



Commission
d'accès à l'information
du Québec

Version abrégée du

RAPPORT QUINQUENNAL 2016

Ce document est une version abrégée du Rapport quinquennal de 2016 de la Commission d'accès à l'information, paru sous le titre « Rétablir l'équilibre ». Il a pour but de donner une vue d'ensemble des principales réflexions et propositions contenues dans la version intégrale de ce rapport disponible sur le site internet de la Commission <http://www.cai.gouv.qc.ca>

INTRODUCTION

« Rétablir l'équilibre » est le sixième rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information (la Commission) depuis sa création en 1982. Sa parution survient à une étape cruciale dans le processus de réforme de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹.

Dans un document présenté à l'Assemblée nationale le 17 mars 2015, sous le titre « *Pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels* »², le gouvernement a exposé, en 31 orientations, sa vision en matière de transparence et proposé des moyens visant à mieux protéger la confidentialité des renseignements personnels et la vie privée. La Commission a commenté ces Orientations gouvernementales dans un mémoire déposé à l'Assemblée nationale, en août 2015³. Elle constate que si certaines propositions sont opportunes, les mesures suggérées dans ce document sont nettement insuffisantes pour réviser en profondeur la Loi sur l'accès. La Commission exprime également ses préoccupations à l'égard de l'approche prise par le gouvernement qui consiste à exclure le secteur privé des Orientations gouvernementales. Elle considère que la réflexion sur la modernisation des régimes de protection des renseignements personnels prévue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁴ et dans la Loi sur l'accès doit se faire simultanément de façon à assurer l'harmonisation des règles et des concepts.

C'est pourquoi le présent Rapport quinquennal constitue, pour la Commission, une occasion importante non seulement d'entamer la réflexion sur les modifications à apporter à la Loi sur le privé mais aussi de compléter celle amorcée dans la foulée des Orientations gouvernementales. Elle y voit également l'occasion de réitérer certaines des propositions mises de l'avant tant dans son mémoire sur les Orientations gouvernementales que dans son rapport quinquennal de 2011⁵.

Comme son titre l'indique, le présent rapport est aussi une invitation à rétablir l'équilibre. Aussi, chacune des recommandations qu'il contient vise à mieux concilier le droit d'accès à l'information avec les impératifs de protection des renseignements personnels, de respect de la vie privée et d'autres intérêts légitimes de la société démocratique.

¹ RLRQ, c. A-2.1, adoptée en 1982 (ci-après « Loi sur l'accès »).

² SECRÉTARIAT À L'ACCÈS ET À LA RÉFORME DES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES, *Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels*, 2015, en ligne : <http://www.institutions-democratiques.gouv.qc.ca/transparence/documents/doc-orientations-gouv.pdf> (ci-après « Orientations gouvernementales »).

³ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Mémoire de la Commission d'accès à l'information présenté à la Commission des institutions concernant les orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels*, 14 août 2015, en ligne : http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_M_Orientations_gouvernementales_gouv_plus_transparent.pdf.

⁴ RLRQ, c. P-39.1, adoptée en 1993 (ci-après « Loi sur le privé »).

⁵ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Technologies et vie privée à l'heure des choix de société*, Rapport sur la mise en œuvre de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, juin 2011.

TITRE 1 : UN CARACTÈRE PRÉPONDÉRANT À RÉAFFIRMER

Selon la Commission, le rétablissement de l'équilibre passe d'abord par la réaffirmation de la primauté de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé. Le Titre 1 de ce rapport quinquennal est donc consacré à faire le point sur le statut prépondérant de ces deux lois.

La Commission constate qu'un nombre de plus en plus important de dispositions législatives écarte l'application de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé, érodant progressivement leur caractère prédominant.

Certaines de ces dérogations restreignent les droits d'accès ou la protection des renseignements personnels consentis par ces lois et, parfois même, ont pour effet de soustraire la loi à l'ensemble du régime de la Loi sur l'accès. Sauf pour celles qui accordent plus de droits aux citoyens, la Commission questionne l'opportunité de l'augmentation de telles dispositions qui ont pour effet de priver les citoyens de la possibilité de se prévaloir des droits quasi constitutionnels que leur reconnaissent ces lois.

La Commission est d'avis que toute exception aux droits fondamentaux garantis par la Loi sur l'accès ou par la Loi sur le privé doit reposer sur des considérations relevant de l'intérêt public. Le législateur devrait déroger à ces lois uniquement lorsque le respect des droits qu'elles procurent constitue un obstacle incontournable à l'atteinte d'objectifs suffisamment importants et ce, à l'issue d'un débat public. Le cas échéant, une disposition dérogatoire devrait porter sur une ou des dispositions précises nécessaires pour que l'objectif soit atteint plutôt que de viser l'intégralité d'une de ces lois.

La Commission estime qu'il est temps de revoir l'ensemble des dérogations à la législation en matière d'accès aux documents et de protection des renseignements personnels et de réaffirmer haut et fort la primauté de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé sur certaines législations.

Pour ce faire, elle recommande de mettre sur pied une commission parlementaire visant à déterminer les dispositions législatives dérogatoires qui devraient être abrogées, maintenues ou modifiées et de soumettre l'adoption de toute nouvelle dérogation à la Loi sur l'accès et à la Loi sur le privé à un processus de consultation publique obligatoire.

TITRE 2 : POUR UNE PLUS GRANDE TRANSPARENCE DES ORGANISMES PUBLICS

Toute législation en matière d'accès aux documents doit assurer un équilibre entre le droit à l'information et d'autres intérêts légitimes qui se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme la sécurité publique, l'administration de la justice, les relations internationales, etc. Rétablir l'équilibre implique également l'adoption d'une Loi sur l'accès qui soit capable de rivaliser avec les meilleures législations en la matière.

S'inspirant des plus hauts standards internationaux, le Titre 2 de ce sixième rapport quinquennal propose diverses mesures pour accroître la transparence des organismes publics, sans pour autant sacrifier les autres valeurs chères à la société québécoise. Voici un bref aperçu de ces mesures :

Une diffusion automatique accrue

En premier lieu, la Commission renouvelle son invitation à adopter rapidement des mesures visant à accroître la diffusion proactive de l'information.

Dans son document Orientations gouvernementales, le gouvernement propose diverses solutions à cette fin parmi lesquelles figurent l'ajout à la Loi sur l'accès d'un chapitre distinct concernant la diffusion proactive de même que l'assujettissement du secteur municipal ainsi que ceux de la santé et de l'éducation à un Règlement sur la diffusion.

L'adoption de ces mesures aurait pour effet de marquer un changement de paradigme faisant écho aux recommandations formulées dans les rapports quinquennaux de la Commission de 2002⁶ (diffusion proactive) et de 2011 (ouverture des données publiques), de même qu'à une tendance internationale promouvant « l'accès par défaut » aux documents gouvernementaux.

Présentement, seuls les ministères et certains organismes gouvernementaux sont assujettis au *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*⁷, en vigueur depuis 2008.

L'assujettissement d'un plus grand nombre d'organismes à la Loi sur l'accès

La Commission rappelle l'importance d'étendre l'application de la Loi sur l'accès à un plus grand nombre d'organismes publics. Selon elle, la Loi sur l'accès devrait s'appliquer à toute entité substantiellement financée par l'État ou exerçant une fonction de nature publique, ce qui n'est pas nécessairement le cas actuellement. De plus, un organisme gouvernemental, au sens de cette loi, devrait inclure le groupe formé par l'organisme et les filiales qui lui sont rattachées directement ou indirectement.

Dans son rapport quinquennal de 2011, elle suggérait que les organismes dont le fonds social est détenu à plus de 50 % par l'État soient soumis à cette loi. Elle sent aujourd'hui le besoin de revenir sur cette question afin de commenter la solution retenue dans les Orientations gouvernementales pour étendre la portée de la loi qui consiste à « assujettir à la Loi sur l'accès les sociétés à fonds social dont toutes les actions sont détenues par l'État ».

D'abord, la Commission remarque que l'adoption d'une telle modification législative ne ferait que codifier l'état actuel de la jurisprudence. Elle ne permettrait donc pas d'augmenter le nombre d'organismes soumis à la Loi sur l'accès ni de régler la question de l'assujettissement à la loi des sous-filiales d'organismes publics.

