

AVIS DE CONSULTATION – CAI LES LIGNES DIRECTRICES SUR LES CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT

MÉMOIRE DE L’AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES AU DOCUMENT DE CONSULTATION – LES LIGNES DIRECTRICES SUR LES CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT

Présenté à la
Commission d’accès à l’information du Québec



www.aapi.qc.ca

Organisme à but non lucratif représentant principalement les responsables et les intervenants en accès à l'information et en protection de la vie privée de tous les secteurs d'activité des organismes publics

Québec, le 2 juillet 2023

Pour obtenir un exemplaire de ce document, veuillez contacter Linda Girard, directrice générale, AAPI | lgirard@aapi.qc.ca | Toute reproduction totale ou partielle de ce document est autorisée, à condition que la source soit mentionnée.

AAPI – ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS EN ACCÈS À L'INFORMATION ET EN PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

L'AAPI a été fondée en mai 1991 afin de donner suite à la volonté exprimée par des responsables et des intervenants en accès à l'information et la protection des renseignements personnels de développer des communautés de pratique et, à cette fin, de partager les outils, les cadres de gestion élaborés et les expériences réalisées en ces domaines dans différents secteurs d'activité.

Ainsi, depuis 32 ans et par son action quotidienne auprès de ses membres, l'AAPI exerce son rôle de soutien aux professionnels et professionnelles en accès à l'information et en protection de la vie privée (AIPVP) en se distinguant par des services personnalisés de qualité et surtout, pertinents et adaptés à leur réalité professionnelle. Ce soutien dans l'exercice de leur fonction contribue à l'efficacité et à la cohérence dans les pratiques opérationnelles en accès et protection de l'information aux bénéficiaires des usagers des services publics.

Grâce à l'expertise de son équipe de praticiens, l'AAPI déploie différents services et des outils pour accompagner ses membres face aux défis que commande la mise en œuvre des changements nécessaires à l'adaptation de leurs pratiques à l'évolution récente de cadre juridique en AIPVP et des risques d'atteinte à la vie privée, amplifiés par les avancées technologiques et numériques. Par ce soutien, l'AAPI vise l'acquisition de connaissance intégrées et pratiques du cadre juridique, entre autres, sur les critères de validité du consentement de même que sur les principes de bonne gouvernance et de gestion en AIPVP.

Enfin, l'AAPI considère que le consentement des personnes concernées constitue un principe déterminant dans l'utilisation et la communication de leurs renseignements personnels; toute mesure ou action permettant d'assurer le respect de ce principe est saluée par l'AAPI.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

**COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LIGNES DIRECTRICES 2023-1
« CONSENTEMENT : CRITÈRES DE VALIDITÉ » PUBLIÉES LE 16 MAI 2023 ET LES MOYENS DE MISE
EN ŒUVRE DES ORIENTATIONS**

INTRODUCTION

D'entrée de jeu, l'AAPI félicite la Commission d'accès à l'information (CAI) et sa présidente d'avoir initié cette consultation qui permettra ultimement de développer une version finale de « Lignes directrices quant à l'application des critères de validité du consentement prévus à l'article 53.1 de la Loi sur l'accès (LAI) et à l'article 14 de la LPRPSP ». Aux fins de son analyse, l'Association utilise les articles de la LAI.

L'objectif visé par la CAI

Le document de consultation mentionne, à l'article 2, que :

« La CAI diffuse ces lignes directrices pour faciliter la compréhension des critères de validité du consentement que les organisations publiques et privées (ci-après les organisations) doivent obtenir auprès d'une personne concernée par des renseignements personnels. Ces critères sont prévus :

- a. Dans la LAI, à l'article 53.1;
- b. Dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (ci-après la LP), à l'article 14.

Dans ce document, sauf si d'autres articles sont mentionnés explicitement, les orientations visent l'interprétation de ces deux articles » (extrait)

Par ailleurs, l'Association comprend que ces Lignes visent plusieurs objectifs :

- Faciliter la **compréhension** des critères; (Art. 2)
- Donner une orientation en vue de l'**interprétation** des critères; (Art. 2)
- Permettre aux organisations de démontrer leur **conformité**; (Section 1.3)
- Amener les organisations à démontrer **comment** elles **respectent chacun des critères** de validité; (art. 7)
- Faciliter l'**application** de la Loi; (Art. 18)

L'analyse révèle donc un objectif lié à la compréhension et à l'application des critères de validité d'un consentement (art. 2 et 18 des Lignes directrices) et un autre lié à la conformité (art.2,

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

section 1.3 et art. 7). Ces deux objectifs génèrent certains questionnements sur les objectifs prioritaires visés par la CAI ainsi que sur la portée des Lignes directrices.

L'AAPI s'est donc interrogée à savoir si les Lignes directrices permettent l'atteinte de ces objectifs par les praticiens en AIPRP. Elle s'est donnée également comme critère d'évaluation de s'assurer que les Lignes directrices puissent être appliquées par les praticiens en AIPRP en conformité aux dispositions de la LAI.

Sous l'angle des personnes concernées, l'AAPI retient également que les Lignes directrices visent, pour chaque personne, un plus grand contrôle sur la circulation et l'utilisation de ses renseignements personnels.

C'est dans cette optique qu'elle répond aux questions ciblées transmises par la CAI.

