
BOOK REVIEW

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Karim Benyekhlef, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*. Montréal, Thémis, 1992. Pp. 475 [41,00\$]. Commenté par Pierrôt Péladean*

Introduction

Informatisation, communication, globalisation. Voici trois termes qui réfèrent à des problématiques contemporaines. Des termes qui s'appliquent également à la gestion de l'information personnelle. Vous détenez une assurance-vie d'une compagnie montréalaise ou torontoise : des informations sur votre santé pourront être stockées à Boston. Vous voyagez à l'étranger : à l'aller, des informations personnelles vous ont précédé pour l'organisation des déplacements et des séjours ; au retour, d'autres informations vous auront précédé pour compléter les transactions par carte de crédit ou chèque de voyage. Aujourd'hui, une entreprise située à l'autre bout du pays acquiert votre nom pour fin de prospection commerciale. Demain, vous ferez directement affaire avec des entreprises d'autres pays qui constitueront leur dossier-client sur vous.

Comment alors garantir, au-delà des frontières, les droits des individus sur les informations qui les concernent tout en facilitant leur libre circulation ? Voilà une question inévitable pour qui s'intéresse à la protection des renseignements personnels, aux communications ou au commerce transfrontalier. C'est sur cet enjeu que porte le livre de M. Benyekhlef.

I. D'un lieu commun : le droit à la vie privée

Le premier chapitre traite du droit à la vie privée et du concept de «vie privée informationnelle». L'auteur en analyse les sources en droit québécois, canadien et américain. Au terme d'une convaincante démonstration légale, il conclut que le caractère consacré du droit à la vie privée n'est en fait qu'un artifice juridique.

M. Benyekhlef ne pousse toutefois pas jusqu'à sa conséquence ultime sa conclusion selon laquelle «la reconnaissance du droit à la vie privée ne permet

* Juriste et conseiller en systèmes d'information, vice-président recherche et développement, Société Progestaccès.

pas d'appréhender dans sa globalité les questions relatives à la gestion des données personnelles»¹. On doit remettre en question ce lieu commun qui, à travers une littérature pléthorique, a fini par lier durablement le droit à la vie privée à la problématique de la gestion des données personnelles. L'auteur nous montre bien que ce lien n'est que le résultat historique de toute une série de bricolages doctrinaux et jurisprudentiels autour des concepts de *privacy* et, plus tard, d'*informational privacy*. De toute manière, si on prenait plutôt comme point de départ la gestion de l'information personnelle, nous serions forcés de lui apposer de nombreux autres libertés et droits fondamentaux². Cela demeure vrai, même si on ne retient que les principes fondamentaux de gestion de l'information personnelle qui constituent le sujet principal de ce livre. Toutefois, nul ne tiendra rigueur à l'auteur de ne pas avoir mené son intuition jusqu'au bout. L'objet de l'ouvrage est tout autre et ce premier chapitre ne fait que reprendre un lieu commun peu contesté jusqu'ici³.

II. De la protection des renseignements personnels dans le secteur privé

Dans le second chapitre, l'auteur présente les principes fondamentaux de gestion de l'information personnelle que l'on retrouve tant dans le droit interne des pays que dans les différents instruments internationaux relatifs aux flux transfrontières d'informations. Il débute par un débat sur l'application de ces principes dans le secteur dit «privé»⁴ et sur la nécessité de légiférer. La discussion s'articule autour de deux axes : a) législation ou autoréglementation ; et b) approche globale ou sectorielle. L'auteur présente les différentes positions. Mais comme le débat a connu des développements importants depuis la publication de l'ouvrage, nous nous devons de les souligner.

Le premier développement est la confirmation du constat d'échec de l'autoréglementation dont on peut citer quelques exemples⁵. D'abord, les travaux animés par Consommation et Corporations Canada sur l'élaboration d'un code de protection des consommateurs en matière de transferts électroniques de fonds ont échoué. Cet échec est attribuable en majeure partie à l'incapacité des parties

¹K. Benyekhlef, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Thémis, 1992 à la p. 60.