Par ailleurs, d'autres organisations sans fonds social qui reçoivent des fonds publics ou exercent des activités habituellement confiées à des organismes publics, mais qui ne répondent à aucun autre critère prévu actuellement aux articles 3 à 6 de la Loi sur l'accès, n'ont pas à se conformer à cette loi. Parfois, des organismes ayant des missions similaires n'ont pas le même statut en ce qui a trait à leur assujettissement à la Loi sur l'accès.

⁶ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Une réforme de l'accès à l'information : le choix de la transparence*, Rapport sur la mise en œuvre de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, novembre 2002.

⁷ RLRQ, c. A-2.1, r. 2.

Or, il importe que ces organisations soient assujetties à la Loi sur l'accès. Il existe d'autres critères permettant d'étendre le champ d'application de la loi à plus d'organismes publics, comme le degré de contrôle de l'organisme par l'État ou par un autre organisme public, le financement de l'organisation ou le mode de désignation des dirigeants. Ce dernier critère est d'ailleurs celui qu'ont adopté quelques autres provinces. La Commission réfère également à la solution retenue dans la loi de Terre-Neuve-et-Labrador ainsi qu'à celle recommandée par la commissaire fédérale à l'accès à l'information. Sans prendre position pour l'une ou l'autre de ces avenues, elle invite le législateur à poursuivre la réflexion à ce sujet, notamment en s'inspirant de ces modèles.

Une nouvelle approche des restrictions au droit d'accès

C'est au chapitre des restrictions au droit d'accès aux documents que la Loi sur l'accès est la plus inefficace et qu'elle s'éloigne le plus des standards internationaux modernes.

C'est pourquoi la Commission invite le gouvernement à revoir en profondeur l'ensemble des restrictions au droit d'accès. Encore une fois, les pistes de solutions préconisées à cet égard visent un meilleur équilibre puisqu'elles favorisent d'une part la recherche d'une plus grande transparence de l'État tout en tenant compte du besoin des organismes publics d'assurer la confidentialité de certaines informations sensibles qu'ils détiennent.

Des restrictions précises et limitées dans le temps quant à leur portée et leur durée

Certaines restrictions actuelles au droit d'accès sont rédigées en termes très généraux, de sorte qu'elles couvrent un nombre considérable de documents. D'autres relèvent de la discrétion d'une personne autre que le responsable sans aucune obligation de justifier un tel refus. Enfin, plusieurs restrictions protègent des informations de même nature ou ne comportent aucune limite dans le temps.

Or, une façon d'atteindre l'objectif d'une plus grande transparence consiste à s'assurer que les restrictions sont rédigées de manière précise et qu'elles sont limitées quant à leur portée et leur durée.

La Commission cite en exemple certaines dispositions tirées de lois ou projets de loi innovateurs d'autres législatures, relatives à l'accès à l'information, qui définissent soigneusement la restriction ou les types de documents exclus du champ de son application. Elle incite le législateur à s'en inspirer.

Des restrictions faisant référence à un risque de préjudice

Actuellement, plusieurs restrictions de la Loi sur l'accès permettent aux organismes publics de refuser l'accès à un renseignement, simplement parce qu'il correspond à une catégorie donnée. Elles n'obligent pas l'organisme public à évaluer les risques d'une éventuelle divulgation et à moduler sa décision en fonction du contexte.

Par exemple, l'article 37 de la Loi sur l'accès prévoit qu'un organisme public peut refuser de communiquer un avis ou une recommandation faits depuis moins de dix ans, par un de ses membres, un membre de son personnel, un membre d'un autre organisme public, etc. Le libellé de cette disposition limite considérablement le pouvoir d'examen de

la Commission. Or, les avis et les recommandations comptent parmi les exceptions les plus fréquemment invoquées par les organismes publics pour refuser l'accès à des documents⁸.

De telles restrictions, fondées sur des critères purement objectifs comme la nature du renseignement ou sa provenance, entraînent inévitablement un affaiblissement des droits d'accès.

Soumettre l'application des restrictions à un test additionnel de préjudice à l'intérêt protégé par l'exception laisserait entendre que tout renseignement visé par la restriction ne justifie pas automatiquement un refus. Ce test rappellerait également qu'une décision refusant l'accès ne peut se fonder sur des considérations autres que la protection de certains intérêts légitimes édictés par le législateur, après une évaluation des incidences de la divulgation dans chacune des situations.

Limiter les motifs de refus obligatoires

La Commission recommande également de revoir la pertinence des restrictions obligeant les organismes publics à refuser l'accès à des renseignements.

Prenons, par exemple, l'article 28 de la Loi sur l'accès qui s'applique de façon générale aux renseignements détenus par les corps policiers. Selon l'expérience de la Commission, les documents dont l'accès est refusé en vertu de cette disposition ne révèlent pas toujours des renseignements de nature à mettre en péril la sécurité publique, l'administration de la justice ou le travail des policiers. Or, en l'absence de discrétion, les organismes publics doivent en refuser l'accès dès que les conditions prévues sont respectées.

À l'opposé, une restriction facultative permet une évaluation contextualisée des demandes qui profiterait forcément aux demandeurs d'accès et serait en harmonie avec l'objectif d'une plus grande transparence gouvernementale.

D'ailleurs, le Québec est la seule province à obliger les organismes publics à garder secret des renseignements de la nature de ceux prévus par l'article 28 de la Loi sur l'accès. Ce type de restriction est également facultatif dans de nombreux pays.

Selon la Commission, toute restriction obligatoire devrait être limitée aux seules situations visant à protéger un intérêt qui requiert une confidentialité quasi totale, en toutes circonstances.

La primauté de l'intérêt public

Un moyen incontournable de moderniser la Loi sur l'accès et de favoriser une plus grande accessibilité aux documents des organismes publics est d'inclure une disposition prévoyant la primauté de l'intérêt public, applicable à l'ensemble des restrictions.

⁸ En 2015-2016, l'article 37 de la Loi sur l'accès a été invoqué dans 141 dossiers portés en révision devant la Commission, ce qui en fait le motif facultatif le plus souvent invoqué par les organismes et le deuxième motif de refus le plus invoqué parmi les articles 18 à 41, après l'article 28 qui a été invoqué dans 158 dossiers différents.

Une telle disposition, que l'on retrouve dans bon nombre de lois sur l'accès modernes, permet d'évaluer si l'intérêt public justifie que l'on écarte les restrictions au droit d'accès, selon les circonstances d'une situation donnée.

La Loi sur l'accès ne peut prévoir toute les situations et une telle disposition permet, dans des situations exceptionnelles, de conclure que l'intérêt public à divulguer l'information surpasse le préjudice susceptible de résulter de sa divulgation.

Soulignons que l'article 41 de la Loi sur l'accès prévoit déjà que certaines restrictions doivent céder le pas pour des motifs d'intérêt public, par exemple, lorsque la divulgation d'un renseignement est susceptible de nuire à la santé ou à la sécurité d'une personne. Cependant, cette disposition ne s'applique que dans des cas précis et ne vise pas l'ensemble des restrictions.

La Commission n'est pas sans savoir que certaines personnes ont manifesté des appréhensions quant à l'inclusion d'une telle disposition dans la loi québécoise. L'expérience de plusieurs autres juridictions possédant déjà une disposition affirmant la primauté de l'intérêt public devrait toutefois les rassurer.

On retrouve dans ces législations différents libellés de dispositions confirmant la primauté de l'intérêt public. Certaines sont rédigées en termes généraux. D'autres circonscrivent les intérêts permettant d'écarter une restriction au droit d'accès. Enfin, d'autres choisissent une combinaison des deux et sont assorties d'une liste non exhaustive de situations à considérer dans l'évaluation de l'intérêt public. La Commission favorise cette dernière approche.

Selon la Commission, la présence d'une telle disposition serait aussi un moyen d'encadrer la discrétion conférée aux organismes publics de refuser l'accès à certains renseignements. Elle permettrait à la Commission d'examiner si le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements dans l'intérêt public a été exercé en tenant compte de tous les facteurs pertinents, ce qu'elle ne peut pas faire dans l'état actuel de la législation.

L'accès aux documents confectionnés à partir d'un document informatisé

Les organismes refusent souvent de donner accès à un document sous prétexte qu'il n'existe pas et que, pour le confectionner à partir de leur base de données, il leur faudra procéder à des calculs ou à des comparaisons. Ce motif de refus prévu aux articles 1 et 15 de la Loi sur l'accès se justifie parfois difficilement dans le contexte technologique actuel. Qui plus est, il va à l'encontre de la volonté du gouvernement de favoriser l'accès et la réutilisation de données rendues accessibles en format ouvert.