1. Quelle évaluation générale faites-vous du projet de lignes directrices?

L'AAPI apprécie le développement des Lignes directrices effectué par la CAI dans un objectif qu'elle partage de compréhension des critères, d'orientation en vue de l'interprétation de ceux-ci et de conformité. Cependant, bien qu'elles soient en grande partie alignées aux modifications apportées par la Loi 25, elles n'apparaissent pas entièrement satisfaisantes.

Loi 25, latitude et application responsable de la gestion du risque

La Loi 25 introduit des notions reposant sur la gestion de risques, la responsabilité, la conformité et la transparence plutôt que sur l'énumération de règles précises telles que les lois étaient autrefois rédigées. Pour ce faire, elle octroie une certaine latitude aux organisations. (Ex. art. 52.2 LAI). D'ailleurs, la CAI reflète cette position par la rédaction de l'art. 23 de ses Lignes directrices.

La transparence à l'égard des principes concernées

Telles que rédigées, les Lignes directrices ne précisent pas suffisamment ce principe de transparence important à la base des modifications apportées par la Loi 25. (Art. 52.2, 63.3, 65 et 65.0.1 de la LAI). Une section devrait lui être réservée, au tout début des Lignes directrices, afin d'indiquer l'esprit de ces dernières plutôt que de simplement en faire mention à l'article 8 des Lignes directrices.

Les Lignes directrices en lien avec les dispositions de la LAI

De plus, les Lignes directrices méritent d'être précisées car elles imposent une obligation de résultats aux organisations alors que *la CAI devrait privilégier une obligation de moyen par une latitude permettant le choix des meilleures façons de procéder*. Par ailleurs, les articles 52.2 LAI et 63.2 LAI et suivants s'inscrivent dans cette logique. La responsabilité de l'organisation est donc de prendre les mesures raisonnables pour que les personnes atteignent une compréhension acceptable pour prendre une bonne décision. Cette compréhension sera atteinte, lors de la collecte d'un consentement, s'il respecte les critères de l'article 53.1 LAI et s'il est également jumelé à la divulgation d'informations prévue aux articles 65 LAI et suivants, sous réserve de l'article 65.1 LAI.

Les Lignes directrices laissent supposer que les attentes de la CAI permettront une compréhension complète des signataires sans prendre en compte la divulgation effectuée, la situation particulière qui peut en faire un cas d'espèce ou les distorsions cognitives vécues, malgré tous les mécanismes de soutien mis en place pour faciliter la compréhension du consentement par l'ensemble de la population. Sur certains aspects, les Lignes directrices proposées imposent un fardeau aux organisations qui peut aller au-delà de l'esprit et de la lettre et des dispositions de la Loi 25 *car une Ligne directrice ne doit pas être en elle-même prescriptive mais d'avantage de l'ordre des meilleures pratiques à adopter*.

Mesures facilitatrices et l'autonomie

Les Lignes directrices doivent plutôt mettre en valeur l'obligation de l'organisation d'implanter des mesures facilitatrices dans la compréhension du consentement de sorte que les personnes concernées aient de manière autonome une compréhension raisonnable du consentement qu'ils donnent. C'est l'esprit de la Loi 25 et les mesures et la rédaction du consentement par l'organisation doivent favoriser cette autonomie des personnes.

Les exemples

Nous suggérons que les exemples se retrouvent dans un Guide, puisqu'ils ne sont pas de la nature d'un document de Lignes directrices. Les praticiens ne peuvent être liés par ces exemples; cependant, ils peuvent s'en inspirer pour compléter leur propre analyse, sous réserve que les exemples sont « à priori », conformes ou non-conformes.

La structure des Lignes directrices

Il aurait été plus facile de bien comprendre les Lignes directrices si elles avaient été structurées en étant fondées sur les critères explicités et les attentes de la CAI pour chacun d'eux, en précisant les comportements souhaités des organisations, incluant le principe de contrôle par les personnes. Ainsi, le comportement à privilégier démontrerait la bonne interprétation et la conformité de l'organisation.

Malgré un réel effort de vulgarisation, une démarche de synthétisation, en collaboration avec des praticiens, serait à l'avantage de tous.

2. Les lignes directrices vous paraissent-elles valides du point de vue juridique? Les orientations qu'elles donnent sont-elles cohérentes entre elles?

Apparence de validité ou d'invalidité juridique

Nous constatons qu'il y a des problématiques quant à la validité juridique de certains articles qui entraînent une incohérence des Lignes directrices. Nous comprenons que la Section de la surveillance de la CAI, dans ses activités d'audit, devra tenir compte de Lignes directrices, qui vont au-delà de l'esprit de certains articles de la Loi 25.

Exemples

Par exemple, l'article 30 des Lignes directrices demande, dans le cadre d'un consentement manifeste, de donner priorité au consentement exprès chaque fois que possible. Cela n'est pas l'esprit dans lequel la Loi 25 a été rédigée qui elle, précise à son article 59, que le consentement est manifesté de façon expresse lorsqu'il s'agit d'un renseignement sensible.

