



**RECHERCHE ET ANALYSE JURIDIQUES À L'APPUI
DES RECOMMANDATIONS D'IRSC RELATIVEMENT À LA
LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES
(LPRPDE)
(L.C. 2000, c. 5)**

LE 30 NOVEMBRE 2001

[TRADUCTION DU 12 DÉCEMBRE 2001]

- IRSC désire souligner l'apport de Me Louise Dubé, qui s'est chargée de la recherche et de l'analyse juridiques à l'appui des recommandations d'IRSC. Me Dubé est membre du Barreau du Québec et chargée de cours en droit à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal.*

**RECHERCHE ET ANALYSE JURIDIQUES À L'APPUI
DES RECOMMANDATIONS D'IRSC RELATIVEMENT À LA LPRPDE
LE 30 NOVEMBRE 2001**

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I : LE CONTEXTE LÉGISLATIF ET SES RESTRICTIONS 1

PARTIE II : PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA LÉGISLATION DÉLÉGUÉE 2

- 1. Conformité avec la disposition habilitante (l'objet du règlement) 2
- 2. Conformité avec les normes juridiques applicables 4
- 3. Autres principes applicables 6

PARTIE III : LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES PROPOSÉES..... 6

- 1. **RECOMMANDATION 1 :**
 - Clarification de la définition de renseignement personnel 7
 - A. Opportunité politique 7
 - B. Considérations juridiques 16
- 2. **RECOMMANDATION 2 :**
 - « Dans le cadre d'activités commerciales » 17
 - A. Opportunité politique 18
 - B. Considérations juridiques 18
 - a) L'accent est mis sur les « activités commerciales »
dans leur ensemble..... 18
 - b) Le sens de l'expression « dans le cadre
d'activités commerciales » 19
 - (i) Le sens ordinaire du mot « commercial » 19
 - (ii) Interprétation contextuelle des lois connexes
(*in pari materia*) 21
- 3. **RECOMMANDATION 3 :**
 - « Recherche érudite » et « fins de recherche érudite » 25
 - 3.1 « Recherche érudite » 25**
 - A. Opportunité politique 25
 - B. Considérations juridiques 29

3.2	« Fins de recherche érudite »	34
A.	Opportunité politique	35
B.	Considérations juridiques	36
4.	RECOMMANDATION 4 : Réception des renseignements personnels aux conditions prévues à l'alinéa 7(3)f)	37
A.	Opportunité politique	37
B.	Considérations juridiques	39
5.	RECOMMANDATION 5 : « Consentement virtuellement impossible à obtenir »	41
A.	Opportunité politique	42
B.	Considérations juridiques	42

**RECHERCHE ET ANALYSE JURIDIQUES À L'APPUI DES RECOMMANDATIONS
D'IRSC RELATIVEMENT À LA LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES (LPRPDE)
(L.C. 2000, c. 5)
LE 30 NOVEMBRE 2001**

PARTIE I : LE CONTEXTE LÉGISLATIF ET SES RESTRICTIONS

L'alinéa 26(1)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la «*Loi*») confère au gouverneur en conseil des pouvoirs spécifiques. En revanche, l'alinéa 26(1)b) lui délègue un vaste pouvoir discrétionnaire. Cette disposition habilite le gouverneur en conseil à prendre, par règlement, «toute mesure d'application de la» partie 1 (la «*disposition habilitante*»). La portée de ce pouvoir n'est circonscrite que par l'article 3 de la Loi (la «*disposition de déclaration d'objet*»), laquelle précise l'intention du législateur en ces termes :

3. La présente partie a pour objet de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances. (nous soulignons)

Ainsi, en matière de protection des renseignements personnels, il faut trouver un équilibre entre, d'une part, le droit individuel à la vie privée et, d'autre part, les besoins organisationnels, ces derniers devant s'apprécier à la lumière des attentes d'une personne raisonnable¹.

La disposition de déclaration d'objet, lue en corrélation avec la disposition habilitante, justifie amplement les dispositions réglementaires proposées ci-après, lesquelles se fondent, en outre, sur des principes bien établis en droit administratif. La partie II traite des principes généraux applicables à plusieurs ou la totalité des recommandations. Toutefois, les considérations juridiques pertinentes à une seule recommandation sont discutées au sein de la partie III, sous la rubrique applicable.

¹ Soulignons que le paragraphe 5(3) restreint également la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels « à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances ».

PARTIE II : PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA LÉGISLATION DÉLÉGUÉE

En vertu de l'article 26 de la Loi, le législateur a délégué une partie de ses pouvoirs législatifs au plus haut niveau de l'Exécutif, soit au gouverneur en conseil. Il est reconnu que les tribunaux devraient interpréter le pouvoir de réglementation d'une façon très large lorsqu'il est [TRADUCTION] « attribué à un niveau d'autorité aussi élevé² ». D'ailleurs, comme nous le verrons ci-après, le libellé précis de la disposition habilitante, exprimé en termes résiduels généraux, justifie une interprétation large du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil.

1. Conformité avec la disposition habilitante (l'objet du règlement)

La portée d'un règlement sera nécessairement limitée par la nature des pouvoirs délégués à même la loi habilitante³. Malgré le caractère élémentaire de cette règle, elle a des répercussions considérables.

L'alinéa 26(1)b) est une disposition habilitante de nature générale résiduelle, conférant un vaste pouvoir discrétionnaire pour « prendre toute mesure d'application de la » partie I. Deux tendances divergentes s'opposent en ce qui concerne la portée du pouvoir discrétionnaire délégué en vertu d'une habilitation de ce type.

Selon un de ces courants, la disposition habilitante générale résiduelle sera interprétée selon une approche restrictive. L'habilitation sera perçue comme n'autorisant que des règlements de nature administrative ou procédurale, ne pouvant aborder des questions de fond⁴. Le professeur Garant a exprimé en ces termes l'essence de cette tendance restrictive :

Suivant ce second courant, l'habilitation générale doit être comprise à la lumière des fins et de l'esprit de la loi; même à l'intérieur de ce cadre, elle ne permet pas de mettre en œuvre, pour atteindre les fins de la loi, des moyens que celle-ci n'a pas prévus. Le règlement doit rester fidèle aux principes qui sous-tendent la loi: il ne peut ni y déroger, ni y ajouter. Bref,

² *Re Collins et al. et Pension Commission of Ontario et al., Re Batchelor et al. et Pension Commission of Ontario et al.*, (1986) 56 O.R.(2d) 274, 292. (Le lieutenant-gouverneur en conseil disposait du pouvoir d'adopter des règlements [TRADUCTION] « relativement à toute question nécessaire ou souhaitable pour la réalisation efficace de l'intention et de l'objet de cette loi ».)

³ Les règlements fédéraux sont examinés de ce point de vue, conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, al. 3(2)a).

⁴ Voir la première édition de Ruth Sullivan, éd., *Driedger on the Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 200, pour un examen de l'incidence d'une disposition législative conférant le pouvoir de « prendre toute mesure d'application » d'une loi :

[TRADUCTION] Nul doute qu'un règlement de nature administrative ou procédurale pourrait être pris en application d'un pouvoir aussi général, mais il n'est pas certain que, en l'absence d'une indication claire d'intention dans la loi, il soit possible de prendre un règlement relatif aux droits individuels ou créant des droits et des obligations.

Soulignons que cette affirmation est absente des deuxième et troisième éditions de ce traité.

l'habilitation générale ne permet pas d'introduire des dispositions de fond, de modifier les droits et obligations des administrés; le champ de réglementation ne recouvre alors que les questions de procédure ou de technique administrative⁵. (nous soulignons)

Par contre, un courant plus libéral, adoptant une approche plus judicieuse, favorise plutôt la pleine réalisation de la disposition habilitante générale résiduelle, dans la mesure où le règlement donne effectivement suite à l'intention du législateur. Il est donc primordial de bien cerner cette intention pour évaluer la validité du règlement. À cette fin, la présence d'une disposition de déclaration d'objet [TRADUCTION] « fournira aux tribunaux un fondement solide pour dégager l'intention du législateur⁶ ».

En outre, selon cette approche libérale⁷, une habilitation générale résiduelle autorise le délégué à adopter des normes réglementaires abordant non seulement les questions de procédure ou d'administration, mais également les questions de fond. En effet, une telle disposition habilitante [TRADUCTION] « doit avoir un fondement substantiel, et non seulement procédural, afin de permettre à l'organisme de réglementation de réaliser les objets et les dispositions de la Loi⁸ ». L'objet d'un tel règlement est néanmoins limité par la matière contenue à même la loi habilitante. Ainsi, dans la décision *Steve Dart Co. et D.J. Duer & Co.*, la Cour a statué qu'un règlement pris en application d'une disposition habilitante semblable à l'alinéa 26(1)b) de la Loi ne doit porter que sur les matières expressément mentionnées dans la loi habilitante, selon les exigences suivantes :

[...] Cet article accorde le droit supplémentaire d'édicter des règlements pour la réalisation des fins de la Loi et la mise en œuvre de ses dispositions, mais ces questions doivent être clairement exprimées ou renfermées dans les autres articles de la Loi ou nécessairement en découler. Cela permet d'édicter des Règlements *ejusdem generis* par rapport à ceux qui sont autorisés dans les autres articles de la Loi prévoyant l'adoption de Règlements. Cela permet également d'édicter un Règlement nécessaire pour mettre effectivement en application une disposition clairement exprimée de la Loi ne relevant d'aucun de ses autres articles de réglementation; cela ne confère pas pour autant le droit d'édicter des Règlements touchant à une question qui n'est même pas abordée dans la Loi⁹. (nous soulignons)

⁵ Patrice Garant, *Droit administratif, Volume 1, Structures, actes et contrôles*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, p. 424.

⁶ Denys C. Holland et John P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada*, Toronto, Carswell, 1989, p. 203.

⁷ Voir Garant, *supra*, note 5, p. 420-422.

⁸ Voir, par exemple, *Re Clark et al. et Attorney General of Canada*, (1977) 81 D.L.R.(3d) 33, 45 (H.C.J. Ont.). (Les dispositions réglementaires contestées interdisaient la communication de certains renseignements sans que certaines conditions ne soient respectées.)

⁹ *Steve Dart Co. et D.J. Duer & Co.*, [1974] 2 C.F. 215, 219 (C.F. 1^{re} inst.). (Une commission d'arbitrage et un tribunal d'appel avaient été créés en vertu des dispositions réglementaires contestées. La Cour a

Ce jugement traitant de la portée de la législation déléguée a été résumé ainsi :

[TRADUCTION] Selon cette analyse, il ne suffit pas de conclure à une ressemblance générale entre la loi et le règlement quant à leur objet. Pour qu'il y ait validité, la loi doit renfermer une disposition de fond particulière sur laquelle peut se fonder l'organisme de réglementation. À tout le moins, l'objet du règlement doit découler par implication nécessaire des matières traitées dans la loi¹⁰. (nous soulignons)

Tel qu'il appert des autorités ci-avant discutées, les dispositions réglementaires proposées s'appuient sur des principes bien établis en droit administratif. Tout d'abord, elles portent sur des matières expressément mentionnées dans la Loi, tout en favorisant l'atteinte des objectifs du législateur énoncés à l'article 3 de la Loi. De plus, la tendance libérale examinée plus haut justifie pleinement l'adoption d'un règlement ayant une incidence sur les droits substantiels.

2. Conformité avec les normes juridiques applicables

La législation déléguée par voie réglementaire doit d'abord se conformer aux normes juridiques supérieures. Avant tout, le règlement doit respecter les droits fondamentaux et, dans la juridiction fédérale plus précisément, les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*¹¹.

La disposition réglementaire doit également se conformer aux diverses normes légales applicables, que ces dernières soient inscrites dans la loi habilitante ou dans toute autre loi¹². Ainsi, un règlement ne peut modifier les conditions énoncées dans la loi habilitante¹³. Par exemple, si la loi habilitante définit un terme, le règlement ne doit pas étendre ou réduire la portée de cette définition. Les exemples jurisprudentiels ci-après décrits illustrent deux cas où les dispositions réglementaires contestées modifiaient effectivement le sens des termes contenus dans la loi habilitante.

Dans l'affaire *Gach*¹⁴, la Cour a conclu que le cabinet avait exercé illégalement son pouvoir réglementaire. Dans cette affaire faisant jurisprudence sur l'incompatibilité des

souligné notamment qu'aucun pouvoir visant la création de tels organes décisionnels ne pouvait être inféré de la loi habilitante.)

¹⁰ Holland et McGowan, *supra*, note 6, p. 192.

¹¹ Voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, al. 3(2)c).

¹² Sur l'incompatibilité avec d'autres lois que la loi habilitante, voir Holland et McGowan, *supra*, note 6, p. 189-191; René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, tome 1, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, p. 525-527.

¹³ Voir Holland et McGowan, *supra*, note 6, p. 181-189; Dussault et Borgeat, *ibid.*, p. 519-525; Garant, *supra*, note 5, p. 428-429.