²Il nous a été possible de faire correspondre ces questions à plus de 150 concepts de droits humains répertoriés dans l'ouvrage du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne/Internet, *Thésaurus : Droits de l'Homme* par I. Caccia, Ottawa, Université d'Ottawa, 1993.

³Quant au débat sur les concepts de vie privée et de *privacy*, voir C. Bennett, «Conversations about Privacy» (1993) 1:3 Int'l Privacy Bull. 1 ; H. Vandenbergue, «La vie privée et les banques de données» dans OCDÉ, *Les flux de données transfrontières et la protection des libertés individuelles*, Paris, OCDÉ, 1979, 249.

⁴La division classique de l'activité humaine en secteurs désignés comme privé et public présente des contradictions conceptuelles croissantes alors que chacun des secteurs recouvre des ensembles d'activités à la fois de caractère public et privé. Voir S. Bowles et H. Gintis, *La démocratie post-libérale : Essai critique sur le libéralisme et le marxisme*, Paris, Découverte, 1988 ; P. Péladeau, «Comment établir l'équilibre alors qu'éclate la division entre privé et public» dans *Droit du public à l'information et vie privée : Deux droits irréconciliables*, Montréal, Thémis, 1992, 145.

⁵Un constat désormais partagé par la quasi-totalité des spécialistes nord-américains de la protection des renseignements personnels, y compris les défenseurs de l'autoréglementation.

de s'entendre sur la protection des renseignements personnels⁶. Il en fut de même des tentatives de la Commission des droits de la personne du Québec d'élaborer un formulaire-type pour la collecte de renseignements personnels à des fins de location de logements⁷. Même lorsque des codes volontaires furent adoptés par certaines industries, ils se sont souvent avérés en deçà des principes de bases reconnus, et fréquemment non appliqués, voire carrément inconnus du personnel chargé de leur application⁸. En outre, la thèse de «l'acceptation massive et démontrée» des pratiques informationnelles actuelles par la population a été définitivement infirmée par deux récentes études d'opinion commanditées par l'entreprise privée⁹.

L'autoréglementation pure étant discréditée, les options envisagées se situent désormais dans un éventail allant de ce que l'auteur appelle «l'autoréglementation mitigée» à la législation. Au Canada, les principales initiatives portent actuellement sur l'autoréglementation mitigée. À ce chapitre, notons les travaux portant sur le code modèle de protection des renseignements personnels de l'Association canadienne de normalisation («ACNOR») et les démarches pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions de la récente *Loi sur les télécommunications*¹⁰ et des *Principes de protection de la vie privée dans les télécommunications*¹¹. Quant au Québec, il a définitivement opté pour une *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹². Cette initiative a d'ailleurs relancé l'intérêt de quelques provinces et du gouvernement fédéral pour l'approche législative.

Toujours au plan des développements récents, on note l'abandon progressif de l'approche sectorielle, de moins en moins soutenable face à l'intégration que favorisent les technologies de l'information : décloisonnement des institutions financières, phénomène de convergence dans les communications, incorporation d'activités de paiement et de crédit à la vente au détail, bureaucratisation des petites entreprises s'intégrant à des réseaux interentreprises, etc. La multiplication des normes sectorielles, qui fut longtemps présentée comme gage de flexibilité et d'adéquation aux réalités particulières, semble dorénavant un obstacle aux restructurations en cours et à la protection des renseignements personnels. Les initiatives se sont donc éloignées de cette approche sectorielle. La nou-

⁶Initiative qui se termina en 1992.

⁷Série d'initiatives qui cessèrent en 1992.

⁸M. Plamondon, dir., *Étude sur la confidentialité des données dans les institutions financières : Mythe ou réalité*, Shawinigan, Service d'aide aux consommateurs, 1990 ; M. Plamondon, dir., *Étude sur la confidentialité des données dans le secteur privé*, Shawinigan, Service d'aide aux consommateurs, 1991 ; M. Plamondon, dir., *Le dossier noir de la vie privée. La protection des renseignements personnels : Un enjeu mondial*, Shawinigan, Service d'aide aux consommateurs, 1992.