Les bases de données des organismes publics constituent une source précieuse d'information et les avancées technologiques facilitent la manipulation des données et la création des documents. Les obligations d'un organisme public concernant l'accès à des renseignements contenus dans un document informatisé, plus précisément dans une base de données, doivent donc être précisées.

À cette fin, la Commission invite le législateur à considérer la solution retenue dans la *Loi sur l'accès à l'information fédérale* et la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act de la Colombie-Britannique*.

La gestion documentaire et l'obligation de documenter

Les organismes publics soutiennent de plus en plus fréquemment qu'il n'existe pas de document administratif en réponse à une demande d'accès. Le nombre important de demandes d'accès refusées pour ce motif résulte parfois d'une gestion documentaire inadéquate. Les organismes expliquent que les échanges se sont faits verbalement ou par voie électronique et qu'ils n'ont pas été documentés ou conservés. Ce phénomène est en partie attribuable à l'utilisation accrue du courriel et à l'adoption de la technologie mobile dans l'appareil gouvernemental.

Au Québec, bien que certaines dispositions législatives obligent les organismes publics à créer certains types de documents, de façon expresse ou implicite, aucun texte législatif ne prévoit une obligation générale et exécutoire concernant la création de documents dans le but d'étayer les délibérations, mesures et décisions importantes (« duty to document »).

Par ailleurs, lorsque la Commission constate l'inexistence d'un document, elle ne peut que rejeter la demande de révision du citoyen visant à en obtenir l'accès. Pour remédier à cette problématique, elle propose l'adoption d'une obligation légale portant sur la documentation des processus décisionnels de l'administration publique et de sanctions appropriées en cas de non-conformité.

La Commission est consciente que cette nouvelle obligation de documenter ne doit pas devenir un fardeau supplémentaire pour les organismes publics. Celle-ci ne viserait pas la création d'un plus grand nombre de dossiers, mais la création et la conservation des documents les plus pertinents.

Assouplir les règles d'application de l'article 137.1 de la Loi sur l'accès

Le premier alinéa de l'article 137.1 de la Loi sur l'accès permet aux organismes publics de s'adresser à la Commission par voie de requête afin d'être autorisés à ne pas tenir compte de demandes d'accès manifestement abusives.

La question du délai pour soumettre une telle requête doit être clarifiée. En effet, les organismes publics invoquent parfois cette disposition à l'audience portant sur la demande de révision, alors qu'ils ont déjà répondu à la demande d'accès.

D'autre part, selon la jurisprudence, lorsque la Commission est saisie d'une demande en vertu de l'article 137.1, elle ne peut scinder la demande d'accès. Cette disposition lui permet seulement d'accorder ou non à l'organisme l'autorisation de ne pas en tenir compte. La Commission ne peut pas non plus prolonger le délai de réponse prévu dans la Loi sur l'accès pour permettre à l'organisme de donner suite à la demande telle que présentée. La Commission estime qu'elle devrait bénéficier d'une plus grande latitude à ce chapitre.

L'accès aux dossiers d'enquête des ordres professionnels

Un autre moyen d'accroître l'accès aux documents consiste à instaurer une culture de transparence au sein des ordres professionnels, à l'égard des renseignements concernant les enquêtes des syndicats.

En effet, la Commission constate que plusieurs demandes de révision des décisions des ordres professionnels qui lui sont soumises mettent en cause l'application de l'article 108.3 alinéa 2 du *Code des professions*⁹, qui permet aux ordres professionnels de refuser de confirmer l'existence ou de donner communication d'un document dont la divulgation est susceptible de révéler le contenu d'une enquête. Or, la portée de cette restriction est beaucoup plus large que celle de l'article 28 de la Loi sur l'accès, applicable aux autres organismes publics exerçant des fonctions d'enquête importantes. Par exemple, un corps de police doit refuser l'accès à un renseignement en vertu de l'article 28 de la Loi sur l'accès seulement s'il considère que sa divulgation est susceptible d'entraver une enquête.

D'autre part, la Commission, qui jouit d'une compétence exclusive pour entendre les demandes de révision des décisions rendues par les ordres professionnels, ne peut exercer adéquatement cette fonction compte tenu de l'interprétation donnée au deuxième alinéa de l'article 108.3 du Code des professions par la jurisprudence.

Selon la Cour du Québec¹⁰, l'article 108.3 du Code des professions confère aux ordres professionnels une discrétion quasi absolue pour refuser de communiquer certains documents en vertu de cette disposition, sans que la Commission ne puisse la réviser.

Les citoyens devraient bénéficier d'un droit d'accès aux documents détenus par les ordres professionnels sous réserve de certaines restrictions spécifiques et limitées. De plus, il est souhaitable que la Commission puisse jouer pleinement son rôle d'arbitre entre les intérêts des ordres professionnels et ceux des citoyens qui demandent l'accès à ces dossiers.

Pour ce faire, la Commission invite le législateur à remplacer l'article 108.3 du Code des professions par une disposition dont les critères sont similaires à ceux prévus à l'article 28 de la Loi sur l'accès, applicables aux organismes publics chargés de prévenir, détecter ou réprimer le crime.

Le secret professionnel et les honoraires d'avocats

Pour ramener l'équilibre, il convient également de clarifier l'intention du législateur à l'égard de celui souhaité entre les droits d'accès et le respect du secret professionnel.

Depuis quelques années, la Commission remarque que les organismes publics et les entreprises invoquent de plus en plus le secret professionnel pour refuser de divulguer des documents préparés par des professionnels assujettis au Code des professions.

L'application du secret professionnel crée une certaine confusion dans le contexte d'accès à l'information. La Commission note qu'il existe des différences importantes entre le régime québécois du secret professionnel et les privilèges de common law qui s'appliquent ailleurs au Canada et dont la portée est plus limitée. Au Québec, la protection du secret professionnel, consacrée par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹, s'étend à l'ensemble des professionnels visés par le Code des professions alors qu'en common law, le secret professionnel de l'avocat bénéficie d'un statut

⁹ RLRQ, c. C-26.

¹⁰ M.F. c. Ordre des technologues professionnels du Québec, 2008 CAI 318.

¹¹ RLRQ, c. C-12 (ci-après « la Charte québécoise »).

particulier, étant considéré comme faisant partie de l'essence même de la bonne administration de la justice.

Selon la Commission, le secret professionnel ne devrait prévaloir sur la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé que dans des cas exceptionnels où la relation entre le professionnel et son client repose sur un besoin impérieux de confiance et qu'il est démontré que la divulgation du document risque vraisemblablement de porter préjudice à cette relation de confiance. De même, une demande d'accès à des renseignements personnels devrait être refusée seulement si l'intérêt à maintenir le secret professionnel surpasse celui de la personne concernée à connaître ses renseignements personnels.

La Commission croit qu'il est temps de réfléchir sur les moyens permettant de mieux concilier le droit au secret professionnel garanti par la Charte québécoise et les droits d'accès découlant de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé et formule des recommandations en ce sens.

D'autre part, l'accès au montant total des honoraires payés à un avocat par un organisme public fait l'objet de plusieurs litiges. Dans un souci de transparence des dépenses publiques, la Commission recommande également de modifier la Loi afin que le secret professionnel ne puisse être invoqué par les organismes publics pour empêcher la divulgation du montant total des honoraires d'un avocat sauf dans le cas où cette divulgation est clairement susceptible de révéler une information autrement protégée par le secret professionnel.

Moduler le droit d'accès aux renseignements personnels en fonction de l'atteinte à la vie privée

La Loi sur l'accès et la Loi sur le privé définissent de manière très générale ce qui est considéré comme un renseignement personnel. Ces lois ne comportent pas d'exception permettant de moduler les droits d'accès aux renseignements personnels sollicités en fonction de leur sensibilité ou de l'attente raisonnable de vie privée de la personne qu'ils concernent. Or, l'application du droit au respect de la vie privée requiert une pondération tenant compte notamment de l'attente raisonnable de confidentialité de la personne concernée par rapport à ce renseignement et d'autres intérêts susceptibles d'être en jeu dans le contexte d'une demande d'accès.

Selon la Commission, une approche contextuelle permettrait de résoudre ces situations et de rétablir l'équilibre entre le droit d'accès à l'information du demandeur et le droit du tiers au respect de sa vie privée.