L'organisation peut décider d'obtenir un consentement exprès pour un renseignement non sensible. Mais elle est dans le cadre de sa responsabilité. Elle ne pourra être blâmée, dans un rapport d'audit, de ne pas avoir demandé de consentement exprès. La CAI mentionne à son article 20 des Lignes directrices que « Dans l'exercice de ses fonctions de surveillance, la CAI tiendra compte du respect de ces lignes directrices. Les organisations devraient déployer les efforts nécessaires pour les appliquer. » L'organisation pourrait être incitée à requérir le consentement exprès chaque fois que possible.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

Tel est également le cas des articles 11 et 12 qui incitent les organisations à obtenir le consentement dans le cadre de situations où elles pourraient soulever une exception qui peut se vouloir discrétionnaire, tout en sachant qu'il peut y avoir retrait du consentement par la suite. *Or, les exceptions prévues à l'article 65.1 de la Loi doivent pouvoir être soulevées et ce, même dans le cas d'un retrait de consentement et l'irréversibilité prévue à l'article 12 des Lignes directrices contredit cette application.* Si la CAI veut restreindre la portée de l'article 65.1 LAI, il faudra le faire de façon législative.

La force des Lignes directrices

Selon la CAI, « les Lignes directrices n'ont pas force de loi ». Il faut donc comprendre que ce sont des documents d'interprétation, des **attentes** de l'organisme de réglementation, tel que mentionné comme titre de la section 1.2.

La CAI mentionne aussi que « l'importance des Lignes directrices dépasse celles des documents d'orientation », toujours à l'article 19 des Lignes directrices.

À partir des principes généraux soit, l'autonomie de la personne, la transparence, la gestion de risque et la conformité, la CAI a choisi d'appliquer l'article 123 de la Loi et de produire des Lignes directrices. Il s'agit d'un moyen d'informer les organisations des interprétations qu'elle préconise quant aux critères de validité du consentement qui, à son avis, permettront aux organisations de remplir leurs obligations et donc de rencontrer leur conformité lors de la rédaction ou de l'analyse de consentements.

Ces dernières ne doivent pas faire perdre aux organisations la latitude octroyée par la Loi 25 ni la possibilité d'exercer de manière responsable ses activités, incluant celles reliées aux consentements.

Les Lignes directrices sont donc les meilleures pratiques à suivre mais elles ne créent pas d'effet juridique impératif et la CAI pourrait, avec les développements jurisprudentiels, technologiques et opérationnels, modifier ses Lignes directrices dans le futur.

La latitude et la responsabilité

Les organisations doivent s'appropriier des concepts (critères de validité) mais elles doivent conserver la latitude nécessaire pour en faire une application raisonnable et conforme, en vertu de la Loi mais aussi de leurs opérations. C'est d'ailleurs ce que reflète le régime du

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

consentement instauré dans la Loi qui permet des adaptations selon les circonstances et même, des dérogations dans certains cas (Art. 65.1 LAI). Le choix du consentement, par exemple explicite ou implicite, sera déterminé par l'organisation selon l'application de la Loi et son interprétation dans les circonstances requérant un consentement.

La fin et l'usage : deux concepts juridiques différents

L'usage est compris dans la fin. La fin peut comprendre une multitude d'usages, tous légitimes et justifiés, dans le cadre de la mission. Ces deux concepts juridiques sont différents et les Lignes directrices créent de la confusion. Cette confusion se reflète d'ailleurs dans les sections 2.4 et 2.5 des Lignes directrices quant à l'ampleur de la description des fins à inclure dans le consentement.

3. Les lignes directrices ont-elles une portée adéquate, compte tenu de leur objectif (clarifier les critères de validité du consentement)? Sont-elles complètes?**La portée**

La portée des Lignes directrices inclut le champ d'application, le contenu, la signification des intentions exprimées et l'influence qu'elles auront dans la pratique future sur l'application de la Loi. Les limites introduites par les Lignes directrices y sont précisées. Ce que la CAI désire réellement, c'est de clarifier de façon la plus complète possible les critères de validité du consentement afin que les praticiens appliquent concrètement la Loi en toute conformité au quotidien.

L'AAPI constate que la CAI a apporté un effort considérable pour que la portée clarifie les critères de validité du consentement (à la collecte, l'utilisation et la communication) et en permette l'application en toute conformité car ces critères peuvent être interprétés différemment par les praticiens, qui s'orientent selon les circonstances entourant la collecte du consentement.

Résultat incomplet et suggestion d'une méthode basée sur la raisonnable

Nous constatons que les articles des Lignes directrices ne permettent pas aux praticiens de déterminer la validité d'un consentement malgré la démarche de la CAI. L'AAPI suggère plutôt de guider les praticiens vers une démarche pour déterminer si la personne est suffisamment

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

et raisonnablement informée lors du consentement, tel que prévu à la Loi 25, permettant ainsi la compréhension des conséquences de ce dernier. La transparence doit donc être mise de l'avant. Cette démarche devrait également permettre de déterminer la validité d'un consentement pour une majorité de personnes raisonnablement informées. (articles 63.1 LAI et 65 LAI)

Le fédéral et la raisonabilité

Au niveau fédéral, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques reprend le critère de raisonabilité et mentionne :

*4.3.2 Suivant ce principe, il faut informer la personne au sujet de laquelle on recueille des renseignements et obtenir son consentement. Les organisations doivent faire un effort **raisonnable** pour s'assurer que la personne est informée des fins auxquelles les renseignements seront utilisés. Pour que le consentement soit valable, les fins doivent être énoncées de façon que la personne puisse **raisonnablement** comprendre de quelle manière les renseignements seront utilisés ou communiqués.*

4. **En tenant compte de vos activités, de celles des personnes ou des organisations que vous représentez (le cas échéant) et de votre expertise, pensez-vous que ces lignes directrices peuvent être appliquées concrètement et qu'elles sont réalistes? Anticipez-vous des conséquences négatives découlant des orientations présentées, et, si oui, lesquelles?**

Les organisations effectuent des opérations complexes. Elles font face à des difficultés concrètes d'explication de leurs activités mais également des activités de gestion des renseignements personnels, particulièrement dans un monde où la technologie ne cesse d'offrir de nouvelles opportunités. C'est donc au terme d'une relation de confiance permettant à la personne d'exercer ses droits que l'organisation peut exercer ses responsabilités de façon transparente et responsable.