¹⁴ *Re Gach et Director of Welfare (Brandon)*, (1973) 35 D.L.R.(3d)152 (C.A. Man.).

règlements, la Cour d'appel du Manitoba a statué que la disposition réglementaire contestée étendait la notion de [TRADUCTION] « ressources financières », une expression définie dans la *Social Allowances Act*. Selon le règlement, les ressources financières du père ou de la mère d'une personne qui demandait une allocation d'aide sociale étaient réputées les propres ressources financières du requérant, jusqu'à ce que ce dernier atteigne l'âge de 25 ans. La Cour a statué que la disposition réglementaire était incompatible avec la loi habilitante, puisque la définition de [TRADUCTION] « ressources financières » donnée par la loi, lue en corrélation avec une autre disposition de cette loi, [TRADUCTION] « interdisait effectivement d'inclure par règlement les ressources du père ou de la mère dans les ressources d'un requérant¹⁵ ». Le juge d'appel Dickson a motivé ainsi la conclusion d'incompatibilité prononcée par la Cour :

[TRADUCTION] En cherchant, par règlement, à inclure les ressources du père ou de la mère dans celles d'un requérant, le lieutenant-gouverneur en conseil ne [TRADUCTION] « réalisait pas les dispositions de la loi », il en étendait le sens de façon importante. Le règlement visait à apporter à la Loi un ajout important et incompatible [...] ¹⁶. (nous soulignons)

La Cour d'appel fédérale s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt *Paulsen*¹⁷. La disposition réglementaire alors contestée reportait le moment où un « arrêt de rémunération » était réputé survenir pour une catégorie de personnes assurées en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*. La Cour a jugé cette disposition incompatible avec la définition d'arrêt de rémunération prévue par la loi, laquelle établissait expressément cette interruption au moment de la mise à pied ou de la fin d'emploi. Dans ses motifs, le juge Jackett a souligné « qu'il ne faut pas voir dans l'attribution de pouvoir réglementaire opérée par [la disposition habilitante]¹⁸ une possibilité de modifier les règles précisées par la loi elle-même quant au droit de recevoir des prestations [...] ¹⁹ ». Il a donc statué que la disposition contestée était *ultra vires*, puisqu'elle « aurait pour effet de retirer un droit objectif à des prestations pendant une période de quatre mois », processus « qui modifie d'une manière si radicale le droit aux prestations conféré par la loi²⁰ ». (nous soulignons)

Ces autorités permettent néanmoins d'adopter un règlement qui clarifie simplement des termes contenus dans la loi, pourvu que cette dernière n'en subisse aucun changement significatif. Ainsi, le règlement n'aura pas pour effet d'étendre ou de réduire la portée des dispositions de la Loi. Dans de telles circonstances, le règlement, n'apportant alors que des éclaircissements, sera entièrement conforme à la loi.

¹⁵ *Ibid.*, p. 154.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Le procureur général du Canada c. Paulsen*, [1973] F.C. 376 (C.A.F.).

¹⁸ *Ibid.*, p. 381. Le pouvoir conféré en vertu de l'alinéa 58(1)r) de la loi pertinente consistait à « préciser dans quels cas et à quel moment se produit un arrêt de rémunération ».

¹⁹ *Ibid.*, p. 384.

²⁰ *Ibid.*, p. 381.

3. Autres principes applicables

Outre les principes susmentionnés, diverses autres restrictions, ayant fait l'objet d'analyses doctrinales approfondies²¹, s'appliquent également à l'exercice de la législation subordonnée. Par exemple :

- le règlement ne doit pas conférer des pouvoirs purement discrétionnaires; il doit doter les organes décisionnels de lignes directrices claires;
- le règlement doit être suffisamment clair, de sorte à éviter l'imprécision et l'incertitude; il importe que les justiciables soient bien informés de leurs droits et obligations, afin d'adapter leur conduite en conséquence;
- le règlement doit être raisonnable, non discriminatoire et adopté en toute bonne foi. Il ne devrait jamais constituer « un usage inhabituel ou inattendu du pouvoir ainsi conféré²² »;
- le règlement doit être adopté par l'organisme compétent, c'est-à-dire celui auquel les pouvoirs législatifs nécessaires ont été dûment délégués²³;
- le pouvoir de réglementation exclut le pouvoir d'interdire.

PARTIE III : LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES PROPOSÉES

Dans cette partie, nous proposons l'adoption de dispositions réglementaires particulières. La présentation de chaque disposition est suivie de sa justification, d'abord sur le plan de son opportunité politique, puis, sous l'angle des considérations juridiques pertinentes.

²¹ Bien que l'énumération suivante ne soit pas exhaustive, voir: Garant, *supra*, note 5, p. 387-454; Holland et McGowan, *supra*, note 6, p. 169-235; John M. Keyes, *Executive Legislation, Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto, Butterworths, 1992, p. 157-286; Dussault et Borgeat, *supra*, note 12, p. 460 et suiv.; Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 124-137.

²² Dans la juridiction fédérale, voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, al. 3(2)*b*).

²³ Ces principes sont examinés dans le contexte de la recommandation 3, relativement à l'al. 3(1)*b*) proposé.

RECOMMANDATION 1 : CLARIFICATION DE LA DÉFINITION DE RENSEIGNEMENT PERSONNEL

1. a) À titre de précision, l'expression « renseignement concernant un individu identifiable », au sens de la définition de renseignements personnels prévue à la loi, ne doit inclure que les renseignements qui :

- i) permettent d'identifier, soit directement ou indirectement, une personne en particulier; ou**
- ii) peuvent être traités par une méthode raisonnablement prévisible pour identifier une personne en particulier; ou**
- iii) peuvent être reliés à d'autres renseignements accessibles par une méthode raisonnablement prévisible pour identifier une personne en particulier.**

b) Malgré le paragraphe 1. a), l'expression « renseignement concernant un individu identifiable » ne doit pas inclure :

- i) les renseignements rendus anonymes dont tous les identificateurs ont été supprimés en permanence, ni les renseignements agrégés qui ont été regroupés et dont la moyenne a été établie, de telle manière qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable pour une organisation d'identifier un individu en particulier; ou**
- ii) les renseignements non reliés que l'organisation qui les reçoit ne peut, à la connaissance de l'organisation qui les communique, relier à d'autres renseignements disponibles, par une méthode raisonnablement prévisible, pour identifier un individu en particulier.**

c) Le caractère raisonnablement prévisible d'une méthode, au sens des paragraphes 1. a) et 1. b), doit s'apprécier à la lumière des circonstances au moment de la cueillette, de l'utilisation ou de la communication proposées.

A. Opportunité politique

Le potentiel identificateur d'un renseignement peut varier de façon significative, selon la nature du renseignement concerné, sa relation par rapport à d'autres renseignements et le contexte dans lequel il a été produit. Toutefois, pour que les fins et les dispositions de la partie I soient pleinement réalisées, il est recommandé qu'un critère de raisonabilité soit retenu comme facteur déterminant. La norme du caractère raisonnable est bien élaborée en droit et conviendrait très bien pour limiter le terme « identifiable » à un certain nombre de possibilités. En outre, elle s'adapterait très bien à la méthode retenue par d'autres juridictions, tant à l'échelle nationale qu'internationale. En recourant au critère du caractère raisonnable, le mot « identifiable » ne viserait que les possibilités techniques qui, dans les circonstances, sont prévisibles de façon réaliste, pratique et rationnelle, tout en excluant celles qui sont fort improbables, exagérées ou impossibles.

L'opportunité d'adopter la disposition réglementaire proposée s'infère naturellement d'un examen attentif des normes juridiques applicables ailleurs, tant au pays qu'à l'étranger.

Le critère du caractère raisonnable

On définit « raisonnable » ainsi : [TRADUCTION] « équitable, approprié, juste, modéré, convenable dans les circonstances. Adapté au but visé [...] Non exagéré ou excessif, synonyme de rationnel, honnête, équitable, juste, convenable, modéré, tolérable²⁴ ».

Le critère du « caractère raisonnable » est une notion qui évolue sans cesse, permettant au droit de s'adapter aux progrès technologiques. Le critère de la prévisibilité raisonnable devrait refléter le contexte existant lors de la prétendue violation.

Les notions de « caractère raisonnable », de « moyens raisonnables » ou de « moyens raisonnablement prévisibles » servent à nuancer le terme « identifiable » dans de nombreux instruments internationaux, lois nationales et provinciales touchant la protection des renseignements personnels. Voir, par exemple, les définitions adoptées dans les juridictions suivantes :

- **Conseil de l'Europe**

Une personne physique n'est pas considérée comme identifiable si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables²⁵.

- **États-Unis** (*Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information: Final Rule*²⁶)

[TRADUCTION] [Article 164.501]

Les renseignements sur la santé identifiables individuellement forment un sous-ensemble des renseignements sur la santé, y compris les renseignements démographiques recueillis auprès d'un individu et :

- (1) qui sont créés ou reçus par un fournisseur de soins de santé, un régime de soins médicaux, un employeur ou un bureau central concernant les soins médicaux;

²⁴ *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1979, p. 1138.

²⁵ Conseil de l'Europe, *Recommandation n° R97(5) du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales*, Strasbourg, 1997.

²⁶ United States Department of Health & Human Services, *Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information: Final Rule*, 65 Fed. Reg. 2000 (28 décembre 2000); 65:82461-82510 (modifiant 45 CFR 160-164).

(2) qui ont trait à la santé ou à l'état de santé physique ou mental passé, présent ou futur d'un individu; à la prestation de soins de santé à un individu ou au paiement passé, présent ou futur de la fourniture de soins médicaux à un individu, et

(i) qui identifient l'individu ou

(ii) à l'égard desquels il existe un motif raisonnable de croire qu'ils peuvent être utilisés pour identifier l'individu.

[TRADUCTION] [Article 164.514]

a) Les renseignements sur la santé qui n'identifient pas un individu et à l'égard desquels il n'existe aucun motif raisonnable de croire qu'ils peuvent être utilisés pour identifier un individu ne sont pas des renseignements sur la santé identifiables individuellement.

b) Un organisme visé peut déterminer que des renseignements sur la santé ne sont pas des renseignements sur la santé identifiables individuellement dans les deux seuls cas suivants :

(1) Une personne ayant les connaissances et l'expérience appropriées des principes et méthodes statistiques et scientifiques généralement reconnus pour rendre les renseignements non identifiables individuellement :

(i) appliquant ces principes et méthodes, détermine qu'il y a très peu de risques que les renseignements soient utilisés, seuls ou combinés avec d'autres renseignements raisonnablement disponibles, par un destinataire prévu, afin d'identifier un individu visé par les renseignements;

(ii) documente les méthodes et les résultats de l'analyse qui justifient une telle décision;

(2) (i) Les identificateurs suivants de l'individu ou de ses parents, de ses employeurs ou des membres de son ménage sont supprimés :

(A) Les noms.

(B) Toutes les subdivisions géographiques plus petites qu'un État, notamment l'adresse civique, la ville, le comté, le poste de police, le code postal et les géocodes équivalents, sauf les trois premiers chiffres d'un code postal si, d'après les données actuelles publiquement disponibles du *Bureau of the Census* :

- (1) l'unité géographique formée par la combinaison de tous les codes postaux ayant les mêmes trois premiers chiffres contient plus de 20 000 personnes et
- (2) les trois premiers chiffres d'un code postal de toutes les unités géographiques contenant au plus 20 000 personnes sont remplacés par 000.
- (C) Tous les éléments de date (sauf l'année) pour les dates liées directement à un individu, notamment la date de naissance, la date d'entrée, la date de congé, la date de décès; tous les âges supérieurs à 89 ans et tous les éléments de date (y compris l'année) indiquant l'âge, sauf que ces âges et ces éléments peuvent être regroupés en une seule catégorie, soit âgé de 90 ans ou plus.
- (D) Les numéros de téléphone.
- (E) Les numéros de télécopieur.
- (F) Les adresses de courriel.
- (G) Les numéros d'assurance sociale.
- (H) Les numéros de dossiers médicaux.
- (I) Les numéros de bénéficiaire de régime de soins médicaux.
- (J) Les numéros de compte.
- (K) Les numéros de certificat ou de permis.
- (L) Les identificateurs et les numéros de série des véhicules, notamment les numéros de plaque minéralogique.
- (M) Les identificateurs et les numéros de série d'appareils.
- (N) Les adresses universelles du Web (URL).
- (O) Les adresses Internet.
- (P) Les identificateurs biométriques, notamment les empreintes digitales et vocales.
- (Q) Les photographies prises de face et toute image semblable.
- (R) Tout autre numéro, caractéristique ou code d'identité particulier.

(ii) L'organisme visé ne sait pas effectivement que les renseignements pourraient être utilisés seuls ou combinés avec d'autres renseignements afin d'identifier un individu visé par les renseignements.

- **Australie** (*Privacy Amendment (Private Sector) Act 2000*)

[TRADUCTION] [Article 6] Renseignement personnel s'entend de tout renseignement ou opinion (notamment les renseignements ou les opinions faisant partie d'une base de données), qu'il soit vrai ou non et qu'il soit consigné ou non sous une forme matérielle, concernant un

individu dont l'identité est apparente ou peut raisonnablement être confirmée par les renseignements ou l'opinion²⁷.