⁹L. Harris & Associates Inc. et A. Westin, *Le Rapport Équifax Canada sur les consommateurs et la vie privée à l'ère de l'information*, Ville d'Anjou (Qué.), Équifax Canada, 1992 ; Associés de recherche Ekos Inc., *La vie privée exposée : Le sondage canadien sur le respect de la vie privée*, Ottawa, Ekos, 1993.

¹⁰L.C. 1991-92-93, c. 38.

¹¹Communications Canada, *Principes de protection de la vie privée dans les télécommunications*, Co22-124/1992, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1992 [ci-après *Principes*].

¹²L.Q. 1993, c. 17 [ci-après *Loi québécoise sur la protection des renseignements personnels*].

velle *Loi québécoise sur la protection des renseignements personnels* s'applique à l'ensemble du secteur privé. Quant au projet de code ACNOR, s'il répond d'abord aux besoins des entreprises privées de services, il s'appliquera à d'autres domaines, qu'ils soient de nature publique ou privée. De même, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («C.R.T.C.») appliquera les *Principes* conçus pour les télécommunications aux autres secteurs relevant de sa compétence, dont la câblodistribution.

Quoiqu'elle comporte une intéressante discussion des principaux éléments du débat — d'ailleurs loin d'être clos en Amérique du Nord —, cette section du livre a donc rapidement vieilli. L'auteur signalait d'ailleurs lui-même l'imminence de gestes législatifs qui sont finalement venus trancher la question, du moins au Québec. Heureusement, le reste du livre de M. Benyekhlef conserva toute son actualité encore un bon moment.

III. Des principes de gestion des renseignements personnels

Le second chapitre poursuit la présentation des lois relatives à la protection des renseignements personnels en abordant successivement les principes fondamentaux qui les sous-tendent, les agences de protection des renseignements personnels et les rapports entre ces lois et les lois d'accès à l'information. Les deux derniers sujets ont déjà été abordés de façon détaillée par d'autres auteurs. Par contre, ce chapitre apporte une contribution appréciable en offrant une analyse des lois canadiennes et québécoises à la lueur de principes internationalement reconnus. Cette approche fournit une compréhension beaucoup plus synthétique de l'économie de la législation que celle organisée autour de l'énumération des droits et obligations des parties. C'est pourquoi cette section mérite d'être lue par quiconque désire s'initier au domaine de la protection des renseignements personnels.

On aurait néanmoins souhaité que M. Benyekhlef explique son choix de recourir à la liste des dix principes proposés par M. le juge Kirby¹³, plutôt qu'à celle des *Lignes directrices* de l'Organisation de coopération et de développement économique («OCDE»)¹⁴ ou encore à celle de David Flaherty¹⁵. On peut avancer que la liste de M. le juge Kirby met davantage en relief les principes du droit à l'oubli pour le sujet de l'information et de la justification sociale de la collecte et du traitement de renseignements personnels que ne le fait celle de l'OCDE. Ce choix semble donc judicieux, mais il aurait pu être justifié.

L'auteur nous propose une bonne présentation de tous les principes, sauf celui de la justification sociale, en vertu duquel le traitement de renseignements personnels ne peut être effectué que pour une finalité et des utilisations socia-

¹³M.D. Kirby, «Transborder Data Flows and the 'Basic Rules' of Data Privacy» (1980) 16 *Stanf. J. Int'l L.* 27.

¹⁴OCDE, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, Paris, OCDE, 1981.

¹⁵D.H. Flaherty, *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*, Chapel Hill (N.C.), University of North Carolina Press, 1989 à la p. 380.

lement acceptables. Bien que l'auteur reconnaisse l'importance sociale et juridique de ce principe, en définitive, il n'en traite pas. Peut-être parce que son application échappe à une approche strictement normative et relève plutôt de l'évaluation sociale de la technologie («EST»), dont la solution est d'abord d'ordre éthique et politique. L'EST représente une part fort importante de l'activité des commissions créées en vertu de la législation de protection des renseignements personnels et d'autres organismes spécialisés, tels l'Office of Technology Assessment aux États-Unis. Bien sûr, les lois ne sont pas toujours très claires sur ce mandat dont se sont investies les commissions et le résultat de leurs délibérations à ce chapitre prend rarement la forme de jurisprudence. Cependant, l'importance de cette activité démontre à quel point le principe de justification sociale fait partie intégrante de la protection des renseignements personnels.