Les Lignes directrices peuvent-elles être appliquées concrètement?

Il est à priori concevable que les Lignes directrices puissent être appliquées concrètement.

Les Lignes directrices sont-elles réalistes?

Telles que présentées, les Lignes directrices ne sont probablement pas réalistes dans les opérations lorsqu'on considère l'incohérence relevée entre les articles, la charge d'ouvrage entraînée pour simplement les comprendre puis pour les appliquer et les coûts liés.

Par ailleurs, les Lignes directrices n'aideront pas les praticiens à déterminer la validité d'un même consentement qui, présenté à deux personnes différentes, ne sera pas compris de la même façon et chacune des personnes pourra comprendre les conséquences qui en découleront différemment.

Déséquilibre dans la protection des droits et obligations réciproques de chacune des parties

Le praticien d'une organisation pourra croire que le consentement couvre certains usages alors que le praticien d'une autre organisation n'abondera pas dans le même sens. Il pourra être très difficile, pour une organisation, de rédiger un consentement qui convienne selon les Lignes directrices de la CAI et ce, même en utilisant un niveau de littératie très bas et en y jumelant les explications requises par la Loi. Les mesures additionnelles requises seront très coûteuses. À l'inverse, il deviendra si facile, pour une personne, et ce, peu importe les mesures inscrites au consentement pour rencontrer les critères d'interprétation de l'article 53.1 de la Loi, de soutenir qu'il n'avait pas compris le consentement ou qu'il n'avait pas compris qu'il donnait son consentement à une fin particulière. Il y a donc un déséquilibre dans la protection des droits et obligations réciproques de chacune des parties.

Problématiques

Aussi, les principales problématiques envisagées seront juridiques, opérationnelles, de ressources humaines, financières et dans la relation clients que l'organisation veut responsable, transparente, claire et non-intrusive.

1. Juridique

- L'équilibre à trouver dans le consentement valide décrivant les bonnes fins, de littératie appropriée, afin que l'organisation accomplisse sa mission sans répéter le processus de consentement indûment tout en s'assurant que la personne a bien compris le consentement donné et les conséquences de ce dernier;
- L'impossibilité de gérer les renseignements personnels couverts par chacun des consentements;

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

- L'augmentation des risques d'incidents de confidentialité liés aux consentements potentiellement invalides;
- La difficulté, pour le praticien, de déterminer s'il doit s'appuyer sur la Loi 25 ou les Lignes directrices;

2. Niveau opérationnel et des ressources humaines

- L'embauche d'employés spécialisés (juristes, opérationnels, informaticiens, relations clients) dans un contexte de pénurie de main d'œuvre et à salaires élevés;
- L'impossibilité de compléter sa mission pour l'organisation s'il n'obtient pas un consentement qui, somme toute, n'est pas nécessairement requis si on cible bien les finalités et si on fait la différence quant aux usages permis en lien avec la finalité;
- L'interprétation erronée qu'un usage peut être effectué sur la base d'un consentement alors que tel n'est pas le cas;
- L'impossibilité d'optimiser les services rendus aux personnes puisqu'incapable d'extraire ce qui permettrait de procéder à de bonnes analyses pour leur offrir le meilleur produit;
- La nécessité de systématiser la gestion des consentements d'autant qu'il est maintenant prévu le droit au retrait.

3. Financières

- Les budgets absents pour l'embauche de spécialistes, les coûts de la révision des consentements obtenus après le 23 septembre 2023 et la reprise de ceux-ci si l'un d'entre eux est jugé invalide, les coûts de développement de nouvelles technologies ou de mise à niveau des technologies existantes entre autres pour gérer les consentements;

4. Relation clients

- Augmentation du nombre d'agents du service à la clientèle pour offrir de l'assistance et des explications et l'adoption de techniques d'intelligence artificielle compte tenu du climat de pénurie de main d'œuvre ou, à défaut, augmentation de travail pour le personnel présent;
- Services retardés, mal administrés, déficients auprès des diverses clientèles et ne permettant pas d'offrir des services optimisés par manque de consentement à l'utilisation pourtant en lien avec la mission;

Dans sa rédaction actuelle, les Lignes directrices apparaissent comme entraînant un travail important pour les praticiens en AIPRP qui doivent revoir les processus organisationnels afin d'implanter tout ce qui est requis par la Loi 25. Il faut comprendre que la portée des Lignes

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

directrices enlève toute la latitude qui avait été octroyée pour gérer le risque en lien avec les consentements.

5. Les exemples illustrant les lignes directrices sont-ils utiles pour illustrer les orientations de la Commission? Sont-ils crédibles?

L'AAPI considère que les exemples utilisés par la CAI pour illustrer ses orientations devraient se retrouver dans un Guide. La CAI utilise des exemples basés sur des situations réelles, crédibles et utiles.

Certains exemples doivent être revus et l'AAPI a soumis en annexe une analyse portant sur certains d'entre eux.