- **Nouvelle- Zélande** (*Privacy and Personal Information Act*)

[TRADUCTION] [Article 4] Renseignement personnel s'entend de tout renseignement ou opinion (notamment les renseignements ou les opinions faisant partie d'une base de données et qu'ils soient ou non consignés sous une forme matérielle), concernant un individu dont l'identité est apparente ou peut raisonnablement être confirmée par les renseignements ou l'opinion²⁸.

- **Saskatchewan** (*Health Information Protection Act*)

[TRADUCTION] [Alinéa 2d)] Renseignement personnel sur la santé rendu anonyme s'entend de tout renseignement personnel sur la santé duquel ont été supprimés les éléments raisonnablement susceptibles d'identifier un individu²⁹.

- **Ontario** (Projet de loi 159, *Loi de 200 sur la confidentialité des renseignements personnels sur la santé*)

[Paragraphe 2(1)] il s'agit de renseignements qui, selon le cas :

- (i) permettent l'identification du particulier,
- (ii) peuvent être utilisés ou traités selon une méthode raisonnablement prévisible pour permettre l'identification du particulier,
- (iii) peuvent, selon une méthode raisonnablement prévisible, être liés ou comparés à d'autres renseignements qui permettent l'identification du particulier ou qui peuvent être utilisés ou traités selon une méthode raisonnablement prévisible pour permettre l'identification du particulier³⁰;

Identification « directe » et « indirecte »

Dans plusieurs juridictions, il est question de l'identification « directe » et « indirecte ». En voici des exemples :

²⁷ Australie, *Privacy Amendment (Private Sector) Act 2000*, n° 155, modifiant la *Privacy Act 1988*, art. 6.

²⁸ Nouvelle-Zélande, *Privacy and Personal Information Act*, 1998, art. 4.

²⁹ *Health Information Protection Act*, S.S. (1999), c. H-0.021, al. 2d).

³⁰ Projet de loi 159 de l'Ontario, *Loi de 2000 sur la confidentialité des renseignements personnels sur la santé* (1^{re} sess., 37^e lég., Ontario 2000 – mort au feuillet), par. 2(1).

- **Union européenne** (Directive 95/46/EC)

[Alinéa 2a)] « données à caractère personnel » : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale³¹; (nous soulignons)

- **Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies**
(*Aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information*)

[Voir la définition de « données personnelles de santé »]

[...] données personnelles de santé, définies comme celles qui permettent d'identifier la personne qu'elles concernent. Cette définition, conformément à la directive 95/46/CEE précitée, vise les données qui permettent d'identifier une personne, directement ou indirectement, notamment par référence à son nom, à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale³². (nous soulignons)

- **France** (*Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978*)

[Article 4] Sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale³³. (nous soulignons)

³¹ Union européenne, Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la *Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, al. 2a).

³² Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, *Aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information*, avis n° 13, le 30 juillet 1999, p. 3.

³³ France, *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, art. 4.

- **Royaume-Uni** (British Medical Association)

[TRADUCTION] Renseignement rendu anonyme
Renseignement qui, directement ou indirectement, n'identifie pas la personne visée par celui-ci³⁴. (nous soulignons)

« Individu particulier »

Dans certaines juridictions, la législation ou la jurisprudence ont précisé qu'un renseignement ne porte sur un individu « identifiable » que s'il permet de révéler l'identité d'un individu particulier, et non celle d'un individu quelconque.

- **Union européenne** (Directive 95/46/EC)

[Alinéa 2a)] « données à caractère personnel » : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale³⁵; (nous soulignons)

- **Québec**

La jurisprudence a interprété les expressions « renseignements nominatifs » et « renseignements personnels », figurant dans les lois s'appliquant aux secteurs privé et public, de la façon suivante :

- Interprétant l'article 54 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, dont le texte prévoit: « Dans un document, sont nominatifs les renseignements qui concernent une personne physique et permettent de l'identification. », la Commission a statué ce qui suit :

À l'aide de ces définitions des dictionnaires, on peut affirmer qu'un renseignement nominatif dans le contexte de l'article 54 doit non seulement faire connaître quelque chose à quelqu'un et avoir rapport avec une personne physique, mais il doit aussi être

³⁴ British Medical Association, *Confidentiality and disclosure of health information*, R.-U., 14 octobre 1999. Voir la définition de [TRADUCTION] « renseignement rendu anonyme ».

³⁵ Union européenne, Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la *Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, al. 2a).

susceptible (permettre) de distinguer cette personne par rapport à quelqu'un d'autre ou de reconnaître sa nature³⁶.

- Interprétant l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1, dont le texte prévoit : « Est un renseignement personnel, tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier. », la Commission a statué ce qui suit :

En somme, est personnel, aux yeux de la loi, un renseignement qui cerne les caractéristiques d'un individu : il se définit par rapport à cette personne et à celle-là seulement³⁷.

- **Royaume-Uni** (British Medical Association)

[TRADUCTION] Renseignement rendu anonyme
[...]

La BMA estime que, du point de vue éthique, il n'y a communication ou divulgation de renseignements personnels que lorsque les renseignements communiqués peuvent être reliés à un individu particulier³⁸.

Renseignements rendus anonymes et regroupés

Plusieurs sources ont reconnu que les renseignements rendus anonymes ou regroupés ne peuvent plus être utilisés afin d'identifier un individu.

- **Royaume-Uni** (Medical Research Council)

[TRADUCTION] Bien que les données rendues anonymes ne soient pas, à strictement parler, des renseignements personnels, leur utilisation est également visée par le présent guide [...] Les données rendues anonymes qui ne sont pas reliées ne contiennent aucun renseignement pouvant raisonnablement être utilisé par quiconque afin d'identifier une personne.

[... Ils] ne contiennent rien qui puisse être utilisé par quiconque pour identifier un individu : le lien avec des individus a été rompu de façon irréversible³⁹.

³⁶ *Segal c. Centre de services sociaux du Québec*, [1988] C.A.I. 315, 320.

³⁷ *Stébenne c. Assurance-vie Desjardins-Laurentienne Inc.*, [1995] C.A.I. 14, 17.

³⁸ British Medical Association, *Confidentiality and disclosure of health information*, R.-U., 14 octobre 1999. Voir la définition de [TRADUCTION] « renseignement rendu anonyme ».

³⁹ Medical Research Council, *Personal Information in Medical Research*, R.-U., octobre 2000, glossaire, p. 4 et 27.

- **Royaume-Uni** (British Medical Association)

[TRADUCTION] Renseignement rendu anonyme
 [...] Les données rendues anonymes devraient être utilisées chaque fois que c'est possible. Il faut veiller à ce que tout renseignement que l'on croit anonyme soit véritablement non identifiable [...] Le regroupement des données servira souvent à les rendre anonymes⁴⁰. (nous soulignons)

- **Alberta** (*Health Information Act*)

[TRADUCTION] [Paragraphe 57(1)] Dans le présent article, « renseignements sur la santé regroupés » s'entend de renseignements sur la santé concernant des groupes d'individus, sans potentiel d'identification⁴¹.

Lien avec des renseignements complémentaires et accès à ceux-ci

On peut raisonnablement affirmer qu'une donnée ne permettra d'identifier un individu, en liaison ou en combinaison avec d'autres données, qu'à la condition que le détenteur de cette donnée puisse accéder à ces données complémentaires. Ainsi, le détenteur de la donnée en question doit avoir, ou être en mesure d'obtenir, accès à ces données complémentaires – sans quoi il ne s'agira pas d'information concernant un individu identifiable.

- **Royaume-Uni** (*Data Protection Act*)

[TRADUCTION] [Paragraphe 1(1)] Données personnelles s'entend des données relatives à un individu vivant qui peut être identifié :

- a) à partir de ces données ou
- b) à partir de ces données et d'autres renseignements qui sont en possession ou sont susceptibles d'être en possession du contrôleur des données⁴².

⁴⁰ British Medical Association, *Confidentiality and disclosure of health information*, R.-U., 14 octobre 1999). Voir la définition de [TRADUCTION] « renseignement rendu anonyme ».

⁴¹ *Health Information Act*, S.A. (1999), c. H-4.8, par. 57(1).

⁴² Royaume-Uni, *Data Protection Act* (1998), c. 29, par. 1(1).

- **Royaume-Uni** (Medical Research Council)

[TRADUCTION] Les données personnelles [...] visent les renseignements concernant des personnes vivantes qui peuvent être identifiées à partir de ces données, ou d'une combinaison de ces données avec d'autres renseignements que la personne ayant le contrôle des données a ou est susceptible d'avoir dans l'avenir.

[...]

Les données rendues anonymes reliées sont anonymes pour les personnes qui les reçoivent et les conservent (e.g. une équipe de recherche), mais elles contiennent des renseignements ou des codes pouvant permettre à d'autres (e.g. les personnes responsables des soins donnés à l'individu) d'identifier la personne à partir de ceux-ci⁴³.

- **Royaume-Uni** (British Medical Association)

[TRADUCTION] Renseignements rendus anonymes

[...]

La présence d'autres identificateurs peut vouloir dire que des renseignements qui semblent anonymes ne le sont pas vraiment puisqu'ils peuvent être reliés à l'individu qu'ils visent, combinés avec d'autres renseignements à la disposition de celui qui les reçoit. Par exemple, les renseignements identifiés seulement par le numéro NHS sont identifiables par les personnes ayant accès à une base de données des numéros NHS [...]⁴⁴. (nous soulignons)

La possibilité de relier les données doit être évaluée du point de vue de l'organisation qui désire les recueillir ou les utiliser. Par conséquent, pour déterminer si des données non reliées constituent des renseignements personnels, l'organisation qui les communique se demandera si l'organisation qui les reçoit a accès aux données complémentaires qui lui permettraient d'identifier des individus précis. Cependant, l'organisation qui communique les données ne sera pas tenue d'enquêter au-delà de la situation déjà portée à sa connaissance.

B. Considérations juridiques

Dans l'exercice du pouvoir de réglementer en vue de la réalisation des objets et des dispositions d'une loi, en vertu d'une habilitation générale résiduelle, il peut s'avérer nécessaire de clarifier le libellé de la loi. Ainsi, la première disposition réglementaire

⁴³ Medical Research Council, *Personal Information in Medical Research*, R.-U., octobre 2000, glossaire, p. 4.

⁴⁴ British Medical Association, *Confidentiality and disclosure of health information*, R.-U., 14 octobre 1999. Voir la définition de [TRADUCTION] « renseignement rendu anonyme ».

cherche à préciser le sens des termes « renseignement concernant un individu identifiable ». Comme il s'agit d'une expression figurant expressément dans la Loi, la disposition réglementaire proposée traite d'une matière qui relève du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil.

De plus, cette première recommandation est conforme à l'intention du législateur puisqu'elle facilite l'atteinte des objectifs énoncés à l'article 3 de la Loi. Les paramètres choisis pour décrire le « renseignement concernant un individu identifiable » protègent le droit individuel à la vie privée tout en reconnaissant le besoin légitime des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels dans certaines circonstances (*i.e.* lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible d'identifier un individu particulier, soit directement ou indirectement, en traitant ou en reliant les renseignements).

Cette disposition réglementaire se garde d'étendre ou de réduire la portée de la définition de « renseignement personnel » prévue par la Loi, conformément aux balises établies dans les arrêts *Gach* et *Paulsen* examinés ci-avant⁴⁵. Elle sert plutôt de guide pour déterminer quels renseignements concernent un « individu identifiable ». Par ailleurs, les critères établis dans cette disposition réglementaire sont compatibles avec l'énoncé général de la définition de « renseignement personnel » (« renseignement concernant un individu identifiable ») de même qu'avec les exceptions qu'elle prévoit (le nom, le titre, l'adresse ou le numéro de téléphone du lieu de travail).

Enfin, telle que proposée, cette disposition permettra aux chercheurs et aux sujets de recherche de mieux comprendre leurs droits et leurs obligations respectifs, grâce à une définition claire de « renseignement personnel ». En effet, les critères choisis renvoient à des notions familières, non seulement pour les communautés juridique et scientifique, mais également pour l'homme de la rue.

RECOMMANDATION 2 : « DANS LE CADRE D'ACTIVITÉS COMMERCIALES »

- 2. À titre de précision, des renseignements personnels sont recueillis, utilisés ou communiqués « dans le cadre d'activités commerciales », au sens de l'alinéa 4(1) a) de la loi, lorsque les activités d'une organisation ont pour but premier de faire bénéficier personnellement ses membres d'un gain pécuniaire, et non de recouvrer ses coûts ou de promouvoir ses objectifs philanthropiques, charitables, scientifiques ou autres.***

⁴⁵ Voir les notes 14 à 20 et le texte qui les accompagne.