C'est pourquoi, la Commission propose de modifier les exceptions concernant la communication des renseignements personnels prévues dans la Loi sur l'accès et dans la Loi sur le privé afin qu'elles soient fondées sur un critère faisant référence à une atteinte déraisonnable à la vie privée. La Loi pourrait également prévoir des situations où la divulgation est présumée être une atteinte déraisonnable et celles où elle ne l'est pas.

À ce titre, la Commission invite le législateur à considérer ce qui se fait ailleurs au Canada en cette matière.

La communication de renseignements personnels pour des motifs de compassion

La Commission est parfois saisie de demandes de révision présentées par le conjoint ou encore par un proche parent d'une personne décédée, qui tente de faire son deuil ou de comprendre les circonstances tragiques entourant la mort de l'être cher. Dans ces circonstances, la communication de certains renseignements personnels par l'entreprise ou l'organisme public détenteur devrait être permise, si cela sert l'intérêt du demandeur et s'il n'y a pas d'atteinte déraisonnable à la vie privée du défunt ou d'autres tiers.

Actuellement, la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé ne prévoient aucun mécanisme pour tenir compte des motifs d'ordre humanitaire ou de compassion envers un demandeur qui requiert l'accès aux renseignements personnels d'une personne décédée.

Selon la Commission, la communication des renseignements personnels en fonction du test de l'atteinte déraisonnable à la vie privée serait un moyen de tenir compte de ces considérations.

La Commission propose donc d'inclure la divulgation de renseignements aux proches parents d'une personne décédée pour des motifs de compassion parmi les éléments qui sont présumés ne pas constituer une atteinte déraisonnable à la vie privée.

La vérification de l'absence d'antécédents judiciaires et l'accès par la personne concernée

De plus en plus d'employeurs et d'associations bénévoles intègrent la vérification d'absence d'antécédents judiciaires dans leurs pratiques de gestion et de recrutement de personnel et sollicitent les services de police à cette fin¹².

Par ailleurs, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, la Commission constate que les personnes qui font l'objet d'une décision défavorable à la suite de ces vérifications (congédiement, rejet de leur candidature, refus d'un permis, etc.) ne peuvent pas toujours avoir accès aux renseignements qui ont servi à prendre cette décision à leur sujet. En effet, il n'est pas rare que les organismes qui détiennent ces renseignements refusent de les communiquer à la personne concernée qui leur en fait la demande. Dans les demandes de révision reçues par la Commission ces dernières années, le motif le plus souvent invoqué pour justifier ces refus est le fait que leur divulgation est susceptible de nuire au travail des policiers ou à la sécurité publique.

Or, la Commission est d'avis qu'il est possible de préserver le droit de la personne concernée de prendre connaissance et de faire rectifier les renseignements à son sujet figurant dans les dossiers de police sans compromettre la sécurité publique ou l'administration de la justice. De même, tout emploi ou activité à pourvoir ne justifie pas une demande d'antécédents. Encore là, un juste équilibre doit être préconisé.

La Commission s'inquiète également de la diversité des régimes législatifs encadrant la vérification des antécédents et de l'absence de balises claires permettant aux services de police d'apprécier la connexité entre ceux-ci et le poste convoité. Cette situation donne lieu à un manque d'uniformité dans l'étendue des vérifications policières.

¹² Ces demandes de vérification donnent lieu à l'émission par la police d'un certificat attestant de l'absence d'antécédents, d'un certificat de bonne conduite ou d'habilitation sécuritaire.

Les recherches d'antécédents ne se limitent pas toujours aux déclarations ou aux verdicts de culpabilité. Elles portent parfois sur les accusations pendantes, les informations concernant les enquêtes policières en cours, les plaintes retirées ou les accusations suivies d'un acquittement.

Pour la Commission, la pertinence d'une information susceptible d'entraîner le rejet d'un candidat en raison de ses démêlés avec la justice ou de la présence de son nom dans une base de données policière doit reposer sur des critères précis prédéterminés et uniformes. À cette fin, elle invite le législateur à imiter l'Ontario qui a récemment adopté une loi encadrant les processus de vérification par les corps de police. Cette loi reconnaît également le droit d'accès et de rectification de la personne concernée par les renseignements reliés à la vérification.

L'accès aux rapports d'enquête confectionnés dans le cadre de plaintes pour harcèlement en milieu de travail

Une clarification des règles d'accès au rapport élaboré à la suite d'une enquête interne de nature administrative¹³ sur une situation de harcèlement¹⁴ au travail est également recommandée. Dans le contexte d'une demande d'accès à un tel document, les droits rencontrés par l'enquêteur, du plaignant ou de la personne accusée de harcèlement, peuvent facilement entrer en conflit avec ceux du demandeur d'accès.

Or, la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé ne contiennent pas de disposition encadrant spécifiquement le droit d'accès aux renseignements personnels consignés dans un document de cette nature. Aussi, les seuls renseignements personnels dont ces lois interdisent l'accès à la personne concernée au motif qu'ils constituent également des renseignements personnels sur des tiers sont ceux qui risqueraient de nuire sérieusement à ces derniers. Il s'avère souvent difficile pour les organismes, les entreprises et la Commission d'évaluer cette condition.

D'autre part, la Commission note que les règles d'accessibilité aux renseignements personnels contenus dans ces rapports diffèrent selon que le détenteur est assujéti à la Loi sur l'accès ou à la Loi sur le privé. Ces règles sont également susceptibles de varier lorsque le rapport mène à des recours pris en application de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹⁵ ou d'une convention collective. En certaines circonstances, la compétence de la Commission de trancher des litiges en milieu de travail syndiqué a été contestée, ce qui complexifie la problématique.

La Commission propose différentes alternatives dans le but de clarifier et d'uniformiser les régimes d'accessibilité aux rapports d'enquête de harcèlement en milieu de travail, y compris en ce qui concerne la compétence de la Commission de rendre des décisions à ce sujet.

¹³ Il existe deux types d'enquêtes en matière d'harcèlement: criminelles et administratives, selon la nature ou la gravité des gestes reprochés. La présente section concerne uniquement les enquêtes administratives.

¹⁴ Aux fins de la présente section, le mot « harcèlement » comprend toutes les formes de harcèlement, de comportements discriminatoires et de violence qui surviennent en milieu de travail.

¹⁵ RLRQ, c. A-3.001, voir à cet effet l'article 36 de cette loi.

TITRE 3 : POUR UN RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS DANS LES SECTEURS PUBLIC ET PRIVÉ

Le titre 3 de ce sixième rapport quinquennal aborde certaines problématiques inhérentes à la protection des renseignements personnels et à l'application de la Loi sur l'accès et de la Loi sur le privé en cette matière, qui se résument comme suit :

La responsabilité : un principe essentiel absent de la Loi sur le privé

La Commission suggère d'abord de modifier la Loi sur le secteur privé afin d'y inclure une obligation de responsabilité des entreprises. Elle réitère également la recommandation de son rapport quinquennal de 2011 de prévoir la création de la fonction de responsable de l'accès et de la protection des renseignements personnels en entreprise. Ces modifications visent à assurer une meilleure transparence quant à la collecte, l'utilisation, la communication, la conservation et la destruction des renseignements personnels par les entreprises et à renforcer la confiance des citoyens. Il importe également que les personnes qui souhaitent exercer leurs droits d'accès et de rectification des renseignements personnels les concernant, détenus par une entreprise, puissent savoir à qui elles peuvent s'adresser.

Le cas particulier des agents de renseignements personnels

La nécessité de savoir qui contacter dans une entreprise pour exercer son droit d'accès et de rectification aux renseignements personnels est particulièrement importante dans le cas des entreprises qui en font le commerce. C'est pourquoi la Loi sur le privé prévoit que les agents de renseignements personnels doivent publier cette information ainsi que certains autres éléments prévus dans cette loi tous les deux ans, dans un journal de circulation générale dans chaque région où l'entreprise fait des affaires. Pour sa part, la Commission doit publier une fois l'an, dans un journal de circulation locale, la liste des agents de renseignements personnels¹⁶.

Avec l'arrivée des sources d'information numérique et le développement des nouvelles habitudes de consultation de l'information, la Commission estime que le choix du journal comme mode obligatoire de publication de ces avis publics n'est plus aussi efficace qu'il ne l'était lors de l'adoption de la Loi sur le privé, en 1993. Pour remédier à cette situation, elle propose une modification afin qu'ils puissent être diffusés sur Internet.