6. Le format des lignes directrices est-il adapté et en facilite-t-il la consultation? Le texte est-il suffisamment clair?

Adapté aux besoins des praticiens

L'AAPI comprend que la CAI désire premièrement savoir si le format des Lignes directrices est adapté aux besoins des praticiens. Nous précisons que le format doit faire en sorte que les Lignes directrices soit un outil plus pédagogique, facile d'accès et permettant une consultation rapide d'une ligne face à une situation donnée. En tout respect, le document a une forme aride.

Outre la synthétisation et à titre de suggestion, des grilles d'analyse simples permettant une comparaison rapide entre la situation et la Ligne directrice pourraient être développée. Cette suggestion tient compte de la très grande diversité des petites organisations et des OBNL qui n'ont pas les ressources spécifiquement dédiées à la protection de la vie personnelle.

La présence de termes juridiques complexes rend difficile l'utilisation des Lignes pour ces organisations. Enfin, tel que déjà mentionné, les exemples devraient se retrouver dans un Guide à part.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

Le format des Lignes directrices facilite-t-il sa consultation (par les praticiens)?

Nos membres nous ont fait remarquer que la lecture peut difficilement se faire d'un bout à l'autre, en un seul temps. Les praticiens doivent prendre des temps d'arrêt pour comprendre chacune des sections séparément, faire une réflexion et prendre connaissance d'une autre section par la suite seulement. En résumé, le document leur apparaît lourd.

Le texte des Lignes directrices est-il suffisamment clair (pour les praticiens)?

Le texte n'est pas suffisamment clair pour les praticiens; certains membres nous interpellent pour comprendre certaines des Lignes directrices, voir leur application dans leur pratique et obtenir des explications sur certains termes utilisés.

CONCLUSION

L'AAPI suggère de débiter par les principes à rencontrer. À ces derniers, il serait approprié d'ajouter la latitude octroyée aux organisations leur permettant d'exercer leurs activités de façon responsable et enfin, d'ajouter les comportements et les efforts réels souhaités de l'organisation par la CAI. À cela, les critères de nécessité et de raisonnablement en gestion de risque doivent être pris en compte.

La suggestion d'une démarche développée à la question 3 i.e. permettant de déterminer si la personne est raisonnablement informée demeure.

L'AAPI suggère que la CAI tienne compte davantage de l'article 65.1 et plus amplement :

- d'ajouter des exemples de liens compatibles ou non;
- de mieux définir ce qui est au bénéfice des personnes;
- de préciser la notion de chercheur pouvant effectuer des études, des recherches ou produire des statistiques et utiliser des renseignements sans consentement en application de l'article 65.1 (2) 4°;

et plus amplement :

- d'ajouter des explications quant à la granularité des fins p\l r aux usages;
- de démystifier les finalités versus les usages;
- de préciser les règles pour chaque type de consentement.

**MÉMOIRE DE L’AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

Les sujets abordés par les Lignes directrice sur les critères liés au consentement sont nécessaires afin de compléter l’interprétation de la Loi 25, pertinents dans les circonstances et porteurs d’un changement de culture en protection des renseignements personnels pour les organisations. Ces dernières devront s’approprier des critères et adapter leurs consentements afin que ces derniers soient conformes et valides. Mais on doit laisser une place à l’interprétation nuancée pour chaque situation, au cas par cas. Il faut trouver le juste équilibre entre le contrôle des renseignements personnels par les personnes et la collecte, l’utilisation et la communication avec différents types de consentement afin que l’organisation accomplisse sa mission.

Québec, le 2 juillet 2023

Transmis par courriel le 3 juillet 2023

Linda Girard, directrice générale, AAPI

ANNEXE A

QUESTION 5 - EXEMPLES ANALYSÉS

- Exemple 23.1 : Il est vrai que certaines organisations enregistrent l'échange téléphonique au complet. Dans les faits, il est régulier que les personnes contactent par la suite les organisations en demandant à obtenir copie de l'enregistrement de l'échange téléphonique placé une journée particulière, à une personne particulière. De plus, les organisations ont souvent besoin de l'ensemble de la conversation car selon la teneur des activités, il est aussi régulier que la personne rappelle en disant que ce n'est pas ce qu'il a dit ou requis ou même en ne se rappelant plus des instructions qu'il a données. Enfin, il s'agit de la démonstration, pour l'organisation de ce qui a été réellement demandé par la personne. C'est sa preuve. Il en est de même si une plainte est placée suite à une conversation téléphonique avec un agent.

L'enregistrement ne sert donc pas uniquement à documenter le consentement mais également à documenter l'ensemble de l'échange afin de garder une trace réelle de ce qui s'y est dit, de l'accord entre les parties.

Certaines autres organisations jugent qu'elles n'ont pas, compte tenu de leurs activités, à procéder à de tels enregistrements. Elles utilisent alors souvent un script où elles expliquent à la personne ce qu'il en est et obtiennent le consentement soit en enregistrant uniquement le consentement verbal de la personne, soit en transcrivant le consentement dans un outil électronique ou papier.

Ainsi, il serait utile de nuancer l'exemple pour tenir compte de la finalité réelle de l'enregistrement.