Malheureusement, M. Benyekhlef a axé l'essentiel de sa discussion sur une question légale accessoire, soit le traitement des informations «sensibles». Cette tangente est d'autant moins justifiable qu'elle témoigne d'une méconnaissance d'ordre historique et juridique. En effet, l'histoire européenne a été profondément marquée par les totalitarismes hitlérien et stalinien. Il n'est donc pas étonnant que l'expérience de fichiers sur la religion, la race ou les opinions politiques des individus ait conduit à l'interdiction légale de la collecte de telles informations «sensibles». Or, le droit nord-américain a plutôt été marqué par les luttes des noirs pour les droits civiques ainsi que par celles des femmes, des handicapés et d'autres minorités pour l'égalité. Plutôt que d'interdire la collecte d'informations «sensibles», le droit nord-américain a interdit que l'on utilise toute information à des fins discriminatoires. Ainsi, contrairement à ce que laisse entendre l'auteur, le droit nord-américain traite bel et bien de la question, mais de façon différente du droit européen — et, de toute manière, de façon beaucoup plus efficace d'un point de vue informationnel. D'ailleurs, l'étude des pratiques nord-américaines de gestion de l'information personnelle permet de constater à quel point elles ont été marquées par la législation antidiscriminatoire¹⁶.

IV. Du droit international privé

Le deuxième chapitre se termine par l'examen des flux transfrontières d'informations en droit international privé. «[U]n Français veut exercer ses droits d'accès et de correction à l'égard des données le concernant et stockées en R.F.A. : quelle loi est applicable et quelle juridiction est compétente ? Deuxièmement, quelle autorité contrôle le fichier localisé en R.F.A. ? Troisièmement, la violation des principes fondamentaux [...] interpelle l'interprète : quelle loi s'applique et quelle juridiction est compétente ?»¹⁷ On entre ainsi dans le vif du sujet et on sent que l'auteur ne se retient plus et prend clairement position dans ce débat qui n'a pas encore été véritablement tranché. M. Benyekhlef présente,

¹⁶Par exemple, les formulaires servant à la collecte d'informations à l'embauche prennent souvent grand soin d'éviter ou de baliser le recueil d'information pouvant introduire ou laisser soupçonner des décisions discriminatoires en fonction de motifs légalement prohibés.

¹⁷Benyekhlef, *supra* note 1 à la p. 179.

entre autres, une argumentation convaincante contre le domicile du sujet de l'information comme facteur de rattachement. Peut-on raisonnablement exiger que le détenteur d'un fichier de clients nord-américains adapte sa gestion en fonction de la loi applicable dans chacun des états ou provinces de domicile des personnes fichées ? L'auteur opte donc pour un facteur de rattachement simple et direct, soit le lieu d'établissement du détenteur de fichier et il présente autant les avantages que les difficultés de cette solution.

La démonstration n'arrive cependant pas à l'exhaustivité requise, avec pour résultat que des cas de figure contredisant certaines conclusions de l'auteur sont omis. Ainsi, lorsqu'il applique les règles de conflit de lois en droit québécois à celui qui recueille de l'information, l'auteur postule — erronément — que la collecte «ne peut que se dérouler sur le territoire national de la personne fichée»¹⁸. Premièrement, le tourisme permet la collecte d'informations par les entreprises étrangères de transport, d'hôtellerie, de location et de vente au détail. L'auteur prend donc en considération la circulation de l'information et l'internationalisation de son traitement, mais il omet la circulation des êtres humains eux-mêmes. Deuxièmement, on ne semble pas reconnaître que la majeure partie des renseignements n'est pas recueillie auprès du sujet lui-même : la plupart des renseignements sont directement produits par le détenteur et plusieurs sont recueillis auprès de tiers. Un cas fréquent est celui de l'entreprise canadienne dont une portion des renseignements qu'elle détient sur un employé néo-écossais ont été produits par son supérieur immédiat à Halifax, une autre plus importante par le service des ressources humaines du bureau régional à Montréal, alors que ceux d'ordre comptable et ceux relatifs aux avantages sociaux sont produits au siège social de Toronto. Et une portion significative des renseignements sur ces cadres supérieurs est produite aux États-Unis chez une entreprise-mère. De même pour les institutions financières et les détaillants de l'Île-du-Prince-Édouard qui obtiennent les dossiers de crédit de leurs clients auprès d'agences de renseignements établies sur le continent. Faut-il dans ces cas appliquer le raisonnement employé par l'auteur pour l'entreprise traitante ? Le lecteur doit lui-même trouver la réponse.