A. Opportunité politique

Dans le secteur de la recherche en santé, à l'instar d'autres secteurs évoluant dans notre ère moderne, les activités d'une organisation peuvent comporter une combinaison d'activités commerciales et non commerciales⁴⁶. Cette réalité risque de créer une certaine incertitude quant à l'applicabilité de la partie I au domaine de la recherche en santé. Par conséquent, la présente recommandation vise à proposer un critère identifiant le « but premier » pour faciliter l'interprétation et l'application de l'alinéa 4(1)a) de la Loi (la « *disposition d'application* »), selon lequel la partie I « s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels [...] qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'activités commerciales ».

B. Considérations juridiques

En vertu de la disposition d'application, le champ d'application de la partie I se limite aux organisations qui recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements personnels « dans le cadre d'activités commerciales ». Les observations suivantes découlent du libellé de cette disposition.

a) *L'accent est mis sur les « activités commerciales » dans leur ensemble*

La disposition d'application porte sur les activités de l'organisation dans leur ensemble plutôt que sur l'exercice d'une activité unique, considérée de façon isolée ou distincte. Pour être visées par la partie I, les activités d'une organisation, considérées dans leur ensemble, doivent être d'une véritable nature commerciale. En effet, l'alinéa 4(1)a) précise que la partie I s'applique à une organisation qui recueille, utilise ou communique des renseignements personnels dans le cadre d'« activités commerciales », et non dans le cadre d'« une activité commerciale » ou de « toute activité commerciale ».

La disposition réglementaire proposée vise à clarifier la disposition d'application, laquelle porte sur l'ensemble des activités de l'organisation. Cette approche ne s'écarte pas de la définition d'« activité commerciale » prévue par le paragraphe 2(1) de la Loi. En vertu de cette disposition de la Loi, pour déterminer si une activité ou un acte particulier est une « activité commerciale », on examine son « caractère commercial⁴⁷ ». Cependant, il ne suffit pas de constater qu'une activité est commerciale pour conclure que la partie I s'applique; il faut nécessairement se reporter à la disposition d'application. À cette fin, il importe d'examiner le but premier de l'ensemble des activités de l'organisation pour en évaluer la nature véritable, commerciale ou non commerciale.

⁴⁶ Voir des exemples à la question 7 dans Instituts de recherche en santé du Canada et Institut canadien d'information sur la santé, *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques : Questions et réponses pour les chercheurs dans le domaine de la santé*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2001, p. 8-10.

⁴⁷ Le terme « commercial » n'est nulle part défini dans la Loi. L'énumération que contient la définition d'« activité commerciale » (« la vente, le troc ou la location de listes de donneurs, d'adhésion ou de collecte de fonds ») est peu utile pour interpréter le terme plus restreint « commercial ». Il faut recourir à d'autres règles, comme nous le verrons ci-après.

Compte tenu des observations qui précèdent, la disposition réglementaire proposée diffère nettement des dispositions réglementaires contestées dans les affaires *Gach* et *Paulsen*⁴⁸. Ici, aucune modification n'est apportée à quelque disposition ou définition contenues dans la loi. On propose plutôt une clarification nécessaire de la disposition d'application, laquelle s'harmonise avec l'intention exprimée par législateur.

b) Le sens de l'expression « dans le cadre d'activités commerciales »

L'application de deux règles d'interprétation fondamentales, (i) l'une fondée sur le sens ordinaire des mots, (ii) l'autre, sur une méthode contextuelle, historique, permet de mieux comprendre cette expression.

(i) Le sens ordinaire du mot « commercial »

Puisque le terme « commercial » n'est défini nulle part dans la Loi, même pas dans la définition d'« activité commerciale », la rédaction d'un règlement visant à clarifier la disposition d'application devrait se fonder sur les règles générales d'interprétation.

À cet égard, la règle fondée sur le sens ordinaire des mots est particulièrement utile. Elle s'exprime ainsi :

Comme on présume que l'auteur de la loi entend être compris des justiciables, [...] la loi est réputée être rédigée selon les règles de la langue en usage dans la population⁴⁹.

Dans les juridictions canadiennes de common law, les tribunaux ont affirmé que [TRADUCTION] «dans son sens ordinaire, l'expression 'fins commerciales' désigne l'exploitation d'une entreprise, ou d'une entreprise privée, à des fins lucratives⁵⁰ ». En outre, ils ont décrit la transaction commerciale comme [TRADUCTION] «celle ayant comme but premier la réalisation d'un profit⁵¹ ». Pour ce faire, ils se fondent parfois sur les définitions du terme « commercial » données dans les dictionnaires :

[TRADUCTION] Commercial : du point de vue du profit; ayant comme but premier la réalisation d'un profit⁵². (nous soulignons)

⁴⁸ Voir les notes 14 à 20 et le texte qui les accompagne.

⁴⁹ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p.243. Voir aussi, du même auteur : *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p.261.

⁵⁰ *Poiron c. Advocate General Insurance Company of Canada*, (1984) 32 Man.R. (2d) 230, 234 (B.R. Man.).

⁵¹ *R. c. Horseman*, [1986] 1 C.N.L.R. 79, 84 (C. prov. Alb.).

⁵² *Ibid.*, p. 84, où la Cour a cité le *Webster's Third New International Dictionary*, 1976. Voir, dans le même sens, les définitions suivantes de commercial :

Les tribunaux ont parfois examiné les entreprises à caractère social, qui peuvent ou non générer des profits dans le cadre de leurs activités. Par exemple, dans *Re Metropolitan Toronto Domed Stadium*⁵³, la Cour a refusé de qualifier de contribution à une « entreprise commerciale » les sommes versées par la municipalité de la communauté urbaine de Toronto à la *Stadium Corporation of Ontario Ltd.* À cet égard, la Cour a souligné que le projet de stade constituait un projet particulier [TRADUCTION] « destiné à bénéficier à la communauté urbaine de façon générale, en termes de prestige et de fierté »; il n'avait donc pas comme but premier la réalisation d'un profit :

[TRADUCTION] [t]out profit pouvant être réalisé [était] secondaire par rapport à l'objectif principal consistant à fournir à la communauté urbaine de Toronto une installation considérée par ses représentants élus comme appropriée pour un grand centre métropolitain de l'Amérique du Nord. Pour le législateur et les membres du conseil, le projet représente le meilleur moyen d'atteindre ce résultat⁵⁴. (nous soulignons)

De plus, dans le contexte fiscal plus particulièrement, les tribunaux tiennent compte de tous les facteurs pertinents afin de déterminer si l'objet prépondérant d'une entreprise est d'une « véritable nature commerciale » :

L'application du critère de l'activité commerciale énoncé par le juge Evans exige un examen et une appréciation de l'ensemble des facteurs afin de déterminer s'il s'agit en réalité d'une société véritablement commerciale. Il a également exprimé l'avis qu'une seule activité de nature commerciale peut influencer sur l'ensemble des activités de la société et suffire, comme dans l'arrêt *Windsor-Essex*, pour qu'elle soit considérée comme une entreprise. Il me semble qu'à ce dernier égard, il ne fait en réalité qu'appliquer le critère de l'objet prépondérant, en ce sens qu'il conclut qu'un seul objet peut revêtir une importance telle qu'il influe sur l'ensemble des objets. Comme je l'ai déjà indiqué, je ne rejette pas cette suggestion, mais, si on l'applique pour déterminer si une entreprise est d'une nature commerciale, cela entraînera des difficultés. Bon nombre d'organismes de bienfaisance qui œuvrent au sein de la collectivité et qui ont recours de temps à autre à des activités qu'on qualifierait de commerciales afin de réunir des fonds pour pouvoir remplir leurs

-
- *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10^e éd., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 1996, p. 231: [TRADUCTION] « [...] 2a : considéré dans l'optique d'un profit ». (nous soulignons)
 - De Wolf, Gregg, Harris, Scargill, *Gage Canadian Dictionary*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1998, p. 311: [TRADUCTION] « [...] 2. fait, fabriqué ou fonctionnant surtout pour réaliser un profit, en particulier aux dépens de la qualité, de la valeur artistique, etc. » (nous soulignons)

⁵³ *Re Metropolitan Toronto Domed Stadium*, (1985) 17 O.M.B.R. 347 (H.C.J. Ont.), 350.

⁵⁴ *Ibid.*

objets, risqueraient, par l'application de pareil critère, d'être considérés comme des entreprises. Attacher une importance primordiale à l'aspect commercial d'une opération litigieuse ne constitue pas, à mon avis, un guide sûr ni utile. J'estime que le critère de l'activité commerciale est trop imprécis pour qu'il puisse être appliqué avec uniformité. Je suis d'accord que, pour décider si une activité peut être qualifiée d'entreprise au sens de l'al. 7(1)b) de *The Assessment Act*, il faut examiner et apprécier l'ensemble des facteurs pertinents qui s'y rapportent. Cependant, il faut les examiner et les apprécier pour déterminer non pas si, dans un sens général, l'opération est de nature commerciale ou revêt des aspects commerciaux, mais si elle a comme objet prépondérant la réalisation de profits⁵⁵.

Ces autorités, rendues dans divers contextes dont le contexte fiscal, servent de fondement à l'interprétation voulant que les activités commerciales soient confinées à celles qui ont comme but premier, ou objet prépondérant, la réalisation d'un profit.

En outre, en droit civil québécois, du moins avant la réforme de 1994, la notion de « commerce » s'entendait traditionnellement des « activités, faites dans un but de spéculation, qui contribuent à la production et à la circulation des biens, ainsi qu'à la fourniture de services⁵⁶ ». (nous soulignons)

(ii) Interprétation contextuelle des lois connexes (*in pari materia*)

Le législateur fédéral a été la deuxième juridiction canadienne, après le Québec, à adopter une loi régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le secteur privé. À cette époque, l'assemblée législative québécoise avait déjà adopté la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1 (la « Loi du Québec »). Cette loi s'applique à la collecte, à la détention, à l'utilisation ou à la communication de renseignements personnels « à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 du *Code civil du Québec* » (article premier de la Loi du Québec). Puisque les deux lois portent sur la même matière, il convient d'interpréter certains termes de la loi fédérale à la lumière de la loi correspondante du Québec.

Cette approche s'appuie sur la règle fondée sur l'« interprétation contextuelle des lois connexes (*in pari materia*) », résumée ainsi :

[Traduction apparaissant dans l'ouvrage cité] Lorsqu'il se trouve différentes lois dans une même matière, il faut les considérer et les

⁵⁵ *Le Commissaire régional à l'évaluation et le greffier de la municipalité de la ville de Hearst et Caisse populaire de Hearst Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 57, 69-70.

⁵⁶ Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 103.

interpréter ensemble, comme un système, comme s'expliquant l'une par l'autre[...] ⁵⁷.

Même si le Québec est une juridiction différente, il convient malgré tout, et conformément aux principes fondamentaux de l'interprétation des lois, de dresser une telle comparaison :

[TRADUCTION] Pour interpréter les lois, les tribunaux estiment souvent utile d'examiner les lois d'autres juridictions. Ils consultent couramment la législation d'autres provinces lorsqu'ils interprètent une loi provinciale. En outre, ils se reportent à des lois provinciales lorsqu'ils interprètent la législation fédérale, et vice versa⁵⁸. (nous soulignons)

Soulignons que les comparaisons entre juridictions sont utiles, non seulement lorsque les termes des lois sont semblables, mais également lorsqu'ils se distinguent nettement. Dans l'un ou l'autre cas, on peut déduire l'intention du législateur, que ce soit en appliquant l'approche de la première juridiction ou en en retenant une autre :

[TRADUCTION] Lorsque deux lois portant sur la même matière ou adoptées à la même fin comportent un libellé semblable ou identique, les tribunaux peuvent facilement conclure que les mots ont le même sens et le même effet. Par contre, lorsque des lois semblables par ailleurs comportent des mots différents ou adoptent une approche différente, il faut en déduire que le sens ou l'objet recherché est différent⁵⁹. (nous soulignons)

En ce qui nous concerne, il importe d'examiner l'expérience du Québec afin de comprendre le contexte historique entourant l'adoption de la Loi. Même si la situation au Québec est différente – et précisément à cause de cette différence – elle peut être particulièrement utile pour interpréter et appliquer l'alinéa 4(1)a) de la Loi.

L'expérience du Québec

En 1994, le législateur québécois a introduit, dans le cadre de la réforme générale du *Code civil du Québec*, la vaste notion d'entreprise prévue à l'article 1525 C.c.Q., qui vise les activités commerciales et non commerciales. L'« exploitation d'une entreprise » a ainsi remplacé ce qui, jusqu'à maintenant, était limité à la notion d'activité commerciale ou lucrative. Cette modification répondait à des impératifs d'efficacité accrue; l'on réduisait les exigences de forme qui freinent l'activité économique, tout en incitant les

⁵⁷ Lord Mansfield dans *R. c. Loxdale*, (1758) 1 Burr. 445, 447, 97 E.R. 394, 395, cité par l'auteur dans Côté, *Interprétation des lois*, *supra*, note 49, p. 323.