- L'exemple 31.1 apparaît discutable et c'est le genre de cas qui pourrait être interprété différemment d'une organisation à l'autre. Effectivement, il y a un lien compatible entre le nouvel usage et la collecte des renseignements personnels sensibles effectuées avec consentement au moment initial (article 65.1 (2) 1° de la Loi). De surcroît, cette activité sera sûrement au bénéfice des personnes, de sorte qu'il pourrait être interprété par l'organisation que l'activité est permise sans consentement en s'appuyant sur l'article 65.1 (2) 2°. Si une loi l'exige, c'est l'alinéa 3° qui prédominera et si l'employé est également un chercheur, car il n'a pas encore été déterminé si un chercheur devait être un chercheur tel que défini par la Loi sur la Statistique, l'alinéa 4° pourrait aussi être en jeu. Tel que déjà mentionné, la fin n'est pas l'usage. Lorsque l'usage est lié à l'utilisation première, de surcroît en lien avec une exception discrétionnaire, il n'y a pas à redemander le consentement.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

De nouveaux usages en lien avec la mission peuvent être élaborés de façon régulière, surtout lorsqu'on parle de prestations à verser à une personne qui est la fin en elle-même, la mission de l'organisation (on peut penser à un organisme comme Retraite Québec ou à un assureur-maladie comme la RAMQ).

Submerger la personne de consentements à répétition pour chaque nouvel usage risque de causer des incertitudes chez certains qui se croiront arnaqués et un désintéressement chez d'autres qui ne répondront simplement plus à ces demandes.

Dans l'exemple, la CAI parle de 275 participants. Mais qu'en sera-t-il si elle parle de 5000 participants? L'organisation devra-t-elle cesser de verser les prestations pour obtenir le consentement, ce qui mettrait la personne dans l'embarras? Ou devra-t-elle engager du personnel pour faire des rappels intrusifs alors qu'il y a pénurie de main d'œuvre et que cela encourra des dépenses supplémentaires? Ou encore acquérir un système de rappel automatique?

On doit trouver le juste équilibre. Les termes « fins » et « usages liés à la fin elle-même » sont confondus dans cet exemple qui serait à revoir.

- Dans l'exemple 31.3, il faudrait préciser que la création de statistiques n'est pas imposée par une loi prépondérante ni rendue obligatoire par le gouvernement. Il faut aussi se rappeler que l'article 65.1 (2) 4° pourrait trouver application si la personne effectuant les travaux est un chercheur. Une Évaluation des facteurs d'atteinte à la vie privée serait à effectuer.
- Tout comme pour l'exemple 31.1, l'exemple 31.4 pourrait être interprété par une organisation comme étant au bénéfice des personnes, de sorte que l'organisation croit que l'activité est permise sans consentement en s'appuyant sur l'article 65.1 (2) 2°. Il en aurait été autrement si la propriétaire avait voulu faire la promotion de produits vendus par des partenaires qui la rémunèrent en fonction des ventes effectuées auprès de ses clients auquel cas le consentement aurait été obligatoire.
- L'exemple 31.5 pourrait également être nuancé. En ce qui a trait aux explosifs, des normes internationales existent, établissant des mesures de contrôle d'accès très strictes. Ainsi, l'option de la biométrie pourrait être l'alternative appropriée. Devoir mettre en place deux méthodes d'identification amènera des complications administratives pour l'employeur et des risques d'erreur. De plus, si ce dernier établit que la mesure pour contrôler les accès, surtout dans une situation où des tentatives illégales ont été effectuées, est bel et bien la biométrie, son droit de gérance lui permet de déterminer les règles de protection de ce

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

matériel hautement dangereux, respectant ses obligations auprès des employés dont il doit aussi garantir la sécurité sur les lieux de travail, en plus de s'assurer de la sécurité d'État.

Un employé qui refuserait de fournir ses données biométriques ne pourrait simplement plus avoir accès auxdits explosifs. Ainsi, soit il n'appliquerait pas sur un poste qui requiert d'y avoir accès, soit il devrait demander une nouvelle affectation ne le requérant pas non plus. Malgré tout, un grief pourrait en découler. Cet exemple devrait être révisé avant d'être intégré aux Lignes directrices car il apparaît complexe d'application et difficilement défendable.

- À nouveau l'exemple 34.1 pourrait être jugé par une organisation comme répondant à l'article 65.1 (2) puisque l'organisation veut améliorer ses processus pour mieux répondre aux demandes. Il y a donc un lien compatible en plus d'apparaître au bénéfice de sa clientèle. Pour ce faire, elle doit s'appuyer sur l'historique des demandes. Questionnement quant à savoir ce qui serait advenu si le CAIPRP n'avait pas exigé de consentement exprès. De plus, on sait qu'un courriel transmis à la clientèle n'est jamais répondu à 100%. Lorsque le taux de réponse atteint 50%, l'organisation considère souvent qu'il s'agit d'une réussite. Donc, à partir d'un taux de réponse de 50%, les travaux de l'organisation seront biaisés puisque seules 50% des demandes antérieures seront prises en compte. On nuit ici à l'innovation dont peuvent faire preuve les organisations pour répondre à leur clientèle et on risque même de développer des méthodes qui desserviront la population visée. On peut donc comprendre que des organisations présument du consentement plutôt que de requérir un geste positif. Si on veut éviter de telles interprétations, l'exemple devrait être encore plus parlant, préciser que même si le taux de réponse n'est pas de 100%, l'obligation du consentement exprès demeure.
- L'exemple 34.2 apparaît conforme mais le lecteur ne peut aller plus loin s'il ne pose pas le geste positif. La nuance avec les exemples précédents est primordiale à la garantie que la personne posera le geste positif requis. Pour obtenir le service, il n'aura d'autre choix que de se prononcer. Le taux de réponse devrait être de 100%.
- À l'exemple 36.1, on parle de diffusion large mais il serait intéressant de parler également d'une diffusion restreinte.
- Lorsque la Commission se positionne, comme à l'exemple 36.3, en mentionnant « qu'il **se pourrait** que la communication ne respecte pas... », cela mettra le praticien dans une situation où il devra prendre une décision sans avoir été orienté. De telles rédactions seraient à proscrire ou alors, l'exemple devrait être modifié afin de démontrer une position plus affirmative de la part de la CAI.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

