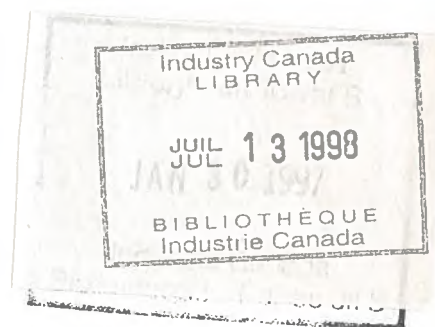


**Une intervention législative fédérale
en matière de protection des renseignements personnels
et l'expérience du Québec:
quelques éléments d'analyse**



Jacques St Amant

24 août 1995

Table des matières

Introduction

I- Le portrait de la situation au Québec

A- le cadre général

1. le régime de droit civil
 - a) droit civil et attributs de la personnalité
 - b) droit civil et responsabilité
2. la Charte des droits
3. la législation régissant le secteur public

B- la réforme de 1994

1. le Code civil du Québec
2. la législation régissant le secteur privé
 - a) la LPRP en détail
 - b) la LPRP: une évaluation générale
 - c) la LPRP: les impacts

II- Les perspectives au Canada

A- la question constitutionnelle

1. la juridiction des provinces
2. la juridiction fédérale
 - a) la compétence en matière de communications
 - b) la compétence en matière de commerce
 - i. les échanges internationaux et interprovinciaux
 - ii. la réglementation générale des échanges
 - iii. l'existence de la juridiction en matière de commerce
 - c) le pouvoir résiduaire
 - d) les entreprises fédérales
 - d) la juridiction criminelle
 - e) la constitution en personnes morales
 - f) la juridiction fédérale: synthèse préliminaire
 - g) le chevauchement

B- les codes de conduite

C- quelques pistes

Sommaire

La protection de la vie privée et des renseignements personnels est assurée au Québec par un régime juridique composé de plusieurs éléments. En vertu des règles du droit civil, la vie privée constitue un attribut de la personnalité qui ne peut faire l'objet d'une opération commerciale, et non un bien, et une atteinte à cet attribut peut donner lieu à un recours en dommages-intérêts. Le droit à la vie privée est également garanti en vertu de la *Charte des droits et libertés du Québec* et, quant aux activités du secteur public, par une loi spécifique qui assure notamment la protection des renseignements personnels.

La réforme du droit civil opérée le premier janvier 1994 a confirmé et précisé ce cadre général. Le *Code civil du Québec* contient un certain nombre de dispositions relatives à la protection de la vie privée et il établit un régime général de contrôle du traitement des renseignements personnels, qui limite dans une certaine mesure la liberté de cueillir et d'utiliser de tels renseignements et qui aménage des droits d'accès et de rectification.

À ces dispositions s'ajoute la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, qui accorde aux personnes physiques faisant affaires avec des entreprises une série de droits substantifs et limite la discrétion de ces entreprises en mettant en oeuvre les grands principes généralement reconnus dans ce domaine, soit la limitation de la cueillette et de l'utilisation, la protection de la sécurité et le droit d'accès et de rectification. La *Loi* confie à la Commission d'accès à l'information, un organisme public, la fonction de régler les mécontentements pouvant survenir dans la mise en oeuvre de ces droits et obligations.

En place depuis une quinzaine de mois, le régime québécois paraît bien fonctionner. De nombreuses entreprises ont adapté leurs pratiques de gestion aux exigences de la législation, sans en subir d'inconvénient appréciable. Au contraire, plusieurs y ont vu des avantages divers. Les citoyens ont par ailleurs exercé les droits qui leur sont accordés et ont notamment porté jusqu'à maintenant plus d'une centaine de plaintes devant la Commission d'accès à l'information. La *Loi* comporte certes des imprécisions et pourrait faire l'objet de corrections, mais le système n'a jusqu'à maintenant pas soulevé de critiques ou d'oppositions, sinon de la part de certaines entreprises de juridiction fédérale qui affirment n'être formellement pas assujetties à la législation provinciale en cette matière.

Au plan constitutionnel, la compétence provinciale relative à la «propriété et aux droits civils» justifie l'intervention législative québécoise en matière de protection des renseignements personnels et de la vie privée, dans les limites territoriales et juridictionnelles de cette compétence. Le Parlement peut pour sa part fonder une intervention visant l'autoroute de l'information sur sa compétence à l'égard des infrastructures qui la constituent, sur sa compétence à l'égard des entreprises fédérales, sur la théorie de l'intérêt national au besoin et, dans une mesure difficile à évaluer, sur sa compétence en matière de commerce. Il peut aussi invoquer de manière accessoire ses

compétences en matière criminelle ou en matière bancaire, notamment. Il peut aussi alléguer au soutien d'une action visant la question de la protection de la vie privée sa compétence relativement aux entreprises fédérales et en matière criminelle et, dans une mesure difficile à évaluer, sa compétence en matière de commerce. L'intervention fédérale ne pourrait donc vraisemblablement pas couvrir tout le champ de la protection de la vie privée au Canada.

Dans ce contexte, on doit envisager des interventions législatives des deux paliers de gouvernement au Canada, ce qui occasionnera notamment la mise en jeu des diverses règles applicables au partage des juridictions relativement aux entreprises de juridiction fédérale et à la prépondérance des lois fédérales.

On pourrait dans une certaine mesure éviter ces difficultés d'ordre constitutionnel en ayant recours à la normalisation par la voie de l'adoption de codes de pratique. L'expérience canadienne dans ce domaine paraît toutefois mitigée quant au contenu, quant à la notoriété et quant à la mise en oeuvre de plusieurs de ces codes, notamment. D'autre part, leur statut juridique étant mal déterminé, leur adoption peut avoir des conséquences imprévisibles.

En somme, une intervention législative du Parlement serait opportune afin notamment d'assurer la protection des renseignements personnels sur l'autoroute électronique et de contrôler les activités des entreprises de juridiction fédérale. Elle pourrait prendre une forme s'apparentant au régime mis en place au Québec par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

**Une intervention législative fédérale
en matière de protection des renseignements personnels
et l'expérience du Québec:
quelques éléments d'analyse**

Introduction

Au moment où la Communauté européenne se dote d'un cadre général de protection des renseignements personnels et où on peut commencer à dresser un premier bilan de l'application de nouvelles règles dans ce domaine au Québec, le gouvernement du Canada doit prendre acte de la préoccupation croissante des citoyens à l'égard de cette problématique et songer à intervenir lui aussi activement. La chose peut paraître simple en principe; on constate toutefois assez rapidement qu'une éventuelle intervention fédérale requerra d'abord que s'opèrent divers choix.

On envisagera ici deux ensembles de données fort différents l'un de l'autre qui pourront avoir une incidence sur ces choix. La situation particulière du Québec, première juridiction nord-américaine à s'être dotée d'une loi d'application générale en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé, fournit un bon exemple de ce qui peut être fait. Il ne s'agit pas de s'en tenir à l'examen de la législation adoptée en 1993: le cadre général du droit civil et les règles applicables en matière de protection des droits de la personne à l'intérieur de la province doivent aussi être mis à contribution pour expliquer le régime québécois. On constatera qu'il s'agit d'un modèle fort intéressant, même s'il comporte encore quelques imperfections.

On ne peut d'autre part envisager une intervention législative en régime fédéral sans se pencher sur le droit constitutionnel. Force est de constater en l'occurrence que la question est complexe. Si le Parlement peut envisager de régir de vastes pans de l'activité associée aux renseignements personnels, il ne jouit pas d'une compétence absolue dans ce domaine. Il devra donc bien délimiter son intervention. On ne s'étonne pas dans ce contexte qu'on ait activement recherché d'autres modes d'intervention que la loi, comme la mise en place de codes de pratique; à la lumière des expériences canadienne et étrangère depuis quelques années, on doit toutefois soulever un certain nombre de réserves à l'égard de tels mécanismes.

Ces quelques pages ne brosseront un tableau complet ni de la situation québécoise, ni de la problématique constitutionnelle. Elles se veulent une contribution préliminaire à la réflexion qui commence quant aux choix entourant le modèle de réglementation fédérale de la protection des renseignements personnels dans le secteur privé au Canada et une synthèse destinée à des personnes qui voudraient connaître les grandes lignes du droit québécois dans ce domaine et du problème constitutionnel. En somme, leur objet est de contribuer aux débats qui s'amorcent.

I- Le portrait de la situation au Québec

A- le cadre général

1. le régime de droit civil

a) droit civil et attributs de la personnalité

Pour des raisons historiques, le Québec est gouverné depuis 1774 par un régime de droit privé¹ d'inspiration française², qui a été d'abord codifié dans le *Code civil du Bas-Canada*, entré en vigueur en 1866³. Ce *Code* a été modifié à l'occasion par la suite et des règles de droit privé ont également été formulées fréquemment dans d'autres lois. La modernisation du droit privé québécois devenant impérative, le *Code civil du Québec* a été adopté en 1991⁴ et il est entré en vigueur le premier janvier 1994, remplaçant ce faisant le C.c.B.C.⁵ Cette réforme a clarifié le statut du droit à la vie privée au Québec, sans toutefois le modifier véritablement, et ne laisse pas de doute quant à ses assises conceptuelles: il s'agit non seulement d'un droit relevant des libertés publiques, mais aussi d'un droit civil qui procède des attributs fondamentaux de la personne, et non du droit de propriété⁶.

Tout comme en *common law*, la notion de propriété joue un rôle important dans le régime de droit civil québécois. Il s'agit en droit civil de la relation la plus complète qu'on puisse établir à l'égard d'un bien, qu'il soit meuble ou immeuble, tangible ou intangible.

¹ On entend par «droit privé» cette branche du droit qui régit les relations juridiques des personnes entre elles, par opposition à leurs relations avec l'État, qui relèvent du droit public.

² *Acte de Québec*, L.R.C. 1985, appendice II, no 2; Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*. 3ième éd. Toronto, Carswell, 1992. Pp. 34, 538.

³ Ci-après également le «C.c.B.C.».

⁴ L.Q. 1991, c. 64, ci-après le «CCQ».

⁵ C.C.Q., disposition finale; *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 719.

⁶ Le législateur français a retenu la même solution en modifiant l'article 9 du *Code civil des français* par la *Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970*.

Les biens⁷ dont dispose une personne constituent son patrimoine. Ils peuvent faire l'objet d'un ensemble d'opérations et peuvent notamment être cédés; le droit de propriété s'exerce quant à lui à l'égard des biens⁸.

Tout n'est pas pour autant susceptible d'appropriation en droit civil: tout n'est donc pas un bien. Le droit reconnaît en effet à la personne des attributs comme le nom, le droit à l'image ou le droit à l'inviolabilité de la personne⁹, tout en excluant que la relation entre la personne et ces attributs en soit une de propriété¹⁰. Il s'agit de droits qui ne font pas partie du patrimoine de la personne et qui sont dits hors-commerce.

Les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux constituent ensemble les droits civils de la personne, mais la distinction entre eux est fondamentale. Le libellé même du CCQ marque explicitement la distinction entre les droits patrimoniaux, dont le droit de propriété, et les droits de la personnalité dans ses tout premiers articles:

- art. 1er** Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils.
2. Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.
 3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles.

⁷ La notion civile de «bien» doit être distinguée de la notion de «chose»: le bien est un droit qu'ont une personne ou un groupe de personnes à l'égard d'une chose tangible ou intangible: Lafond, Pierre-Claude. *Droit des biens*. Coll. Mémentos Thémis. Montréal, Éditions Thémis, 1991. P. 6.

⁸ Art. 911, 947 CCQ.

⁹ qui a notamment pour effet qu'une personne ne peut vendre son sang ou un de ses organes: l'aliénation d'une partie ou de produits du corps doit être gratuite, comme le précise l'article 25 CCQ.

¹⁰ *Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie c. Frenette*, [1990] R.J.Q. 62, 67 (C.A.), renversée pour d'autres motifs *sub nom. Frenette c. Métropolitaine (La)*, [1992] 1 R.C.S. 647, quant à la qualification du droit au secret médical.

Le CCQ précise ensuite les modalités des divers droits de la personnalité et d'éléments relatifs à l'état des personnes, comme le nom.

Si la reconnaissance explicite des attributs de la personnalité en droit civil a été relativement tardive, ils n'en existaient pas moins longtemps avant que la préoccupation actuelle à l'égard des droits de la personne ait incité les civilistes à les identifier plus précisément. Le droit civil a d'abord mis l'accent sur les biens; il le met maintenant sur les personnes. La mise en oeuvre des droits de la personnalité a passé principalement par le recours judiciaire aux principes de la responsabilité civile: la victime d'une atteinte à un de ses droits poursuivait l'auteur de la faute en dommages et intérêts¹¹. On en reconnaît maintenant la nature spécifique: il s'agit de «prérogatives qui ont pour fonction d'assurer, d'un point de vue juridique, la protection de ce qui constitue l'individualité propre de la personne dans les relations entre particuliers.»¹²

Ces droits comportent en raison de leur nature cette caractéristique qu'ils ne peuvent être détachés de la personne: ils sont intransmissibles. Rien ne permet leur cession, puisqu'ils sont créés par la loi et que celle-ci détermine spécifiquement leur détenteur¹³. Les éléments constitutifs de la personnalité qu'ils protègent ne devraient pas davantage être cessibles, ce qui n'est pas sans importance en matière de protection des renseignements personnels.

Deux conséquences découlent de ce régime juridique. D'abord, les attributs de la personnalité relevant du droit civil, qui se confond pratiquement avec le droit privé¹⁴, la compétence constitutionnelle d'une province canadienne à leur égard s'en trouve confirmée. Ensuite, il exclut qu'on assimile au Québec la relation d'une personne aux renseignements personnels qui la concernent à un droit de propriété. On reviendra plus loin à la question constitutionnelle; on envisagera brièvement ici la question de la propriété.

¹¹ Scott, F.R. *The Bill of Rights and Québec Law*. [1959] 37 R. du B. can. 135, 136-138; Caron, Madeleine. *Le Code civil québécois: instrument de protection des droits et libertés de la personne?* [1978] 56 R. du B. can. 197.

¹² Deleury, Édith; Goubau, Dominique. *Le droit des personnes physiques*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994. P. 60.

¹³ Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*. 4ième éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 19, p. 14.

¹⁴ Tremblay, André. *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*. Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967. Pp. 33-35, 54.

Les biens⁷ dont dispose une personne constituent son patrimoine. Ils peuvent faire l'objet d'un ensemble d'opérations et peuvent notamment être cédés; le droit de propriété s'exerce quant à lui à l'égard des biens⁸.

Tout n'est pas pour autant susceptible d'appropriation en droit civil: tout n'est donc pas un bien. Le droit reconnaît en effet à la personne des attributs comme le nom, le droit à l'image ou le droit à l'inviolabilité de la personne⁹, tout en excluant que la relation entre la personne et ces attributs en soit une de propriété¹⁰. Il s'agit de droits qui ne font pas partie du patrimoine de la personne et qui sont dits hors-commerce.

Les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux constituent ensemble les droits civils de la personne, mais la distinction entre eux est fondamentale. Le libellé même du CCQ marque explicitement la distinction entre les droits patrimoniaux, dont le droit de propriété, et les droits de la personnalité dans ses tout premiers articles:

- art. 1er** Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils.
2. Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.
 3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles.

⁷ La notion civile de «bien» doit être distinguée de la notion de «chose»: le bien est un droit qu'ont une personne ou un groupe de personnes à l'égard d'une chose tangible ou intangible: Lafond, Pierre-Claude. *Droit des biens*. Coll. Mémentos Thémis. Montréal, Éditions Thémis, 1991. P. 6.

⁸ Art. 911, 947 CCQ.

⁹ qui a notamment pour effet qu'une personne ne peut vendre son sang ou un de ses organes: l'aliénation d'une partie ou de produits du corps doit être gratuite, comme le précise l'article 25 CCQ.

¹⁰ *Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie c. Frenette*, [1990] R.J.Q. 62, 67 (C.A.), renversée pour d'autres motifs *sub nom. Frenette c. Métropolitaine (La)*, [1992] 1 R.C.S. 647, quant à la qualification du droit au secret médical.

Le CCQ précise ensuite les modalités des divers droits de la personnalité et d'éléments relatifs à l'état des personnes, comme le nom.

Si la reconnaissance explicite des attributs de la personnalité en droit civil a été relativement tardive, ils n'en existaient pas moins longtemps avant que la préoccupation actuelle à l'égard des droits de la personne ait incité les civilistes à les identifier plus précisément. Le droit civil a d'abord mis l'accent sur les biens; il le met maintenant sur les personnes. La mise en oeuvre des droits de la personnalité a passé principalement par le recours judiciaire aux principes de la responsabilité civile: la victime d'une atteinte à un de ses droits poursuivait l'auteur de la faute en dommages et intérêts¹¹. On en reconnaît maintenant la nature spécifique: il s'agit de «prérogatives qui ont pour fonction d'assurer, d'un point de vue juridique, la protection de ce qui constitue l'individualité propre de la personne dans les relations entre particuliers.»¹²

Ces droits comportent en raison de leur nature cette caractéristique qu'ils ne peuvent être détachés de la personne: ils sont intransmissibles. Rien ne permet leur cession, puisqu'ils sont créés par la loi et que celle-ci détermine spécifiquement leur détenteur¹³. Les éléments constitutifs de la personnalité qu'ils protègent ne devraient pas davantage être cessibles, ce qui n'est pas sans importance en matière de protection des renseignements personnels.

Deux conséquences découlent de ce régime juridique. D'abord, les attributs de la personnalité relevant du droit civil, qui se confond pratiquement avec le droit privé¹⁴, la compétence constitutionnelle d'une province canadienne à leur égard s'en trouve confirmée. Ensuite, il exclut qu'on assimile au Québec la relation d'une personne aux renseignements personnels qui la concernent à un droit de propriété. On reviendra plus loin à la question constitutionnelle; on envisagera brièvement ici la question de la propriété.

¹¹ Scott, F.R. *The Bill of Rights and Québec Law*. [1959] 37 R. du B. can. 135, 136-138; Caron, Madeleine. *Le Code civil québécois: instrument de protection des droits et libertés de la personne?* [1978] 56 R. du B. can. 197.

