des technologies du web et afin de s'assurer que cette notion de consentement soit mieux adaptée aux nouvelles réalités. Plus précisément, ce commentaire doit se lire avec les commentaires touchant la nécessité d'avoir une notion distincte de renseignements personnels d'employés (voir la section b) ci-dessous), ceux relatifs à la nécessité d'introduire une exception pour les transactions d'affaires (voir la section c) ci-dessous), ainsi que ceux touchant aux nouvelles initiatives en matière de publicité ciblée (voir la section d) ci-dessous).

b) Exclusion pour renseignements personnels d'employés

Je crois qu'il est absolument essentiel de créer une catégorie différente de « renseignements personnels d'employés ». Il est certainement irréaliste de s'attendre à ce que les employeurs obtiennent le « consentement manifeste » de leurs employés avant toute collecte ou utilisation de leurs renseignements personnels dans le contexte de la gestion de l'employé. Il est d'ailleurs difficile de considérer le consentement de l'employé comme étant réellement volontaire, car les conséquences d'un refus ne sont pas toujours claires et un employé pourrait croire, à tort ou à raison, que son emploi est en jeu. D'ailleurs, non seulement cet enjeu a déjà été souligné dans une décision de la Cour fédérale,² mais de plus, je souligne que les lois PIPAs de la Colombie Britannique et de l'Alberta, ainsi que la loi fédérale LPRPDE incluent toutes cette distinction dans leur loi.³ Les employeurs doivent, en vertu de ces trois autres lois, collecter uniquement les renseignements raisonnablement nécessaires dans le cadre de la gestion de l'employé. Je suggère que la CAI considère introduire ce type d'amendement à la LPRPSP.

c) Exception pour les transactions d'affaires

La LPRPSP, à l'article 14, soumet que les individus doivent consentir à la collecte, l'utilisation et la divulgation de leurs renseignements personnels (de façon « manifeste »). Lorsque des entreprises envisagent de conclure une transaction d'affaires (tels l'achat ou la vente d'une entreprise, l'acquisition ou la cession d'actifs, etc.), plusieurs défis découlent de cette notion de consentement « manifeste ». En effet, il peut être pénible voire pratiquement impossible pour une entreprise d'obtenir le consentement de ses clients ou employés avant de divulguer leurs informations, soit au stade de la vérification diligente ou alors au stade de la clôture de la transaction. Pour adresser ce type de situations, les autres lois au

¹ La notion de renseignement sensible devrait être introduite, quoique cette dernière ne devrait pas uniquement référer à la « nature » des renseignements comme c'est le cas en vertu de la Directive 95/46/CE, la sensibilité étant souvent une question de contexte. D'ailleurs, dans mon ouvrage récent, je souligne les problématiques découlant d'une évaluation de la sensibilité associée uniquement à la nature du renseignement et je discute des différents critères pouvant être utilisés afin de déterminer la sensibilité d'un renseignement. Voir plus précisément la section 3.1.2.2. de l'ouvrage *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*, LexisNexis, 2013.

² *Wansink c. Telus Communications Inc.*, 2007 CAF 21.

³ La LPRPDE a été amendée en ce sens suite aux amendements récents découlant du projet de loi S-4 entré en vigueur en juin dernier.

Canada, soit les PIPAs de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, et plus récemment la LPRPDE,⁴ ont des exceptions en matière de transactions d'affaires. En vertu de ces exceptions, les organisations qui sont parties à une transaction commerciale sont en mesure d'utiliser et de divulguer les renseignements personnels *nécessaires* pour déterminer si les parties désirent procéder à la transaction, sans la connaissance ou le consentement des personnes concernées, si elles concluent un accord de confidentialité. Si la transaction n'a pas lieu, l'information doit être renvoyée ou détruite dans un délai raisonnable. Si la transaction est complétée, l'une des parties doit, dans un délai raisonnable suite à la clôture de la transaction, aviser les personnes concernées qu'une transaction a été conclue et que leurs renseignements personnels ont été communiqués et transférés à l'acquéreur dans le cadre de cette transaction.

Le Québec se trouve donc être la seule juridiction au Canada à ne pas avoir de telle exception dans sa loi. Les entreprises régies par la LPRPSP, parties à une transaction commerciale qui implique le transfert de renseignements personnels, devraient pouvoir procéder de la même façon qu'en vertu des trois autres lois, et ainsi éviter de procéder dans l'illégalité avec les risques que cela comporte. Bref, la LPRPSP devrait être modifiée afin d'inclure une « exception en matière de transaction d'affaires » similaire à celle se retrouvant dans les lois des trois autres juridictions canadiennes. La soussignée a d'ailleurs souvent publié son point de vue à ce sujet au cours des dernières années.⁵

d) Publicité ciblée et Pourriel

Les dispositions 22 à 26 de la LPRPSP règlementent l'utilisation des renseignements personnels à des fins de prospection commerciale. Fait à noter : ces dispositions datent des négociations ayant eu lieu en 1993. Le but de ces dispositions, si l'on se fie aux débats parlementaires, était de permettre aux entreprises de pouvoir utiliser ou de transférer leurs listes de clients à des fins de prospection commerciale. Toutefois, en vertu de la loi, certaines exigences doivent être respectées : 1° il doit y avoir un contrat obligeant le tiers à n'utiliser la liste qu'à des fins de prospection commerciale; 2° avant le transfert, les personnes concernées doivent avoir eu l'occasion valable de refuser ce transfert; et 3° ce transfert ne doit pas porter atteinte à la vie privée des personnes concernées.⁶