⁵⁸ Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 290.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 291. Voir également Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, note 49, p. 347.

entités exerçant des activités économiques organisées à exécuter leurs obligations. Le ministre de la Justice (d'alors) avait expliqué ce raisonnement dans son commentaire publié lors de la réforme, en 1994 :

Le deuxième alinéa, lui [...] étend désormais son domaine d'application aux obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, commerciale ou autre.

Cette extension reflète l'approche du nouveau code, qui remplace globalement la notion de commerce et les notions dérivées d'actes de commerce et de commerçant, par exemple, par celle d'entreprise [...]

La notion d'entreprise recouvre l'ensemble de ces activités, lesquelles dépassent donc le cadre des activités commerciales puisqu'elles visent également, entre autres, les activités artisanales, agricoles, professionnelles ou fondées sur la coopération⁶⁰. (nous soulignons)

Ainsi, en substituant la vaste notion d'« entreprise » à celles, plus restrictives, de « commerce » et de ses dérivés (e.g. « actes de commerce » et « commerçant »), le législateur québécois a intentionnellement écarté le critère de l'« activité commerciale » fondé sur la réalisation de profits⁶¹.

La doctrine a permis d'expliquer cette évolution de la notion traditionnelle de « commerce » comme activité lucrative, vers la notion plus large d'« entreprise » maintenant codifiée à l'article 1525 C.c.Q., laquelle vise tant les professionnels que les organisations sans but lucratif à vocation sociale :

L'auteur des actes juridiques n'a pas à être un commerçant comme l'indique l'article 1525 C.c.Q. [...] Il est permis désormais de parler d'entreprises commerciales, d'entreprises agricoles, d'entreprises professionnelles, [...] comme c'est le cas en France.

⁶⁰ Québec (prov.), ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, volume 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 936.

⁶¹ Comme nous le mentionnions ci-avant, en vertu du droit civil québécois en vigueur avant la réforme de 1994, la notion traditionnelle de « commerce » était définie comme l'« ensemble des activités, faites dans un but de spéculation [...] ». Voir CRDP, *supra*, note 56, p. 103.

Appliquant le droit en vigueur depuis la réforme, les tribunaux ont établi une distinction entre la notion d'entreprise et la notion plus restrictive d'« activité commerciale », fondée sur des objectifs de gain. Voir : *Mailly c. Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud*, [1996] 292, 299 (C.A.I.), rév. pour des motifs différents : *Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud c. Mailly*, [2000] C.A.I. 427 (C.Q.).

Qui plus est, celui qui exploite une entreprise peut ne pas en chercher un bénéfice personnel; ce serait le cas, par exemple, de l'entreprise exploitée par un fiduciaire. De plus, l'exploitation de l'entreprise peut être faite sans avoir pour objet un profit, par exemple une compagnie sans but lucratif opérant une boîte à chanson ou un théâtre, ou une association récréative exploitant un terrain de golf⁶². (nous soulignons)

Comme nous l'expliquons ci-après, le législateur fédéral a retenu une autre approche lorsqu'il a établi le champ d'application de la partie I de la Loi.

Interprétation contextuelle de la Loi (in pari materia)

Il est présumé qu'au moment où le législateur fédéral a rédigé et adopté la Loi, il connaissait le libellé de la Loi du Québec. En effet, celle-ci constituait alors l'unique loi provinciale en vigueur à l'époque portant sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Le Parlement devait alors savoir que la Loi du Québec s'appliquait indistinctement aux entreprises commerciales et non commerciales (*i.e.* les entreprises sans but lucratif, même de nature professionnelle). Par conséquent, il est raisonnable de conclure que, en limitant l'application de la partie I aux organisations recueillant, utilisant ou communiquant des renseignements personnels « dans le cadre d'activités commerciales », plutôt qu'« à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise », le législateur fédéral a délibérément choisi d'en limiter l'application à un sous-ensemble de la vaste gamme d'activités visées par la Loi du Québec. Il a donc volontairement opté pour un champ d'application plus restreint, ne visant que les activités qui, dans leur ensemble, poursuivaient des fins lucratives. Les professionnels et les organismes sans but lucratif, dont les activités n'ont pas comme but premier la réalisation d'un profit, étaient donc destinés à être exclus de l'application de la partie I.

⁶² Pierre J. Dalphond, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois » dans (1994) 54 *R. du B.* 35, p. 44-45. Dans le même sens, voir : Patrice Vachon, « La notion d'entreprise de l'article 1525 C.c.Q. et son impact sur les transactions immobilières », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit commercial*, 1995, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p. 117-149.

RECOMMANDATION 3 : « RECHERCHE ÉRUDITE » ET « FINS DE RECHERCHE ÉRUDITE »

L'utilisation et la communication de renseignements personnels sans consentement sont permises en vertu des conditions strictes précisées respectivement aux alinéas 7(2)c) et 7(3)f). Une de ces conditions est l'utilisation ou la communication de renseignements « à des fins statistiques ou à des fins d'étude ou de recherche érudites ». Les dispositions suivantes visent à clarifier deux notions distinctes : le paragraphe 3(1) proposé jette de la lumière sur la « recherche érudite » alors que le paragraphe 3(2) proposé clarifie la notion de « fins de recherche érudite ».

3.1 « RECHERCHE ÉRUDITE »

3(1) À titre de précision, l'expression « recherche érudite » aux alinéas 7(2)c) et 7(3)f) de la loi désigne la recherche:

a) dont le but premier consiste à établir des faits, des principes ou des connaissances généralisables, ayant une valeur sociale et destinés à la diffusion publique;

b) qui a été approuvée par un comité d'éthique spécifiquement désigné en vertu d'une loi ou dûment constitué par une université, un établissement affilié, un organisme professionnel, un organisme de financement ou un autre organisme semblable, là où les normes éthiques nationales et internationales applicables le prescrivent et conformément à celles-ci.

La recherche érudite peut comprendre la recherche financée conjointement par les secteurs privé et public.

A. Opportunité politique

Les définitions de l'expression « recherche érudite » sont rares, sinon inexistantes. Toutefois, les contextes dans lesquels le terme « recherche » a été défini (e.g. dans les dictionnaires, les lignes directrices émises par les organismes fédéraux de financement ou les lois habilitantes des organismes fédéraux de financement) peuvent s'avérer utiles. Par exemple, voir les définitions tirées des ouvrages suivants :

- *J.M. Last, éd., A Dictionary of Epidemiology*

[TRADUCTION] [La recherche est définie comme] une catégorie d'activités destinées à étendre les connaissances généralisables ou à y contribuer, (lesquelles) consistent en des théories, des principes ou des

relations, ou l'accumulation de renseignements sur lesquels ces derniers se fondent, qui peuvent être corroborés par des méthodes d'observation, des déductions ou des expériences scientifiques acceptables⁶³.

- **Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains**

La recherche avec des sujets humains repose sur l'engagement moral fondamental d'améliorer le bien-être, la connaissance et la compréhension des êtres humains et d'étudier la dynamique culturelle. Les raisons qui poussent les chercheurs, les universités, les gouvernements et les établissements privés à entreprendre ou à financer ce type de recherche sont multiples – soulager la souffrance humaine, valider des théories sociales ou scientifiques, dissiper l'ignorance, analyser des politiques ou encore comprendre le comportement humain et l'évolution de la condition humaine. La recherche avec des sujets humains produit au moins trois grandes catégories d'avantages.

- Le moteur de la recherche est le désir fondamental de comprendre et d'acquérir de nouvelles connaissances.
- La volonté d'enrichir le savoir rend parfois service aux sujets de recherche, qui peuvent ainsi bénéficier de l'amélioration des traitements, de la découverte d'informations concernant leur bien-être, d'une meilleure définition des traditions culturelles, orales, écrites ou historiques ou encore de la satisfaction d'être utile à la société par le biais de la recherche.
- La recherche s'avère aussi bénéfique à la fois à des groupes donnés et à la société dans son ensemble. Ainsi, l'observation du comportement politique peut corriger des directives; des découvertes sur l'incidence d'une maladie peuvent améliorer la santé publique et, enfin, de nouvelles données sociologiques concernant des styles de vie peuvent donner lieu à une réforme sociale. Quant aux disciplines reposant par exemple sur les textes, la danse, le théâtre ou l'histoire orale, elles continuent à éclairer les anciennes et nouvelles réalités⁶⁴.

- **La Loi sur les instituts de recherche en santé du Canada**

[Article 4] IRSC a pour mission d'exceller, selon les normes internationales reconnues de l'excellence scientifique, dans la

⁶³ J.M. Last, éd., *A Dictionary of Epidemiology*, 4^e éd., New York, Oxford University Press, 2001, p. 157-158.

⁶⁴ Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada et Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998, p. i.4 (« EPTC »).

création de nouvelles connaissances et leur application en vue d'améliorer la santé de la population canadienne, d'offrir de meilleurs produits et services de santé et de renforcer le système de santé au Canada [...] ⁶⁵.

La définition de recherche érudite doit refléter la tendance moderne à conclure des ententes de financement favorisant le partenariat entre les divers secteurs (secteurs public et privé, et les organismes bénévoles). En effet, la participation du secteur privé ne suffit pas à transformer une recherche érudite en activité commerciale. Le deuxième alinéa du paragraphe 3(1), tel que proposé, vise à clarifier la situation à cet égard.

La disposition proposée reconnaît également de façon expresse l'importance du rôle des comités d'éthique de la recherche (« CER »). L'examen et l'approbation par un tel comité d'éthique est une condition essentielle à la réalisation d'une « recherche érudite » dans toute université canadienne ou tout établissement y affilié, financé à même les fonds fédéraux. La même exigence est également prévue en vertu de la réglementation fédérale relative aux essais cliniques. Par conséquent, cette réalité devrait se refléter dans le sens même qui est attribué à l'expression « recherche érudite », le tout dans un souci d'apporter plus de clarté et de certitude en ce domaine. D'ailleurs, les commissaires à la protection de la vie privée et les tribunaux seront vraisemblablement rassurés de constater que, lorsqu'il s'agit de recherche érudite, même lorsque l'exception au consentement s'applique, il existe d'autres mécanismes de protection assurant la réalisation de l'objet général de la Loi et ce, dans un cadre éthique beaucoup plus vaste et cohérent.

Des CER indépendants et multidisciplinaires oeuvrent dans les universités et les établissements universitaires affiliés de tout le pays, au niveau local, depuis plusieurs années voire, dans certains cas, depuis plus de deux décennies. De par leur composition, ils représentent des points de vue très diversifiés et constituent une ressource importante en termes d'expérience dans l'examen de l'acceptabilité éthique des protocoles de recherche. Les CER ont acquis une connaissance spécialisée de la complexité inhérente aux projets de recherche multidisciplinaires. Ils sont particulièrement bien placés pour remplir à la fois un rôle d'examen et d'éducation; ils examinent les protocoles de recherche en vue de déterminer leur acceptabilité sur le plan éthique, en considérant le point de vue du sujet de recherche. De plus, ils remplissent sur une base continue des fonctions de consultation et d'éducation au sein de la communauté des chercheurs ⁶⁶.

Les CER sont bien au fait des questions relatives à la protection des êtres humains et aux besoins de la société en termes de recherche. Ils examinent les protocoles de recherche selon les principes fondamentaux suivants, énoncés dans l'EPTC ⁶⁷ :

- le respect de la dignité humaine,

⁶⁵ La *Loi sur les instituts de recherche en santé du Canada*, L.C. 2000, c. 6, art. 4.

⁶⁶ Voir l'EPTC, en particulier le chap. 1, « L'évaluation éthique », 1.1 à 1.12.

⁶⁷ *Ibid.*

- le respect du consentement libre et éclairé,
- le respect de la vie privée et des renseignements personnels,
- le respect de la justice et de l'intégration,
- l'équilibre entre les avantages et les inconvénients,
- la réduction des inconvénients,
- l'optimisation des avantages.

L'expérience des CER est unique non seulement eu égard à chacun de ces principes, mais aussi quant à leur application selon une méthode proportionnelle et souple permettant d'atteindre un équilibre général. Ils évaluent le contexte global d'une recherche, en soupesant ses inconvénients éventuels pour l'individu, d'une part, et les bénéfices qu'elle est susceptible d'entraîner pour la société dans son ensemble, d'autre part⁶⁸. Le fonctionnement des CER a fait l'objet d'un examen minutieux au cours des dernières années, étant donné leur lourde charge de travail et leurs ressources limitées. Il importe de poursuivre le déploiement d'efforts parallèles pour renforcer et appuyer ces organismes afin qu'ils puissent continuer de s'acquitter de leurs importantes responsabilités.

L'importance du rôle des CER dans la surveillance de l'éthique de la recherche en général et la protection des renseignements personnels en particulier a déjà été reconnue dans plusieurs juridictions canadiennes :

- **Québec (Code civil du Québec)**

[Paragraphe 21(1)] Toute expérimentation qui vise une personne mineure ou majeure inapte à consentir, ou un groupe de personnes mineures ou majeures incapables, doit être effectuée dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par un comité d'éthique, désigné ou institué par le ministre de la Santé et des Services sociaux, dans les conditions que celui-ci détermine. De plus, elle doit laisser espérer un bénéfice pour la personne concernée ou, s'il s'agit d'un groupe, pour la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que les personnes soumises à l'expérimentation.