¹² Deleury, Édith; Goubau, Dominique. *Le droit des personnes physiques*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994. P. 60.

¹³ Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*. 4^{ième} éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 19, p. 14.

¹⁴ Tremblay, André. *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*. Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967. Pp. 33-35, 54.

Divers auteurs ont émis l'hypothèse qu'on pourrait régler les problèmes associés au traitement des renseignements personnels en en faisant une marchandise¹⁵: la personne pourrait contracter afin de céder des droits à l'égard de ces renseignements et, en somme, elle les «vendrait». Notons incidemment que les problèmes proprement juridiques que recèle cette conception sont considérables: la personne est-elle par exemple «propriétaire» de son numéro d'assurance sociale? Elle n'est certes pas propriétaire de son numéro de téléphone¹⁶, ni sans doute de son numéro de carte de crédit¹⁷. N'étant pas propriétaire de ces renseignements, comment peut-elle les céder? Comment peut-elle aussi continuer à les utiliser ou les céder à d'autres par la suite? La notion de propriété requerra de profonds remaniements pour s'adapter à cette réalité¹⁸. Il faudrait de toute manière établir d'abord que des renseignements relatifs à une personne constituent des biens, ce qui ne va pas sans soulever des débats considérables.

Il n'est pas certain que cette approche économiste soit compatible avec les notions de *property* et d'*ownership* de la *common law* qui prévalent aux États-Unis, au Canada hors du Québec et au Royaume-Uni, par exemple, mais la chose excède le champ de cette analyse. On notera seulement au passage ce commentaire du juge en chef du Canada dans l'affaire *Stewart*:

Il appert que la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de

¹⁵ Westin, Alan. *Consumer Privacy Protection: Ten Predictions*. in revue *Mobius*, vol. XI, no 1, février 1992; Lawson paraît envisager également cette hypothèse: Lawson, Ian; Woods, David. *Privacy and the Information Highway – Regulatory Options for Canada*. 1995. P. 3 (ci-après «Lawson et Woods»).

¹⁶ L'alinéa 14.1 des Modalités de service de Bell Canada, qui constituent l'article 10 du Tarif général de la compagnie tel qu'adopté par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, et qu'on retrouve dans les pages liminaires des annuaires de Bell, l'exprime assez manifestement.

¹⁷ Les contrats rédigés par les émetteurs de cartes de crédit précisent habituellement que la carte demeure la propriété de l'émetteur et on imagine mal qu'un tribunal reconnaîtrait à un citoyen un droit de propriété dans un numéro établi par cet émetteur.

¹⁸ Hammond, R. Grant. *Quantum Physics, Econometric Models and Property Rights to Information*. [1981] 27 R.D. McGill 47.

propriété. Jusqu'à présent aucun tribunal canadien n'a conclu définitivement que les renseignements confidentiels sont des biens, avec tout ce qu'une telle décision entraînerait comme conséquences sur le plan civil. La jurisprudence nous est donc de peu de secours en l'espèce.

Peut-être qu'un jour les renseignements confidentiels finiront par être considérés comme des biens en droit civil, ou même qu'on adoptera un texte législatif leur accordant une protection légale spéciale¹⁹.

La situation est plus claire en droit civil québécois.

On n'y doute pas que l'utilisation du nom ou de l'image d'une personne sans son consentement constitue une atteinte à sa vie privée, ce qu'atteste désormais explicitement l'article 36 CCQ. Puisqu'il n'existe pas de différence de nature entre ces renseignements et d'autres renseignements personnels²⁰, l'utilisation de ces renseignements constitue elle aussi une atteinte à la vie privée de la personne. Le droit à la vie privée se traduisant en un devoir de non-immixtion de la part des tiers²¹ et en un pouvoir de la personne à l'égard des renseignements qui le concernent²², elle doit pouvoir s'opposer à l'utilisation de ces renseignements. Un tiers ne peut faire usage d'un attribut de la personnalité d'un individu sans le consentement de ce dernier. Ce consentement s'assimile à la renonciation à

¹⁹ *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, 975-976. Stewart était accusé d'avoir incité un tiers à voler des renseignements confidentiels en en faisant une copie. Il a été acquitté parce qu'il ne peut y avoir vol en droit criminel canadien sans appropriation d'un bien et la Cour a conclu que les renseignements eux-mêmes ne constituaient pas des biens aux fins du droit criminel. Les commentaires de la Cour visent essentiellement le droit privé d'inspiration anglo-saxonne.

²⁰ Quant à la difficulté de faire des distinctions entre divers types d'information, *Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp.*, (1943-44) 68 C.L.R. 525 (H.C. Australie), citée in *Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449, 2460 (C.S., en appel), où on a conclu expressément que des renseignements ne sont pas des biens (p. 2461).

²¹ Deleury *et al.*, *op. cit.*, p. 137.

²² Pouvoir qui fonde par exemple traditionnellement le droit au secret professionnel: Deleury *et al.*, *op. cit.*, p. 148.

l'exercice du pouvoir de faire interdire l'usage, et non à la cession d'un droit de propriété dans un bien²³. La jurisprudence québécoise a d'ailleurs établi la prépondérance d'un droit de la personne comme le droit à l'image sur le droit du propriétaire d'une photographie, par exemple²⁴.

L'abandon d'une théorie du droit sur les renseignements personnels fondée sur la propriété et la notion de bien devrait aussi procéder d'une autre cause: elle ne fonctionne pas²⁵. Elle ne peut par exemple expliquer qu'on peut à la fois céder une information souvent créée par un tiers (comme un numéro d'identité) et la conserver; l'information ne peut non plus faire l'objet d'un amortissement²⁶ et les difficultés qu'éprouve présentement le droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de l'informatique indiquent les limites d'une analyse fondée sur la propriété en matière d'informations.

Les conséquences de ce constat ne sont pas que théoriques: le caractère fondamental et extra-patrimonial du droit à la vie privée justifie la primauté du pouvoir du citoyen en ce qui a trait à l'usage des renseignements qui le concernent, quelles que soient les opérations commerciales dont ils sont l'accessoire nécessaire et en quelques mains qu'ils se trouvent. Il justifie également qu'on ne puisse exiger du citoyen qu'il renonce à ses droits, même moyennant une contrepartie monétaire. Le droit à la vie privée ne peut pas être marchandé. Il en résulte également que des mécanismes contractuels ne peuvent en assurer entièrement la protection: la loi est nécessaire et elle doit reposer sur la reconnaissance du caractère extra-patrimonial du droit à la vie privée.

²³ Cette analyse explique pourquoi la personne qui transmet un renseignement personnel à X peut s'opposer à son usage par Y, à qui X l'a transmis à son tour: la personne n'a pas accordé une renonciation à ses droits au bénéfice de Y.

²⁴ *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.).

²⁵ Hammond, *op. cit.* À cet égard, cf. également Dorion, Hélène. *La protection de l'information*. (1992) 23 R.G.D. 197. Le fait qu'on ait eu recours à l'occasion à des arguments fondés sur le droit de propriété pour protéger la vie privée et interdire notamment des intrusions (*R. c. Colet*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029; *Semayne's Case* (1604), 77 E.R. 194) ne change rien au fait qu'il s'agit par nature d'un droit différent.

²⁶ Brand, Stewart. *The Media Lab*. New York, Viking Penguin Inc., 1987. P. 248.

b) droit civil et responsabilité

Le droit civil se distingue notamment du droit d'inspiration anglo-saxonne au chapitre des régimes de responsabilité civile. Alors que la *common law* fait reposer la responsabilité d'une personne sur la commission d'un *tort* correspondant à une catégorie identifiée par les tribunaux²⁷, le régime civiliste est fondé sur une conception beaucoup plus abstraite de la responsabilité: il suffit qu'une faute causant un dommage soit commise pour engager la responsabilité de l'auteur de la faute²⁸ et cette notion de faute n'est pas *a priori* limitée par les précédents: le droit civil ne fait donc pas face à des débats comme ceux qui ont marqué la reconnaissance de la *negligence* à titre de *tort*²⁹ ou qui agitent encore la reconnaissance de la notion de dommages dus à une perte économique³⁰. La controverse qui règne encore au Royaume-Uni³¹ et dans le reste du Canada³² à l'égard d'un *tort* relatif à l'atteinte à la vie privée, ou de l'existence d'autres fondements à un recours visant la protection de la vie privée³³, n'existe donc pas en droit québécois.

²⁷ Scott, *op. cit.*, p. 136; Heuston, R.F.V.; Chambers, R.S. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. 18ième éd. Londres, Sweet & Maxwell, 1981. Pp. 13-15.

²⁸ Au Québec, art. 1053 C.c.B.C., puis 1457 CCQ.

²⁹ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).

³⁰ *Anns v. Merton L.B.C.*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Leigh & Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *D. & F. Estates Ltd. v. Church Commissioners*, [1988] 3 W.L.R. 368 (H.L.).

³¹ *Infringement of Privacy – Consultation Paper*. Londres, Lord Chancellor's Department, juillet 1993. 90 p.

³² Lawson, Ian. *Privacy and Free Enterprise - The Legal Protection of Personal Information in the Private Sector*. Ottawa, Public Interest Advocacy Center, 1993. Pp. 150-238 notamment. Les tribunaux canadiens ont dans certains cas reconnu l'existence d'un *privacy interest* de la nature d'une *nuisance* et susceptible de sanction judiciaire, en matière par exemple de harcèlement téléphonique: *Motherwell v. Motherwell*, (1976) 73 D.L.R. (3d) 62 (C.A. Alta), ou de harcèlement à l'égard de voisins: *Roth v. Roth*, (1992) 9 C.C.L.T. (2d) 141 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

³³ On évoque par exemple au Royaume-Uni les notions de *trespass*, de *nuisance*, de *breach of confidence*, de *defamation*, de *malicious falsehood* et de *wilful infliction of harm*, entre lesquelles le plaignant doit naviguer et dont les fondements ou la portée ne sont pas

Dès 1958, la Cour supérieure du Québec reconnaissait dans l'affaire *Robbins*³⁴ qu'une atteinte délibérée à la vie privée d'une personne engageait la responsabilité de l'auteur de la faute. Dans ce cas, l'animateur d'une émission de télévision avait en ondes invité le public à s'adresser à un spectateur qui l'avait critiqué, en donnant son nom et ses coordonnées. Victime d'une avalanche d'appels et de lettres, le spectateur a obtenu une condamnation en dommages contre le diffuseur. La même année, le harcèlement téléphonique d'un débiteur était aussi sanctionné³⁵. En 1973, la Cour supérieure confirmait d'autre part l'existence du droit d'une personne sur son image dans un cas où sa photographie avait été utilisée à des fins publicitaires dans un contexte peu flatteur³⁶. La confirmation du droit à la vie privée résultant de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁷ en 1975 a simplifié la reconnaissance du caractère fautif d'une atteinte à cet attribut de la personnalité et les tribunaux québécois ont depuis fréquemment accordé des dommages-intérêts à des personnes ayant été victimes d'atteintes à diverses composantes de leur vie privée.

2. la Charte des droits

La *Charte des droits et libertés de la personne*³⁸ a été adoptée en 1975 et elle est entrée en vigueur en juin 1976. Cette loi québécoise détient un statut quasi-constitutionnel en ce

toujours limpides: *Infringement of Privacy – Consultation Paper*, *op. cit.*, pp. 56-64; Lawson, *op. cit.*.

³⁴ *Robbins c. Canadian Broadcasting Corporation*, [1958] C.S. 152.

³⁵ *Cooperberg c. Buckman*, [1958] C.S. 427.

³⁶ *Reiboro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

³⁷ L.R.Q., c. C-12, à laquelle on reviendra à la section suivante.

³⁸ L.R.Q., c. C-12.

qu'elle prime maintenant en principe sur toute autre loi québécoise³⁹, comme l'exprime son article 52 tel qu'il a été modifié en 1982:

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la charte.

Le libellé de l'article 52 prend ainsi en compte certaines clauses limitatives contenues dans la *Charte*⁴⁰ et évite de restreindre indûment la souveraineté du législateur québécois dans le domaine de ses compétences tout en lui imposant certaines contraintes s'il veut déroger aux droits fondamentaux accordés aux personnes auxquelles s'appliquent les lois québécoises⁴¹.

Les trente-huit (38) premiers articles de la *Charte* assurent la protection des libertés et des droits fondamentaux et des droits politiques et judiciaires et interdisent en principe à toute personne de pratiquer la discrimination en raison de divers motifs. La *Charte* comporte qui plus est des dispositions reconnaissant l'existence de divers droits sociaux et économiques. Le champ d'application de la *Charte* est par conséquent plus étendu que celui des *Human Rights Acts* adoptés dans les autres provinces, qui visent surtout la répression de la discrimination et, plus rarement, la protection des droits fondamentaux⁴². Les droits reconnus par la *Charte* s'inspirent en grande part quant à leur philosophie et à leur libellé

³⁹ Deleury, *op. cit.*, p. 64; Morel, André. *La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne*. in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal, Éditions Thémis, 1989.

⁴⁰ L'article 10 de la *Charte* interdit ainsi toute discrimination fondée sur l'âge «sauf dans la mesure prévue par la loi» pour permettre notamment au législateur d'aménager le statut particulier des mineurs sans établir expressément à chaque fois qu'il déroge à la *Charte*.

⁴¹ *Commissaire à la répression de la corruption c. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172 (C.P.).

⁴² Tarnopolsky, W.S. *Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne*. In Turp, Daniel; Beaudoin, Gérald. *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne. Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*. Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1986. Pp. 66-67.

des instruments internationaux en matière de droits de la personne⁴³. La *Charte* établit également la Commission des droits de la personne, un organisme d'enquête, de médiation et d'éducation, ainsi que le Tribunal des droits de la personne⁴⁴.

La *Charte* comporte cette autre caractéristique qu'elle s'applique en matière de droit privé comme en matière de droit public au Québec, contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁵, par exemple. Par conséquent, le pouvoir exécutif provincial, les municipalités, les entreprises et les personnes physiques, entre autres, y sont également assujettis. La *Charte* a même été appliquée à des entreprises de juridiction fédérale⁴⁶, encore que cette question soit controversée⁴⁷. On doit noter que l'article 55 de la *Charte* en restreint explicitement l'application aux «matières qui sont de la compétence législative du Québec.» On reviendra à la question de l'application d'une loi provinciale à une entreprise de juridiction fédérale dans la section II A 2 g).

Plusieurs dispositions de la *Charte* peuvent être reliées de près ou de loin à la protection de la vie privée:

Art. 1er. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Le Tribunal a été constitué en 1989 par des amendements aux articles 100 à 133 de la *Charte*.

⁴⁵ Stat. U.K. 1981, c. 11, Partie I, Annexe B.

⁴⁶ *Bell Canada c. Foisy*, [1989] R.J.Q. 521 (C.A.), une affaire de harcèlement sexuel où la question constitutionnelle n'avait toutefois pas été soulevée.

⁴⁷ *Kealty c. Société internationale de télécommunications aéronautiques (SITA) Inc.*, [1991] R.J.Q. 397 (C.S.), appel réglé hors-cour le 15.07.91.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.
5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.
7. La demeure est inviolable.
9. Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou de leur profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi. Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.
49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

L'article 5 et l'article 49 se situent évidemment au coeur du dispositif de protection de la vie privée au Québec depuis 1975. Les articles 4, 7 et 9 en précisent des éléments particuliers, enracinés dans la protection du droit à l'intégrité de la personne, tandis que l'article 3 en articule notamment une limitation potentielle en reconnaissant la légitimité de la liberté d'expression.

Ce régime juridique compte maintenant vingt ans. Comme on le notait plus haut, l'article 5 de la *Charte* a été cité dans au moins cent vingt-quatre (124) décisions rapportées⁴⁸, dont plusieurs ont été rendues par la Cour d'appel. Il s'agit dans certains cas d'affaires d'accès à l'information gouvernementale, dans d'autres de questions d'adoption où un enfant recherchait l'identité de ses parents naturels, dans plusieurs affaires d'atteintes à la réputation, à l'image ou à l'intégrité du domicile. Un tribunal a condamné l'éditeur d'un quotidien à verser près de quarante mille dollars à la succession d'une personne

décédée du syndrome d'immuno-déficience acquise à la suite de la publication de renseignements ayant permis aux collègues de travail de la victime de l'identifier⁴⁹. L'admissibilité en preuve de tests faits par polygraphe⁵⁰ ou par analyse d'urine⁵¹ ou de tests sanguins⁵² a aussi fait l'objet de débats, tout comme l'enregistrement et la mise en preuve de conversations téléphoniques⁵³ ou de dossiers médicaux⁵⁴. On a également admis en vertu de l'article 5 de la *Charte* qu'une personne morale dispose d'un droit à la vie privée⁵⁵, suivant en cela la politique indiquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter c. Southam*⁵⁶. Les tribunaux n'ont pas toujours conclu à la protection absolue de la vie privée des citoyens; ils ont néanmoins constitué un corpus substantiel et généralement favorable à la reconnaissance de ce droit fondamental.

L'existence de l'article 5 de la *Charte* a vraisemblablement contribué au développement progressif de la préoccupation des Québécois à l'égard de la protection de la vie privée et des renseignements personnels. Il est cependant certain que cette disposition n'a pas suffi

⁴⁹ *Valiquette c. The Gazette*, [1991] R.J.Q. 1075 (C.S.), en appel.

⁵⁰ *Ali c. Guardian Insurance Co.*, JE 93-542 (C.S.).

⁵¹ *Kealty, op. cit.*

⁵² *Droit de la famille – 1859*, [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.). On notera incidemment que les parties à des litiges en matière familiale ne sont plus identifiées par leurs noms dans les recueils de jurisprudence québécois depuis 1983, afin de préserver leur vie privée et leur intimité, le tout en vertu de l'art. 815.4 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25; le huis clos est également consacré en matière familiale en vertu de l'article 13 du même *Code*.

⁵³ *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval Inc.*, [1991] R.J.Q. 2490 (C.A.); *Renzo c. Prudential-Bache Securities Canada Ltd.*, [1991] R.J.Q. 373; *Roy c. Saulnier*, [1992] R.J.Q. 2419, (1992) 49 Q.A.C. 244 (C.A.).

