

Bulletin sur la Protection de l'information et de la vie privée

Décembre 2008

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Cent fois sur le métier...l'impartition de services à l'étranger : résumé des conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDÉ n° 394

Karl Delwaide, Montréal



Karl Delwaide est un associé du cabinet Fasken Martineau; il est un des fondateurs et ex-directeur du groupe de pratique national Protection de l'information et de la vie privée du cabinet. Grâce à sa vaste expérience et à ses nombreux succès en litiges complexes, il est reconnu comme l'un des rares plaideurs québécois à avoir acquis une solide connaissance de tous les tribunaux en matière de protection de l'information et de la vie privée.

Faisant suite aux conclusions des enquêtes nos 313, 333 et 365, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (« CVPC ») a publié, en date du 19 septembre 2008, un autre résumé de conclusions d'enquête portant sur l'impartition de services à l'étranger. Il s'agit du résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDÉ n° 394.

Dans ce cas, des personnes avaient logé une plainte au CVPC concernant le transfert aux États-Unis de la gestion du service courriel « canada.com » exploité par CanWest Publishing Inc.

Les conclusions d'enquête du CVPC se résument ainsi :

- La LPRPDÉ n'interdit pas aux organisations d'impartir leurs activités à l'étranger;
- Il est essentiel pour les organisations d'évaluer les risques susceptibles de compromettre la sécurité et la confidentialité des

renseignements personnels (« RP ») des clients lorsque ces renseignements sont transférés à des tiers fournisseurs de services établis à l'étranger. Les mesures de protection des RP doivent être officialisées par des moyens contractuels ou autres;

- Aucune disposition contractuelle ne saurait l'emporter sur les lois d'un pays auxquelles les renseignements pourraient être assujettis une fois le transfert des renseignements effectué;
- Les organisations doivent faire preuve de transparence en ce qui concerne leurs pratiques relatives au traitement des RP. Cela inclut le devoir d'informer ses clients du fait que leurs renseignements peuvent être mis à la disposition du gouvernement de la juridiction étrangère ou de ses organismes en vertu d'une ordonnance légale rendue dans ledit pays; et

Vancouver

Calgary

Toronto

Ottawa

Montréal

Québec

Londres

Johannesburg

www.fasken.com

- En ce qui concerne la question du consentement du client, le commissariat est d'avis que le transfert de renseignements à un tiers fournisseur de services constitue une « utilisation » aux fins de la *Loi*. Le consentement donné initialement à l'usage des RP vaudra donc en principe pour l'utilisation des RP par le sous-contractant.

Certes, pour les habitués des décisions rendues par le CVPC, les conclusions auxquelles en est arrivé le Commissariat dans sa décision n° 394 ne surprennent guère. D'ailleurs, par sa décision n° 394, le CVPC réitère formellement, en y référant spécifiquement, les conclusions auxquelles il était parvenu dans ses décisions n°s 313 et 365.

La question se pose cependant : ces décisions du CVPC sont-elles transposables intégralement au Québec? La même approche peut-elle être retenue en vertu des lois québécoises relatives à la protection des RP tant dans le secteur public que dans le secteur privé? Nous avons ici à l'esprit les dispositions « remodelées » depuis les amendements de 2006 aux articles 67.2 et 70.1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (« Loi sur l'accès ») et aux articles 17 et 20 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (« Loi sur le secteur privé »).

En premier lieu, il convient de souligner que si dans le cadre de la LPRPDÉ, l'impartition de services constitue une « utilisation » des RP aux fins des objets auxquels la personne concernée aura initialement consenti, en vertu des lois québécoises, il s'agira plutôt d'une « communication » des renseignements. Mais cette communication bénéficie d'une exemption au principe du consentement.

Rappelons ensuite les commentaires importants de la Commission d'accès à l'information dans le rapport d'enquête portant sur l'affaire *Deschenes c. Groupe Jean Coutu*, (2000) C.A.I. 210,

lesquels viennent renforcer l'article 20 de la Loi sur le secteur privé. Cette décision précise que les mandataires (agents) pourront avoir accès aux RP d'un particulier sans son consentement si les exigences suivantes sont respectées :

- a) Le contrat entre l'entreprise et le mandataire se fait par écrit;
- b) Le contrat précise :
 - la portée du mandat;
 - les buts pour lesquels le mandataire (agent) utilisera les renseignements (l'objet du dossier) et;
 - la catégorie de personnes qui auraient accès aux renseignements.

Ces exigences, qui s'ajoutent au texte de l'article 20 de la Loi sur le secteur privé à la suite de la décision *Groupe Jean Coutu*, devraient s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, à un contrat de service ou d'entreprise.

En ce qui concerne le secteur public, l'article 67.2 de la Loi sur l'accès vise à préciser le contenu « minimum » du contrat qui devra être conclu par écrit entre le donneur d'ouvrage et son sous-contractant. Ce contrat devra donc renfermer des dispositions précises régissant la confidentialité, y compris la possibilité d'exiger des engagements de confidentialité par les personnes qui auront accès aux RP.

Il convient enfin d'examiner la portée de l'article 17 de la Loi sur le secteur privé et de l'article 70.1 de la Loi sur l'accès.

Les conséquences de ces articles remodelés ne sont pas claires.