En fait, à aucun moment le livre ne traite sérieusement du modèle de pratique informationnelle servant à l'étude. Une lacune qui marque tout l'ouvrage et explique nombre de faiblesses dans l'argumentation, dont l'incapacité d'identifier certaines sources normatives comme dans la discussion sur l'information «sensible» mentionnée précédemment. Il est dommage que tant de minutieux efforts de recherche et d'analyse ne puissent produire de fruits tout à fait convaincants, faute d'avoir identifié le modèle devant servir à l'étude.

V. Des flux transfrontières

Le troisième chapitre traite de la problématique des flux transfrontières de renseignements personnels. Une première section fait le tour d'un débat qui a longtemps fait rage au sein de la communauté internationale, à savoir si la protection des renseignements personnels relève véritablement d'un objectif de res-

¹⁸*Ibid.* à la p. 195.

pect des droits des personnes, ou si elle n'est en fait qu'une mesure déguisée de protectionnisme économique. En effet, nombre de critiques — provenant surtout des États-Unis — ont longtemps accusé les promoteurs de la protection législative des renseignements personnels — surtout européens — de vouloir ériger une barrière non-tarifaire au commerce en imposant des restrictions à la libre circulation des renseignements personnels. M. Benyekhlef décortique un à un les éléments du débat, notamment la protection des renseignements sur les personnes morales. Il démontre éloquentement que les accusations de protectionnisme ne sont pas véritablement fondées.

L'auteur procède ensuite à une analyse sommaire de l'économie des législations dans onze pays membres de l'OCDE. Ceci lui permet de souligner de nouveau les similarités entre les diverses législations nationales quant à leurs principes fondamentaux.

La section suivante est consacrée à la conciliation entre deux intérêts apparemment divergents, soit la protection des renseignements personnels et la libre circulation de l'information. M. Benyekhlef démontre que c'est bien la recherche des moyens visant à assurer la libre circulation des renseignements personnels qui a motivé le développement de mécanismes de protection.

L'auteur analyse enfin les principaux instruments internationaux, les principes qui les sous-tendent et leur statut. Une bonne part de cette analyse est consacrée au principe d'équivalence, autour duquel s'organisent ces instruments. «Rappelons que le principe de l'équivalence peut se définir ainsi : un pays ne s'opposera pas à la transmission de données personnelles vers un pays tiers pourvu que ce dernier assure, dans son droit interne, une protection aux données personnelles qui équivaut en substance à celle existant dans le pays exportateur»¹⁹. Cette discussion amène l'auteur à considérer les différents cas où les exportateurs et importateurs de renseignements sont soumis à des situations légales dissemblables. L'analyse démontre clairement l'importance de la protection accordée par le droit national aux renseignements concernant les étrangers. Elle souligne également la pertinence d'un mécanisme adéquat d'échange d'informations relatives à l'encadrement normatif existant dans chacun des pays impliqués. Ce qui nous ramène de nouveau à la valeur de l'autoréglementation. Peut-on la considérer comme accordant une protection «équivalente» à celle d'une législation dont la sanction est garantie par l'État exportateur ? L'auteur examine avec soin les avantages et les inconvénients du contrat comme solution de rechange.

Ici encore la réalité rattrape les propos de l'auteur pour lui donner raison. Après des années de résistance idéologique et diplomatique, les États-Unis semblent reconnaître l'irréversibilité de l'évolution actuelle du droit international. Un comité chargé d'étudier la réduction des coûts de fonctionnement de l'État, dirigé par le vice-président Albert Gore ainsi que par plusieurs membres du Congrès, recommande désormais la création d'une commission de protection des renseignements personnels et l'adoption de normes uniformes pour le secteur public. L'un des principaux objectifs de ces mesures est de doter les États-

¹⁹*Ibid.* aux pp. 342-43.