⁵⁴ *Laprise c. Bonneau*, [1985] C.A. 9; *Frenette c. Métropolitaine, Compagnie d'assurance-vie*, [1990] R.J.Q. 62, R.R.A. 1034 (C.A.), [1992] 1 R.C.S. 647.

⁵⁵ *Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance sur la vie c. Côté*, JE 93-897 (C.A.); *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Forages M.S.E. inc.*, [1994] R.J.Q. 548 (C.Q.).

⁵⁶ [1984] 2 R.C.S. 145.

à faire disparaître toutes les atteintes à la vie privée au Québec, ni à assurer un traitement adéquat aux renseignements personnels détenus dans la province. Des dispositions plus spécifiques étaient requises. On a ainsi par exemple adopté de timides restrictions aux activités des bureaux de crédit et autres agents de renseignements personnels⁵⁷.

L'intervention législative la plus substantielle a toutefois été axée jusqu'en 1993 sur la situation au sein du secteur gouvernemental.

3. la législation régissant le secteur public

Dès 1980, le gouvernement du Québec a confié à une commission d'enquête le mandat de se pencher sur la pertinence de légiférer à l'égard de l'accès aux documents gouvernementaux et aux renseignements personnels détenus par l'État. Cette commission a remis son rapport⁵⁸ huit (8) mois plus tard, en mai 1981, et proposait l'adoption d'un projet de loi dans ce domaine. Le législateur retint cette recommandation dès 1982 et adopta la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁵⁹, qu'on appelle communément au Québec la «Loi sur l'accès à l'information» (ci-après la «L.A.I.»).

La L.A.I. s'apparente quant à son contenu aux lois qui, au Canada⁶⁰ et ailleurs, régissent le traitement des informations détenues par l'État. Elle s'applique aux organismes gouvernementaux eux-mêmes, comme les ministères, mais aussi entre autres aux sociétés d'État, aux municipalités, aux commissions scolaires, aux universités et aux établissements de santé et de services sociaux qui reçoivent des fonds gouvernementaux. Son adoption a donc eu des répercussions sur les activités d'un grand nombre d'organismes. La L.A.I.

⁵⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 260.1 à 260.4 (maintenant abrogés).

⁵⁸ Commission d'étude sur l'accès du citoyen à l'information gouvernementale et sur la protection des renseignements personnels. *Information et liberté*. Québec, ministère des Communications du Québec, 1981. 225 p.

⁵⁹ L.R.Q., c. A-2.1

⁶⁰ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21.

s'applique en principe à tous les documents qu'ils détiennent, quelle qu'en soit la forme. Elle ne s'applique toutefois pas aux registres de l'état civil, ni aux tribunaux judiciaires, entre autres exceptions importantes.

La L.A.I. pose d'abord le principe de l'accès gratuit⁶¹ de toute personne qui en fait la demande aux documents d'un organisme public, pour aménager ensuite certaines exceptions. Il en résulte logiquement que l'organisme a l'obligation légale de classer ses documents, pour en permettre le repérage. Les organismes publics peuvent refuser de transmettre un renseignement ayant des incidences sur les relations inter- ou intra-gouvernementales, sur les affaires économiques d'un tiers (comme des secrets industriels), sur l'administration de la justice et la sécurité publique ou sur des décisions administratives ou politiques. Ces exceptions sont pour la plupart décrites en termes assez précis dans la L.A.I. et ont été interprétées de manière relativement restrictive par les tribunaux, de façon à laisser jouer autant que possible le principe général de l'accès aux documents publics.

Ce principe est aussi assorti d'une autre exception de taille: les renseignements dits nominatifs, i.e. ceux qui concernent une personne et permettent de l'identifier, sont confidentiels⁶², sauf exception. Il s'agit de renseignements que la L.A.I. qualifie de «personnels» mais qui n'ont pas un caractère public. La notion de renseignement nominatif a été définie assez largement par les tribunaux⁶³. Un organisme public ne peut communiquer les renseignements nominatifs qu'il détient sans le consentement de la personne concernée, sauf exceptions.

La L.A.I. aménage aussi les activités de cueillette et d'utilisation des renseignements nominatifs par les organismes publics. Il ne peut y avoir cueillette de renseignements nominatifs qui ne sont pas nécessaires à l'exercice des attributions de l'organisme et la personne qui les recueille doit notamment informer la personne concernée de l'usage qui sera fait de ces renseignements et des droits d'accès et de rectification prévus par la loi. L'organisme peut communiquer ces renseignements à des tiers si cela s'avère nécessaire à l'application d'une loi ou à l'exercice d'un mandat confié par cet organisme à un tiers, entre autres cas aménagés par la L.A.I. La communication de renseignements nominatifs

⁶¹ Des frais n'excédant pas les coûts encourus peuvent être exigés pour leur reproduction ou leur transmission.

⁶² L.A.I., art. 53-54.

⁶³ *Rodier c. Communauté urbaine de Montréal*, [1988] C.A.I. 1; *Bélisle c. Centre de services sociaux Laurentides-Lanaudière*, [1986] C.A.I. 105, par exemple.

entre organismes publics et les couplages de fichiers doivent en principe faire l'objet d'ententes écrites autorisées par la Commission d'accès à l'information.

La L.A.I. prévoit également que les renseignements nominatifs doivent être conservés dans des fichiers, qu'ils doivent être à jour, exacts et complets et qu'ils doivent être détruits lorsque l'objet pour lequel ils ont été recueillis est accompli, sous réserve de certaines exceptions.

La personne concernée se voit attribuer le droit d'être informée de l'existence de renseignements nominatifs qui se rapportent à elle, le droit d'en prendre connaissance et d'en obtenir copie, sous réserve de certaines exceptions, et du droit d'en demander la rectification.

Les litiges relatifs à l'accès aux documents publics, aux renseignements nominatifs qu'ils contiennent et à la rectification de ces derniers sont soumis à la Commission d'accès à l'information, un organisme administratif autonome formé à l'origine de trois (3) membres nommés par résolution de l'Assemblée nationale. Les décisions de la Commission peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la Cour du Québec.

La L.A.I. a fait l'objet de quelques modifications depuis son adoption mais il s'agit en général d'un régime qui fonctionne relativement bien et qui a réussi dans l'ensemble à maintenir l'équilibre entre la transparence qu'on est en droit d'exiger de la part du secteur public et la discrétion qui doit entourer certains aspects du fonctionnement de l'Administration et des renseignements détenus par l'État sur le compte de tiers. Le pouvoir dont dispose la Commission d'ordonner à un organisme public de rendre des renseignements publics ou, au contraire, de préserver le caractère confidentiel de renseignements nominatifs, est exercé régulièrement. Le caractère à la fois contraignant et exemplaire de ces décisions s'avère sans doute au moins aussi efficace que le pouvoir de persuasion dévolu au commissaire canadien à la protection de la vie privée.

B- la réforme de 1994

1. le Code civil du Québec

On a noté plus haut que le besoin s'est fait sentir de moderniser profondément le régime de droit civil en vigueur au Québec. Le *Code civil du Québec* est entré en vigueur le premier janvier 1994. Il contient de nombreuses dispositions axées sur la protection de la vie privée et des renseignements personnels au Québec: outre l'article 3 susmentionné, il s'agit principalement des articles 35 à 41. D'autres clauses, d'application plus spécifique, ont également un effet en matière de protection des renseignements personnels et marquent le souci du législateur de restreindre substantiellement l'accès à divers renseignements personnels contenus dans des registres publics.

Le CCQ consacre un chapitre complet au respect de la réputation et de la vie privée⁶⁴. L'article 35 reprend des éléments du contenu de l'article 4 et l'article 5 de la *Charte*. L'article 36 fournit une liste non-exhaustive d'actes qui sont présumés constituer des atteintes à la vie privée, parmi lesquels on peut signaler l'intrusion, l'interception de communications, la surveillance et l'utilisation de certains renseignements personnels à des fins autres que l'information légitime du public. Ces dispositions n'ajoutent pas véritablement à ce qu'accordait déjà la *Charte*, mais elles resituent le droit à la vie privée dans le contexte du droit civil, en réitèrent l'importance et en illustrent la portée. La précision que comporte l'article 36 en ce qui a trait à la surveillance pourrait notamment avoir un effet intéressant en matière de droit de l'emploi.

Les articles 37 à 41 constituent quant à eux un régime général en matière de dossiers constitués sur une personne. Ils s'appliquent à tout «dossier», qu'il soit constitué par une personne physique ou morale. Le contenu de ces dispositions s'inspire manifestement des principes consacrés en matière de protection des renseignements personnels dans les lignes directrices de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques⁶⁵ et dans la Convention de Strasbourg⁶⁶, notamment. On peut en synthétiser le contenu dans les termes suivants:

- **art. 37:** on doit avoir un intérêt sérieux et légitime pour constituer un dossier, ne recueillir que les renseignements pertinents à l'objet du dossier et ne pas les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec cet objet;
- **art. 38:** une personne peut consulter son dossier, en prendre copie et le faire rectifier;
- **art. 39:** l'accès au dossier ne peut être refusé qu'en raison d'un intérêt sérieux et légitime du détenteur du dossier ou d'un tiers;

⁶⁴

On trouvera en appendice 1 le texte des articles 35 à 41 CCQ.

⁶⁵

Organisation de la coopération et du développement économiques. *Recommandation du 23 septembre 1980 concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontière de données à caractère personnel.*

⁶⁶

Conseil de l'Europe. *Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.*

- art 40: le droit à la rectification inclut la correction de renseignements inexacts ou incomplets, la suppression de renseignements et le droit d'ajouter des commentaires; toute rectification doit être communiquée aux personnes d'où proviennent les renseignements ou à qui ils ont été communiqués;
- art 41: le tribunal compétent dispose d'une vaste discrétion en matière de consultation et de rectification de dossiers.

On a consacré ce faisant dans le droit québécois les principes de limitation de cueillette, de limitation d'utilisation, de transparence et d'accès aux renseignements détenus dans tout dossier constitué au Québec. La notion même de dossier n'étant pas limitée et s'étendant vraisemblablement à tout assemblage de renseignements reliés à une personne, le champ d'application des articles 37 à 41 est par conséquent très vaste. Elle n'est pas même restreinte à la notion de «renseignement personnel», très vaste et pratiquement identique à la notion de «renseignement nominatif» utilisée dans la L.A.I.: tout renseignement contenu dans le dossier est *a priori* régi par ces dispositions, quelle que soit sa nature.

Ce régime d'application générale est toutefois incomplet et, à certains égards, imprécis. Le législateur a donc jugé bon d'adopter également des règles plus détaillées qui régissent les activités des entreprises, et auxquelles on reviendra dans la prochaine section. Il faut toutefois signaler au préalable l'existence d'autres dispositions du nouveau *Code civil* qui sont également inspirées du souci d'assurer la protection des renseignements personnels au Québec.

En vertu de l'article 148 CCQ, seules les personnes qui y sont nommées ou qui peuvent par ailleurs justifier d'un intérêt peuvent désormais obtenir des copies intégrales des actes de l'état civil comme les déclarations de naissance, de mariage et de décès; les tiers ne peuvent plus obtenir que des certificats comportant un nombre restreint de mentions et ils ne peuvent consulter le registre de l'état civil sans l'autorisation du directeur de l'état civil (art. 150 CCQ). L'article 542 CCQ consacre quant à lui le caractère confidentiel des renseignements personnels en matière de procréation médicalement assistée, tandis que les articles 582 et 584 restreignent l'accès aux dossiers d'adoption. D'autre part, il n'est plus possible au Québec d'effectuer une recherche dans les registres fonciers à partir du nom d'une personne, ni d'obtenir une liste des propriétaires inscrits au registre ou des droits constatés au registre et détenus par une personne donnée, en vertu de l'article 3018 CCQ⁶⁷. La réforme du Code civil a donc significativement accru la protection accordée aux renseignements personnels détenus par l'État québécois.

2. la législation régissant le secteur privé

Les dispositions dont on vient de faire état n'épuisent évidemment pas le droit québécois en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels. Avant même la réforme du code civil, le secret professionnel y était garanti par la *Charte*, et, bien auparavant, par la législation en matière professionnelle⁶⁸; le secret bancaire ou les obligations des institutions financières en matière de communication de renseignements personnels étaient aussi depuis longtemps reconnues⁶⁹, tout comme celles des bureaux de crédit⁷⁰, qu'à défaut d'autres sources on peut rattacher à l'obligation générale d'agir de bonne foi⁷¹ qui est maintenant codifiée aux articles 6 et 7 CCQ.

La multiplication de problèmes constatés au Québec depuis la fin des années 70 en matière de protection des renseignements personnels dans le secteur privé a provoqué une réflexion à l'égard de cette question et de nombreuses consultations. Dès 1986, une équipe de chercheurs publiait le rapport *Vie privée: zone à accès restreint*, préparé pour le gouvernement du Québec. En 1989, le ministère de la Justice publiait en corollaire de ce rapport des recommandations où on concluait à l'urgence de légiférer en matière de protection des renseignements personnels détenus dans le secteur privé⁷². L'automne 1991 était quant à lui marqué notamment par la tenue d'audiences en commission parlementaire consacrées à cette question. Un projet de *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* était déposé le seize décembre 1992 et faisait l'objet des travaux d'une commission parlementaire en février 1993, à la suite de quoi il devait subir

⁶⁸ Par exemple, *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, al. 87 (3), adopté en 1973.

⁶⁹ Par exemple, *Fenêtres St-Jean c. Banque nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.) *Tolaram Fibers inc. c Banque nationale du Canada*, [1992] R.J.Q. 2426 (C.A.), requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le premier avril 1993.

⁷⁰ *Cossette c. Dun*, (1890) 27 R.C.S. 222; *Robert c. Champlain Oil Products Ltd.*, [1976] C.P. 517.

⁷¹ *Houle c. BCN*, [1990] 3 R.C.S. 122.

⁷² Gouvernement du Québec. Ministère de la Justice. *Vie privée: zone à accès restreint. Synthèse du rapport du comité interministériel sur la protection de la vie privée eu égard aux banques de données personnelles*. Québec, Gouvernement du Québec, 1989.

divers amendements. Ce projet a été adopté et sanctionné le 15 juin 1993⁷³ et il est pour l'essentiel entré en vigueur le premier janvier 1994, en même temps que le CCQ, à l'exception de quelques dispositions dont l'entrée en vigueur était différée de six (6) mois.

a) la LPRP en détail

On ne brossera pas ici un portrait complet et détaillé du contenu de la LPRP, qui compte cent quinze (115) articles. Il suffit pour nos fins d'en exposer la structure et les faits saillants.

La première section établit le champ d'application de la LPRP, qui régit toutes les entreprises faisant affaires au Québec, mais ne s'applique pas aux organismes régis par la L.A.I. On entend par «entreprise» l'exercice d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant en la production ou l'administration de biens ou dans la prestation de services, quelle que soit la forme juridique retenue⁷⁴. Les activités d'un organisme sans but lucratif peuvent constituer l'exploitation d'une entreprise⁷⁵.

La LPRP a pour effet de gouverner le traitement de tous les renseignements concernant une personne physique et permettant de l'identifier⁷⁶, quels qu'en soient le support et la forme, qui sont détenus ou utilisés par ces entreprises. Son champ est donc très vaste. Une exception est cependant aménagée pour en exclure le «matériel journalistique», notion qui n'est nulle part définie, afin de ménager la liberté de presse et de favoriser la confidentialité des sources journalistiques.

La LPRP régit d'abord la collecte des renseignements personnels (art. 4-9). L'entreprise ne doit recueillir que les renseignements personnels *nécessaires* à l'objet pour lequel est constitué un dossier, objet qui doit lui-même être établi. La cueillette doit être effectuée

⁷³ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.Q. 1993, c. 17, maintenant codifiée à L.R.Q., c. P-39.1 (ci-après la «LPRP»).

⁷⁴ CCQ, art. 1525.

⁷⁵ Cela contribue à expliquer pourquoi l'article 96 LPRP spécifie qu'une association, dont le but n'est pas lucratif (art. 2186 C.C.Q.), est également régie par la LPRP.

⁷⁶ Cette définition est pratiquement identique à celle que donne la L.A.I. du renseignement nominatif en son article 54, ce qui permet d'emprunter à la jurisprudence qui a précisé la portée de cette notion depuis 1982.

auprès de la personne concernée, sauf du consentement de cette dernière ou dans des cas d'exception définis par la loi. La source des renseignements doit être consignée. L'entreprise ne peut refuser de fournir un bien, un service ou un emploi à une personne qui refuse de fournir un renseignement personnel, à moins que ce dernier soit nécessaire à l'opération envisagée ou que la loi en autorise la collecte, et le renseignement personnel est en cas de doute présumé non nécessaire. L'entreprise doit d'autre part informer la personne de l'objet du dossier, de l'utilisation qui sera faite des renseignements, du lieu où ils seront détenus et du droit d'accès et de rectification de la personne à l'égard du dossier.

L'utilisation des renseignements recueillis est aussi encadrée (art. 10-26). L'entreprise doit appliquer les mesures de sécurité requises et doit s'assurer que seules les personnes qui ont qualité pour les connaître y auront accès (art. 10 et 20). Les renseignements doivent être à jour et exacts au moment où ils sont utilisés. Ils ne peuvent être utilisés à des fins non pertinentes à l'objet du dossier et ils ne peuvent servir à d'autres fins, une fois l'objet du dossier accompli, sauf avec le consentement de la personne concernée. Des calendriers de conservation peuvent être établis par règlement (art. 90) pour en régir la destruction. Les renseignements détenus ne peuvent être communiqués à des tiers sans le consentement de la personne ou l'autorisation de la LPRP, qui aménage une dizaine de cas où la communication est permise (art. 18). Le consentement de la personne à l'utilisation ou à la communication d'un renseignement doit être «manifeste, libre, éclairé» et donné à des fins spécifiques (art. 14).