Ces dispositions visent toute « liste nominative », terme défini au départ comme étant « une liste de noms, de numéros de téléphone, d'adresses géographiques de personnes physiques ». En 2006, la notion d'adresse courriel a été incluse avec le libellé : « ou d'adresses technologiques où une personne physique

⁴ Dans le contexte des amendements proposés pour la loi fédérale LPRPDE par l'entremise de son projet S-4, la soussignée a d'ailleurs témoigné que ce type d'amendement était nécessaire. Eloïse Gratton, *Bill S-4 : My Appearance Before the Industry Committee*, 26 mars 2015, disponible à <http://www.eloisegratton.com/blog/2015/03/26/bill-s-4-my-appearance-before-the-industry-committee/>

⁵ Eloïse Gratton, *Opinion: Quebec should amend its private sector data protection law*, The Gazette, October 6, 2011; Eloïse Gratton, *Business Transaction Exception Not Universal*, The Lawyers Weekly, Information Technology Section, Vol. 26, No 27, LexisNexis, November 17, 2006; Eloïse Gratton, *Privacy Liability in Business Transactions: The Alberta "Builders" Case and the Different Canadian Privacy Regimes*, Canadian Privacy Law Review, Vol. 4, Number 3, LexisNexis, December 2006.

⁶ Cette dernière exigence a été interprétée, par exemple, dans le contexte où un pharmacien avait transféré la liste de ses clients diabétiques. Voir *Deschênes c. Groupe Jean Coutu*, PV 98 08 42 (C.A.I.).

peut recevoir communication d'un document ou d'un renseignement technologique » pour mieux refléter la réalité de l'utilisation de listes de clients pour l'envoi de courriels commerciaux/publicitaires.

Deux choses découlent de ces dispositions 22 à 26 de la LPRPSP. Premièrement, comme cette section ne vise précisément que certains types de renseignements de type « contacts d'affaires », il semblerait que toutes nouvelles initiatives en matière de publicité ciblée, contextuelle ou comportementale, ne soient pas visées par ces dispositions et seraient donc illégales à moins d'obtenir un consentement « manifeste » (donc probablement explicite) et ce, même si les renseignements utilisés ne sont pas des renseignements de nature sensible. Bref, ceci fait en sorte que les résidents québécois sont très souvent exclus de ce type d'initiatives publicitaires. Dans un contexte en vertu duquel, de plus en plus, les outils analytiques permettent de cibler spécifiquement les individus selon leurs intérêts à des fins publicitaires, il serait intéressant de s'assurer que ce nouveau type de prospection commerciale soit visé par la LPRPSP.⁷

Deuxièmement, la nouvelle loi fédérale anti-pourriel (« LCAP ») est entrée en vigueur en juillet 2014, et il est à noter que les dispositions de la LPRPSP ne sont pas aussi rigoureuses que celles de la LCAP. Une entreprise qui respecte la LPRPSP dans le cadre de ses initiatives impliquant l'envoi de messages électroniques commerciaux pourrait se trouver en contravention avec la LCAP. Par exemple, au niveau du consentement, la LPRPSP favorise, contrairement à la LCAP, un consentement de type « opt-out », dans le contexte de l'utilisation ou la vente de listes d'adresses courriel.⁸ Malgré que la LPRPSP prévoit des obligations de bien s'identifier et d'inclure un mécanisme de retranchement tout comme le fait la LCAP,⁹ il n'y a pas, dans la LPRPSP, de délai déterminé pour enlever les informations de la liste d'envoi (qui est de dix jours sous la LCAP).¹⁰ Bref, la soussignée ne recommande pas nécessairement que des amendements soient effectués dans le même sens que la LCAP qui crée énormément de confusion. Toutefois, certaines entreprises apprécieraient obtenir la confirmation ou l'assurance de la CAI que la LPRPSP s'applique toujours à leurs activités locales impliquant l'envoi de courriels de nature commerciale.

⁷ Personalization, *Analytics, and Sponsored Services: The Challenges of Applying PIPEDA to Online Tracking and Profiling Activities*, Canadian Journal of Law and Technology, Thompson-Carswell, November 2010.