- Nous comprenons les principes derrière l'exemple 36.4 mais en comprenons mal la réalité concrète. Dans les faits, la personne peut mettre une mesure de protection de la vie privée quant aux personnes ayant accès aux photographies. De plus, on voit régulièrement des assureurs invalidité ou des employeurs potentiels, effectuer des recherches sur des gens à qui ils versent des prestations ou qu'ils comptent embaucher. Ainsi, selon le raisonnement décrit, ces personnes ne pourraient plus consulter Facebook ou LinkedIn In puisqu'en « diffusant leurs photos sur le Web, les personnes consentent implicitement à leur utilisation à d'autres fins, » et que « cette collecte pourrait aller à l'encontre des attentes raisonnables des personnes, qui partagent ces photos dans l'idée qu'elles soient **vues par d'autres humains qu'elles connaissent**, mais pas qu'elles soient utilisées pour entraîner des intelligences artificielles ». On pourrait arrêter la phrase avant « mais pas... » ou remplacer également ici « entraîner des intelligences artificielles » par « à d'autres fins » ou même « mais pas par des personnes qu'elles ne connaissent pas ». En diffusant consciemment sur ces plateformes, les internautes se doivent d'être conscients que les images pourront être utilisées par des gens ou des entreprises qu'ils ne connaissent pas et ce, à diverses fins qu'ils ne peuvent même pas imaginer. Il ne semble pas que ce soit à l'entreprise d'obtenir le consentement mais plutôt à la personne d'assumer sa propre responsabilité.
- L'exemple 41.2 semble décourager les demandes répétées de consentement qui a déjà été refusé. Pourtant, certaines organisations auront au contraire tout intérêt à reprendre la demande de consentement à chacune des utilisations. Particulièrement si elles peuvent rendre un service important à la personne tel qu'un versement de prestation à laquelle il n'aurait pas encore songé. De plus, ces demandes permettront d'éviter la « lassitude du consentement » si on y ajoute une question particulière. Enfin la personne a toujours la liberté de cliquer sur le bouton NON lors de l'ouverture.
- L'exemple 44.2 est très similaire à l'exemple 31.5. Ainsi, les mêmes commentaires s'y appliquent.
- L'exemple 46.1 soulève une petite notion opérationnelle. Effectivement, le chercheur peut changer d'emploi, il peut prendre sa retraite, il se peut qu'un autre chercheur prenne la relève. Ainsi, le courriel de retrait du consentement ne se rendra peut-être pas à lui. Une adresse courriel qui serait partagée à l'équipe de recherche serait peut-être plus appropriée pour éviter ces tracas. À défaut d'équipe, si le chercheur travaillait ce dossier seul, il faudrait sensibiliser les institutions pour que le courriel du chercheur demeure en vigueur pour les 5 ans et soit redirigé vers une tierce personne qui pourra mettre en place le retrait.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

- L'exemple 50.1 permet au Service de police Y de transmettre un certificat d'absence d'antécédents judiciaires. Mais s'il y a des antécédents, le Service de police doit au moins être autorisé à mentionner au Centre qu'il est dans l'impossibilité de lui transmettre un tel certificat, sans pour autant dévoiler ce qu'il en est. Cela pourrait être ajouté à l'autorisation.
- L'exemple 50.2 parle de « catégories de renseignements visées par la demande ». Peut-on détailler ce qu'on entend par « catégories »? De même, la politique apparaît par la suite mais un lien vers la politique serait également suffisant pour informer la personne afin qu'il donne un consentement éclairé. Si on craint qu'il ne clique pas le lien, il est possible de bloquer le système tant qu'il ne l'aura pas fait comme à l'exemple 34.2. Une nuance pourrait être apportée à cet exemple.
- La section 2.4 « Le consentement doit être spécifique » est la première section où l'on s'attarde aux fins, notion la plus difficile à cerner dans la Loi 25 selon les échanges que nous avons eus avec nos membres. Effectivement, une fin trop précise ou circonscrite entraîne un risque pour l'organisation de ne pouvoir compléter ses opérations, de devoir requérir des consentements à répétition de sorte que si on veut lui laisser une certaine latitude dans la gestion de ses risques et, du même fait, lui permettre de déterminer ses fins et de rédiger ses consentements en fonction de celles-ci, il ne faut pas non plus lui imposer d'être trop restrictif. Ainsi, à l'exemple 56.1, on aurait pu conserver la notion de « renseignements jugés nécessaires » en ajoutant « dans le traitement de l'enfant » car on ignore, au moment de la collecte, quels seront les renseignements requis.
- De même, à l'exemple 56.2, nous sommes conscients que le traitement d'un grief est constitué de plusieurs étapes. Lorsque le syndicat veut améliorer ses processus, cela sera au bénéfice de ses membres. Il apparaît à nouveau que l'article 65.1 pourrait laisser place à un tel usage. On pourrait suggérer que le consentement comporte un texte tel que : « améliorer les processus de traitement d'un grief de bout en bout i.e. du dépôt du grief jusqu'à la décision rendue par le Tribunal » mais nous voyons mal comment on pourrait décortiquer les étapes du grief et les inclure au consentement d'autant que d'un grief à l'autre, des étapes peuvent être ajoutées ou être retirées. Il apparaît que c'est d'ailleurs dans ce sens qu'est rédigé l'article 57 lorsqu'on indique vouloir éviter une utilisation ou une communication « imprévue » et « s'éloignant de ce à quoi les personnes ont consenti ».
- L'exemple 54.1 propose des moyens de prêter assistance à une personne mais n'indique pas jusqu'à quel niveau de détail les actions doivent être posées pour garantir la compréhension des personnes quant à la portée du consentement. Et bien sûr, une personne aura compris