Pour que l'information publiée soit le plus à jour possible, la Commission invite également le législateur à modifier la Loi sur le privé afin d'obliger les agents de renseignements personnels qui prévoient cesser leurs activités à en informer la Commission par écrit. La Commission propose également de fixer à 30 jours suivant le changement le délai pour l'aviser de toute modification de leurs coordonnées.

¹⁶ Loi sur le privé, art. 76.

Protection des renseignements personnels : une actualisation des concepts

Rétablir l'équilibre implique également l'actualisation de certains concepts relatifs à la protection des renseignements personnels afin qu'ils soient mieux adaptés aux nouveaux modèles d'affaires et neutres de façon à pouvoir évoluer au même rythme que la technologie.

À cette fin, la Commission a examiné différentes notions utilisées dans la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé. Elle invite le législateur à modifier ou repenser celles-ci à la lumière de la réalité numérique et de la multiplication des usages possibles des renseignements personnels. Notons que certaines des réflexions présentées à cette fin sont le fruit d'un processus de consultation mené par la Commission auprès d'acteurs œuvrant dans le domaine de la protection des renseignements personnels et de la vie privée¹⁷.

Notion de dossier

Afin de s'assurer que la portée de la Loi sur le privé ne soit pas indûment restreinte, la Commission propose d'abord de remplacer la notion de « dossier » prévue dans cette loi par celle de « finalité de la collecte », principe à la base de plusieurs régimes de protection des renseignements personnels.

La plupart des obligations en matière de protection des renseignements personnels prévues dans la Loi sur le privé s'appliquent aux entreprises qui « constituent » ou « détiennent » un dossier concernant une personne physique. Or, des entreprises détiennent des renseignements personnels sans les consigner dans un « dossier » identifié au nom d'une personne. Par exemple, les images d'une personne captées à son insu par une caméra de surveillance ne font pas forcément partie d'un dossier constitué à son sujet.

La substitution du concept de « dossier » par le principe de la finalité de la collecte forcerait l'entreprise qui envisage collecter des renseignements personnels à déterminer au préalable les finalités de cette collecte. Cette exigence rappellerait également aux entreprises qu'elles doivent respecter ces finalités tout au long du cycle de vie des renseignements. Elle permettrait également de mieux informer les personnes concernées des raisons justifiant la collecte, l'utilisation et la communication de leurs renseignements.

À cet égard, la Commission recommande des mesures visant à accroître les obligations de transparence des entreprises envers les personnes dont les renseignements sont recueillis et ce, peu importe les mécanismes employés pour obtenir l'information (caméras de surveillance, traceurs installés sur son ordinateur etc.). Actuellement, la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé ne contiennent pas d'obligation d'informer la personne concernée de l'existence de la collecte et de ses finalités, lorsque des données sont obtenues à son insu ou recueillies auprès d'un tiers.

¹⁷ La consultation a été menée du 21 octobre 2015 au 27 novembre 2015 et a donné lieu à des commentaires de la part de six intervenants.

Renseignements personnels

La Commission s'attarde également à la notion de « renseignement personnel » définie dans la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé. Elle est d'avis que cette définition est assez large pour s'appliquer aux renseignements plus modernes telles que les métadonnées et les données de localisation et moduler les obligations de confidentialité prévues dans ces lois en fonction de la sensibilité des renseignements.

Toutefois, la Commission considère que les renseignements liés à l'exercice de fonctions au sein d'une entreprise soit le nom, le titre, la fonction, et les coordonnées au travail devraient être exclus de cette définition à l'instar de ce qui est prévu ailleurs au Canada ainsi que dans la Loi sur l'accès. En effet, la divulgation ou l'utilisation de ces informations ne comporte pas de conséquences préjudiciables pour la personne concernée justifiant l'application des règles de protection des renseignements personnels.

Par contre, la Commission croit que la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé pourraient être modifiées afin de mieux encadrer certains renseignements plus sensibles, comme les renseignements génétiques¹⁸, biométriques¹⁹ ou concernant les jeunes.

Outre ces situations particulières, elle propose que la loi soit modifiée afin que la communication de renseignements sensibles ou leur utilisation à d'autres fins que celles de leur collecte ne soit possible qu'avec le consentement explicite de la personne concernée ou l'autorisation de la loi. Cette exigence se trouve déjà dans d'autres législations.

Consentement

La notion de consentement est de plus en plus jugée inadaptée au contexte de protection des renseignements personnel, et ce, à juste titre. Il est naïf de penser, par exemple, que le fait de cocher une case de type « J'ai lu et j'accepte » ou « J'atteste avoir pris connaissance » signifie que les personnes concernées ont lu et compris les conditions d'utilisation de la politique de confidentialité publiée sur un site Internet.

À l'heure où le gouvernement s'apprête à transposer, dans la Loi sur l'accès, les critères de validité du consentement des personnes concernées prévus à l'article 14 de la Loi sur le privé²⁰, la Commission invite ce dernier à clarifier certains éléments dans ces lois.

Premièrement, chacun de ces critères devrait être précisé tant dans la Loi sur l'accès que dans la Loi sur le privé. Par exemple, un consentement donné à des fins spécifiques, devrait interdire la possibilité d'inclure un consentement général laissant l'appréciation de certains éléments à l'organisme public ou à l'entreprise, tel que « tout renseignement jugé nécessaire ».

La Commission invite également le législateur à ajouter dans ces lois une disposition spécifiant que le consentement ne permet pas une collecte de renseignements personnels non nécessaires. Elle constate en effet que cette règle est souvent ignorée par les entreprises et les organismes publics. Par exemple, il arrive fréquemment que

¹⁸ Voir infra p. 15.

¹⁹ Voir infra p. 16.

²⁰ Orientations gouvernementales, précité, note 10, pp. 90-91 (Orientation n°12).

les entreprises soutiennent erronément, dans le cadre d'une enquête ou d'une inspection de la Commission, que les renseignements litigieux ont été recueillis avec le consentement de la personne concernée.

Aussi, en vertu de la Loi sur le privé, le consentement « ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé ». Selon la Commission, il est aussi important que la personne concernée puisse retirer son consentement à tout moment avant l'accomplissement de ces fins. Ainsi, elle recommande au gouvernement d'ajouter cette possibilité de retrait en s'inspirant de ce qui se fait notamment au fédéral ou en Europe.

Les renseignements génétiques

Les renseignements génétiques sont extrêmement sensibles. Ils révèlent des informations de nature médicale, des caractéristiques raciales, des liens familiaux et peuvent permettre d'identifier une personne, par exemple, dans le cadre d'une enquête policière. L'information génétique d'un individu peut également dévoiler des renseignements sur les personnes qui partagent une partie de son bagage génétique.

L'utilisation de ces renseignements soulève par ailleurs des craintes de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, notamment dans le domaine de l'emploi et de l'assurance.

Malgré cela, il n'existe encore aucune législation au Québec, ni d'ailleurs au Canada, visant à encadrer explicitement le traitement des renseignements génétiques des citoyens. Cette situation est très préoccupante car les tests génétiques sont de plus en plus répandus.

Selon les lois générales de protection des renseignements personnels et médicaux, actuellement en vigueur au Québec, la personne concernée peut toujours renoncer à la confidentialité et autoriser la divulgation de ses renseignements génétiques. Pour la Commission, les concepts de consentement et de nécessité à la base de la Loi sur l'accès, de la Loi sur le privé et des autres lois applicables à ces renseignements sont insuffisants pour garantir une protection adéquate contre les atteintes à la vie privée et la discrimination.

L'absence de régime législatif propre aux renseignements génétiques entraîne également des effets sociaux indésirables. Certaines personnes hésitent ou refusent de subir un test génétique recommandé par un médecin par crainte que les résultats de ces tests leur nuisent ou affectent leurs proches. On peut aussi appréhender que ces mêmes raisons dissuadent des personnes de participer à des recherches génétiques qui pourraient permettre des avancées importantes dans le domaine médical. C'est pourquoi il est urgent de créer un encadrement législatif permettant aux personnes d'obtenir toute l'aide médicale dont elles ont besoin ou de participer à des essais cliniques sans s'exposer aux risques de discrimination et de préjugés.