- **Alberta (*Health Information Act*)**

[TRADUCTION] [Article 49] La personne qui a l'intention d'effectuer une recherche peut présenter un projet à un comité d'éthique qui l'examinera⁶⁹.

⁶⁸ *Ibid.* Voir le chapitre « Contexte du cadre éthique », p. i.4-i.10. Pour des règles plus précises sur la vie privée, voir le chap. 3 « Vie privée et confidentialité des données », p. 3.1-3.8, le chap. 8 « La recherche en génétique humaine », p. 8.1-8.10, et le chap. 10 « Les tissus humains », p. 10.1-10.4.

⁶⁹ *Health Information Act*, S.A. (1999), c. H-4.8, art. 49.

- **Saskatchewan** (*Health Information Protection Act*)

[TRADUCTION] [Paragraphe 29(1)] Un fiduciaire ou un service d'archives désigné peut utiliser ou communiquer des renseignements personnels sur la santé à des fins de recherche, avec le consentement exprès de la personne visée, si : a) [...] b) le projet de recherche a été approuvé par un comité d'éthique pour la recherche reconnu par le ministre [...]⁷⁰.

- **Manitoba** (*Loi sur les renseignements médicaux personnels*)

[Paragraphe 24(1)] Le dépositaire ne peut communiquer des renseignements médicaux personnels à une personne qui dirige un projet de recherche dans le domaine de la santé que si le projet a été approuvé en vertu du présent article.

[Paragraphe 24(2)] L'approbation peut être donnée par :

a) le Comité de la protection des renseignements médicaux constitué en application de l'article 59, si le gouvernement ou un organisme gouvernemental maintient les renseignements médicaux personnels; b) un comité de révision de la recherche institutionnelle, si un dépositaire autre que le gouvernement ou un organisme gouvernemental maintient les renseignements médicaux personnels⁷¹.

- **Ontario** (projet de loi 159, *Loi sur la confidentialité des renseignements personnels sur la santé*)

[Paragraphe 32(1)] Le dépositaire de renseignements sur la santé ne peut divulguer des renseignements personnels sur la santé à un chercheur, soit une personne qui mène un projet ou programme de recherche, que si un organisme d'examen éthique de la recherche désigné par règlement a approuvé le projet ou programme conformément au présent article⁷².

B. Considérations juridiques

La notion de «recherche érudite », figurant dans la Loi mais définie nulle part, en est une qui requiert clarification par voie de règlement, en application de la disposition habilitante générale résiduelle prévue à l'alinéa 26(1)b). Par conséquent, l'alinéa 3(1)b)

⁷⁰ *Health Information Protection Act*, S.S. (1999), c. H-0.021, par. 29(1).

⁷¹ *Loi sur les renseignements médicaux personnels*, S.M. (1997), c. P-33.5, par. 24(1) et 24(2).

⁷² Projet de loi 159, *Loi de 2000 sur la confidentialité des renseignements personnels sur la santé* (1^{re} sess., 37^e lég., Ontario, 2000 – mort au feuillet), par. 32(1).

proposé permet aux chercheurs et aux sujets de recherche de mieux comprendre leurs droits et leurs obligations respectifs.

Telle que proposée, la définition énoncée au paragraphe 3(1) est non seulement conforme aux objets et aux dispositions de la Loi; elle en favorise la réalisation. En effet, en vertu de cette disposition, une recherche particulière ne cadrera dans l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi (alinéas 7(2)c) ou 7(3)f) que si les conditions suivantes sont respectées :

- La recherche a pour but premier d'établir des faits, des principes ou des connaissances généralisables ayant une valeur sociale et destinés à la diffusion publique (alinéa 3(1)a) proposé). Une telle recherche est plus susceptible de satisfaire aux exigences du test de la « personne raisonnable » , applicable en vertu de la disposition de déclaration d'objet (*in fine*), lorsqu'il s'agit d'évaluer les besoins de l'organisation.
- La recherche a obtenu l'approbation préalable d'un CER, selon les exigences prévues à l'alinéa 3(1)b) tel que proposé. Cette condition permet également de réaliser les objectifs énoncés à l'article 3 de la Loi, puisque les normes éthiques nationales et internationales applicables visent à protéger les sujets de recherche et leur droit à la vie privée⁷³.

Soulignons que cette recommandation n'ajoute aucune nouvelle condition à celles déjà énoncées aux alinéas 7(2)c) et 7(3)f). Elle clarifie plutôt l'une des conditions établies dans la Loi pour l'utilisation ou la communication de renseignements personnels sans le consentement de l'individu.

Pour que la validité de cette disposition réglementaire soit reconnue, elle ne doit pas être interprétée comme une sous-délégation illégale de pouvoirs législatifs. Or, un tribunal ne pourrait rendre un tel constat d'illégalité sans d'abord établir que des pouvoirs législatifs ont effectivement été sous-délégués. Or, il n'en est rien.

Un vaste éventail de pouvoirs, notamment ceux de nature judiciaire, quasi judiciaire, ministérielle, administrative ou législative, sont susceptibles d'être attribués ou délégués par la loi à une personne ou à un organisme précis⁷⁴. Lorsque ces mêmes pouvoirs sont de nouveau transférés à une autre entité, il y a alors sous-délégation du pouvoir prévu par la loi.

Il faut éviter de confondre l'exercice approprié et valide de pouvoirs prévus à la loi avec la sous-délégation. Aussi, la portée de cette dernière notion est mieux appréciée en la distinguant de ce qu'elle n'est pas. Par exemple, la sous-délégation se différencie de l'incorporation par renvoi à des normes extérieures, un procédé licite, pourvu que les instruments ou les textes incorporés par renvoi soient accessibles et clairement

⁷³ Par exemple, voir l'annexe 2 de l'EPTC, qui contient de nombreuses mesures de protection des sujets de recherche contre la violation de leur droit à la vie privée (en particulier, les articles 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 3.2, 3.3, 3.4 et 3.5).

⁷⁴ Dussault et Borgeat, *supra*, note 12, p. 530.

identifiés dans la réglementation⁷⁵. La sous-délégation se distingue également de la technique, tout aussi licite, consistant à renvoyer à un acte antérieur de la part d'un organisme tiers, comme condition préalable.

Il n'y a aucune sous-délégation lorsqu'un règlement tient simplement compte de l'opinion ou de la décision antérieure d'un organisme externe, comme condition préalable à des conséquences juridiques. Ce principe a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lamoureux c. Ville de Beaconsfield*⁷⁶. Dans cet affaire, la ville avait adopté un nouveau règlement municipal restreignant l'utilisation de terrains pour certains usages, dont celui d'exploiter une station-service. Ce règlement municipal prévoyait qu'aucun permis ne serait accordé pour une telle utilisation si les deux tiers d'un groupe désigné de propriétaires fonciers s'étaient déjà opposés au projet, selon la procédure prévue au règlement. L'appelant Lamoureux prétendait que la disposition pertinente était *ultra vires* des pouvoirs de la ville au motif que cette dernière avait illégalement délégué son pouvoir législatif aux propriétaires fonciers. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Martland a écarté cette prétention pour les motifs suivants :

Le règlement en question énonce les conditions que doit remplir l'auteur d'une demande de permis de poste d'essence et prévoit notamment, comme condition préalable à l'octroi du permis, que les propriétaires de terrains voisins auront la possibilité de s'y opposer et que, s'ils font part, dans une majorité importante, de leurs oppositions, le permis ne sera pas accordé [...]

Le règlement ne [...] délègue pas [aux propriétaires fonciers] le pouvoir général de décider, comme dans *Vic Restaurant et Cité de Verdun*, de l'opportunité de délivrer un permis de poste d'essence. Au contraire, le règlement tient compte, dans chaque cas particulier, de l'opinion des propriétaires fonciers voisins, qui sont les personnes véritablement touchées par l'utilisation projetée, et y assujettit l'octroi du permis. À mon avis, cela est conforme aux principes de la législation relative au zonage et la disposition n'est pas *ultra vires* de la ville intimée⁷⁷. (nous soulignons)

Dans une autre affaire⁷⁸, un tribunal manitobain a dû déterminer si des pouvoirs législatifs avaient été illégalement sous-délégués à des organismes tiers. En l'espèce, deux transporteurs aériens commerciaux étaient accusés d'avoir violé le *Règlement de l'air* pris en application de la *Loi sur l'aéronautique*, en n'entretenant pas leurs aéronefs selon les instructions du fabricant. En vertu du règlement, le ministre des Transports avait délégué à un représentant du ministère la responsabilité de publier un manuel contenant des normes de navigabilité pour les aéronefs. Ce manuel imposait à tous les transporteurs, comme condition de navigabilité, l'obligation de respecter les

⁷⁵ *Ibid.*, p. 535-536.

⁷⁶ [1978] 1 R.C.S. 134 (« *Lamoureux* »).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 141-142.

⁷⁸ *R. v. Perimeter Airlines (Inland) Ltd. et Perimeter Aviation Ltd.*, (1986) 6 W.W.R.110 (C. prov. Man.) (« *Perimeter* »).

recommandations du fabricant (lesquelles étaient publiées dans un manuel de vol). Les transporteurs ont soutenu devant la Cour que cette exigence constituait une sous-délégation illégale de pouvoirs législatifs aux fabricants d'aéronefs. Rejetant cette prétention, la Cour a plutôt retenu la thèse la Couronne :

[TRADUCTION] En outre, le ministre n'a pas sous-délégué ses pouvoirs aux fabricants d'aéronefs, comme le soutient la défense.[...]

Comme nous l'avons déjà dit, le ministre a, dans le *Règlement de l'air*, fixé les conditions générales relatives aux modalités selon lesquelles un aéronef peut voler au Canada [...]

Je souscris aux arguments du procureur de la Couronne [...]:

Nous affirmons qu'aucune délégation du pouvoir législatif relatif aux normes de navigabilité applicables aux fabricants d'aéronefs n'est survenue du fait que le ministre a déterminé le programme d'entretien dont doivent faire l'objet les aéronefs immatriculés au Canada, par renvoi aux recommandations des fabricants. Il n'y a pas délégation parce que le ministre a décidé des conditions visant le maintien de validité du certificat de navigabilité. Les fabricants d'aéronefs n'ont aucun rôle dans la détermination de la condition à laquelle le certificat de navigabilité est émis ou restera en vigueur. Les conditions ont été fixées et seront appliquées par le ministre. Point encore plus important, seul le ministre peut modifier les conditions⁷⁹. (nous soulignons)

Par ailleurs, il serait erroné de prétendre qu'un règlement effectue une sous-délégation de pouvoirs du seul fait qu'il renvoie à l'exercice par un organisme de pouvoirs qu'il détenait déjà. La Cour d'appel de l'Ontario a d'ailleurs souligné que la question de la sous-délégation ne se soulève même pas lorsque l'entité concernée n'est pas dotée de nouveaux pouvoirs, dont elle n'était pas déjà titulaire⁸⁰.

À la lumière de ces autorités, il appert que le simple renvoi à un acte ou à une décision antérieure d'un organisme extérieur, comme condition préalable, n'équivaut pas à de la sous-délégation. Au contraire, en fixant une telle condition, l'autorité qui a recours à cette technique exerce simplement son rôle de législateur délégué. Ce faisant, il n'accorde aucun nouveau pouvoir à l'organisme désigné, en vertu du règlement.

La situation décrite ci-avant contraste vivement avec l'octroi à un tiers d'une discrétion pour appliquer des normes législatives sur une base individuelle. Cette dernière mesure serait illégale puisqu'elle équivaudrait à transformer des pouvoirs législatifs en des

⁷⁹ *Ibid.*, p. 127-128.

⁸⁰ *Farm Credit Corp. c. Pipe*, (1993) 17 *Adm. L.R.*(2d) 308 (C.A. Ont.). Même si l'affaire ne portait pas sur les pouvoirs législatifs, l'opinion incidente de la Cour, rédigée par le juge Tarnopolsky, est très pertinente pour notre propos. Ce dernier souligne que, en l'espèce, la sous-délégation n'était tout simplement pas en cause, invoquant le fait que [TRADUCTION] « le décret en l'espèce ne confère pas à l'intimé de nouveaux pouvoirs qu'il n'avait pas déjà [...] » (p. 316). (nos soulignons)

pouvoirs administratifs⁸¹. Il s'agirait d'une telle transformation de pouvoirs si le règlement, au lieu de fixer des normes générales, accordait à un organisme de vastes pouvoirs administratifs discrétionnaires, lui permettant de trancher des cas individuels, sans lui fournir de directives suffisantes. L'affaire *Nation dénée*⁸² illustre l'illégalité d'une telle transformation de pouvoirs. Dans cette affaire, au lieu de fixer des normes claires visant l'utilisation de certaines eaux sans permis dans son règlement, le gouverneur en conseil a adopté un règlement conférant au contrôleur le pouvoir discrétionnaire de décider des cas où une telle utilisation serait permise. Même si, dans cette affaire, la disposition contestée fixait des directives générales pour le contrôleur, elle prévoyait que l'eau pouvait être utilisée sans permis «s'il [le contrôleur] est convaincu que l'usage projeté est conforme aux conditions prévues au paragraphe 10(1) de la Loi [...] » (nous soulignons). En statuant que la disposition réglementaire était *ultra vires*, le juge Reed, au nom de la Section de première instance de la Cour fédérale, a déclaré ce qui suit :

Ce que l'on remarque en premier lieu dans la disposition réglementaire contestée est le fait qu'un contrôleur, dont la Loi ne prévoit pas l'existence, est habilité à autoriser l'utilisation d'eaux sans permis lorsque l'usage projeté est conforme «aux conditions prévues au paragraphe 10(1) de la Loi ». Cela signifie que les règlements obligent le contrôleur à exercer une fonction décisionnelle semblable à celle des offices des eaux des territoires.