En cas de communication ou de cueillette de renseignements personnels à l'extérieur du Québec, l'entreprise qui, au Québec, procède à cette communication ou donne le mandat de recueillir des renseignements doit «prendre tous les moyens raisonnables pour s'assurer» que les renseignements ne seront pas utilisés à des fins non pertinentes ou indûment communiqués à des tiers (art. 17). On contourne ainsi l'incapacité du législateur provincial à édicter des lois d'application extra-territoriale en assujettissant la partie québécoise à une opération à une obligation de diligence dont elle s'acquittera par exemple en négociant une obligation contractuelle faite à sa contrepartie étrangère. Ce genre de mécanisme a aussi été retenu dans la législation de l'Île du Prince-Édouard en matière de contrôle sur les renseignements personnels qui sont exportés hors de sa juridiction territoriale: on y a édicté que la personne à qui le renseignement est transmis ou que la personne qui le transmet, selon que l'une ou l'autre réside dans la province, doit mettre en oeuvre certaines dispositions de la loi concernant la consultation et la rectification des dossiers⁷⁷. Bien que l'article 17 LPRP puisse avoir un effet indirect sur des droits civils hors de la province,

il est cependant probable qu'il soit constitutionnellement valide⁷⁸, ne serait-ce qu'en raison de la qualité des facteurs de rattachement entre l'acté visé et le Québec, qui enlève pratiquement tout caractère d'extraterritorialité à l'application de la disposition⁷⁹.

Les articles 22 à 26 régissent spécifiquement la tenue de listes nominatives et leur communication. De façon générale, l'entreprise ne peut utiliser ou communiquer de telles listes à des fins de prospection commerciale ou philanthropique que s'il y a divulgation et limitation des fins et que si une occasion valable a été accordée aux personnes y inscrites de s'y opposer avant qu'il y ait utilisation ou communication de la liste. Qui plus est, la personne concernée peut en tout temps faire retrancher son nom d'une liste nominative, par demande verbale ou écrite. L'entreprise qui fait de la prospection doit s'identifier et informer la personne concernée de son droit de faire retirer ses coordonnées de la liste nominative utilisée⁸⁰.

Les articles 27 à 42 LPRP aménagent quant à eux les modalités du droit d'accès des personnes aux renseignements personnels qui les concernent et qui sont détenus par des entreprises, ainsi que du droit de rectification accordé par l'article 40 CCQ et précisé par l'article 28 LPRP. Sur réception d'une demande écrite, l'entreprise doit en principe donner gratuitement accès aux renseignements qu'elle détient et ne peut exiger que des frais raisonnables pour leur reproduction ou leur transcription. L'entreprise qui refuse à une personne l'accès à un renseignement doit motiver sa décision par écrit et informer la personne des recours dont elle dispose. Certaines restrictions à l'accès sont établies par la LPRP elle-même à l'égard de dossiers médicaux ou de renseignements pouvant avoir un effet sur des procédures judiciaires, notamment.

En cas de mésentente quant à «l'application d'une disposition législative portant sur l'accès ou la rectification d'un renseignement personnel», la personne concernée dispose en vertu des articles 42 à 69 LPRP d'un recours auprès de la Commission d'accès à l'information, dont la décision peut faire l'objet d'un appel à la Cour du Québec. On notera que cette juridiction inclut non seulement les dispositions de la LPRP, mais aussi celles du *Code civil du Québec*. La Commission dispose dans ce contexte d'un pouvoir de médiation, auquel elle peut faire appel avant d'exercer son pouvoir quasi-judiciaire.

⁷⁸ *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, 332.

⁷⁹ *Libman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 178.

⁸⁰ Ces dispositions s'inspirent en partie et directement du *Code de protection de la vie privée à l'intention du marketing direct canadien* établi par l'Association canadienne du marketing direct en janvier 1993.

Notons quant à la Commission que les articles 80 à 89 lui confèrent également de vastes pouvoirs d'enquête et d'ordonnances à l'égard des entreprises; elle peut aussi en vertu de l'article 84 publier des avis informant le public qu'une entreprise n'a pas respecté une ordonnance. La Commission doit établir un rapport quinquennal de l'application de la loi.

Une section spécifique de la LPRP (art. 70-79) est consacrée aux agents de renseignements personnels, qu'on connaît aussi sous le nom de bureaux de crédit. Les agents doivent s'inscrire auprès de la Commission, qui ne dispose cependant pas du pouvoir de refuser une demande d'inscription⁸¹. Des modalités particulières sont établies relativement à l'accès des consommateurs aux renseignements détenus sur leur compte par les agents de renseignements personnels, qui doivent par ailleurs publier tous les deux ans un avis dans les journaux indiquant qu'ils détiennent des renseignements sur autrui. De façon générale, les obligations imparties aux agents de renseignements personnels en vertu de la LPRP sont moins précises et moins lourdes que celles qu'on leur impose ailleurs en Amérique du Nord⁸².

Les vingt-cinq (25) derniers articles de la LPRP sont consacrés à des questions diverses, parmi lesquelles on retiendra surtout les dispositions pénales: l'entreprise, son dirigeant et son administrateur qui contreviennent aux dispositions substantives de la LPRP s'exposent à des amendes de mille (1 000\$) à dix mille dollars (10 000\$) et, en cas de récidive, à des amendes de dix mille (10 000\$) à vingt mille dollars (20 000\$); les agents de renseignements personnels sont susceptibles d'amendes allant de six mille (6 000\$) à douze mille dollars (12 000\$) à l'occasion de la commission d'une première infraction. Il faut aussi noter que l'article 94 établit expressément que les dispositions de la LPRP prévalent sur celles de toute loi postérieure qui leur seraient contraires, faisant ainsi échec à la règle d'interprétation voulant que la loi plus récente l'emporte sur la loi plus ancienne.

⁸¹ Le contrôle exercé à cet égard en vertu de la LPRP est donc moins efficace que celui qui est exercé dans d'autres provinces où l'autorité compétente a le pouvoir de rejeter une demande d'inscription: *Loi sur les renseignements concernant le consommateur*. L.R.O. 1990, c. C.33, art. 4; *Credit Reporting Act*. R.S.B.C. 1979, c. 78, tel qu'amendé, art. 6, notamment.

⁸² À cet égard, Association coopérative d'économie familiale du Centre de Montréal; Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec. *Mémoire relatif au projet de loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé présenté à la Commission de la Culture de l'Assemblée nationale*. Version révisée (4 mars 1993). Pp. 78-82.

b) la LPRP: une évaluation générale

Le régime établi par la LPRP comporte plusieurs éléments. On y établit d'abord la mise en oeuvre des principes généralement reconnus en matière de protection des renseignements personnels au bénéfice de toutes les personnes physiques et dans le cadre de leurs relations avec des entreprises. Ces principes sont formulés en termes généraux, mais clairs, et on a retenu dans de nombreux cas une orientation favorisant la protection des renseignements personnels. Ainsi, l'article 5 n'autorise l'entreprise qu'à recueillir les renseignements nécessaires à l'objet du dossier, alors que le projet de loi 68 autorisait la cueillette des renseignements pertinents, à l'instar de l'article 37 CCQ. L'article 13 restreint le droit de se livrer à des utilisations non pertinentes à l'objet du dossier, tandis que l'article 37 CCQ ne réprime que les utilisations incompatibles avec cet objet, critère qui avait également été retenu dans le projet de loi présenté en décembre 1992⁸³.

On confie à un organisme public la responsabilité de trancher les litiges qui peuvent survenir dans le cadre de l'application de ces principes, de faire de la médiation entre les parties, de faire des enquêtes et d'inscrire les agents de renseignements personnels. Un régime particulier est aménagé pour les agents de renseignements personnels. Des règles spécifiques s'appliquent d'autre part à la constitution et à l'usage de listes nominatives. Des dispositions pénales font en sorte qu'une entreprise qui contrevient à la loi et ses dirigeants s'exposent à des amendes relativement élevées (encore qu'elles le soient moins qu'en matière d'environnement, par exemple).

Il s'agit donc d'un régime assez complet et bien articulé, qui puise à de nombreuses sources. Il est toutefois d'emblée manifeste que la solution québécoise ne correspond exactement à aucune des options identifiées dans *Privacy and the Information Highway: Regulatory Options for Canada*. Les droits des personnes en matière de protection des renseignements personnels sont en effet explicitement établis par la LPRP, sans qu'on s'en remette à des codes de conduite ou à d'autres mesures volontaires, comme on l'envisage dans les sept (7) premières options examinées par Lawson et dans l'option 9⁸⁴. Il s'agit d'un modèle de régulation juridique, et non cybernétique, ce qui exclut l'option 8.

Le modèle québécois reprend bien sûr des éléments de l'option 10 («*shell regulation*»): les principes de protection sont établis par la loi et sont assortis de dispositions pénales,

⁸³ Ce critère est avec égards assez étonnant: rares seront les cas où l'utilisation d'un renseignement sera radicalement incompatible avec l'objet pour lequel on l'a recueilli.

⁸⁴ Et comme on l'a envisagé au Québec dans un avant-projet de loi qui n'a finalement jamais vu le jour, le législateur ayant écarté cette voie.

mais la LPRP ne comporte cependant pas de pouvoir réglementaire étendu⁸⁵, qui permettrait par exemple d'adopter des codes de pratique comme on le fait en Irlande⁸⁶. On fait par contre appel aux bons offices d'un organisme public formé en principe de cinq (5) commissaires⁸⁷ et chargé de résoudre les conflits, ce qui s'apparente quelque peu à la variante médiane de l'option 12. L'existence de sanctions pénales distingue le régime québécois de l'option 11. On a enfin retenu un régime léger d'inscription à l'égard des agents de renseignements personnels, empruntant en cela aux modèles fondés sur l'immatriculation et regroupés dans la treizième des options évoquées par M. Lawson.

En somme, la formule retenue s'apparente beaucoup à celle qui avait déjà été mise en oeuvre dans le secteur public au Québec, et qui fonctionne adéquatement. Il s'agit d'un modèle qui, dans ses grandes articulations, est bien connu au Canada: la loi fixe certains droits et certaines obligations, les assortit de sanctions pénales et constitue un organisme administratif chargé notamment de l'application des dispositions autres que pénales. La législation en matière de droit du travail, de droits de la personne, de transports⁸⁸ ou de télécommunications et de radiodiffusion⁸⁹ est par exemple structurée de cette manière.

Le régime québécois comporte de nombreux avantages, mais certains sont assortis de quelques inconvénients. Il est d'abord d'application générale au plan géographique, au plan des secteurs d'activités économiques et au plan des formes juridiques des milliers d'entreprises qui y sont assujetties. Un seul corps de règles doit par conséquent être

⁸⁵ Outre certains pouvoirs permettant de fixer des tarifs, l'article 90 LPRP ne comporte qu'un pouvoir réglementaire d'établir des calendriers de conservation, qui n'a pas encore été exercé.

⁸⁶ République d'Irlande. *Data Protection Act*, 1988, art. 13. Aucun code n'a apparemment encore été adopté en vertu de cette disposition.

⁸⁷ La Commission d'accès à l'information comptait depuis sa création trois (3) membres; ce nombre a été porté à cinq (5) en vertu de l'article 102 LPRP, mais les deux postes nouvellement créés sont toujours vacants.

⁸⁸ On pense par exemple à la *Loi sur les transports nationaux* (1987), L.R.C. 1985, c. N-20.01.

⁸⁹ *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38; *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. 1985, c. B-9.01; *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. 1985, c. C-22.

maîtrisé, ce qui simplifie notamment la vie des entreprises agissant dans plusieurs domaines et celle des citoyens, qui peuvent dans tous les cas réclamer les mêmes droits. Le régime s'applique tant aux relations qu'on pourrait qualifier de consommation qu'aux relations d'emploi. Il en résulte toutefois qu'il ne peut être parfaitement adapté à toutes les situations et qu'il peut paraître à certains égards imprécis. Ce que sont par exemple un consentement manifeste ou un renseignement nécessaire variera selon les secteurs d'activités économiques.

L'application du régime repose en bonne partie sur un organisme spécialisé et expérimenté, la Commission d'accès à l'information. Les ressources de cette dernière n'ont toutefois pas été adaptées en conséquence du fardeau supplémentaire qui lui est imparti. D'autre part, la multiplicité de ses rôles (réception de plaintes, médiation, adjudication, enquête, inscription des agents de renseignements personnels) peut faire craindre qu'on en conteste la constitutionnalité au motif qu'il y a appréhension de partialité, contrairement à l'article 23 de la *Charte québécoise* et à l'alinéa 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁹⁰. C'est d'ailleurs notamment en raison d'une préoccupation de cette nature que le législateur québécois a créé le Tribunal des droits la personne, afin de réserver les fonctions adjudicatives auparavant attribuées à la Commission des droits de la personne à un tribunal distinct et autonome.

La LPRP laisse aux entreprises beaucoup de souplesse dans la gestion des renseignements personnels: elle n'impose par exemple pas de limitation à leur conservation dans le temps, elle n'exige pas la nomination d'un «maître des fichiers» dans chaque entreprise et elle facilite la communication de renseignements entre l'entreprise et son procureur, un agent de recouvrement ou une agence d'investigation ou de sécurité. Il en résulte certains flottements pratiques et la porte reste ouverte à divers abus.

La formulation même de la LPRP et certains choix opérés par le législateur comportent aussi leur lot de difficultés ou d'imprécisions. L'exemption totale du «matériel journalistique» de l'application de la loi, si elle se comprend, manque pour le moins de nuances. Les règles relatives à la conservation et à la destruction de renseignements personnels demeurent très vagues. Le législateur ayant choisi d'interdire totalement la transmission de renseignements, sauf consentement de la personne concernée ou autorisation de la LPRP, la description de ces autorisations prend une immense importance; on constate à l'usage qu'on a omis certaines exceptions qui auraient pu être utiles et

⁹⁰ R. c. Lippé, [1991] 1 R.C.S. 114; R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259; 2747-3174 Québec inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec, [1993] R.J.Q. 1877 (C.S.), [1994] R.J.Q. 2440 (C.A.). La question a été soulevée en 1993 à l'égard de la Commission d'accès à l'information dans une affaire décidée en vertu de la L.A.I. et concernant la société d'État Hydro-Québec, mais le litige a été réglé hors-cour.

légitimes⁹¹, tandis que d'autres paraissent inutilement étendues. Le législateur a retenu un régime d'«opting out» en matière de listes nominatives, alors qu'on aurait pu préférer un régime d'«opting in». Certaines restrictions à l'accès aux renseignements font déjà l'objet de pratiques discutables⁹².

L'application de la grille d'évaluation adoptée par Lawson et Woods⁹³ n'en recèle pas moins un intérêt certain. La formule n'est pas très coûteuse, elle est crédible parce que des mécanismes d'application sont mis en place, elle est relativement flexible en raison de la définition des droits des parties en termes généraux, elle assure aux entreprises un degré raisonnable de certitude quant à la nature de leurs obligations, elle s'applique à toutes les entreprises, elle ne pose que peu de problèmes de mise en oeuvre⁹⁴ et elle s'harmonise bien à l'évolution des règles de protection des renseignements personnels à l'échelle internationale. Tout indique par conséquent que cette formule se classerait parmi les options obtenant les meilleures cotes dans la classification de Lawson et Woods.

En somme, le régime retenu paraît en principe bien structuré, sans être parfait pour autant. La pratique des quinze derniers mois indique d'ailleurs que quelques détails requerraient çà et là des ajustements. De façon générale, l'application de la LPRP paraît cependant donner de bons résultats.

c) la LPRP: les impacts

Quoique certains Cassandre prédisaient les pires catastrophes si la LPRP était mise en oeuvre au Québec, il faut bien constater après une quinzaine de mois d'application que le fonctionnement de l'économie n'a pas été indûment perturbé par cette innovation législative et que la reconnaissance et la sauvegarde des droits des citoyens à l'égard des renseignements personnels s'en portent mieux.

⁹¹ en matière de vente de l'entreprise ou de communications entre cette dernière et son assureur de dommages, par exemple.

⁹² C'est notamment le cas en ce qui a trait aux renseignements susceptibles d'avoir un effet sur une procédure judiciaire (al. 39 2°): *Morin-Gauthier c. Assurance-vie Desjardins*, A.I.E. 94AC-53 (C.A.I.), par exemple.

⁹³ Lawson et Woods, *op. cit.*, pp. 63-71.

⁹⁴ On reviendra plus loin à l'aspect constitutionnel.

L'innocuité de la LPRP se révèle d'abord par le relatif silence qui en entoure la mise en oeuvre. Les entreprises ou les groupes de pression qui les représentent n'ont assiégé ni les médias, ni l'Assemblée nationale pour en dénoncer les effets. Au contraire, des entreprises importantes ont revu leurs procédures en matière de traitement des renseignements personnels pour se conformer à la loi. Des dirigeants d'entreprises ont même affirmé que l'initiative québécoise devrait être bien accueillie et que

The legislation is not unreasonable; as a matter of fact, a few irritants aside, it is a statute with which enterprises will not have tremendous difficulties dealing with. If we base ourselves on the last four months experience with this legislation, Quebec firms have had to change some of their practices but most have seen this as a transparent step satisfying both the clients and the enterprise itself. Some people would even say that it has been a good marketing tool. [sic]⁹⁵

Plusieurs entreprises ont par exemple modifié le contenu de contrats-types ou leurs formulaires de demande d'emploi pour prendre en compte les obligations que leur fait la LPRP. Des entreprises comptant des centaines de milliers de clients au Québec, comme les composantes du groupe Vidéotron, la principale entreprise de câblodistribution au Québec, ou le groupe Gaz métropolitain, le principal distributeur de gaz naturel, se sont conformées à l'article 8 LPRP en joignant à un compte mensuel ou à un autre envoi un encart donnant à tous leurs clients les divers renseignements requis en vertu de cette disposition.

Des entreprises ont aussi revu en profondeur leurs processus de collecte et d'utilisation des renseignements personnels et ont apporté les correctifs requis⁹⁶. Ces entreprises ont fréquemment constaté que la mise en oeuvre des principes établis par la LPRP leur permettait de gérer mieux et à moindres frais des renseignements de meilleure qualité. Des

⁹⁵ Dubreuil, Étienne, vice-président, affaires générales et juridiques, Téléglobe Canada inc. *Québec Bill 68: Is it sufficient for the Federal Canadian financial institutions sector?* [sic]. Discours prononcé à Montréal le 17 octobre 1994 à l'occasion d'une conférence organisée par l'Institut canadien. Pp. 4-5.