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

une chose alors que l'autre personne, avec les mêmes explications, aura compris autre chose. L'élément d'interprétation et de dissonance cognitive est toujours présent.

- La section 2.5 « Le consentement doit être granulaire : il est demandé à chacune des fins visées » amène également vers de telles réflexions. Encore une fois, la fin ou la finalité, est un but vers lequel on tend. On parle alors d'objectif, de but. L'usage qui sera fait du renseignement est plutôt la technique qui permettra d'arriver aux fins mentionnées. Aussi, il faut distinguer la granularité d'une fin des techniques ou des usages pour arriver à la fin. L'usage ressemble plus à une sous-section de la fin et pour arriver à une même fin, il se peut donc que des usages différents soient mis en œuvre. L'usage sera synonyme de fins uniquement si on parle de l'usage final i.e. une fois toutes les étapes ou tous les usages nécessaires à l'atteinte de la fin, complétés.

- Lorsqu'on prend connaissance de l'exemple 60.2 dans cette optique, on constate que le consentement, s'il vise non pas les fins réelles mais les usages pour arriver à la fin visée, pourra comporter un nombre important de lignes à cocher OUI et NON. Cet exemple pourrait être révisé dans cette optique et avec plus d'explications afin de limiter les consentements qui n'en finiraient plus et éviter d'irriter la personne
- qui se perdra dans la multitude des consentements (lignes) et qui risque, à ce moment, d'être confus devant cette multiplicité.

- L'exemple 65 parle du niveau de littératie le plus bas. Mais opérationnellement, l'organisation n'aura d'autre choix que de produire un formulaire raisonnablement adapté à la grande majorité des personnes. Dans les exemples 65.1 et 65.2, on réalise que des mesures additionnelles pourraient devoir être prises pour obtenir un consentement d'une nation autochtone avec une langue ethnique différente ou encore avec un langage adapté à une clientèle de 14 à 17 ans. Mais dans la réalité, nombre d'organisations s'adressent à une clientèle diversifiée. Encore une fois, il serait utile d'établir un formulaire d'un niveau raisonnable afin de laisser l'opportunité à l'organisation de mettre en place des mesures additionnelles le cas échéant.

Précisons qu'il demeurera toujours des personnes analphabètes, d'autres plus vulnérables que la moyenne ou des immigrants dont le français n'est pas la langue première, qui auront besoin d'un accompagnement spécial. La réponse à cette question sera plutôt une adaptation de l'organisation à sa clientèle avec diverses options telles que le consentement verbal, dans une autre langue ou avec des explications additionnelles.

**MÉMOIRE DE L'AAPI PORTANT SUR LES QUESTIONS CIBLÉES
AU DOCUMENT DE CONSULTATION DU 16 MAI 2023**

Les Lignes directrices doivent plutôt mettre en valeur l'obligation de l'organisation de mettre en place les mesures facilitatrices dans la compréhension du consentement.

Ainsi, et particulièrement pour l'exemple 65.1, il faut être conscient que l'organisme devra parfois s'en remettre à des membres de la communauté qui traduiront pour les personnes concernées. Bien que l'organisation fasse tous les efforts possibles, il n'est pas toujours possible d'engager des membres de toutes les ethnies afin de s'assurer d'avoir un interprète à l'interne. Rien ne pourra alors garantir à l'organisation que la traduction est parfaite. Déjà, avoir une personne disponible de la communauté culturelle visées s'avérera difficile pour certaines d'entre elles. Et il n'est pas garanti que l'interprète comprendra la portée du consentement non plus.

- Bien que nous soyons en accord avec l'exemple 67.1, il serait bon d'ajouter un exemple tenant compte du calendrier de conservation des organisations. De même, si l'on reprend l'exemple de l'étudiant qui quitte l'université, on sait que le registraire doit conserver les éléments liés à la diplomation et ce, de façon permanente ou quasi-permanente. Il serait bon d'en faire un exemple.
- Quant aux rappels réguliers dont on parle à l'exemple 69, cela devrait se retrouver dans la politique des organisations plutôt que dans les Lignes directrices. Des rappels réguliers peuvent être très intrusifs. Il serait préférable que l'information fournie dès le début fasse mention du fait que le consentement sera conservé à long terme. Cependant, si on désire conserver cette notion dans les Lignes directrices, il serait utile d'y ajouter un exemple. Ces envois à répétition créeront de l'inquiétude pour certaines personnes qui ne saisiront pas qu'il est possible de ne rien faire s'ils ne désirent pas retirer leur consentement.