Unis d'un interlocuteur face aux autres commissions nationales, facilitant ainsi la libre circulation des renseignements personnels.

Le chapitre se termine par une analyse prospective. L'auteur conclut que, pour l'essentiel, les principes de base internationalement reconnus en matière de protection des renseignements personnels ont une portée qui transcende les technologies particulières de l'information. Une position tout à fait juste dans la mesure où l'on ne considère que la seule protection des renseignements personnels. Car il subsiste tout un volet de la problématique de la gestion de ces renseignements qui relève plutôt de l'EST, et dont l'importance est croissante. Comme les décisions en cette matière échappent généralement aux commissions et au droit de la protection des renseignements personnels, il y a lieu de s'interroger sur le rôle d'autres acteurs (décideurs publics et privés, comités de normalisation technique, régies de télécommunications, etc.) au plan de la circulation transfrontière de renseignements personnels. Par exemple, les diverses décisions des comités de normalisation et des régies de télécommunications influenceront grandement la possibilité de transmettre les renseignements personnels, tels ceux générés par la technologie d'Identification de la Ligne Appelante («ILA»), dont le service Afficheur n'est qu'une application ; ou ceux générés au cours de transactions effectuées par des systèmes multimédia à domicile (UBI, Sirius).

VI. Des compétences constitutionnelles

Le dernier chapitre aborde la question de la compétence constitutionnelle en droit canadien en matière de protection et de flux transfrontières d'informations personnelles. En vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils, les provinces pourraient légiférer pour établir un code de protection des renseignements personnels. Tout se complique cependant lorsqu'il s'agit de régir leur circulation interprovinciale et internationale. Sans prétendre à l'originalité, cet exposé est certes l'un des plus détaillés jusqu'à maintenant. La prudence de la récente *Loi québécoise sur la protection des renseignements personnels* en matière de communications extra-provinciales démontre que l'opinion de l'auteur est partagée par le gouvernement québécois.

Mais le seul test de vérité d'une telle thèse serait une décision judiciaire — qui pourrait ne jamais venir. Les différents acteurs semblent délibérément maintenir un *modus vivendi* qui évite tout litige sur la question des compétences. C'est ce que l'on constate dans des matières connexes impliquant les entreprises privées, telles les droits humains et la protection du consommateur. C'est précisément l'objectif de la recherche d'un consensus pancanadien et transsectoriel sur les projets de code de transfert électronique de fonds ou de code modèle de protection des renseignements personnels. De même, le secteur des télécommunications sera dorénavant soumis simultanément à des lois québécoises et à un corps de principes fédéraux abordant les mêmes matières : il y a pourtant fort à parier que les acteurs feront tout leur possible pour qu'aucun conflit judiciaire d'ordre constitutionnel ne survienne. Ainsi, il est peut-être temps que l'on songe à compléter ce travail doctrinal par une étude de droit en action. L'analyse des intérêts et des raisons qui incitent les acteurs à préserver ou non un *modus*

vivendi constitutionnel nous donnerait une meilleure image, non seulement de l'état, mais aussi de la dynamique du droit concerné.

Conclusion

L'intérêt du livre de M. Benyekhlef dépasse largement le seul sujet annoncé par le titre, soit les échanges internationaux d'informations. Il s'agit en fait d'une présentation globale du droit de la protection des renseignements personnels. L'auteur offre donc un outil pour tous ceux qui s'intéressent à ce domaine. Sur le plan pratique, les sections sur le droit international privé et sur l'application du principe d'équivalence s'avèrent les plus utiles. Ceux qui mettront en œuvre la nouvelle loi québécoise dans le secteur privé y trouveront certaines réponses d'ordre administratif aux questions sur lesquelles le législateur est resté muet. On déplore toutefois le manque d'uniformité dans l'emploi des termes et dans la définition des concepts employés tout au long de l'ouvrage. Cela aurait permis de resserrer l'argumentation et de faciliter la lecture. Mais cette faiblesse apparaît secondaire si on considère le livre moins comme une thèse, mais plutôt comme le précieux ouvrage de référence qu'il constitue en fait.