⁹⁶ On peut par exemple noter à cet égard l'expérience de The Reader's Digest Association (Canada) Ltd., un important utilisateur de renseignements personnels, qui a revu l'ensemble de ses politiques, comme le décrivait sa vice-présidente aux affaires juridiques, Mme Barbara Robbins, dans le cadre de la conférence *Protecting Privacy in the Information Age*, tenue à Toronto en octobre 1994.

entreprise d'envergure nationale ayant leur siège social au Québec et oeuvrant par exemple dans le secteur manufacturier ou dans le domaine de l'assurance de biens ont d'ailleurs choisi d'appliquer les règles établies par la LPRP à tous leurs dossiers en matière de relations d'emploi, d'un océan à l'autre, de façon à simplifier leur administration. On a d'ailleurs affirmé que son caractère provincial constitue peut-être le principal inconvénient que comporte la LPRP:

Everything considered, perhaps the only real difficulty with Bill 68 resides in the fact that it is a functional approach with applicability to Quebec only. This should be less than satisfactory for Canadian financial institution enterprises which deal across Canada and for whom a multiplication of standards of protection of personal information is unacceptable.⁹⁷

Toutes les entreprises québécoises ne se conforment évidemment pas à toutes les dispositions de la LPRP. Le régime mis en place par le législateur permet toutefois aux citoyens de faire valoir leurs droits. On peut citer par exemple le cas de quelques centaines de femmes parties à des recours collectifs formés contre des fabricants de prothèses mammaires à qui leurs médecins voulaient exiger des frais considérables pour obtenir des copies de leurs rapports médicaux. Ces femmes ont pu obtenir les documents dont elles avaient besoin à des coûts raisonnables en invoquant les articles 38 CCQ et 33 LPRP. Des consommateurs ont dans de nombreux cas obtenu des biens ou des services sans divulguer des renseignements personnels qu'on leur demandait, en se fondant sur les articles 5 et 9 LPRP.

D'autres entreprises ont quant à elles choisi de nier la compétence législative provinciale à leur égard. Les banques faisant affaires au Québec estiment qu'elles ne sont assujetties qu'à la juridiction fédérale et que la LPRP leur est inapplicable. Elles disent cependant faire tous les efforts pour se comporter en «bons citoyens corporatifs» et pour se conformer à l'essentiel des dispositions de la loi, dont elles n'envisageraient actuellement pas de contester la constitutionnalité par voie judiciaire. Les banques en seraient également à tenter de conclure avec les composantes du mouvement Desjardins des ententes permettant à ces diverses institutions de s'échanger des renseignements personnels dans le cours normal de leurs affaires tout en se conformant à la LPRP⁹⁸.

⁹⁷

Dubreuil, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸

Informations recueillies lors d'un entretien téléphonique avec M. Jacques Hébert, directeur général (Québec) de l'Association des banquiers canadiens le 13 mars 1995. L'Association a obtenu du cabinet Ogilvy, Renault un avis juridique qui concluerait à

Plus de cent personnes ont d'autre part logé des plaintes auprès de la Commission d'accès à l'information depuis le début de 1994 en raison de pratiques d'entreprises qu'elles jugeaient attentatoires à leurs droits. La Commission a rendu un certain nombre de décisions, dont une dizaine ont été publiées jusqu'à maintenant: elles indiquent que la Commission se montre généreuse envers les citoyens, sans excès, et qu'elle s'inspire à l'occasion des précédents établis en vertu de la loi régissant les organismes publics lorsque cela est approprié. Plus généralement, les tribunaux québécois citent occasionnellement les nouvelles dispositions du Code et la LPRP pour fonder des conclusions favorables à la reconnaissance du contrôle des personnes à l'égard des renseignements personnels qui les concernent.

En somme, le sentiment que les citoyens ont le droit de protéger les renseignements personnels qui les concernent passe graduellement dans les moeurs et les pratiques des entreprises évoluent de façon à ce qu'elles se conforment progressivement à la loi. Comme en matière d'environnement, l'adoption de législations n'a pas fait disparaître les comportements jugés répréhensibles, mais elle en diminue la fréquence et elle rend plus manifeste le caractère socialement illégitime de ces pratiques, ce qui incite les citoyens à s'en plaindre. Le travail législatif joue ainsi un rôle didactique qu'il ne faut pas sous-estimer.

II- Les perspectives au Canada

A- la question constitutionnelle

Le partage des compétences est en principe complet dans le régime fédéral canadien: toute question relève de la juridiction provinciale ou, expressément ou par défaut, de la juridiction fédérale. Quelques questions relèvent explicitement des deux ordres de juridiction. Dans beaucoup d'autres cas, les deux ordres de gouvernement disposent d'une juridiction parallèle: on admet alors la prépondérance fédérale.

Il s'agit ici de déterminer qui peut exercer une juridiction en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels en général, et le long de l'autoroute de l'information en particulier. Plus précisément, il s'agit d'établir les fondements et la portée d'une éventuelle intervention législative fédérale dans ces domaines.

l'inapplicabilité de la LPRP aux banques; elle refuse malheureusement de rendre cet avis public.

1. la juridiction des provinces

La juridiction des provinces canadiennes en matière de protection des libertés publiques ne va pas de soi. Il s'agit d'un champ de compétence qui ne leur a pas été expressément attribué dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et elles ne peuvent par conséquent y intervenir valablement que si on peut faire reposer leur intervention sur un champ énuméré⁹⁹.

Le regard se porte tout naturellement sur l'alinéa 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue aux provinces une juridiction en principe exclusive à l'égard de ce qui relève de la *property and civil rights*. Cette notion de «civil rights» ne se confond toutefois pas avec le sens où on l'entend entre autres aux États-Unis, qui renvoie aux libertés publiques¹⁰⁰. Il s'agit davantage d'une attribution de la juridiction en matière de droit privé aux provinces, alors qu'on a traditionnellement admis que les questions comme la liberté d'expression ou les autres libertés publiques relèvent d'abord du droit public: il s'agit de limiter le pouvoir étendu et arbitraire de l'État.

L'alinéa 92 (13) autorise néanmoins les provinces à légiférer en matière de protection des libertés publiques, et notamment afin de protéger le droit à la vie privée, et ce pour deux raisons. D'abord, cette protection constituera dans bien des cas un accessoire de l'exercice de la juridiction provinciale en matière de relations contractuelles: on ne doute pas par exemple de la compétence des provinces en matière de relations de travail et la prohibition de la discrimination dans le domaine de l'emploi relève par conséquent elle aussi de la juridiction provinciale¹⁰¹.

D'autre part, la protection des libertés publiques peut comporter un double aspect¹⁰². Elle relève à certains égards du droit public, mais elle peut aussi relever du droit privé¹⁰³. Avant l'adoption des diverses chartes et autres *Human Rights Acts*, elle prenait très souvent

⁹⁹ Tremblay, *op. cit.*, pp. 255-263.

¹⁰⁰ Tremblay, *op. cit.*, p. 52; Hogg, *op. cit.*, pp. 539-540.

¹⁰¹ *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 233, 235-236.

¹⁰² *P.G. du Canada c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, 796-797.

¹⁰³ Tremblay, *op. cit.*, pp. 260, 262, 264.

la forme de poursuites en dommages-intérêts réclamant la réparation d'un dommage subi: en somme, à l'atteinte à l'intérêt public se jumelle un intérêt purement privé. C'est d'ailleurs sur ce fondement que diverses provinces ont adopté des lois faisant de l'atteinte à la vie privée un *tort*¹⁰⁴. Ensuite et comme on l'a déjà noté en ce qui a trait au moins au Québec, la protection de la vie privée et des renseignements personnels relève de la protection de droits de la personnalité, et par conséquent du droit civil.

Il en résulte que les provinces peuvent en principe légiférer en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels, et donc que toute intervention fédérale est susceptible de constituer un empiètement. Certains facteurs limitent toutefois l'exercice de la juridiction provinciale, et notamment le fait que les renseignements personnels traversent de plus en plus communément les frontières. Il est acquis que les provinces ne disposent pas en soi d'une compétence extraterritoriale; leurs lois peuvent toutefois valablement avoir un effet accessoire ou indirect sur des droits extra-provinciaux, tant que l'atteinte à ces droits ne constitue pas l'objet de la loi¹⁰⁵. La loi d'une province peut également avoir un effet direct sur les droits d'un étranger qui choisit d'y faire des affaires¹⁰⁶.

L'application de ces lois provinciales sera toutefois limitée par l'étendue du champ dans lequel le Parlement fédéral peut intervenir valablement, qui est considérable.

2. la juridiction fédérale

Les questions relatives à la protection de la vie privée et des renseignements personnels ne comptent évidemment pas non plus parmi les champs de compétence expressément attribués au Parlement fédéral en 1867: il faut donc là encore se livrer à l'exercice de les rattacher à des champs énumérés. La question est particulièrement complexe au niveau fédéral, parce que le Parlement dispose d'une compétence résiduaire qui, si elle est étendue, n'est pas illimitée. Il faut distinguer ici entre la juridiction relative à l'autoroute de l'information et celle relative à la protection de la vie privée et des renseignements personnels: les chefs de compétence permettant d'établir les pouvoirs du Parlement à l'égard de l'une et à l'égard de l'autre ne se confondent pas exactement.

¹⁰⁴ *Privacy Act*, R.S.B.C. 1979, c. 336, am. par S.B.C. 1982, c. 46; *Privacy Act*, R.S.M. 1987, c. P125; *Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24; *Privacy Act*, S.N. 1981, c. 6.

¹⁰⁵ *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *ibid.*

¹⁰⁶ *The Queen c. Thomas Equipment*, [1979] 2 R.C.S. 529.

a) la compétence en matière de communications

Il ne fait d'abord plus de doute que le palier fédéral dispose d'une juridiction exclusive en matière de radiocommunication, de radiodiffusion et de télécommunications¹⁰⁷. Cette juridiction relève à la fois de la dimension nationale et internationale de ces questions, de leur dépendance à l'égard d'ouvrages interprovinciaux et de l'exercice du pouvoir déclaratoire du Parlement. Elle s'étend non seulement aux réseaux eux-mêmes, mais également à l'exploitation de ces ouvrages, y compris au contrôle des contenus (et sous réserve à cet égard, bien sûr, de la préservation de la liberté d'expression¹⁰⁸). Par analogie avec les infrastructures de transport maritime ou avec le domaine de l'aéronautique, on serait tenté de croire que la juridiction fédérale s'étend à toutes les ramifications de ce réseau et à tous les types d'usages¹⁰⁹. En somme, l'autoroute de l'information elle-même relève de la juridiction fédérale, qui peut aussi s'exercer sur la transmission de renseignements personnels le long de ces réseaux¹¹⁰.

b) la compétence en matière de commerce

Le Parlement dispose également d'une compétence en matière de commerce, dont la portée a considérablement varié au cours des ans. La Cour suprême du Canada semble disposée à accorder plus de latitude au législateur fédéral à cet égard depuis quelques années. L'exercice de cette compétence demeure toutefois assujéti à diverses contraintes:

¹⁰⁷ *Re Regulation and Control of Radio Communication*, [1932] A.C. 304 (C.P.); *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191; *Alberta Government Telephone c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guévremont Inc. c. Régie des télécommunications du Québec*, [1994] 1 R.C.S. 878.

¹⁰⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, al. 2 (b).

¹⁰⁹ *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, 1294-1295, 1298-1299. Cette juridiction «accessoire» peut aller très loin: le domaine de l'assurance maritime relève par exemple de la compétence fédérale parce qu'il est accessoire à la navigation (*Triglav c. Terrasses Jewellers ltée*, [1983] 1 R.C.S. 283).

¹¹⁰ Cette juridiction a par exemple déjà été exercée (avec une certaine timidité): *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 41, en matière de télécommunications non sollicitées. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a rendu une décision dans ce domaine: décision Télécom CRTC 94-10, *Utilisation des installations des compagnies de téléphone pour la fourniture de télécommunications non sollicitées*.

Il est certain qu'elle n'englobe pas la réglementation des contrats propres à un secteur d'activités en particulier et elle ne se confond pas avec le sens ordinaire des mots utilisés à l'alinéa 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹¹. Elle inclut la compétence à l'égard d'échanges internationaux et interprovinciaux et la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Canada, qu'on examinera séparément.

i. les échanges internationaux et interprovinciaux

Les tribunaux canadiens ont rarement admis que la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial ou international suffise à elle seule à valider l'action du Parlement. Les affaires commerciales interprovinciales ou internationales requièrent en effet la conclusion de contrats, qui relèvent en principe de la juridiction provinciale en matière de propriété et de droits civils, et comporteront le plus souvent une composante intraprovinciale. Les tribunaux, et notamment le Comité judiciaire du Conseil privé, ont par conséquent interprété restrictivement la compétence fédérale en matière de commerce pour éviter l'empiètement indu du Parlement sur des affaires qui devraient relever d'abord des provinces.

La validité de la législation fédérale à l'égard d'échanges transfrontaliers ne devrait donc en principe être admise que dans des cas où l'impact de la législation fédérale sur des opérations intraprovinciales procède d'un lien logique et est pratiquement inévitable. La cohérence des précédents en cette matière n'est toutefois pas toujours manifeste.

La Cour suprême du Canada a ainsi admis la validité de législations ayant un impact considérable sur de nombreuses opérations intraprovinciales parce qu'elles faisaient partie intégrante du contrôle d'importations dans le cadre de la mise en oeuvre d'une politique commerciale extraprovinciale¹¹² ou parce qu'elles se trouvaient au coeur d'un mécanisme régissant un marché national et établi en étroite collaboration avec les provinces¹¹³. Elle a

¹¹¹ *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, (1881) 7 App. Cas. 96

¹¹² *Caloil c. P.G. Canada*, [1971] R.C.S. 543, 551. Il s'agissait dans cette affaire d'une loi fédérale interdisant le transport ou la vente de pétrole importé vers l'ouest du Canada.

¹¹³ *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198. On y a examiné la constitutionnalité du mécanisme de commercialisation et de mise en marché des oeufs canadiens. L'impact de ce précédent doit cependant être nuancé en prenant en compte les conclusions de la Cour dans l'affaire *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, où on a jugé inconstitutionnel un régime provincial gouvernant un produit essentiellement exporté hors de la province.

tenu pour invalides des dispositions législatives requérant le respect de certains critères par les usagers de marques ou de classifications qui s'en servaient à l'occasion d'opérations intraprovinciales¹¹⁴ ou établissant des normes relatives à la composition d'un aliment qui avaient été établies sans qu'on évalue si ce produit faisait l'objet d'une activité commerciale interprovinciale¹¹⁵. Le simple fait qu'une industrie, comme la fabrication de la bière, soit dominée par quelques entreprises faisant des affaires d'un océan à l'autre ne suffit pas à fonder la compétence fédérale à l'égard de cette industrie¹¹⁶.

ii. la réglementation générale des échanges

Cet aspect de la juridiction en matière de commerce n'a été que rarement examiné par les tribunaux. Cinq (5) critères d'évaluation semblent maintenant s'imposer: pour relever de ce champ d'attribution, la législation fédérale doit (1) s'inscrire dans un système général de réglementation: il ne doit pas s'agir d'une mesure isolée. Ce système (ou *scheme*) doit (2) faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation. La législation doit (3) porter sur le commerce dans l'ensemble, plutôt que sur un secteur ou une industrie en particulier. La législation ne doit d'autre part (4) pas être d'un caractère tel que les provinces pourraient conjointement ou séparément l'adopter et (5) l'omission d'inclure des parties du territoire canadien dans le système législatif en compromettrait l'application¹¹⁷. Les tribunaux pèsent aussi la gravité d'un empiètement fédéral sur les pouvoirs provinciaux¹¹⁸. Ils n'admettront pas que le Parlement crée ou étende des causes civiles d'action dans des domaines qui relèvent des contrats ou de la responsabilité civile, à moins qu'il s'agisse d'accessoires à une législation fédérale par ailleurs valide, et le simple fait que la loi fédérale s'appliquerait dans tout le Canada ne suffit pas à lui conférer

¹¹⁴ *Dominion Stores c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844. La loi imposait l'utilisation de marques et de classifications en matière de commerce interprovincial ou international de certains produits agricoles et interdisait à des entreprises faisant des affaires strictement intraprovinciales d'utiliser ces marques à moins que leurs produits se conforment aux normes les régissant; ce second aspect de la loi a été jugé inconstitutionnel.

¹¹⁵ *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 941.

¹¹⁷ *G.M. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 661-662.

¹¹⁸ *Ibid.*, 673.

cette validité¹¹⁹.

C'est dans ce contexte que la Cour suprême a pu conclure dans l'affaire *City National Leasing* précitée que la *Loi sur la concurrence* relève de la compétence fédérale: elle établit un cadre général s'appliquant à l'ensemble des activités commerciales et sa mise en oeuvre relève d'organes spécialisés, soit le Directeur de la concurrence et le Tribunal de la concurrence. Les provinces ne pourraient évidemment pas adopter des régimes qui, même s'ils étaient combinés, comporteraient tous les éléments compris dans la loi fédérale.

iii. l'existence de la juridiction en matière de commerce

Compte tenu de l'interprétation qu'on en a faite, la compétence en matière de commerce peut-elle fonder une intervention législative fédérale ayant trait à la protection des renseignements personnels? On sait qu'une part croissante des flux de données traversent les frontières provinciales ou nationales; cela ne suffit toutefois pas nécessairement à fonder la compétence fédérale à l'égard des autres activités concernant des renseignements personnels, comme la cueillette ou la conservation, surtout dans les cas où il est manifeste que des renseignements ne seront pas «exportés». Dans plusieurs cas, les provinces pourraient intervenir au moins indirectement pour contrôler l'usage de renseignements personnels transmis hors de leur territoire en obligeant légalement le transmetteur à obtenir des engagements contractuels de la part du destinataire, par exemple¹²⁰. La juridiction à l'égard du commerce interprovincial et international ne constitue donc pas une assise permettant de fonder solidement une intervention fédérale à l'égard de l'ensemble de la problématique de la protection des renseignements personnels dans le secteur privé.