[...]

J'admets que le contrôleur n'a pas été autorisé à légiférer, par exemple, en établissant des règles ou des règlements. Ce qui s'est plutôt produit, c'est qu'on a transformé par règlement un pouvoir législatif en un pouvoir administratif ou quasi judiciaire, et qu'on a conféré ce pouvoir au contrôleur.

[...] lorsque le pouvoir de légiférer par règlement est conféré à une entité juridique, ce pouvoir doit être exercé tel quel et ne peut pas être exercé par la création d'un sous-délégué possédant le pouvoir discrétionnaire de prendre les décisions [...]

⁸¹ Sur l'illégalité de ce type de règlement, voir Dussault et Borgeat, *supra*, note 12, p. 533 :

Alors qu'on attend d'elle, sur certaines questions de détail non prévues par la loi, l'édiction de normes objectives de comportement uniformes pour tous les administrés, l'autorité réglementante s'accorde quelquefois, en décidant de rédiger les règlements en termes discrétionnaires, le pouvoir de rendre une décision particulière dans chaque cas. C'est le cas par exemple d'une régie qui, autorisée à réglementer les conditions d'obtention d'un permis, décide d'adopter un règlement lui accordant toute discrétion concernant l'émission de chacun des permis réclamés. L'illégalité d'un tel procédé, s'il n'est pas autorisé expressément par le Parlement, ne fait aucun doute; l'exercice d'un pouvoir réglementaire doit avoir pour objet l'adoption de normes générales et non l'établissement d'une discrétion administrative.

Voir également la décision faisant jurisprudence sur la transformation des pouvoirs législatifs en un pouvoir discrétionnaire administratif : *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131, en particulier p. 147.

⁸² *Nation dénée et al. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 942, 950 (« *Nation dénée* »).

En l'espèce, il n'y a pas eu délégation totale comme ce fut le cas dans les arrêts *Brant* et *Brent* (précités) [...] Cependant, les textes législatifs ne contiennent pas suffisamment d'indications pour empêcher de conclure qu'il y a eu une sous-délégation non autorisée. Le paragraphe 10(1) n'énonce pas de manière suffisamment complète l'ensemble des conditions applicables⁸³. (nous soulignons)

Les faits de l'affaire *Nation dénie* sont cependant fort différents de ceux à l'origine des arrêts *Lamoureux* ou *Perimeter*. Dans *Nation dénie*, le règlement attribuait au contrôleur le pouvoir discrétionnaire d'appliquer les dispositions de la Loi, alors que, ni dans *Lamoureux* ni dans *Perimeter*, quelque discrétion que ce soit n'avait été conférée aux propriétaires fonciers ou aux fabricants pour décider d'une question prévue par la loi applicable.

À la lumière de ce qui précède, le renvoi à l'approbation du CER fait dans l'alinéa 3(1)*b*) proposé n'équivaut pas à une sous-délégation de pouvoirs législatifs. En définissant « recherche érudite » en fonction de l'approbation préalable du CER, le gouverneur en conseil se trouve plutôt à exercer son pouvoir de réglementation, sans attribuer aux CER quelque nouveau pouvoir décisionnel que ce soit. En effet, les CER disposent déjà de l'autorité requise pour approuver des projets de recherche à des fins de financement, en appliquant des normes éthiques élevées, et ce pouvoir existe indépendamment du régime législatif prévu par la Loi. L'alinéa 3(1)*b*) proposé ne confère aucunement aux CER la moindre autorité pour déterminer si un projet de recherche donné constitue, au sens de la Loi, une recherche « érudite ». Dans l'éventualité d'une plainte, une telle décision reviendrait plutôt au commissaire à la protection de la vie privée, lequel déciderait si le cas est visé par l'une des exceptions prévues aux alinéas 7(2)*c*) ou 7(3)*f*), en appliquant tous les critères pertinents, incluant celui de l'approbation préalable d'un CER.

3.2 « FINS DE RECHERCHE ÉRUDITE »

3(2) À titre de précision, l'expression « fins de recherche érudite » aux alinéas 7(2)*c*) et 7(3)*f*) de la loi doit inclure des fins cohérentes, comme la validation et la vérification de résultats de recherche, la poursuite de recherches connexes qui sont raisonnablement et directement liées au but de la recherche initiale, et la communication aux personnes intéressées d'information concernant les risques, non anticipés et à long terme, d'effets potentiellement indésirables.

⁸³ *Ibid.*, p. 946-948.

A. Opportunité politique

Cette disposition précise la portée de l'expression «fins de recherche érudite » en énumérant les fins directement liées à la recherche, lesquelles ne seraient pas de nouvelles fins exigeant un nouveau consentement et, partant, justifieraient la conservation des données jusqu'à ce que ces premières fins soient réalisées. Cette précision est particulièrement importante pour attribuer un sens pratique, réalisable et faisable aux principes qui gouvernent la conservation et la destruction des renseignements, qui sont énoncés dans le Code de la CSA, incorporé à la Loi dans l'annexe 1.

[Clause 4.2.4] Avant de se servir de renseignements personnels à des fins non précisées antérieurement, les nouvelles fins doivent être précisées avant l'utilisation. À moins que les nouvelles fins auxquelles les renseignements sont destinés ne soient prévues par une loi, il faut obtenir le consentement de la personne concernée avant d'utiliser les renseignements à cette nouvelle fin.

[Clause 4.5] Les renseignements personnels ne doivent pas être utilisés ou communiqués à des fins autres que celles auxquelles ils ont été recueillis à moins que la personne concernée n'y consente ou que la loi ne l'exige. On ne doit conserver les renseignements personnels qu'aussi longtemps que nécessaire pour la réalisation des fins déterminées.

Le Medical Research Council du Royaume-Uni a clairement formulé une approche semblable dans ses récentes lignes directrices, *Personal Information in Medical Research*⁸⁴ :

[7.1 Stockage – Clause 7.1.1] Les dossiers de recherche doivent être conservés pendant de nombreuses années, pour certaines raisons autres que la postérité historique. En premier lieu, les dossiers peuvent être nécessaires plus tard pour la validation scientifique de la recherche ou pour des recherches futures et des vérifications. En deuxième lieu, l'accès aux dossiers est nécessaire tant que les patients sont vivants, et ce tant par les patients eux-mêmes (qui peuvent se soucier de leur propre état de santé) que par leurs cliniciens – par exemple, dans le cas de l'essai de nouveaux traitements.

[7.2 Réutilisation des données par des tiers – Clause 7.2.1]. Les chercheurs obtenant des renseignements avec le consentement de l'intéressé devraient, lorsque c'est possible, prévoir la nécessité probable d'archiver les données et de le partager avec d'autres chercheurs, et l'expliquer clairement aux intéressés. Le consentement à cette procédure devrait être distinct du consentement à l'utilisation principale des renseignements. Les ensembles de données existantes peuvent être partagés avec d'autres chercheurs à la condition que cette pratique ne soit pas contraire à ce qu'on a déjà dit aux participants au sujet de l'utilisation des données. Par exemple, l'utilisation de données d'essais

⁸⁴ Medical Research Council, *Personal Information in Medical Research*, R.-U., octobre 2000, p. 33.

cliniques pour les méta-analyses ne devrait pas, à notre avis, exiger un nouveau consentement. (nous soulignons)

En règle générale, les lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels⁸⁵ permettent l'utilisation et la communication de renseignements personnels à des fins compatibles avec celles de la cueillette d'origine. Dans certains cas, la fin « compatible » est expressément définie, en partie, comme une fin liée de façon raisonnable et directe à la fin originale, ou raisonnablement compatible avec celle-ci.

B. Considérations juridiques

Le paragraphe 3(2) proposé vise à clarifier le sens de l'expression « fins de recherche érudite », compte tenu du fait que le paragraphe 3(1) définit déjà l'expression « recherche érudite ».

La clarification apportée par le paragraphe 3(2) réalise pleinement un objectif fondamental de la partie I, à savoir la restriction de la collecte, de l'utilisation et de la communication de renseignements personnels « à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances » (voir la disposition de déclaration d'objet, article 3, *in fine*, et le paragraphe 5(3) de la Loi).

Le paragraphe 3(2) proposé délimite la portée des exceptions prévues aux alinéas 7(2)c) et 7(3)f), tout en veillant à ce que l'utilisation ou la communication ultérieures sans consentement soient restreintes aux fins qui sont « acceptables » dans les circonstances, du point de vue d'une personne raisonnable. Cette approche est conforme à la clause 4.3 de l'annexe 1, qui doit être lue en corrélation avec ces exceptions :

4.3 Troisième principe – Consentement

Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire. (nous soulignons)

La lecture des clauses 4.3.2 et 4.3.5 de l'annexe 1 éclaire davantage le sens de ce qui est « approprié ». Ces clauses portent précisément sur les attentes raisonnables de l'individu lorsqu'il donne son consentement :

4.3.2

⁸⁵ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), c. P-21, al. 8(2)a); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. (1996), c. 165, al. 32a), 33c) et 34(1)a); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. (1994), c. F-18.5, al. 37(1)a), 38(1)b) et 39a); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. (1990-91), c. F-22.01, al. 28a) et 29(2)a); *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.M. c. F-175, al. 43a), 44(1)a) et 45a); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. (1993), c. 5, al. 26a), 27c) et 28a); *The Health Information Protection Act*, S.S. (1999), c. H-0.021, al. 26(3)a) et 27(3)a); *Loi sur les renseignements médicaux personnels*, L.M. (1997), c. P-33.5, al. 21a); projet de loi 159 de l'Ontario, *Loi de 2000 sur la confidentialité des renseignements personnels sur la santé* (1^{re} sess., 37^e lég., Ontario, 2000 – mort au feuillet, al. 24(3)b).

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. (nous soulignons)

4.3.5

Dans l'obtention du consentement, les attentes raisonnables de la personne sont aussi pertinentes. Par exemple, une personne qui s'abonne à un périodique devrait raisonnablement s'attendre à ce que l'entreprise, en plus de se servir de son nom et de son adresse à des fins de postage et de facturation, communique avec elle pour lui demander si elle désire que son abonnement soit renouvelé. Dans ce cas, l'organisation peut présumer que la demande de la personne constitue un consentement à ces fins précises. D'un autre côté, il n'est pas raisonnable qu'une personne s'attende à ce que les renseignements personnels qu'elle fournit à un professionnel de la santé soient donnés sans son consentement à une entreprise qui vend des produits de soins de santé. Le consentement ne doit pas être obtenu par un subterfuge. (nous soulignons)

Le paragraphe 3(2) vise l'application de ces principes généraux au contexte particulier de la recherche érudite. Les attentes raisonnables de tout participant à une recherche englobent vraisemblablement des fins qui sont compatibles avec la fin principale. Les fins cohérentes mentionnées au paragraphe 3(2), tel que proposé, n'ont rien en commun avec les fins considérées comme « inacceptables » en vertu de la clause 4.3.5 (*i.e.* un professionnel de la santé fournissant des renseignements personnels à une entreprise qui vend des produits de soins de santé).

RECOMMANDATION 4 : RÉCEPTION DE RENSEIGNEMENTS PERSONNELS AUX CONDITIONS PRÉVUES À L'ALINÉA 7(3)f)

4. ***Pour donner effet à l'exception prévue à l'alinéa 7(3)f) de la loi, une organisation peut recevoir des renseignements personnels à l'insu d'une personne ou sans son consentement aux conditions prévues à cet alinéa.***

A. Opportunité politique

Selon une interprétation littérale de la Loi, l'exception permettant la communication de renseignements personnels à des fins de recherche érudite sans consentement, dans certaines conditions prévues à l'alinéa 7(3)f), ne pourrait jamais avoir d'effet puisque l'organisation recevant les renseignements personnels à des fins de recherche érudite, dans ces conditions, ne serait pas autorisée à le faire sans consentement. Ce pourrait être le cas, par exemple, si la transaction impliquait une contrepartie ou si l'organisation

recevant les renseignements avait certaines caractéristiques commerciales. Il en résulterait une absurdité, de sorte que l'alinéa 7(3)f) serait tout à fait inutile.

