

MÉMOIRE À LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION

sur le document de consultation « Intelligence artificielle »

Document adopté à la 681^e séance de la Commission,
tenue le 15 mai 2020, par sa résolution COM-681-4.2.1



Jean-François Trudel
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

M^e Marie Carpentier, conseillère juridique
M^e Geneviève St-Laurent, conseillère juridique
Direction de la recherche

Traitement de texte :

Ramon Avila
Direction de la recherche

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1 REMARQUES GÉNÉRALES	2
1.1 Les droits et libertés potentiellement affectés par le recours aux SIA	3
1.2 La distinction entre les domaines public et privé.....	12
2 RÉPONSES AU CAHIER DE CONSULTATION.....	13
2.1 Section « Encadrer la création et l'utilisation des renseignements personnels ».....	13
2.2 Interdire l'utilisation des renseignements personnels à des fins malveillantes	18
2.3 Sections « Utiliser la SIA de manière transparente » et « Renforcer les moyens de contrôle et d'auditabilité »	18
2.4 Section « Établir un droit à la révision d'une décision prise par un SIA »	20
2.5 Section « Élargir la portée du droit à la rectification »	22
2.6 Section « Adapter la gouvernance à la réalité numérique »	23
2.7 Section « Particularité de la recherche et du développement en intelligence artificielle »	24
CONCLUSION.....	24

INTRODUCTION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse¹ assure le respect et la promotion des principes énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec². Elle assure aussi la protection de l'intérêt de l'enfant, ainsi que le respect et la promotion des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*³. Elle veille également à l'application de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*⁴.

La Commission se réjouit de l'initiative prise par la Commission d'accès à l'information⁵ de consulter sur les enjeux relatifs à l'encadrement des systèmes d'intelligence artificielle⁶. Comme le souligne le document de consultation, les avantages promis par l'intelligence artificielle sont nombreux. Cependant, certains aspects de ces nouvelles technologies remettent en cause la capacité des lois actuelles à protéger adéquatement les droits des citoyens dans divers contextes⁷. En effet, les SIA sont utilisés dans une variété de circonstances qui peuvent affecter les personnes concernées dans leur capacité à emprunter de l'argent, à voyager, à se loger, à obtenir un emploi ou à accéder à un programme scolaire, entre autres⁸. Ils peuvent être également utilisés par les instances gouvernementales pour prendre des décisions qui affectent les droits des administrés⁹. Il devient donc nécessaire de se questionner sur l'encadrement juridique des recours aux SIA, notamment en regard de leur impact sur les droits et libertés garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'intervention de la Commission se

1 Ci-après « Commission ».

2 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte »).

3 *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1.

4 *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ, c. A-2.01.

5 Ci-après « CAI ».

6 Ci-après « SIA ». Il s'agit du terme utilisé dans le document de consultation : COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION, *Document de consultation : Intelligence artificielle*, 2020, [En ligne]. https://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_consultation_IA_02-2020.pdf (ci-après « document de consultation »).

7 Document de consultation, p. 1.

8 Danielle Keats CITRON et Frank PASQUALE, « The Scored Society : Due Process for automated Predictions », (2014) 89:1 *Washington Law Review* 1, à la p. 18.

9 Petra MOLNAR et Lex GILL, *Bots at the Gates – A human rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system*, Citizen Lab et International Human Rights Program (Faculty of Law, University of Toronto), 2018.

concentrera ainsi sur les éléments qui relèvent de son mandat d'assurer la promotion et le respect des principes énoncés dans la *Charte*¹⁰.

1 REMARQUES GÉNÉRALES

Depuis un certain temps déjà, la Commission s'est dite d'avis que « [...] l'utilisation d'une innovation technologique constituera un progrès seulement si les impacts de cette technologie sur les droits de la personne ont été évalués. " Les développements technologiques ne devraient pas entraîner un renoncement à la protection des droits fondamentaux ". En effet, " la faisabilité technique et l'utilité de développer de nouveaux services [...] n'impliquent pas qu'ils soient de ce fait acceptables sur le plan éthique " »¹¹.

La Commission tient à rappeler que le cadre que constitue la Charte lie aussi bien les acteurs privés¹² que publics¹³ et que ses articles 1 à 38 jouissent d'une préséance sur les dispositions des lois du Québec qui lui serait contraire¹⁴. Ce faisant, les dispositions de la Charte s'appliquent déjà à l'utilisation des SIA.

La Commission reconnaît cependant qu'il peut être fort utile d'adapter le cadre juridique actuel, notamment pour parer aux nouvelles formes que peuvent prendre les atteintes aux droits et libertés de la personne¹⁵. En effet, les SIA peuvent affecter les droits et libertés garantis par la Charte, et particulièrement à quatre moments distincts : au moment de la collecte des données,

¹⁰ Charte, art. 71 al. 1.

¹¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale sur le document d'orientation intitulé « Plus de transparence pour une meilleure gouvernance : Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent, dans le respect du droit à la vie privée et à la protection des renseignements personnels »*, (Cat. 2.412.42.6). 2015, p. 5-6 [renvois omis].