D'autre part et pour invoquer le pouvoir de réglementer généralement les échanges au Canada, il faudrait notamment que le régime mis en place soit assorti d'un organisme public chargé de son application. L'exclusion d'une telle hypothèse suffirait en soi à éliminer ce fondement d'une intervention fédérale. Même si un tel organisme était créé, il faudrait démontrer que les mesures mises en place s'inscrivent dans un régime général de réglementation et que les trois (3) autres critères sont également respectés. Il y a très certainement là matière à controverse.

Pour ces motifs, il faut conclure que la compétence fédérale en matière de commerce peut être invoquée à l'égard de certains aspects de la réglementation de l'usage des renseignements personnels dans le secteur privé, mais qu'il n'est pas du tout certain qu'elle

¹¹⁹ *MacDonald c. Vapor Canada*, [1977] 2 R.C.S. 134.

¹²⁰ C'est le modèle retenu par l'article 17 de la LPRP, comme on l'a signalé plus haut.

puisse fonder une intervention à l'égard de l'ensemble de la problématique.

c) le pouvoir résiduaire

Tout n'ayant pas été dit en 1867, les tribunaux canadiens ont depuis lors été contraints d'attribuer la juridiction à l'égard de nouvelles questions à l'un ou l'autre des paliers législatifs. Dans les cas où ces questions ne pouvaient être logées dans aucune des catégories énumérées, même par analogie, elles ont été dévolues au Parlement, en vertu de son pouvoir général de légiférer à l'égard de la «paix, de l'ordre du bon gouvernement». L'analyse et l'application de ce pouvoir résiduaire requièrent toutefois beaucoup de nuances.

La nouveauté d'une question ne suffit pas en effet pour qu'elle soit attribuée d'office au niveau fédéral. Le secteur de l'environnement en fournit un bon exemple: plutôt que de l'allouer d'un bloc à l'un ou l'autre des niveaux législatifs, les tribunaux l'ont scindé en divers éléments qu'on a rattachés au niveau fédéral ou aux provinces. Ainsi, le Parlement peut légiférer en matière de pollution marine¹²¹, mais seule la province peut légiférer à l'égard du dépôt de déchets de bois dans une eau fréquentée par le poisson¹²². Il y a donc en pratique compétence concurrente en matière d'environnement mais on ne constate au plan constitutionnel que des compétences tout à fait distinctes dont les applications se voient parfois étroitement: en somme, les tribunaux n'ont pas conclu que le secteur de l'environnement était à ce point distinct qu'il convenait d'en faire un champ de compétence propre et de l'attribuer au Parlement en vertu du pouvoir résiduaire¹²³.

On a analysé le pouvoir résiduaire en trois (3) branches: il peut s'exercer en cas d'urgence, lorsqu'on fait face à une lacune dans le partage des compétences ou à l'égard de questions d'intérêt national. Il va de soi qu'aucune intervention à l'égard de l'autoroute de l'information ou de la protection de la vie privée ne pourrait avoir dans les circonstances actuelles les attributs qui la justifieraient en raison de l'urgence de la situation¹²⁴. Puisque

¹²¹ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

¹²² *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213.

¹²³ *Friends of the Oldman River c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3, 64, 69.

¹²⁴ La Cour d'appel du Québec a récemment jugé inconstitutionnel un article de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés* (P.C. 1989-296), au motif notamment qu'il ne relève pas d'une situation d'urgence: *Canada (P.G.) c. Hydro-Québec*, JE 95-442 (C.A.).

les législatures provinciales peuvent arguer avoir une juridiction significative à l'égard de la vie privée et que le Parlement dispose par ailleurs d'une juridiction à l'égard de l'autoroute de l'information elle-même, il ne paraît pas y avoir de vide constitutionnel¹²⁵. Le Parlement ne pourrait donc se rabattre à ce titre que sur la théorie dite de l'intérêt national.

Pour qu'une question tombe dans la compétence exclusive du Parlement parce qu'elle relève de l'intérêt national, elle doit

[...] avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;¹²⁶

et il doit par conséquent être possible d'établir les limites vérifiables et raisonnables du champ de juridiction accordé au Parlement. On juge également utile d'évaluer l'effet qu'aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper du contrôle des aspects intraprovinciaux de cette matière¹²⁷. On a décidé dans l'arrêt *Crown Zellerbach* que la pollution des mers ressortit à l'intérêt national en raison de ses incidences extra-provinciales et internationales et parce qu'on peut assez bien établir la distinction entre les eaux salées et les eaux douces.

L'autoroute de l'information constitue un réseau de modes de communication intégré qui relie toutes les provinces et qui a manifestement d'importantes ramifications internationales. Il paraît pratiquement impossible que les provinces puissent en régir tous les aspects, même si elles agissaient en commun: les dimensions internationales, entre autres, leur échappent en large part.

La protection de la vie privée et des renseignements personnels constitue une matière plus informelle. Certains aspects, comme les droits de la personnalité, les recours en dommages ou les obligations contractuelles en matière de consommation ou d'emploi, par

¹²⁵ À l'égard de l'usage de cet aspect du pouvoir résiduaire, Hogg, *op. cit.*, pp. 439-441.

¹²⁶ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, *op. cit.*, 432.

¹²⁷ *Ibid.*, 432.

exemple, relèvent d'abord de la juridiction provinciale. D'autres dimensions, comme l'exploitation et la sécurité des réseaux de communication, relèvent plutôt de la juridiction fédérale, tout comme la criminalisation de certains comportements. En somme, la protection de la vie privée, tout comme celle de l'environnement ou des consommateurs, paraît mal se prêter à une qualification de matière d'intérêt national parce qu'elle n'est pas suffisamment particulière et indivisible; les frontières juridictionnelles peuvent difficilement être établies.

Il paraît par conséquent possible que le Parlement puisse invoquer la théorie de l'intérêt national pour établir sa juridiction à l'égard de l'autoroute de l'information, et donc à l'égard de la protection de la vie privée et des renseignements personnels le long de cette infrastructure dans la mesure où il s'agit d'un accessoire de l'exploitation de cette autoroute. Cette théorie ne pourrait toutefois justifier à elle seule une intervention générale à l'égard de la protection des renseignements personnels hors de l'autoroute.

d) les entreprises fédérales

La juridiction fédérale peut évidemment s'exercer à l'égard de la protection de la vie privée et des renseignements personnels dans le cadre de toutes les activités des entreprises de juridiction fédérale. On pense ici aux entreprises qui agissent dans des domaines de compétence fédérale, comme les banques¹²⁸, les entreprises de radiodiffusion, ou les transporteurs aériens, comme aux entreprises exploitant des ouvrages interprovinciaux ou déclarés être à l'avantage général du Canada, comme les transporteurs ferroviaires ou les entreprises de télécommunications. Il s'agit donc au total d'un pan très considérable de l'économie canadienne et le Parlement fédéral dispose du pouvoir d'en réglementer les activités, l'exploitation et la gestion¹²⁹.

On peut avoir un premier aperçu bien partiel de la forme que pourrait prendre une telle intervention en examinant le projet de loi C-315, déposé en première lecture devant le Parlement par M. Mayfield le premier mars 1995¹³⁰. S'il était adopté, ce projet aurait pour effet d'obliger les entreprises de juridiction fédérale à faire parvenir un avis et à obtenir

¹²⁸ Quant à la portée potentiellement considérable de la juridiction fédérale à l'égard de l'activité bancaire, cf. Binavince, Emilio et Fairley, H. Scott. *Banking and the Constitution: Untested Limits of Federal Jurisdiction*. [1986] 65 R. du B. can. 328, 362-365, notamment.

¹²⁹ *Ontario Hydro c. Ontario (C.R.T.)*, [1993] 3 R.C.S. 328, 363.

¹³⁰ *Loi sur la protection des renseignements personnels recueillis par certaines personnes morales*.

un consentement des personnes concernées avant de vendre toute liste concernant des renseignements personnels et devrait expédier un avis aux personnes concernées avant d'utiliser à des fins de prospection une liste qu'elle aurait achetée. La notion de renseignement personnel est définie dans ce court projet de loi de manière restrictive, mais néanmoins intéressante. Le projet prévoit également des amendes pouvant atteindre dix mille dollars (10 000\$) en cas de récidive. Dans le même esprit, on ne peut passer sous silence l'article 416 de la nouvelle *Loi sur les banques* et le *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques)*, édicté sous son autorité, qui interdit aux banques de transmettre des renseignements concernant leurs clients à des sociétés d'assurance¹³¹.

d) la juridiction criminelle

Dans la mesure où une atteinte à la vie privée ou à la protection des renseignements personnels peut constituer une atteinte à l'ordre public et à la morale, elle peut faire l'objet d'une intervention fédérale visant à la qualifier d'infraction criminelle. On sait que le Parlement s'est déjà prévalu de ce pouvoir en matière d'interception des communications, et notamment des radiocommunications et des conversations par téléphonie cellulaire.

e) la constitution en personnes morales

Le Parlement a adopté des lois permettant de constituer certaines entreprises en personnes morales. Il s'agit parfois d'entreprises agissant dans des domaines de juridiction fédérale, comme les banques¹³², mais il faut aussi faire mention entre autres de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*¹³³, de la *Loi sur les sociétés d'assurance*¹³⁴ et, bien sûr, de la *Loi sur les sociétés par actions*¹³⁵. Il est loisible au Parlement d'imposer par ce biais des règles en matière de protection des renseignements personnels, comme il l'a d'ailleurs déjà

¹³¹ DORS/92-330, [1992] II G.O. Can. 2276.

¹³² *Loi sur les banques*, L.R.C. 1985, c. B-1.01.

¹³³ L.R.C. 1985, c. T-19.8.

¹³⁴ L.C. 1991, c. 44.

¹³⁵ L.R.C. 1985, c. C-44.

fait¹³⁶, quoique les risques d'empiètement indu sur la juridiction provinciale en matière de propriété et de droits civils sont peut-être plus marqués.

f) la juridiction fédérale: synthèse préliminaire

La juridiction fédérale sur les télécommunications et la radio, qui procède de la théorie de l'intérêt national, du caractère interfrontalier des ouvrages requis et du pouvoir déclaratoire fédéral suffit à lui conférer une compétence à l'égard des réseaux qui constitueront l'autoroute de l'information et des contenus qui y seront transportés. Si le Parlement ou les organes qu'il constitue peuvent par exemple valablement régir des éléments comme le contenu de la publicité radiodiffusée et interdire certains types de contenu, on ne voit pas pourquoi le palier fédéral ne pourrait pas aussi interdire la transmission de renseignements personnels qui ne se conforment pas à certaines conditions relatives à la cueillette, à leur utilisation ou à leur transmission.

Bien que ce chef de compétence soit suffisant, le palier fédéral peut également invoquer au soutien de son autorité quant à l'autoroute sa juridiction en matière de commerce et, dans une mesure bien délimitée, sa compétence en matière criminelle. Il peut aussi exercer ses pouvoirs à l'égard des entreprises de juridiction fédérale et régir les modes selon lesquels elles peuvent avoir recours à l'autoroute de l'information. L'action fédérale n'aurait toutefois pas d'impact direct sur les activités des entreprises non branchées à l'autoroute.

Il paraît beaucoup moins probable que le Parlement puisse invoquer la théorie de l'intérêt national pour justifier une intervention à l'égard de la protection de la vie privée et des renseignements personnels. L'évolution des flux transfrontaliers pourrait toutefois suffire à justifier qu'il fasse reposer partiellement une telle intervention sur sa compétence en matière de commerce; cela ne lui permettrait toutefois pas de régir généralement le traitement des dossiers d'emploi, par exemple. Le Parlement peut évidemment se prévaloir quant à la vie privée de sa juridiction criminelle et de sa juridiction à l'égard des entreprises fédérales¹³⁷.

136

Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, op. cit., art. 441-442, par exemple.

137

Le Parlement dispose aussi d'une juridiction exclusive à l'égard des terres fédérales, soit les parties du Canada qui se situent hors des frontières des provinces, dont les Territoires du Nord-ouest et le Yukon. Dans une certaine mesure, sa juridiction en ce qui a trait aux postes pourrait aussi être invoquée.

Si les provinces peuvent légiférer en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels, la jurisprudence indique clairement qu'elles ne peuvent affecter les relations de travail au sein des entreprises fédérales et leur compétence à l'égard d'autres aspects de l'activité de ces entreprises peut donner lieu à des débats, comme on le verra dans la prochaine section. Seules les provinces pourraient sans doute régir les activités des entreprises non branchées en matière de protection des renseignements personnels dans des domaines qui ne relèvent pas de la compétence fédérale en matière de commerce, comme les dossiers d'emploi.

La protection intégrale des renseignements personnels concernant les Canadiens requerra donc selon toute vraisemblance une intervention des deux paliers de gouvernement, aucun ne pouvant embrasser tout le champ. La délimitation précise des juridictions prend alors une grande importance.

g) le chevauchement

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'un ou l'autre des paliers de juridiction ne peut légiférer dans un domaine qui relève exclusivement de l'autre palier. Il est par ailleurs acquis qu'à l'égard des questions où les deux ordres de gouvernement peuvent justifier d'une compétence au moins partielle, la juridiction mixte sera reconnue: il s'agit de la thèse dite du «double aspect»¹³⁸. On permettra par conséquent à la province de régir certains des éléments de l'activité d'une banque ou d'une entreprise de radiodiffusion, par exemple, lorsqu'ils relèvent évidemment de sa compétence en matière de propriété et de droits civils, dans la mesure où l'exercice de cette juridiction ne concourt pas à «stériliser» l'institution de juridiction fédérale, à l'empêcher d'agir, et dans la mesure où le champ est inoccupé par le législateur fédéral¹³⁹. Ce dernier jouit en effet d'une compétence prépondérante dans les champs où les deux paliers peuvent invoquer une juridiction¹⁴⁰.

¹³⁸ *Hodge v. La Reine*, (1883) 9 App. Cas. 117, 130 (P.C.).

¹³⁹ Plusieurs dispositions de la *Loi sur les banques*, par exemple, régissent des questions relevant normalement de la propriété et des droits civils, mais on interprète traditionnellement les articles 91 et 92 de façon à assurer la complémentarité des dévolutions de compétence qui y sont établies et le Parlement peut donc régir la propriété et les droits civils dans l'aire de sa juridiction sur les banques: cf. *The Merchant's Bank of Canada v. Smith*, (1884) 8 R.C.S. 512, 534 et 541; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, 45-47, par exemple; quant aux entreprises de radiodiffusion, on pense par exemple à l'affaire *Irwin Toy*, *infra*.

¹⁴⁰ En matière bancaire, cf. *Tennant v. Union Bank*, *op. cit.*; *Hall c. Banque de Montréal*, [1990] 1 R.C.S. 121. Plus généralement, *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

On admet également que la créature du droit de l'un des ordres de gouvernement –une personne morale, par exemple– est en principe assujettie aux règles établies par l'autre ordre de gouvernement dans le domaine des compétences de ce dernier. Les activités menées sur le territoire du Québec par une société de fiducie constituée en vertu de la loi fédérale, elle-même fondée sur la compétence fédérale en matière de commerce, sont notamment régies par le Code civil et par les autres lois québécoises, comme la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 et la *Loi sur l'assurance-dépôts*, L.R.Q., c. A-26.

En ce qui a trait à l'activité des entreprises de juridiction fédérale, l'attribution des juridictions pose des problèmes supplémentaires: non seulement sont-elles constituées en vertu d'une loi fédérale, mais leur champ d'activités lui-même est en principe assujetti à la seule juridiction fédérale¹⁴¹. Une part importante de leurs activités relève néanmoins de la juridiction provinciale en matière de propriété et de droits civils. Les difficultés surgissent lorsqu'une entreprise fédérale nie qu'une loi provinciale par ailleurs valide s'applique à ses activités: la position adoptée par l'Association des banquiers canadiens à l'égard de la LPRP en fournit un excellent exemple. Quelques décisions récentes de la Cour suprême du Canada permettent d'établir les paramètres du partage des compétences qui doit être effectué.

Dans l'affaire *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*¹⁴², la Cour suprême devait se prononcer sur l'effet de la législation québécoise en matière de santé et de sécurité du travail sur Bell Canada, une entreprise de juridiction fédérale et constituée en vertu d'une loi fédérale, et Bell invoquait que cette législation l'affecterait directement dans l'un de ses éléments vitaux. La Cour a conclu que tout ce qui relève du droit du travail touche l'essence de l'entreprise et qu'une loi provinciale ne pouvait par conséquent pas s'immiscer dans la gestion de la sécurité et de la santé au travail dans une entreprise de juridiction fédérale¹⁴³.

La Cour a commenté sa décision dans l'affaire *Bell Canada c. Québec (CSST)* dans

¹⁴¹ *Supra*, note 122 et texte correspondant.

¹⁴² [1988] 1 R.C.S. 749 (ci-après «*Bell Canada c. Québec (CSST)*»).