Étant donné l'importance des enjeux en cause, la Commission est d'avis que les renseignements génétiques doivent uniquement servir à des fins médicales, scientifiques ou judiciaires et que toute autre utilisation devrait être interdite. Elle presse le législateur à légiférer à cette fin, comme l'ont fait de nombreuses autres juridictions.

La biométrie

Les dernières années ont été marquées par des avancées technologiques spectaculaires dans le domaine de la biométrie. Les fabricants offrent toute une gamme de systèmes d'identification biométrique (saisie d'empreintes digitales, reconnaissance oculaire, morphologie de la main) que de plus en plus d'entreprises et d'organismes publics utilisent. La nature particulière des renseignements personnels recueillis par ces systèmes pose des défis en matière de protection de la vie privée et de sécurité de l'information.

En effet, la popularité croissante pour la biométrie augmente les risques de détournement d'usage des données et contribue à l'émergence d'une société de surveillance.

Au Québec, la protection des renseignements biométriques est régie par la Loi sur l'accès, la Loi sur le privé et par les articles 44 et 45 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (LCCJTI)²¹.

Selon la Commission, la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé devraient référer explicitement aux dispositions de LCCJTI. Ce renvoi législatif constituerait un moyen de mieux faire connaître les règles législatives applicables en cette matière et de les faire respecter.

En effet, la Commission constate qu'un grand nombre d'organisations méconnaissent leurs obligations légales en ce domaine et font appel à des dispositifs de biométrie sans le lui déclarer conformément à la LCCJTI. Cette situation empêche la Commission de s'assurer que ceux-ci répondent à une nécessité justifiée, que d'autres solutions moins envahissantes ne peuvent être envisagées et que les risques d'atteinte à la protection des renseignements personnels sont réduits au minimum.

De plus, il arrive que la Commission soit informée après l'installation d'une banque de caractéristiques ou de mesures biométriques ou de façon concomitante à celle-ci. Elle ne dispose donc pas de temps suffisant pour évaluer le projet et soulever les éléments problématiques avant sa mise en service. Il serait donc opportun que la déclaration à la Commission soit faite au moins 60 jours avant cette date.

La Commission considère également que tout projet concernant la création d'une banque de caractéristiques ou de mesures biométriques devrait être assujéti à un processus d'évaluation des risques et des impacts sur la vie privée et sur la protection des renseignements personnels.

Enfin, le choix des mécanismes de stockage et de conservation des renseignements biométriques a une influence importante sur leur sécurité. La Commission est d'avis que des exigences supplémentaires pourraient être prévues dans la loi afin d'éviter les problèmes relatifs à la protection de la vie privée et d'atténuer les aléas liés à la vulnérabilité des banques de données centralisées.

²¹ RLRQ, c. C-1.1.

Les incidents de sécurité

Dans son rapport quinquennal de 2011, la Commission invitait le législateur à modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé afin que les organismes publics et les entreprises soient obligés de lui déclarer les incidents de sécurité survenus dans le cadre de leurs activités et impliquant des renseignements personnels. Dans les Orientations gouvernementales, le gouvernement annonce qu'il entend modifier en ce sens la Loi sur l'accès et imposer aux organismes publics l'obligation de notifier ces incidents aux personnes concernées.

Réitérant les arguments présentés dans son mémoire sur les Orientations gouvernementales, la Commission insiste sur l'importance d'imposer une obligation similaire aux entreprises privées. En effet, aucun motif ne justifie que les incidents survenus dans le secteur privé, qui présentent un risque de préjudice significatif pour la personne concernée, ne reçoivent pas la même attention que ceux qui se produisent dans les organismes publics.

Par ailleurs, la Commission considère que l'attribution d'un pouvoir spécifique d'émettre rapidement les ordonnances nécessaires à l'exercice de sa compétence en matière d'incidents de sécurité préciserait son champ d'action et augmenterait sa capacité à jouer pleinement son rôle de contrôle et de surveillance en cette matière. Ce pouvoir lui permettrait également d'exiger la remise ou la destruction des renseignements personnels qui, à la suite d'un incident de sécurité, se retrouvent entre les mains de personnes qui ne devraient pas les avoir.

La conservation des renseignements personnels dans le secteur privé

Une problématique particulière touchant le secteur privé est l'absence de précisions quant à la durée de conservation des renseignements personnels. En effet, contrairement à la Loi sur l'accès applicable aux organismes publics,²² la Loi sur le privé ne prévoit aucune obligation pour les entreprises de détruire les renseignements personnels une fois l'objet du dossier accompli.

Tout au plus, l'article 12 de cette loi limite leur utilisation et seule une référence à l'adoption d'un calendrier de conservation établi par règlement du gouvernement²³ laisse entendre qu'une obligation de destruction des renseignements personnels pourrait en découler. Or, plus de 20 ans après l'adoption de la Loi sur le secteur privé, le gouvernement n'a toujours pas adopté de règlement à cet effet.

Qui plus est, selon la jurisprudence, l'absence de réglementation établissant un calendrier de conservation dans le secteur privé limite considérablement les pouvoirs de la Commission puisqu'elle ne peut ordonner la destruction des renseignements personnels détenus par les entreprises lorsque leur conservation ou leur utilisation n'est plus requise.

Selon la Commission, la durée de conservation de ces renseignements devrait se limiter à la réalisation des fins pour lesquelles ils ont été recueillis, sous réserve des obligations

²² Loi sur l'accès, art. 73.

²³ Loi sur le privé, article 90. Il est prévu que le gouvernement, après avoir pris avis de la Commission, peut, par règlement, établir des calendriers de conservation. Il peut distinguer des secteurs d'activités ainsi que des catégories de renseignements personnels et de dossiers.

contenues dans d'autres lois. Les entreprises devraient cependant être tenues de conserver les renseignements personnels ayant servi à prendre une décision concernant une personne pendant un an suivant cette décision, afin de préserver les droits d'accès de cette personne.

Les autorisations à recevoir à des fins d'étude, de recherche ou de statistique, communication de renseignements personnels et les biobanques

Les renseignements personnels détenus par les organismes publics et les entreprises constituent une importante source d'information pour les chercheurs. Pour y avoir accès et les utiliser à des fins d'enseignement, de recherche et de statistique, sans le consentement préalable des personnes concernées, les chercheurs doivent parfois obtenir une autorisation de la Commission²⁴. Cependant, malgré cette autorisation, l'organisme ou l'entreprise qui détient les renseignements auxquels le chercheur souhaite avoir accès peut refuser de lui transmettre. La Commission n'a pas le pouvoir d'obliger la communication de renseignements à des fins de recherche.

Depuis quelques années, ce processus d'autorisation est critiqué en raison, notamment, du nombre d'acteurs impliqués, de la multiplication des étapes à franchir et des délais de traitement. Le Québec est la seule province du Canada où le chercheur doit obtenir l'autorisation de l'organisme de surveillance en matière de protection des renseignements personnels, en plus de devoir faire sa demande auprès du détenteur des renseignements.

Ces critiques ont amené la Commission à repenser son rôle. Elle propose de modifier la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé afin d'éliminer l'exigence de son autorisation préalable en s'inspirant du modèle adopté par les autres provinces canadiennes. Les conditions habituellement imposées par la Commission au chercheur dans ses autorisations pourraient plutôt être consignées dans une entente conclue entre l'organisme public ou l'entreprise et le chercheur. Des modifications pourraient aussi être introduites afin de préciser que les organisations pour lesquelles travaillent les chercheurs sont responsables de la protection des renseignements personnels obtenus à des fins de recherche au même titre que les organisations qui les leur communiquent.

Enfin, par souci de transparence, une liste des communications de renseignements personnels à des fins de recherche, effectuées sans le consentement des personnes concernées, devrait être diffusée sur Internet.

En plus de simplifier le processus pour le chercheur et d'assurer la protection des renseignements personnels, ce modèle permettrait aux organismes publics et aux entreprises d'assumer pleinement leur responsabilité en cette matière. Au surplus, la Commission pourrait intensifier ses activités de surveillance, de promotion et de sensibilisation auprès des chercheurs et des organismes publics.

Par ailleurs, la recherche impliquant des biobanques ou des renseignements génétiques soulève des enjeux particuliers et requiert un encadrement spécifique.

²⁴ Loi sur l'accès, art. 125, Loi sur le privé, art. 21. La loi prévoit parfois que cette autorisation est requise, même lorsque le chercheur a obtenu le consentement des personnes concernées. Voir notamment, *Loi sur l'assurance maladie*, c. A-29, article 67 alinéa 9.