⁸ Voir s. 23 de la LPRPSP : « Une personne qui exploite une entreprise peut, sans le consentement des personnes concernées, utiliser, à des fins de prospection commerciale ou philanthropique, une liste nominative de ses clients, de ses membres ou de ses employés. La personne qui utilise à ces fins une telle liste nominative doit accorder aux personnes concernées une occasion valable de refuser que des renseignements personnels les concernant soient utilisés à de telles fins. »

⁹ Voir s. 24 et 25 de la LPRPSP : « Une personne qui exploite une entreprise peut, sans le consentement des personnes concernées, utiliser, à des fins de prospection commerciale ou philanthropique, une liste nominative de ses clients, de ses membres ou de ses employés. La personne qui utilise à ces fins une telle liste nominative doit accorder aux personnes concernées une occasion valable de refuser que des renseignements personnels les concernant soient utilisés à de telles fins. »

¹⁰ Voir la s. 26 de la LPRPSP qui réfère à un critère de « diligence », lorsque la s. 11 (3) de la LCAP, précise plutôt un délai de 10 jours.

e) Notification de l'endroit d'entreposage et transferts de renseignements personnels

La section 8 (3) de la LPRPSP précise que : « La personne qui recueille des renseignements personnels auprès de la personne concernée doit, lorsqu'elle constitue un dossier sur cette dernière, l'informer (...) 3° de l'endroit où sera détenu son dossier ainsi que des droits d'accès ou de rectification. »

Dans un premier temps, cette notion d'*endroit* qui date de la version originale de la LPRPSP (1993) n'a jamais été interprétée par la CAI ou encore par les tribunaux du Québec. Il n'est donc pas clair si l'on parle ici d'une adresse physique ou d'une juridiction particulière déterminant alors les lois applicables (i.e. Québec, Canada, etc.).

Dans un deuxième temps, cette notion de notification d'endroit apporte son lot de défis pour les entreprises qui ont recours à des services ou technologies de type infonuagique, et qui ne peuvent pas nécessairement préciser, à chaque instant, l'endroit exact où certains renseignements se trouveraient. La soussignée a d'ailleurs déjà émis des publications sur cet enjeu précis,¹¹ et recommande, dans le contexte de l'actualisation de la LPRPSP, de tenir compte de cette nouvelle réalité et de modifier l'article 8(3) de la LPRPSP en conséquence. Plus précisément, la LPRPSP pourrait plutôt insister sur l'obligation d'informer les clients ou employés que leurs renseignements seront transférés à l'extérieur du Québec ou du Canada, le cas échéant, et qu'une fois transférés, ils seront soumis aux lois étrangères.

f) Obligation de notifier suite à un bris de sécurité

La CAI, sans son rapport quinquennal de 2011, discutait de l'importance pour les entreprises de devoir notifier les individus affectés par un bris de sécurité impliquant leurs renseignements personnels.¹² Ceci permet entre autres d'atténuer les risques dans certaines situations, par exemple dans la situation où les individus touchés seraient susceptibles de subir un préjudice découlant du bris de sécurité.¹³

Dans le contexte des amendements proposés pour la loi fédérale LPRPDE par l'entremise du récent projet de loi S-4, la soussignée a d'ailleurs témoigné à l'effet que cette notion d'obligation de notifier en cas de bris de sécurité était nécessaire.¹⁴ La soussignée recommande des amendements à la LPRPSP

¹¹ Eloïse Gratton, *Dealing with Canadian and Quebec Legal Requirements in the Context of Trans-border Transfers of Personal Information and Cloud Computing Services*, Développements récents en droit de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, Les 30 ans de la Commission d'accès à l'information, Volume 358, Éditions Yvon Blais, Novembre 2012.

¹² CAI, *Technologies et vie privée à l'heure des choix de société*, Rapport quinquennal 2011, disponible sous le lien suivant : http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2011.pdf

¹³ Eloïse Gratton et Frédérick Néron, *Bris de sécurité informationnelle : Étapes à suivre et gestion des risques*, Développements récents, Les 20 ans de la Loi sur la Protection des renseignements personnels dans le secteur privé, Formation continue du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, Vol. 392, décembre 2014.

¹⁴ Voir Eloïse Gratton, *The growing problem of identity theft and mandatory breach notification*, 6 octobre 2014, disponible sous <http://www.eloisegratton.com/blog/2014/10/06/the-growing-problem-of-identity-theft-and-mandatory-breach-notification/>; Eloïse Gratton, *Bill S-4: My Appearance Before the Industry Committee*, 26 mars 2015, disponible à <http://www.eloisegratton.com/blog/2015/03/26/bill-s-4-my-appearance-before-the-industry-committee/>

allant dans le même sens, en introduisant une obligation de notifier les individus touchés par un bris de sécurité qui serait similaire à l'obligation de notification prévue en vertu des autres lois canadiennes.

Veillez prendre note que les points de vue et opinions exprimés dans la présente lettre n'engagent que la soussignée et ne représentent pas nécessairement ceux du cabinet Borden Ladner Gervais, ni de ses clients.

Je suis évidemment disponible pour répondre à toutes questions et apporter des détails complémentaires aux propositions et commentaires respectueusement soumis dans le cadre de la présente lettre.

En espérant le tout utile, je vous prie d'agréer l'expression de mes sincères sentiments,



Eloïse Gratton

Associée et Cochef National, Groupe Respect de la vie privée et de la protection des données
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.

EG/dm

MTL01: 3536416: v7