¹⁴³ La Cour suprême en est venue à la même conclusion dans l'affaire *Ontario Hydro c. Ontario (C.R.T.)*, *supra*.

l'arrêt qu'elle a postérieurement rendu dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*¹⁴⁴. Cette affaire établit clairement qu'une loi provinciale peut effectivement et licitement affecter une entreprise fédérale. Il s'agissait en l'occurrence d'établir si les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec régissant la publicité destinée aux enfants s'appliquaient à de tels messages publicitaires diffusés à la télévision, i.e. par l'entremise d'un mode de communication soumis à la juridiction fédérale. Un fabricant de jouets et des entreprises de télédiffusion plaidaient notamment que ces dispositions sont *ultra vires* de la province en ce qu'elles viseraient «principalement et essentiellement la télévision comme support de publicité destinée aux enfants, une matière de compétence fédérale exclusive.»¹⁴⁵

Quoique la Cour ait dû trancher plusieurs questions dans ce litige¹⁴⁶, il suffira pour nos fins de s'arrêter à l'analyse que fait le Juge en chef de l'effet d'une loi provinciale sur une entreprise de juridiction fédérale. Faisant appel aux principes dégagés dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (CSST)* précité, il réitère la distinction entre les situations où une loi provinciale viserait spécifiquement à porter atteinte à un élément essentiel de l'exploitation d'une entreprise fédérale –ce qui est inconstitutionnel– et les situations où cet effet n'est qu'accessoire:

Le Gouvernement fédéral a compétence exclusive en ce qui concerne les «éléments vitaux ou essentiels» d'une entreprise fédérale, y compris sa gestion, parce que ces aspects forment le «contenu de base minimum et inattaquable» du pouvoir établi par l'application de l'article 91 (29) et les exceptions du paragraphe 92 (10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune loi provinciale qui touche ces aspects ne peut s'appliquer à une entreprise fédérale. Toutefois, lorsque la loi provinciale n'a pas pour objet de s'appliquer à une entreprise fédérale, son effet accessoire, même à l'égard d'un élément essentiel de l'exploitation d'une entreprise, n'aura normalement pas pour effet de rendre la loi provinciale *ultra vires*.¹⁴⁷

¹⁴⁴ [1989] 1 R.C.S. 955.

¹⁴⁵ *Irwin Toy, op. cit.*, 952.

¹⁴⁶ dont l'inclusion de la liberté d'expression commerciale dans les droits enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'application de l'article premier de cette *Charte*.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 955.

Il est manifeste que l'existence de prohibitions relatives à la diffusion de certains types de messages publicitaires et les pertes de revenus qui peuvent en découler sont susceptibles d'ennuyer considérablement les entreprises de radiodiffusion. Davantage, la Cour suprême reconnaît expressément «que la publicité télévisée est un élément essentiel d'une entreprise de télédiffusion»¹⁴⁸ et qu'elle relève donc en principe de la juridiction fédérale exclusive.

Néanmoins, la Cour note également que les dispositions en cause, i.e. les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, ne sont pas destinées à s'appliquer à des entreprises de radiodiffusion, mais bien aux annonceurs. Dans ce cadre, et quoique la loi provinciale ait pour effet d'interdire aux entreprises de télédiffusion de diffuser certains types de messages et qu'elles perdent de ce fait des revenus, la Cour a unanimement¹⁴⁹ jugé que

Ce n'est pas suffisant pour conclure que l'effet des dispositions est d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise est «paralysée dans ses fonctions et ses activités». (...) On ne peut non plus affirmer que les dispositions constituent une entrave potentielle à l'exploitation d'une entreprise de radio-diffusion.»¹⁵⁰

La Cour poursuit en examinant l'impact de la *Loi sur la protection du consommateur* sur les entreprises de radiodiffusion: elle constate qu'elle a à toutes fins pratiques pour effet d'empêcher ces entreprises de diffuser certains types d'annonces publicitaires et elle conclut que, même s'il était vrai que la *Loi* a en plus pour effet d'empêcher la production d'émissions destinées aux enfants,

(...) cela démontre simplement que la loi impose des restrictions aux décisions d'affaires que doivent prendre ceux qui conçoivent la publicité aussi bien que ceux qui la diffusent.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Ibid.*, 957.

¹⁴⁹ La dissidence des juges Beetz et McIntyre tient à d'autres considérations, et les motifs rédigés par le juge McIntyre notent explicitement qu'ils souscrivent à la décision de leurs collègues en ce qui a trait au caractère *intra vires* des dispositions contestées: *Ibid.*, 1005.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 958.

¹⁵¹ *Ibid.*, 959.

Par conséquent, une loi provinciale peut valablement avoir pour effet d'empêcher une entreprise assujettie à la juridiction fédérale de poser des gestes qui font partie de son activité et par exemple, dans le cas d'une entreprise de télédiffusion, de transmettre certains types de messages, parce que cette loi en régit le contenu, ladite entreprise dût-elle en subir quelques inconvénients et perdre des revenus du fait de la prohibition faite.

La décision de la Cour dans l'affaire *Irwin Toy* indique clairement que des contraintes imposées par la législation provinciale (et les diminutions de revenus qui en découlent) ne constituent pas nécessairement des entraves au sens où l'a défini la Cour dans *Bell Canada c. Québec (CSST)*. Il est cependant indéniable que certaines entraves provinciales à la gestion d'une entreprise fédérale sont inconstitutionnelles.

Les principes dégagés dans les affaires *Bell Canada* et *Irwin Toy* ont été confirmés et clarifiés par la Cour suprême dans *CTCUQ c. Canada*¹⁵², où la Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec reprochait à la Commission des champs de bataille nationaux d'exploiter un service de transport touristique sans s'être conformée aux dispositions de la *Loi sur les transports* du Québec¹⁵³. La Cour s'y est dite d'avis que les entreprises ou les personnes qui tombent sous la juridiction fédérale demeurent soumises aux lois provinciales d'application générale, dans la mesure où ces lois ne les atteignent pas dans ce qui constitue leur «spécificité fédérale»:

L'arrêt *Construction Montcalm*¹⁵⁴ a bien établi qu'en principe, une loi provinciale valide d'application générale s'applique aux ouvrages, entreprises, services, choses ou personnes qui tombent par ailleurs sous l'empire de la compétence fédérale. Par dérogation à ce principe cependant, le Parlement peut faire valoir une compétence législative exclusive empêchant l'application des lois provinciales sur les aspects spécifiquement fédéraux de ces choses ou personnes [...]

L'immunité relative à la spécificité fédérale

¹⁵² [1990] 2 R.C.S. 838

¹⁵³ L.R.Q., c. T-12.

¹⁵⁴ *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754 [note de l'auteur].

s'applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive.

C'est la responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne: [...]

Lorsqu'il s'agit d'une entreprise fédérale, on dira généralement que sa spécificité est atteinte si la loi provinciale touche un élément vital ou essentiel de sa mise en place, de sa gestion ou de son exploitation [...]¹⁵⁵

Aux termes des arrêts *Irwin Toy* et *CTCUQ*, seule une atteinte qui ne serait pas accessoire à un élément vital ou essentiel de l'exploitation de l'entreprise de juridiction fédérale justifiera qu'on conclue au caractère inopérant à l'égard de cette entreprise d'une législation provinciale par ailleurs valide.

On doit aussi signaler l'existence de l'arrêt *P.G. du Québec c. Kellogg's Company of Canada et al.*¹⁵⁶. Il s'agissait encore là d'établir la constitutionnalité de règles de droit provinciales relatives à la diffusion de messages publicitaires destinés aux enfants. Seules des entreprises voulant diffuser de la publicité étaient en cause et la Cour ne s'est pas prononcée au fond sur l'impact du Règlement contesté sur les entreprises de radiodiffusion. Sous la plume du juge Martland, la Cour a cependant noté que le Règlement provincial ne visait ni n'entravait une entreprise de radiodiffusion et qu'il tendait à empêcher des entreprises comme les intimées d'utiliser un certain type d'annonces, quel que soit le

¹⁵⁵

CTCUQ c. Canada, *op. cit.*, 852-854, par le juge Gonthier pour la Cour.

¹⁵⁶

P.G. du Québec c. Kellogg's Company of Canada et Kellogg's of Canada Limited, [1978] 2 R.C.S. 211 (ci-après «*Kellogg*»).

support publicitaire¹⁵⁷. De l'avis du magistrat, l'atteinte incidente aux revenus de stations de télévision ne modifiait pas la nature du règlement.

Aux termes de l'arrêt *Kellogg*, des personnes ne sont pas dispensées de l'application de restrictions imposées à leurs pratiques par le droit provincial parce qu'elles choisissent un support publicitaire soumis au contrôle fédéral¹⁵⁸ et la transmission d'un message entre deux personnes peut être astreinte à des règles de droit provincial visant un objet provincial légitime, même si cette transmission s'effectue par un canal soumis au contrôle fédéral. L'auteur du message et son destinataire étant régis par le droit provincial et n'étant des entreprises fédérales, la nature particulière du canal utilisé ne modifie pas leurs droits et leurs obligations.

On peut à la lumière de ces principes poser la question que soulève par exemple l'application de la LPRP aux banques faisant affaires au Québec: les dispositions de cette Loi portent-elles directement atteinte à un élément vital ou essentiel de leur exploitation? La jurisprudence indique que ce sera presque assurément le cas quant à la gestion des relations de travail au sein des banques: la LPRP ne s'y applique pas. On ne peut formuler une conclusion aussi claire à l'égard des relations entre une banque et ses clients ou entre une banque et un agent de renseignements personnels, par exemple. Dans ce dernier cas, l'activité de l'agent de renseignements personnels peut sans doute être régie par la province même si elle a un effet indirect sur l'accès des banques à des renseignements personnels.

Quant à la relation directe entre la banque et son client, il s'agit d'établir si la LPRP porte en soi atteinte à des éléments essentiels de l'exploitation de l'entreprise fédérale. Il est du moins certain que la LPRP ne porte pas indûment atteinte aux activités de ces quasi-banques que sont les caisses populaires. La cueillette et la transmission de renseignements personnels sont-elles des activités vitales ou essentielles d'une banque et relevant de sa dimension spécifiquement fédérale, pour paraphraser l'arrêt *CTCUQ*? Il est permis d'en douter, mais seule une décision finale des tribunaux peut constituer une réponse concluante à cette question.

S'il est vrai que l'usage des renseignements personnels peut constituer un élément important de l'activité bancaire, il faut noter que l'analyse donnerait peut-être des résultats différents quant au caractère potentiellement «vital» de renseignements personnels hors du champ de l'emploi pour une station de radio ou un transporteur ferroviaire, par exemple. Pourrait-on ainsi affirmer que les dispositions de la LPRP relatives aux listes nominatives

¹⁵⁷ *Kellogg*, 225.

¹⁵⁸ *Ibid.*

confectionnées à des fins de prospection commerciale s'appliquent à ces entreprises, puisque la prospection n'est pas un élément vital de leur activité? On pourrait ainsi procéder à un découpage raffiné de l'application de la LPRP à des entreprises fédérales, selon la nature de leur activité et l'opération particulière qu'on voudrait régir.

En l'occurrence, la législation provinciale vise le respect de certains attributs de la personnalité des personnes qui peuvent s'en prévaloir et ses effets sur les activités d'entreprises fédérales n'en sont que l'accessoire. Sur la foi des arrêts *Kellogg*, *Irwin Toy* et *CTCUQ*, on posera ici que la LPRP peut vraisemblablement s'appliquer à certaines activités d'entreprises fédérales, sans s'avancer davantage pour l'instant en raison de la grande complexité de la question.

Dans l'hypothèse d'une éventuelle intervention législative fédérale en matière de protection des renseignements personnels, cela soulève inévitablement la question de la prépondérance de la loi fédérale et du maintien de l'application de la loi provinciale. On peut donner pour exemple de ces difficultés l'affaire *Banque de Montréal c. Hall*, précitée. Hall, un fermier de Saskatchewan, avait accordé à la Banque une sûreté en vertu de l'article 178 de la *Loi sur les banques* afin de garantir un prêt. Comme Hall ne pouvait plus rembourser son prêt, la banque a saisi une pièce d'équipement aratoire. Hall contesta cette prise de possession au motif qu'elle ne respectait pas des formalités requises par la loi provinciale, mais non requises par la *Loi sur les banques* dans le cadre de la réalisation des sûretés que cette dernière permet de créer. Il y avait donc conflit de lois: la Banque avait agi légalement si la législation fédérale était prépondérante, mais illégalement si elle devait aussi respecter la loi provinciale.

La Cour suprême s'est dite d'avis que la sûreté constituée en vertu de l'article 178 de la *Loi* constitue un élément fondamental de l'activité bancaire canadienne et un pilier de la structure juridique établie par cette législation. La loi provinciale ne pouvait faire obstacle à la mise en oeuvre des mécanismes créés par le Parlement car, comme le note un auteur commentant cet arrêt,

Provincial legislation that would frustrate Parliament's purposes will not be applied to the extent that it conflicts with some core provision of the Bank Act or seeks to qualify its effect.¹⁵⁹

De façon plus générale, on admet en droit constitutionnel canadien la cohabitation de lois provinciales et fédérales par ailleurs valides et régissant une même situation dans la

mesure où l'application simultanée des deux lois demeure possible: on ne conclura au caractère inopérant de la loi provinciale, supplantée par la loi fédérale, que s'il est impossible de se conformer simultanément aux exigences formulées par la province et le Parlement fédéral¹⁶⁰ ou si le respect des exigences provinciales est incompatible avec l'intention du législateur fédéral, comme dans l'arrêt *Hall*.

Compte tenu de la règle de la prépondérance et puisque les provinces peuvent par ailleurs dans une certaine mesure affecter législativement des entreprises fédérales lorsque le champ est inoccupé par le législateur¹⁶¹, on peut envisager des situations où des activités d'entreprises de juridiction fédérale seraient régies quant au traitement des renseignements personnels par une loi provinciale, des situations où elles seraient régies à la fois par une loi provinciale et une loi fédérale, les deux s'appliquant, des situations où elles seraient régies par la loi provinciale et la loi fédérale, cette dernière ayant prépondérance, et des situations où seule la loi fédérale s'appliquerait.

La complexité de la situation au plan constitutionnel contribue sans nul doute à expliquer pourquoi on a cherché au Canada à identifier d'autres mécanismes de réglementation de la vie privée et des renseignements personnels que l'intervention législative.

B- les codes de conduite

Le recours aux codes de conduite, aux codes de pratique ou à des normes en vue d'assurer la protection de la vie privée et des renseignements personnels au Canada a beaucoup attiré l'attention au cours des dernières années. Cette formule comporte des avantages et des inconvénients tels qu'on ne devrait y avoir recours qu'après une évaluation très soignée, compte tenu de l'importance de la question qu'il s'agit de régir.

Le recours à des codes de conduite sans intervention législative comporte évidemment cet avantage considérable qu'on peut éviter entièrement la question constitutionnelle et constituer en principe un ensemble de règles qui soient universellement applicables partout au Canada et dans tous les secteurs d'activités. On épargne en plus au secteur public les ressources requises pour élaborer les règles et pour les faire respecter. Au plan politique, on s'assure en principe de l'adhésion des entreprises ou de leurs représentants à des règles qu'ils ont contribué à formuler. On peut également adapter des codes sectoriels aux caractéristiques de chaque domaine d'activité économique.

¹⁶⁰ *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

¹⁶¹ *Union Colliery c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.).

Les régimes de codes de pratique purement volontaires comportent toutefois des difficultés intrinsèques. Dans la mesure où ils sont établis par des entreprises ou des regroupements d'entreprises, leur contenu sera fréquemment plutôt favorable à l'entreprise, et non aux consommateurs. On peut en donner pour exemples l'alinéa 3 (b) du modèle de code de confidentialité pour les particuliers de l'Association des banquiers canadiens¹⁶², selon lequel des renseignements sont la plupart du temps fournis par le client, mais peuvent être obtenus par la banque de pratiquement toute autre source, l'alinéa 6 (a) du même code, qui permet aux banques d'utiliser un renseignement à toute fin compatible avec celle pour laquelle il a été recueilli sans obtenir d'autorisation spécifique, ou les alinéas 1, 3 (a), 3 (b), 3 (c) et 5 (a) du Code de protection des renseignements personnels de Bell Canada¹⁶³, qui donnent une définition assez limitée de la notion de «renseignements personnels» protégés, limitent la cueillette de renseignements personnels «à des fins légales liées à l'activité de la compagnie», sans plus de précisions, requièrent une indication du motif de la cueillette «pour autant qu'il soit raisonnablement possible de le faire», permettent la cueillette auprès de tiers et restreignent l'usage des renseignements aux fins liées à l'activité de la compagnie, ce qui ne constitue manifestement pas une limitation très contraignante.

De tels codes n'accordent aux consommateurs, aux salariés ou à leurs autres bénéficiaires potentiels pratiquement aucun avantage digne de mention. Ils ne requièrent aucune modification à des pratiques de gestion des renseignements personnels qu'on ne peut pas qualifier d'idéales. Ils comportent de plus cet inconvénient que leur application dépend de l'entreprise elle-même: aucun mécanisme de recours n'est en effet mis en place. Leur effet réel sur la protection des renseignements personnels est forcément réduit¹⁶⁴.

L'expérience canadienne dans le secteur financier suscite d'autre part des réserves de taille: empiriquement, de tels codes ou des instruments analogues paraissent avoir très peu d'impacts sur les pratiques des entreprises, quel qu'en soit le contenu. On sait par exemple que très peu de consommateurs connaissent l'existence du *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*. Les préposés au service des institutions financières ne sont guère mieux renseignés: une enquête téléphonique menée en décembre 1994 indique qu'on

¹⁶² Association des banquiers canadiens. *Modèle de code de confidentialité pour les particuliers*. Révisé en septembre 1993. 6 p.

¹⁶³ Bell Canada. *Code de protection des renseignements personnels*. 14 octobre 1992. 8 p.

¹⁶⁴ Lawson s'est livré à un examen plus précis et assez critique du recours à des codes de pratique en matière de protection des renseignements personnels dans *Privacy and Free Enterprise*, *op. cit.*, note 32, aux pages 429-436.

ne connaissait pas l'existence du code dans soixante-dix-neuf pour cent (79 %) des succursales¹⁶⁵. Les données compilées par au moins une autre association de consommateurs ont produit des résultats analogues¹⁶⁶ (préciser). Le contentieux d'au moins une banque a pour sa part déjà adopté publiquement la position que l'existence du Code ne l'obligeait pas à modifier les clauses de ses contrats qui n'y sont pas conformes.

On peut faire état d'une expérience similaire et mieux documentée encore à l'égard de certaines des règles de l'Association canadienne des paiements. Quoique le statut juridique de ces règles soit encore incertain¹⁶⁷, on peut les assimiler pour nos fins à des codes de pratique. De nombreuses enquêtes réalisées depuis 1991 indiquent que plus de quatre-vingt pour-cent (80 %) des répondants ne connaissaient rien à la règle H-4, relative aux débits préautorisés¹⁶⁸, alors qu'elle fournit aux clients des institutions financières un mécanisme efficace de résolution d'un problème lié à un débit non autorisé. Il est également démontré que ni les institutions financières membres de l'Association canadienne des paiements, ni les entreprises qui se prévalent de ce mode de paiement ne respectent plusieurs des dispositions de la règle¹⁶⁹.