Les biobanques colligent du matériel biologique et de multiples informations sensibles sur les participants à la recherche. Cela pose des défis considérables en ce qui concerne le consentement, le devoir d'information, la confidentialité, l'utilisation, la conservation et la communication des données, notamment à l'extérieur du Québec.

La pertinence de règles juridiques encadrant de manière expresse la constitution et l'utilisation des biobanques à des fins de recherche a d'ailleurs souvent été revendiquée comme en témoigne l'abondante documentation à laquelle réfère la Commission dans la version intégrale de ce rapport.

La communication des renseignements personnels sans le consentement des personnes concernées

La Loi sur l'accès prévoit certaines exceptions autorisant un organisme public à communiquer un renseignement personnel sans le consentement de la personne concernée à certaines fins spécifiques. Parmi ces exceptions, soulignons les articles 67, 68 et 68.1 de cette loi. Or, il n'est pas toujours facile de savoir laquelle de ces dispositions s'applique d'abord parce que leur libellé porte à confusion. Ensuite, les règles à respecter avant que l'organisme puisse communiquer le renseignement varient selon la disposition législative applicable.

Par exemple, l'article 67 de la Loi sur l'accès permet la communication de renseignements personnels nécessaires à l'application d'une loi au Québec que celle-ci soit ou non prévue expressément par la loi. Lorsque la communication est nécessaire à l'exercice des attributions de l'organisme receveur ou à la mise en œuvre d'un programme dont cet organisme a la gestion, c'est plutôt l'article art. 68, al. 1 par. 1 de cette loi qui doit recevoir application. Or, si la première communication ne requiert comme formalité qu'une inscription dans le registre des communications de l'organisme en vertu de l'article 67.3, la seconde doit également être effectuée dans le cadre d'une entente écrite et être soumise à la Commission pour avis. Dans le cas où la communication est assujettie à l'exigence d'une entente écrite, les conditions de celle-ci peuvent également varier selon la nature de la communication²⁵.

Par ailleurs, la Commission constate que l'information soumise par les organismes pour obtenir son avis est souvent incomplète et ne lui permet pas d'analyser la conformité de l'entente projetée avec les dispositions de la loi. Il est alors difficile de produire un avis motivé dans le délai de 60 jours requis par la loi.

Pour résoudre ces problématiques, la Commission propose des pistes de solution qui consistent à :

- clarifier les situations où un organisme est autorisé à communiquer des renseignements personnels et à quelles conditions;
- préciser les informations à transmettre à la Commission lorsque son avis est requis et en moduler les exigences en fonction de l'impact que la communication représente sur la vie privée des personnes concernées;
- dans le cas des communications nécessitant l'avis de la Commission, prévoir que seul un avis défavorable doit être motivé.

²⁵ Loi sur l'accès, art.68 et 68.1.

Finalement, la Loi sur l'accès n'indique pas que le délai de 60 jours accordé à la Commission pour émettre son avis est suspendu lorsqu'un délai est accordé à l'organisme pour compléter sa demande ou pour présenter des observations. La Commission propose donc des modifications législatives à cette fin.

Les communications à l'extérieur du Québec

Lorsqu'un organisme public ou une entreprise communique des renseignements personnels à l'extérieur du Québec, par exemple pour leur conservation sur un nuage, ceux-ci doivent recevoir la même protection que s'ils étaient demeurés au Québec. En effet, la meilleure des législations ne pourra protéger les renseignements personnels des citoyens du Québec si une organisation peut s'y soustraire en les transférant vers un territoire où les exigences légales en la matière sont moindres ou absentes.

Cette préoccupation n'est pas nouvelle ni spécifique au Québec. Pour pallier au fait que la juridiction qui reçoit les renseignements personnels n'offre pas une protection équivalente à celle d'où ils proviennent, certains textes internationaux ou régionaux, établissant les principes directeurs en matière de flux transfrontières, prévoient des mesures visant à leur assurer une protection « adéquate » ou « comparable ». La Commission croit que certaines de ces mesures devraient être intégrées dans la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé. Par exemple, ces lois pourraient prévoir une obligation de réaliser une analyse des risques concernant la protection des renseignements personnels avant toute communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec et inclure, dans le contrat conclu avec l'entité publique ou privée destinataire des renseignements, des mesures pour atténuer les risques identifiés.

Au surplus, la Commission insiste sur l'importance d'harmoniser les dispositions de la Loi sur l'accès, de la Loi sur le privé et l'article 26 de la LCCJTI concernant la communication à l'extérieur du Québec. Elle traite également des enjeux liés à la question de l'adéquation de la Loi sur le privé avec la Directive européenne émise par le Groupe de travail Article 29 (G29) sur la protection des données²⁶.

La généalogie

La question de l'accès aux renseignements personnels à des fins de recherche généalogique et historique n'est pas nouvelle. Dans son Rapport quinquennal de 1997²⁷, la Commission soulignait déjà que l'adoption des dispositions du Code civil du Québec poserait des difficultés de taille aux généalogistes et aux historiens. L'adoption de la Loi sur le privé, en 1993, a ajouté aux difficultés des personnes qui pratiquent ces disciplines dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise. Malgré les amendements apportés à cette loi en 2002 pour tenter de résoudre ces difficultés, l'encadrement juridique soulève toujours des problématiques. Parmi celles-ci, soulignons :

²⁶ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, Avis 7/2014 sur la protection des données à caractère personnel au Québec, WP219, 4 juin 2014.

²⁷ COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Vie privée et transparence administrative au tournant du siècle*, Rapport sur la mise en œuvre de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, juin 1997.

- L'inexistence d'un délai à l'expiration duquel des renseignements personnels peuvent être accessibles et diffusés lorsqu'ils sont détenus par une entreprise ou par un particulier;
- Les difficultés d'obtenir le consentement de toutes les personnes concernées;
- Les difficultés posées par le concept d'« information légitime du public » prévu à l'article 1 de la Loi sur le privé et son interprétation jurisprudentielle;
- Les questions liées au contexte mondial dans lequel s'inscrit la pratique de la généalogie aujourd'hui et aux développements des nouvelles technologies;
- Les enjeux découlant de l'intérêt grandissant de la population pour la généalogie.

Pour ces motifs, la Commission croit nécessaire de relancer la réflexion sur la recherche d'un équilibre entre le respect de la vie privée et les intérêts légitimes liés la pratique de la généalogie et de modifier la législation en tenant compte de l'ensemble du cadre juridique applicable.

TITRE 4 : LES DONNÉES OUVERTES

Le titre 4 du présent rapport quinquennal aborde différents enjeux concernant la diffusion de données ouvertes. Celles-ci sont des données numériques accessibles à tous et dont les caractéristiques techniques et juridiques permettent la libre utilisation, la réutilisation et la redistribution par quiconque, en tout temps, en tout lieu. Les principales constatations et propositions de la Commission à ce sujet se résument ainsi :

Des données ouvertes par défaut

Par son engagement à devenir un gouvernement ouvert et transparent, le Québec s'est engagé dans le courant mondial prônant la diffusion de données en format ouvert. La mise en place du site dédié à la diffusion de l'information publique en format ouvert, *Données Québec*²⁸, constitue un autre pas dans cette direction²⁹.

La Commission invite le gouvernement à continuer dans cette voie et à adopter le principe de l'ouverture par défaut des données détenues par les organismes publics, sous réserve de motifs légitimes justifiant que certaines données ne peuvent être diffusées, motifs qui doivent être connus du public.

Ce principe se retrouve dans deux textes internationaux soit : la *Charte sur les données ouvertes*³⁰, adoptée par la G8 en juin 2013, lors du Sommet du G8, tenu à Lough Erne, au Royaume-Uni, et la *Charte internationale sur les données ouvertes*³¹.

La Commission est d'avis que la volonté d'atteindre une plus grande transparence annoncée par le gouvernement doit se traduire au quotidien, au sein des organismes

²⁸ <https://www.donneesquebec.ca/fr/>.

²⁹ Ce site, mis en ligne le 5 avril 2016, regroupe en un même endroit les données qui, auparavant, étaient disponibles, d'une part, sur le portail *donnees.gouv.qc.ca* et, d'autre part, sur les sites des villes partenaires à savoir Québec, Montréal, Laval, Gatineau et Sherbrooke.