Par conséquent, cette recommandation vise à donner effet à l'exception visant la communication prévue à l'alinéa 7(3)f), en veillant à ce que la réception des renseignements personnels soit autorisée dans les mêmes conditions. Cette disposition est nécessaire pour la réalisation de l'objet ultime de la partie I, qui consiste à :

fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

Plusieurs juridictions canadiennes ont adopté des dispositions expresses afin d'assurer la réciprocité entre la communication légale et la réception légale des renseignements personnels. En voici des exemples :

- **Fédéral** (*Loi sur la protection des renseignements personnels*)

[Paragraphe 5(1)] Une institution fédérale est tenue de recueillir auprès de l'individu lui-même, chaque fois que possible, les renseignements personnels destinés à des fins administratives le concernant, sauf [...] autres cas d'autorisation prévus au paragraphe 8(2) [cette dernière disposition énonce les conditions auxquelles les renseignements personnels peuvent être communiqués sans le consentement de l'individu même]⁸⁶.

- **Alberta** (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*)

[TRADUCTION] [Paragraphe 33(1)] L'organisme public doit recueillir les renseignements personnels directement auprès de l'individu visé par ceux-ci sauf si

[...]

b) les renseignements peuvent être communiqués à l'organisme public conformément à la section 2 de la présente partie⁸⁷,

⁸⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), c. P-21, par. 5(1).

⁸⁷ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.A. (1994), c. F-18.5, al. 33(1)b).

- **Manitoba** (*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*)

[Paragraphe 37(1)] La collecte de renseignements personnels par ou pour un organisme public se fait auprès du particulier concerné lui-même, sauf si :

[...]

e) les renseignements peuvent être communiqués à l'organisme public en vertu de la section 3 de la présente partie⁸⁸;

- **Colombie-Britannique** (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*)

[TRADUCTION] [Paragraphe 27(1)] L'organisme public doit recueillir les renseignements personnels directement auprès de l'individu visé par ceux-ci sauf si

[...]

b) les renseignements peuvent être communiqués à l'organisme public conformément aux articles 33 à 36, ou⁸⁹

B. Considérations juridiques

En adoptant cette disposition proposée, le gouverneur en conseil exercerait son pouvoir de réglementation de façon responsable. Le cadre juridique qui en résulterait serait complet et non équivoque, donnant effectivement suite à l'intention du législateur plutôt que de produire des conséquences absurdes et non voulues. Il s'agit de toute évidence d'une fonction qui revient principalement à la branche législative du gouvernement, et non aux tribunaux.

Si les incohérences découlant du libellé actuel de la Loi ne sont pas réglées par règlement, elles seront éventuellement portées à l'attention du commissaire à la protection de la vie privée ou des tribunaux, lorsque ces derniers seront appelés à interpréter la Loi dans le cadre d'un litige.

Les tribunaux ont souvent recours à la règle pragmatique d'interprétation⁹⁰ lorsqu'ils interprètent et appliquent des normes législatives qui produisent des effets absurdes, irrationnels, injustes ou déraisonnables⁹¹. Cette façon de faire leur permet d'éviter de telles conséquences, en appliquant la « règle d'or » qui peut se résumer ainsi :

⁸⁸ Manitoba, *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.M. (1997), c. 50, par. 37(1).

⁸⁹ Colombie-Britannique, *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. (1996), c. 165, al. 27(1)b).

⁹⁰ Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, note 49, p. 443-466.

⁹¹ D'autres adjectifs que « absurde » sont utilisés pour décrire de tels résultats, par exemple injuste, inéquitable, anormal, intolérable, inconcevable, étrange, bizarre, étonnant, curieux. À ce sujet, voir : Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, *ibid.*, p. 451-452.

[TRADUCTION] Il faut respecter le sens grammatical et ordinaire des mots, sauf s'il en résulte une absurdité ou une incohérence avec le reste de l'acte, auquel cas le sens grammatical et ordinaire peut être modifié afin d'éviter cette absurdité et cette incohérence, mais il ne faut pas aller plus loin⁹².

Cette règle d'interprétation repose sur la présomption voulant que le législateur n'ait pu vouloir adopter des normes produisant de tels résultats absurdes, irrationnels ou injustes. La portée exacte de cette règle a donné lieu à des opinions divergentes, et la règle ne pourra peut-être jamais être fixée⁹³. Toutefois, l'extrait qui suit résume éloquentement la tendance contemporaine :

[TRADUCTION] Il est maintenant bien établi qu'on peut tenir compte dans chaque cas des conséquences de l'application de la loi et que le sens ordinaire peut être rejeté, afin d'éviter des conséquences absurdes ou inacceptables. Le pouvoir du tribunal d'éviter l'absurdité n'est soumis qu'à une seule restriction : l'interprétation retenue doit être celle que les mots peuvent raisonnablement confirmer⁹⁴. (nous soulignons)

Les résultats aléatoires de l'application d'un tel critère justifient amplement la clarification proposée par voie de règlement. Il devrait incomber à la branche législative, et non judiciaire, d'éviter les conséquences absurdes auxquelles peut donner lieu une loi⁹⁵. En outre, afin de réaliser pleinement les dispositions et les fins de la partie I, comme le veut la disposition habilitante (l'alinéa 26(1)b)), il convient d'éviter de tels résultats anormaux.

⁹² Lord Wensleydale, dans : *Grey c. Pearson*, cité par Sullivan, *supra*, note 58, p. 80.

⁹³ *Ibid.*, p. 81-83; Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, note 49, p. 448-459.

⁹⁴ Sullivan, *supra*, note 58, p. 85.

⁹⁵ Comme l'a souligné avec justesse le professeur Côté (*Interprétation des lois*, *supra*, note 49, p. 420-422) :

[...] on prête [au législateur] l'intention de respecter les valeurs et de ne pas déroger aux principes de la société à laquelle il s'adresse. On supposera, par exemple, que le « bon législateur », le « législateur raisonnable » ne peut pas, sauf s'il en manifeste clairement l'intention, vouloir que la loi produise des effets déraisonnables ou manifestement injustes.

[...] [les présomptions d'intention] [...] expriment donc des lignes de conduite (*policies*) suivies par les tribunaux lorsque l'application d'une loi les oblige à suppléer à ses carences. Les tribunaux disent au rédacteur « si vous ne vous exprimez pas d'une manière suffisamment claire, nous allons appliquer la loi de telle ou telle manière ». (nous soulignons)

La présente recommandation ne vise donc qu'à concevoir un cadre juridique clair, complet et cohérent plutôt que de confier cette tâche au commissaire à la protection de la vie privée ou encore, aux tribunaux.

RECOMMANDATION 5 : « CONSENTEMENT VIRTUELLEMENT IMPOSSIBLE À OBTENIR »

5. À titre de précision, il faudrait, pour déterminer si « le consentement est virtuellement impossible à obtenir » à des fins de recherche érudite au sens des alinéas 7(2)c) et 7(3)f) de la loi, tenir compte de tous les facteurs qui peuvent s'appliquer dans les circonstances, dont :

- a) la taille de la population sur laquelle porte la recherche;**
- b) la proportion de personnes qui ont pu déménager ou mourir depuis que les renseignements personnels ont été recueillis;**
- c) le risque d'introduire dans la recherche un biais potentiel, lequel se répercuterait sur la généralisabilité et la validité des résultats;**
- d) le risque de créer des menaces additionnelles à la vie privée en devant recouper des données autrement désidentifiées avec des identificateurs nominaux afin de prendre contact avec des personnes pour obtenir leur consentement;**
- e) le risque de causer un préjudice psychologique, social ou autre en prenant contact avec des personnes ou des familles présentant des affections particulières ou devant composer avec certaines circonstances;**
- f) la difficulté de prendre contact directement avec des personnes lorsqu'il n'y a pas de relation existante ou suivie entre elles et l'organisation;**
- g) la difficulté de prendre contact indirectement avec des personnes par des moyens publics comme des annonces et des avis;**
- h) la possibilité que, dans l'une ou l'autre des circonstances ci-avant mentionnées, l'organisation subisse un fardeau indu en raison des ressources financières, matérielles, humaines, organisationnelles ou autres nécessaires à l'obtention du consentement.**

A. Opportunité politique

Afin de guider l'interprétation et l'application de l'expression « consentement pratiquement impossible à obtenir », cette recommandation vise à saisir les situations réelles où, en pratique, le consentement serait impossible à obtenir de façon réaliste ou, s'il était obtenu, il irait à l'encontre du but même de la recherche érudite. La liste des facteurs n'est pas exhaustive, mais fournit plutôt des exemples. En outre, il n'est pas nécessaire de satisfaire à tous les facteurs dans un cas donné. Il faut plutôt en tenir compte, dans la mesure où ils s'appliquent, sur une base individuelle. De plus, le facteur visé à l'alinéa *h*) n'est pas déterminant en soi puisqu'il ne serait retenu qu'en conjonction avec un ou plusieurs facteurs pertinents figurant aux alinéas *a*) à *g*).

Cette liste de facteurs s'inspire directement des études de cas, en voie de préparation par IRSC, portant sur l'utilisation secondaire de renseignements personnels, en particulier dans le contexte de la recherche sur les services de santé et la santé des populations⁹⁶. Les études de cas illustrent, en termes concrets, comment chacun des facteurs (seul ou combiné avec d'autres) empêche pratiquement l'obtention du consentement.

B. Considérations juridiques

L'impossibilité d'obtenir le consentement est l'une des cinq conditions visant l'utilisation des renseignements personnels sans ce consentement (alinéa 7(2)*c*) et l'une des quatre conditions imposées dans le cas de la communication (alinéa 7(3)*f*). Puisqu'il s'agit d'une matière mentionnée expressément dans la Loi, le gouverneur en conseil est dûment autorisé à la réglementer, en vertu de la disposition habilitante générale résiduelle.

La question de savoir si, dans une situation donnée, « le consentement est pratiquement impossible à obtenir », en particulier dans le contexte de la recherche érudite, peut être difficile à trancher pour le commissaire à la protection de la vie privée qui n'a pas de règlement pour le guider. Par conséquent, afin de bien appliquer les exceptions susmentionnées, le règlement fournit une liste de facteurs qui sont tous pertinents pour évaluer l'« impossibilité ». Ces facteurs facilitent la réalisation des objets généraux de la partie I, ces derniers étant interprétés en fonction du test de la « personne raisonnable » (*i.e.* lorsqu'on détermine si l'utilisation ou la communication vise une fin appropriée dans les circonstances (article 3, *in fine*)).

⁹⁶ Instituts de recherche en santé du Canada, ébauche, *Études de cas sur l'utilisation secondaire des données à des fins de recherche en santé* (à paraître).

Il n'y a pas d'incompatibilité entre la disposition réglementaire proposée et la Loi, puisque cette dernière ne définit pas le terme « impossible » ni ne précise quand « le consentement est pratiquement impossible à obtenir ». Même si la note accompagnant la clause 4.3 de l'annexe I donne des exemples où il pourrait être « impossible » ou « inapproprié » d'obtenir le consentement, elle n'est ni incorporée à la Loi⁹⁷ ni directement applicable aux exceptions visées aux alinéas 7(2)c) et 7(3)f). Néanmoins, cette note pourrait être invoquée à l'appui de l'interprétation de la Loi. Comme l'a fait observer Driedger, [TRADUCTION] « les documents ou instruments juridiques figurant dans une annexe peuvent être invoqués pour interpréter la Loi, même s'ils ne sont pas incorporés au texte de la loi⁹⁸ ». À cet égard, soulignons qu'aucun des facteurs figurant dans la disposition réglementaire n'est incompatible avec l'un des exemples contenus dans la note accompagnant la clause 4.3⁹⁹. Au contraire, certains facteurs ont un lien assez étroit avec les préoccupations exprimées dans la note¹⁰⁰.

Enfin, cette recommandation s'appuie sur les principes juridiques généraux examinés dans la partie II.

⁹⁷ Voir les par. 5(1) et 2(2) de la Loi :

5(1) Sous réserve des articles 6 à 9, toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l'annexe 1.

2(2) Dans la présente partie, la mention des articles 4.3 ou 4.9 de l'annexe 1 ne vise pas les notes afférentes.

⁹⁸ Sullivan, *supra*, note 58, p. 281, où l'auteur affirme que [TRADUCTION] « les renseignements figurant dans une annexe [...] mentionnés dans le corps de la loi sans y être incorporés ni sans avoir reçu force de loi [...] peuvent être utilisés pour interpréter les dispositions figurant dans le corps de la loi ». (nous soulignons)

⁹⁹ La note renvoie à des raisons d'ordre juridique ou médical, ou à des raisons de sécurité; aller à l'encontre du but visé par la détection d'une fraude ou sa prévention; absence de capacité juridique de donner son consentement; absence de relation directe avec l'individu.

¹⁰⁰ Par exemple, le facteur c), où l'obtention du consentement irait à l'encontre de l'objet de la recherche, et les facteurs b), f) et g) où il n'y a aucune relation directe avec l'individu concerné.