Selon un expert, le relatif succès des codes de conduite mis en place en Australie et en

¹⁶⁵ Cette enquête a été menée par l'Association coopérative d'économie familiale du Centre de Montréal (l'«ACEF-Centre») auprès de plus de 150 caisses populaires et succursales de banques et de sociétés de fiducie à Montréal, Toronto et Vancouver. Les préposés de quatre (4) points de service ont affirmé qu'on pouvait y trouver au moins une copie du code: ACEF-Centre. *Le traitement des plaintes au sein des institutions financières: une oeuvre inachevée*. Montréal, ACEF-Centre, mai 1995.

¹⁶⁶ Labonté, H.-P.; Thiffault, P.-A.; Plamondon, M. *Cartes de débit: le consommateur est-il protégé?* Shawinigan, Service d'aide au consommateur, mars 1994.

¹⁶⁷ Il n'est pas clair qu'on puisse leur reconnaître le statut de règles de droit public, applicables à tous; elles sont au moins très certainement applicables à tous les membres de l'Association.

¹⁶⁸ Quant à la plus récente de ces études, St Amant, Jacques. *Les débits préautorisés: un portrait à retoucher*. Montréal, ACEF-Centre, 1994. 59 p.

¹⁶⁹ Des représentants du Bureau des assurances du Canada, qui regroupe les assureurs de biens, qui comptent parmi les principaux utilisateurs de ce mode de paiement, ont affirmé n'avoir jamais entendu parler de la règle H-4, qui régit les débits préautorisés existe dans sa forme actuelle depuis 1990.

Nouvelle-Zélande dans le domaine des services financiers est largement tributaire de l'implication active d'organismes gouvernementaux dans leur mise en oeuvre¹⁷⁰. Au Royaume-Uni, où on fait assez largement appel aux codes de conduite dans le domaine de la protection du consommateur, des fonctionnaires de l'*Office of Fair Trading* en faisaient en 1990 une évaluation plutôt peu favorable¹⁷¹, tandis que l'Ombudsman des banques et le *Code of Banking Practice Review Committee* britanniques constatent notamment que le code de pratique bancaire y est encore largement méconnu, malgré des efforts considérables, et parfois ignoré¹⁷².

Plusieurs lacunes graves affectent par conséquent ces codes: leur contenu s'avère fréquemment insatisfaisant, ils sont souvent inconnus des gens qui doivent les mettre en oeuvre et il est dans certains cas difficile d'en connaître l'existence ou d'en obtenir copie¹⁷³, les entreprises qu'elles visent ne s'y conforment pas toujours et refusent même parfois de le faire et les consommateurs ne disposent pas de recours efficaces et permettant de les faire appliquer.

Il s'agit peut-être dans ce dernier cas d'un mal pour un bien, compte tenu du contenu de plusieurs codes. Leur statut juridique demeurant incertain, on peut se demander si les

¹⁷⁰ Entretien téléphonique de l'auteur avec M. Jeremy Mitchell, consultant britannique en matière de services financiers aux consommateurs, en 1992.

¹⁷¹ Entretien de l'auteur avec des chargés de dossiers en juillet 1990.

¹⁷² The Office of the Banking Ombudsman. *Annual Report 1993-94*. Londres, The Office of the Banking Ombudsman, novembre 1994. P. 9; Code of Banking Practice Review Committee. *Annual Report for the Year Ended 30 April, 1994*. Londres, Code of Banking Practice Review Committee, août 1994.

¹⁷³ L'Association canadienne des paiements a déposé en 1992 une copie de son Manuel des règles dans les bibliothèques publiques de quelques-unes des principales villes canadiennes. Il s'agit d'une excellente initiative, qui contraste d'ailleurs avec la pratique constante de l'Association des banquiers canadiens lorsqu'elle gère le système de compensation interbancaire: le secret entourait alors ces règles et même les tribunaux avaient peine à en prendre connaissance. On notera par exemple à cet égard Ogilvie, M.H. *Canadian Banking Law*. Toronto, Carswell, 1991. Pp. 743-744, la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Stanley Works of Canada Ltd. v. Royal Bank of Canada*, (1981) 20 B.L.R. 282 et la correspondance à l'égard de cette décision publiée à [1982] 60 R. du B. can 747 (commentaire de Me Jérôme Choquette) et [1983] 61 R. du B. can. 921 (la réponse très vive de B. Crawford). L'existence même et la portée de ces règles demeurent néanmoins méconnues de l'ensemble de la population.

consommateurs peuvent les invoquer devant les tribunaux, mais aussi s'ils y auraient intérêt.

Qu'est-ce en effet qu'un code de conduite? Doit-on en tenir le contenu comme faisant implicitement partie du contrat conclu entre une entreprise et un consommateur, par exemple? S'agit-il strictement d'une règle de régie interne que le consommateur ne peut invoquer?¹⁷⁴ S'agit-il, comme certains jugements commencent à le laisser croire, d'une indication de ce que sont les usages de commerce dans un domaine donné?

On trouve à tout le moins au Québec quelques décisions qui optent pour cette dernière interprétation. Dans l'affaire *Berthiaume c. Val Royal Lasalle Ltée*¹⁷⁵, le tribunal dit de deux normes adoptées par l'Office des normes générales du Canada¹⁷⁶ qu'

[...] elles constituent des guides, des outils qui se veulent fonctionnels tout en demeurant perfectibles au gré de l'évolution de la technologie et de la connaissance. Sans lier les intéressés comme un texte de loi, elles peuvent s'imposer à eux parce qu'elles constituent un répertoire des règles de l'art dans le domaine pertinent et c'est ainsi que nous les considérons en ce procès.¹⁷⁷

Dans l'affaire *Kidd v. Chambers*¹⁷⁸, la Cour supérieure a d'autre part conclu que le code de déontologie dont s'était volontairement dotée l'Association du courtage immobilier du

¹⁷⁴ C'était là la position traditionnelle de l'Association des banquiers à l'égard des règles de compensation interbancaire qui n'auraient régi que les banques, sans pouvoir être invoquées par leurs clients. Elles avaient néanmoins un effet direct sur les droits des membres en matière de délai de traitement des fonds, par exemple.

¹⁷⁵ [1992] R.J.Q. 76 (C.S.) (en appel). Il s'agit de la décision dans les causes-types relatives à la commercialisation de la mousse isolante d'urée-formol.

¹⁷⁶ Ces normes sont adoptées selon un processus très semblable à celui utilisé par l'Association canadienne de normalisation (ACNOR) et sont sensiblement de même nature.

¹⁷⁷ *Berthiaume, op. cit.*, 108 (notes infrapaginales omises).

¹⁷⁸ BDI 93-174 (C.S.).

Québec établissait les obligations du courtier quant aux informations qu'il doit divulguer à son client et a condamné un courtier négligent sur ce fondement.

C'est qu'en vertu de l'article 1426 CCQ¹⁷⁹, l'usage peut être constitutif de droits et d'obligations et il fait partie du contrat, quoiqu'il n'ait pas fait l'objet d'une mention expresse¹⁸⁰. Les décisions précitées laissent croire qu'on admettra dans certains cas que le code de conduite ou la norme peut devenir une indication déterminante quant à ce qui constitue une bonne pratique commerciale ou un usage de commerce. Le contenu des codes, dont on a déjà dit qu'il est souvent inadéquat, pourrait ainsi recevoir une consécration juridique imprévue et rarement favorable aux consommateurs ou, plus généralement, aux citoyens.

Encore faut-il que l'élément qui est invoqué constitue effectivement un usage. La doctrine québécoise requiert que le comportement en cause soit uniforme, public, général, fréquent et ancien¹⁸¹. La jurisprudence partage les mêmes préoccupations, mettant notamment l'accent sur la nécessité que le comportement soit largement connu de tous les intéressés¹⁸². On note également qu'on n'aura recours à l'usage que si le contrat est muet et qu'à défaut d'une loi écrite¹⁸³. La condition relative à la publicité de l'usage fait à elle seule et pour l'instant en sorte qu'en matière de relations avec la population en général à tout le moins, des codes de pratique ou des normes devraient rarement être constitutifs d'usages.

¹⁷⁹ Articles 1017 et 1024 C.c.B.C.

¹⁸⁰ Des règles similaires prévalent dans les régimes fondés sur la *common law*, où des codes peuvent très certainement servir d'indicateurs quant aux usages acceptables, comme l'indique la décision de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1994] 1 A.C. 181, 197-98 (H.L.), en ce qui a trait au *Code of Banking Practice* britannique.

¹⁸¹ Trudel, Gérard. *Traité de droit civil du Québec*. Tome septième. Montréal, Wilson & Lafleur, 1946. P. 288.

¹⁸² *Parsons c. Hart*, (1900) 30 R.C.S. 473, 480; *Mannheim Insurance Co. c. Atlantic & Lake Superior Railway Co.*, (1900) 11 B.R. 200, 210; *La Compagnie Champoux c. The Brompton Pulp & Paper Co.*, (1910) 38 C.S. 261; *Rochon c. Bennette*, (1922) 60 C.S. 537, 539; *Durand c. Crédit St-Laurent inc.*, [1966] C.S. 282, 285.

¹⁸³ *Rochon c. Bennette*, *ibid.*, citant Larombière.

On devra néanmoins prendre garde dans l'avenir à accorder trop de crédibilité à des codes qui ne refléteraient que les intérêts des entreprises¹⁸⁴ ou qui seraient élaborés sans la participation active des représentants des autres intéressés, comme les consommateurs ou les salariés. À cet égard, le processus suivi jusqu'à maintenant sous les auspices de l'Association canadienne de normalisation en vue de l'adoption du Code modèle de protection des renseignements personnels marque un pas dans la bonne direction, ce que tend d'ailleurs à refléter le contenu de ce document. Le rôle de l'Administration devrait quant à lui demeurer déterminant, puisqu'il peut seul assurer l'équilibre nécessaire entre les divers intervenants.

Si tant est qu'on veuille retenir une formule qui ferait notamment appel à des règles élaborées notamment par les intéressés, et non par l'État, on pourrait s'intéresser à des formules mises en oeuvre dans diverses juridictions dans le domaine de la protection des renseignements personnels ou dans certaines provinces canadiennes dans d'autres secteurs d'activités. On a choisi dans certains cas de donner un effet légal réel à ces codes par l'entremise d'une intervention étatique: c'est par exemple le cas aux Pays-Bas¹⁸⁵ ou en République d'Irlande, où un code peut faire l'objet d'une sanction parlementaire¹⁸⁶. L'Alberta paraît également s'être intéressée à cette formule¹⁸⁷, qui peut davantage assurer l'efficacité, et surtout la bonne qualité, d'un code de conduite.

L'exemple québécois peut s'avérer là également intéressant. En effet, en vertu de l'article 315.1¹⁸⁸ de la *Loi sur la protection du consommateur*, des entreprises peuvent maintenant requérir que leur engagement volontaire de se conformer à certaines pratiques soit étendu à l'ensemble de leur secteur d'activités par l'entremise d'un décret adopté par le gouvernement. Ce processus combine une série d'avantages: l'initiative de nature

¹⁸⁴ C'est d'ailleurs notamment pour cette raison qu'au moins une association de consommateurs québécoise a refusé de se porter caution du *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*.

¹⁸⁵ Royaume des Pays-Bas. *The Data Protection Act*, art. 15. La version que nous avons utilisée indique que le texte a été adopté le huit septembre 1987.

¹⁸⁶ République d'Irlande. *Data Protection Act*, 1988, art. 13.

¹⁸⁷ *Licensing of Trades and Businesses Act*, Revised Statutes of Alberta, c. L-13, art. 6.

¹⁸⁸ Ajouté en vertu de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1992, c. 58, art. 6.

législative est prise par les agents socio-économiques, qui définissent une première esquisse des normes qu'ils jugent désirables. L'intervention étatique en assure l'équilibre et les rend obligatoires, à peu de frais. Le mécanisme deviendra véritablement efficace si on assure la participation active des citoyens à l'examen d'un projet de code étudié sous ces auspices et si on accorde à l'industrie les moyens de s'autorégir, comme on l'a fait depuis longtemps dans le domaine des décrets tenant lieu de convention collective¹⁸⁹.

Des recherches effectuées sur l'application d'un certain nombre de codes de pratique dans divers secteurs d'activités au Canada indiquent par ailleurs que leur effet est extrêmement varié et que leur efficacité tient à plusieurs facteurs, dont l'existence de recours accessibles et efficaces¹⁹⁰.

Le recours à des codes de pratique dans le cadre d'une éventuelle législation fédérale en matière de protection des renseignements personnels ne devrait donc pas être exclu. On devrait toutefois faire preuve de prudence, en raison des incidences imprévues que peut avoir la mise en place d'un code ou d'une norme, et assurer un contrôle étatique minimal sur le contenu de ces règles. Il s'agit d'un domaine où les recherches et la réflexion devraient se poursuivre.

C- quelques pistes

Deux constats s'imposent au premier abord: la protection de la vie privée et des renseignements personnels prend une importance croissante, qu'accentuera le développement de l'autoroute de l'information. Les provinces canadiennes ne disposent pas, individuellement ou ensemble, de la juridiction leur permettant de régir adéquatement tous les aspects de la protection des renseignements personnels.

L'intervention fédérale paraît par conséquent requise. À l'égard de la circulation de renseignements sur l'autoroute de l'information, sa compétence ne fait pas de doute. Elle est aussi manifeste en ce qui a trait aux activités des entreprises de juridiction fédérale et au plan du droit criminel. Il est possible qu'elle puisse s'exercer à l'égard de tout ce qui relève du commerce interprovincial ou international. Elle ne saurait cependant être universelle: on imagine par exemple mal que le Parlement légifère quant au caractère

¹⁸⁹ L.R.Q., c. D- 2. L'article 52 de la Loi autorise les comités paritaires à intenter eux-mêmes des poursuites pénales lors d'infractions à ses dispositions ou au décret qu'ils mettent en oeuvre.

¹⁹⁰ On consultera notamment Fabowalé, Lola. *Voluntary Codes: A Viable Alternative to Government Legislation*. Ottawa, Public Interest Advocacy Center, mai 1994. 100 p.

confidentiel de renseignements à caractère génétique échangés dans une province entre un patient et son médecin traitant ou entre ce dernier et un collègue. On devra composer avec la superposition de lois fédérales et provinciales.

Parce que la juridiction provinciale à ces égards est la plus discutable, le Parlement devrait du moins légiférer en ce qui a trait au fonctionnement de l'autoroute électronique et aux activités des entreprises de compétence fédérale et, dans la mesure requise, dans le domaine criminel. Il ne lui appartient pas d'intervenir directement en matière de responsabilité civile ou de qualification de la nature de la relation entre les personnes et les renseignements qui les concernent: il suffit que des règles de traitement de ces renseignements soient établies. Il appartiendra aux provinces de régler les questions relevant proprement du droit privé et le Parlement peut établir un régime de gestion des renseignements personnels qui soit compatible avec une grande variété de droits provinciaux, en s'inspirant par exemple des Lignes directrices de l'OCDE. Une loi fédérale devrait accorder les droits généralement reconnus dans ce domaine en les formulant en termes généraux et universellement applicables, dans toute la mesure du possible. La législation fédérale devrait être rédigée de façon à constituer manifestement la garantie d'un plancher de protection, en permettant aux provinces d'imposer des exigences plus élevées dans les champs où il y a compétence concurrente.

En raison de l'incertitude entourant le statut de ces instruments et des difficultés d'application qu'ils paraissent susciter au Canada, le législateur ne devrait pas s'en remettre principalement à l'application de codes de pratique pour assurer la protection des renseignements personnels au Canada: cela n'est pas à dire qu'il ne peut pas en faire des auxiliaires de l'intervention législative, mais cette dernière paraît impérative. Il ne paraît pas non plus avisé qu'il confie la mise en oeuvre des droits qu'il accorderait à des organismes administratifs existants dont ce n'est pas le domaine de spécialisation, ni aux tribunaux judiciaires. Surtout s'il veut invoquer sa compétence en matière de commerce, le Parlement devra envisager de mettre sur pied un organisme spécialisé en matière de protection des renseignements personnels afin d'appliquer la loi; il pourrait également confier cette mission par délégation oblique à des organismes constitués en vertu de lois provinciales.

Dans ce contexte, le modèle législatif et réglementaire québécois comporte un intérêt certain. Il a jusqu'à maintenant fait la preuve qu'il fonctionne et qu'il accorde effectivement une protection accrue aux renseignements personnels détenus au Québec, sans imposer un fardeau indu aux entreprises ou à l'administration publique.

Il faudra d'autre part prendre en compte dans l'évaluation de l'impact d'une éventuelle législation fédérale la valeur d'exemple et le rôle de point de référence qu'elle peut jouer. Tout indique en effet que le Parlement ne peut prétendre à une compétence sur l'ensemble des opérations où des renseignements personnels sont en cause: certains domaines relèvent

de la compétence provinciale. L'adoption d'une loi fédérale établira cependant des jalons qui influenceront significativement les pratiques dans toutes les régions du Canada et dans toutes les sphères d'activité.

En somme, l'intervention législative fédérale en matière de protection des renseignements personnels paraît non seulement souhaitable, mais inévitable. Elle devra toutefois donner lieu à des choix complexes quant au modèle de réglementation retenu, à la substance des droits qui seront accordés aux citoyens et quant aux mécanismes qui leur seront accordés pour les faire valoir. Ces choix ne sont toutefois pas que techniques; ils sont d'abord philosophiques et l'établissement d'une orientation claire les simplifie considérablement. Il s'agit en l'occurrence de ne pas perdre de vue que la protection des renseignements personnels relève d'abord de la sauvegarde d'un attribut essentiel de la personne et d'un droit humain fondamental. Les mécanismes qu'on mettra en place devront y concourir.