³⁰ *Charte du G8 sur les données ouvertes*, en ligne : http://international.gc.ca/g7/open_data_charter-charte_du_g8_sur_les_donnees_ouvertes.aspx?lang=fra&_ga=1.5190198-429213067146-4625903.

³¹ *Charte internationale sur les données ouvertes*, en ligne : <http://opendatacharter.net/principles-fr/>.

publics, dès la création d'un document ou d'un programme. Une façon de contribuer à ce changement de culture est d'affirmer, à l'instar des textes internationaux précités, que les données gouvernementales sont ouvertes par défaut puisque leur libre accès et leur réutilisation constituent une valeur importante pour la société. Évidemment, la diffusion de données en format ouvert ne doit pas se faire au détriment de la protection des renseignements personnels. Là encore, le point d'équilibre est fragile et, surtout, en constante évolution.

Un engagement clair et précis de rendre disponibles des données ouvertes favorisant la démocratie et la transparence

Le choix des données qui doivent être mises en ligne en format ouvert est important. Dans l'esprit des textes internationaux précités, la Commission est d'avis que la diffusion de jeux de données qui permettent d'évaluer les décisions des organismes publics et qui favorisent la participation citoyenne devrait être privilégiée.

La Commission note par ailleurs qu'aucune politique, directive ou plan d'action n'énonce de façon précise la stratégie du gouvernement du Québec en matière de données ouvertes. Il n'est donc pas possible pour les citoyens de connaître précisément les objectifs et les priorités en cette matière ni les rôles et responsabilités des différents acteurs susceptibles d'être impliqués. Un rapide coup d'œil sur le site *Données Québec* dénote pourtant un souci de diffuser des jeux de données significatifs dans une perspective de transparence et d'imputabilité.

À l'instar du gouvernement fédéral, qui a adopté des plans d'action en matière de données ouvertes complétés par une directive et des politiques diverses, le gouvernement du Québec doit être plus transparent quant à sa politique en matière de données ouvertes et clarifier le cadre de gouvernance qu'il entend mettre en œuvre. Il va de soi que cette politique devrait préciser si des renseignements personnels rendus anonymes et des renseignements personnels à caractère public peuvent être diffusés dans un format ouvert et mentionner les motifs à l'appui de cette décision.

Les renseignements à caractère public

La diffusion en format ouvert de renseignements personnels à caractère public³² soulève certaines interrogations juridiques. Alors qu'il entend accroître la diffusion de données ouvertes, la Commission invite le gouvernement à clarifier ces questionnements.

Les renseignements personnels à caractère public ne sont pas assujettis aux règles générales de confidentialité applicables aux renseignements personnels prévues dans la Loi sur l'accès et la Loi sur le privé. En effet, la Loi sur l'accès prévoit qu'un renseignement personnel qui a un caractère public en vertu de la loi n'est pas soumis aux règles de protection des renseignements personnels³³. La Loi sur le privé, quant à elle, énonce que les dispositions concernant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels ne s'appliquent pas à ces renseignements³⁴.

³² Parmi les renseignements personnels que la loi déclare publics, on peut penser aux noms et aux coordonnées professionnelles des employés et dirigeants des organismes publics, Loi sur l'accès, art. 57, alinéa 1, par. 1, 2 et 3 et au rôle d'évaluation, *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, c. F-2.1, article 73.

³³ Loi sur l'accès, art. 55

³⁴ Loi sur le privé, art. 1

À la lumière de ces dispositions, il semble donc, a priori, possible de diffuser des renseignements jouissant d'un caractère public, sans le consentement des intéressés. Le site Données Québec contient d'ailleurs des renseignements de cette nature (par exemple : des renseignements en lien avec des élus municipaux).

Toutefois, il importe de rappeler que ces renseignements sont déclarés publics par diverses lois dans un objectif précis et que leur diffusion ou leur utilisation à toute autre fin peut avoir des répercussions graves sur les individus qu'ils concernent. Ainsi, pour s'assurer que les renseignements personnels à caractère public ne seront utilisés qu'aux fins pour lesquelles le législateur leur attribue ce caractère, la loi actuelle prévoit des dispositions visant à empêcher toute autre utilisation³⁵.

Il convient donc de s'interroger sur la légalité de la diffusion des banques de données ouvertes contenant des renseignements personnels à caractère public. En effet, les objectifs de permettre l'utilisation sans restriction des données diffusées et de faciliter leur croisement avec d'autres informations apparaissent difficilement conciliables avec les restrictions imposées par la législation voulant limiter l'accessibilité et la réutilisation de renseignements personnels à caractère public aux seules fins pour lesquelles ces renseignements sont déclarés publics.

C'est pourquoi, la Commission invite le gouvernement à restreindre clairement, dans sa politique ou dans son plan d'action concernant les données ouvertes, la diffusion des renseignements personnels à caractère public, le tout conformément aux dispositions actuellement applicables à ces renseignements.

L'anonymisation des données dans un contexte de données ouvertes³⁶

La loi québécoise permet la diffusion de données ouvertes sur des individus dans la mesure où elles sont anonymisées, c'est-à-dire dépouillées « de l'ensemble des informations permettant d'identifier directement ou indirectement un individu »³⁷. Dès lors, ces données ne sont plus considérées comme étant des renseignements personnels soumis à la loi.

Les difficultés résident dans le niveau de dépersonnalisation requis pour que des renseignements ne puissent réellement plus permettre l'identification. En effet, l'anonymisation de renseignements ne se limite pas à retirer d'une banque de données les identifiants directs d'une personne, comme son nom, son adresse, ou un numéro unique qui lui est attribué (ex. : son numéro d'assurance maladie). Certaines informations, qualifiées d'identifiants indirects, tel que le code postal ou le sexe, pour ne nommer que ces exemples, peuvent également permettre de reconnaître une personne.

Dans le contexte d'une diffusion à grande échelle de fichiers de renseignements personnels dépersonnalisés réutilisables, l'anonymisation des données devient encore plus compliquée. La presse et le Web regorgent d'exemples où malgré l'utilisation de techniques de dépersonnalisation éprouvées, il a été possible de percer l'anonymat de

³⁵ LCCJTI, art. 24. Voir aussi l'article 55 alinéa 2 de la Loi sur l'accès prévoyant que (...).

³⁶ La ministre responsable de l'Accès à l'information et de la Réforme des institutions démocratiques a demandé à la Commission d'aborder ce sujet dans le présent rapport. Loi sur l'accès, article 179.

³⁷ Source : La protection des données personnelles dans l'open data : une exigence et une opportunité. Rapport d'information n° 469 (2013-2014), déposé au Sénat le 16 avril 2014.

bases de données. Certains vont même jusqu'à affirmer que la création de bases de données incognito relève désormais du mythe.

Un autre défi de l'anonymisation est de préserver la fiabilité des données publiées. La qualité et l'utilité des données sont des principes de base d'une stratégie de données ouvertes. Celles-ci doivent offrir aux utilisateurs une capacité de recherche optimale. Or, il est reconnu que plusieurs méthodes d'anonymisation nuisent à la qualité des informations.

Il existe des moyens qui peuvent réduire les risques de réidentification dans une banque de données ainsi que les conséquences pour les personnes concernées en cas de réidentification accidentelle de renseignements.

Aussi, si l'intention du gouvernement est de permettre aux organismes publics de diffuser des jeux de données contenant des renseignements anonymisés au sujet d'individus, la Commission l'invite à considérer notamment les mesures suivantes :

- Prévoir des limitations à l'utilisation ou à la circulation des données;
- Prévoir des licences d'utilisation encadrant davantage les conditions de réutilisation et interdisant spécifiquement toute tentative de réidentification d'une personne physique;
- Mettre en place des mesures afin que les organismes intègrent les préoccupations de protection des renseignements personnels dès la conception de la banque de données;
- Planifier des évaluations périodiques puisqu'il est difficile de prévoir quels renseignements seront disponibles au public dans l'avenir ou encore quels seront les nouveaux développements susceptibles de faciliter la réidentification des banques de données;
- Concevoir une stratégie d'intervention rapide en cas de réidentification: par exemple, la suppression de la banque de données, la révision de son anonymisation, la récupération des données;
- Mettre sur pied un réseau d'experts chargé d'accompagner les organismes dans l'évaluation de l'opportunité d'ouvrir une base de données ouvertes et dans l'anonymisation de celle-ci et leur offrir de la formation à ce sujet.