Selon une interprétation restrictive de ces dispositions, avant d'admettre la transmission de RP hors du Québec (il ne s'agit pas seulement de prévenir la transmission de ces données dans des pays étrangers, mais cela couvre aussi la transmission des données dans d'autres provinces canadiennes....comme en Ontario, où plu-

sieurs entreprises québécoises ont des liens d'affaires journaliers), la question se pose à savoir si les lois du « territoire étranger » doivent être examinées en détail afin de déterminer si la protection législative est suffisante (ou à tout le moins équivalente) en comparaison à celle prévue par l'article 17 de la Loi sur le secteur privé ou l'article 70.1 de la Loi sur l'accès. À ce sujet, rappelons l'argument soulevé par CanWest devant le CVPC dans le dossier n° 394 :

« Bien qu'il soit du pouvoir d'une organisation d'effectuer des contrôles contractuels et opérationnels sur le traitement des renseignements personnels par ses fournisseurs de services, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que les organisations mènent des enquêtes exhaustives sur les règlements d'accès aux données dans tous les pays dans lesquels elles traitent ou stockent des données, ni de décider si ces règlements exposent ou non les renseignements à plus de risques que s'ils étaient stockés au Canada. Nous soutenons qu'une telle norme va au-delà de l'esprit et de l'intention de la LPRPDÉ, notamment dans la norme du caractère raisonnable énoncé à l'article 3. » [Traduction].

Une autre interprétation, à laquelle nous avons déjà souscrit dans le passé, fait valoir que les protections contractuelles offertes par entente intervenue entre le donneur d'ouvrage et le sous-contractant pourront être jugées suffisantes pour assurer la conformité aux exigences de l'article 17 de la Loi sur le secteur privé et de l'article 70.1 de la Loi sur l'accès et ainsi permettre le transfert des RP à l'étranger, pourvu que l'organisation ou l'organisme du territoire de destination applique, ou s'engage à appliquer, des protections similaires à celles qui prévalent au Québec. Cela devra donc se faire par contrat écrit dans tous les cas.

Certes, les protections contractuelles ne peuvent avoir préséance sur les dispositions législatives (ou réglementaires) de la juridiction étrangère. Mais il s'agit là d'une réalité juridique et pratique

reconnue par les décisions n^{os} 313, 333, 365 et 394 du CVPC.

En l'absence de précisions données par la Commission d'accès à l'information sur la portée de l'interdiction que l'on retrouve tant à l'article 17 de la Loi sur le secteur privé qu'à l'article 70.1 de la Loi sur l'accès, nous sommes d'avis que le même degré de réalisme juridique et pratique doit s'appliquer en ce qui concerne ces dispositions de la législation québécoise : nous ne croyons pas que les amendements apportés à l'article 17 de la Loi sur le secteur privé ni l'adoption de l'article 70.1 de la Loi sur l'accès n'aient voulu empêcher les entreprises ou organismes d'impartir leurs services (même si cela inclut la communication de RP hors du Québec) en autant que des mesures claires et transparentes aient été prises pour assurer la protection des RP ainsi confiés au sous-traitant...sujet cependant à l'application des lois étrangères.

Ceci étant dit, nous sommes aussi d'avis que la conclusion du CVPC à sa décision n° 394 par laquelle le Commissariat souligne qu'il est essentiel pour les organisations d'évaluer les risques susceptibles de compromettre la sécurité et la confidentialité des RP des clients lorsque ces renseignements sont transférés à des tiers fournisseurs de services établis à l'étranger viendra moduler les exigences que la Commission d'accès à l'information « imposera » aux entreprises ou organismes en vertu de l'article 17 de la Loi sur le secteur privé ou de l'article 70.1 de la Loi sur l'accès. Une communication de RP en Ontario ou aux États-Unis, encadrée par des engagements contractuels précis, ne devrait pas être traitée de la même façon que le transfert de RP dans des « juridictions » où le système juridique serait plus « questionnable » et où il serait plus ardu, voire impossible, d'obtenir les véritables remèdes appropriés pour assurer le respect et la sanction des engagements contractuels intervenus.

Par :

Karl Delwaide, Montréal

514 397 7563

kdelwaide@fasken.com

Pour obtenir de plus amples renseignements, n'hésitez pas à communiquer avec l'un des membres de notre groupe de pratique national sur la Protection de l'information et de la vie privée :

Karl Delwaide, Montréal
514 397 7563
kdelwaide@fasken.com

Julie Cuddihy, Montréal
514 397 7521
jcuddihy@fasken.com

Claude Dallaire, Montréal
514 397 5233
cdallaire@fasken.com

Antoine Aylwin, Montréal
514 397 5123
aaylwin@fasken.com

Jasmin Marcotte, Québec
418 640 2030
jmarcotte@fasken.com

Jeffrey A. Kaufman, Toronto
416 868 3417
jkaufman@fasken.com

John P. Beardwood, Toronto
416 868 3490
jbeardwood@fasken.com

Lorene A. Novakowski, Vancouver
604 631 3216
lnovakowski@fasken.com

Norman K. Trerise, Vancouver
604 631 3122
ntrerise@fasken.com

Roger Loosley, Londres
44 207 917 8511
rloosley@fasken.com

Les textes inclus dans ce recueil ont pour but de fournir des commentaires généraux sur la Protection de l'information et de la vie privée. Les textes reflètent le point de vue de chacun des auteurs et ne constituent pas des opinions exprimées au nom de Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. ou toute société membre. Ces textes n'ont pas pour but de fournir des conseils juridiques. Les lecteurs ne devraient pas prendre des mesures sur la foi des renseignements sans prendre conseil à l'égard des questions spécifiques qui les concernent. Il nous fera plaisir de fournir, sur demande, des détails supplémentaires.

© 2008 Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Vancouver
604 631 3131
vancouver@fasken.com

Montréal
514 397 7400
montreal@fasken.com

Calgary
403 261 5350
calgary@fasken.com

Québec
418 640 2000
quebec@fasken.com

Toronto
416 366 8381
toronto@fasken.com

Londres
44 20 7929 2894
london@fasken.co.uk

Ottawa
613 236 3882
ottawa@fasken.com

Johannesburg
27 11 685 0800
johannesburg@fasken.com