¹² *Godbout c. Longueuil (ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 93.

¹³ Charte, art. 55.

¹⁴ Sous réserve d'une dérogation expresse : Charte, art. 52.

¹⁵ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Human Rights and Technology: Discussion Paper*, Sydney, 2019, p. 8.

au moment du traitement des données, au moment où les informations ainsi obtenues sont communiquées et au moment où des décisions sont prises à partir de ces informations¹⁶.

1.1 Les droits et libertés potentiellement affectés par le recours aux SIA

Le droit au respect de sa vie privée, protégé par l'article 5 de la Charte est, de façon manifeste, affecté par le recours à des SIA. D'ailleurs, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁷, à l'instar des autres lois concernant la protection des renseignements personnels¹⁸, est dotée d'« un caractère législatif fondamental » qu'elle tire, selon la Cour d'appel du Québec, de « son rattachement à certains droits fondamentaux protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne* »¹⁹ en particulier le droit au respect de sa vie privée.

Si la notion de vie privée échappe à toute définition formelle en droit canadien²⁰, la Cour suprême en a esquissé les contours : celle-ci s'exprime à la fois en termes de lieux, d'intégrité physique et d'information, l'aspect informationnel de la vie privée se rapportant à la confidentialité, au contrôle sur l'accès et l'utilisation ainsi qu'à l'anonymat²¹.

Dans son récent document « Pandémie, vie privée et protection des renseignements personnels »²², la CAI expose clairement les limites du droit au respect de la vie privée dans le contexte où les autorités publiques envisagent le recours à des outils technologiques pour limiter la propagation de la COVID-19. En effet, « le droit au respect de la vie privée n'est pas

¹⁶ D.K. CITRON et F. PASQUALE, préc., note 8, p. 20.

¹⁷ RLRQ, c. A-2.1.

¹⁸ *H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (P.G.)*, 2006 CSC 13, par. 28; *Lavigne c. Canada (Commissaire aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, par 24; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66.

¹⁹ *Conseil de la magistrature du Québec c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, 2000 CanLII 11305, [2000] R.J.Q 638 (C.A.), par. 50 cité dans Henri BRUN, « Le droit du public à l'information politique : un droit constitutionnel aux ancrages multiples » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Développements récents en droit de l'accès à l'information 2005*, vol. 233, Cowansville, Yvon Blais, 91, p. 93.

²⁰ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 98 citant *Valiquette c. The Gazette (division Southam Inc.)*, [1996] J.Q. n° 445, 1996 CanLII 6004, par. 27 (QC C.A.).

²¹ *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, par. 35, 38 et 40.

²² CAI, « Pandémie, vie privée et protection des renseignements personnels », 14 avril 2020, [En ligne]. https://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_reflexionPRP-COVID-19_V2_2020-04-16.pdf

absolu. D'une part, la personne concernée peut valablement y renoncer. Pour être valide, une renonciation aux droits et libertés protégés par les Chartes doit cependant être « claire, non équivoque, éclairée, libre et volontaire puisqu'elle ne saurait se présumer »²³.

L'article 9.1 de la Charte prévoit en outre une disposition justificative que le législateur ou une personne privée pourrait, selon les circonstances, invoquer en cas de violation. De l'avis de la Commission, une violation du droit au respect de sa vie privée ou d'un autre droit garanti par la Charte ne pourra être justifiée que si, notamment, la technologie est efficace, c'est-à-dire qu'elle permet d'atteindre l'objectif pour lequel elle a été conçue sans commettre un nombre inacceptable d'erreurs. Ces principes s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à l'utilisation des SIA.

Le droit au respect de sa vie privée garanti par la Charte québécoise s'apparente au droit dérivé de la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴. En effet, la Cour suprême reconnaît depuis longtemps que le respect de la vie privée est l'objectif promu par l'article 8 de la Charte canadienne²⁵.

Cependant, selon la Cour suprême du Canada, pour faire valoir ce droit, le demandeur doit démontrer une attente subjective de vie privée objectivement raisonnable²⁶. Comme l'indiquent les auteurs Benyekhlef et Déziel, « [s]ans la démonstration de l'existence de cette attente, toute fouille, saisie ou perquisition ne sera pas considérée comme visée par l'article 8 de la Charte [canadienne] »²⁷. Le droit au respect de sa vie privée n'est donc pas explicitement reconnu dans la Charte canadienne. Il est reconnu indirectement et sous réserve de démontrer une attente raisonnable à son égard.

²³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale – Commentaires sur le 6^e rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information intitulé « Rétablir l'équilibre- Rapport sur l'application de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection de renseignements personnels dans le secteur privé*, (Cat. 2.412.42.7), 2017, p. 9.

²⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 8 [ci-après « Charte canadienne »].

²⁵ *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 217 à la p. 426; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30 à la p. 43.

²⁶ *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, par. 12.

²⁷ Karim BENYEKHLEF et Pierre-Luc DÉZIEL, *Le droit à la vie privée en droit québécois et canadien*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2018, p. 79.

La Charte québécoise comporte également une protection contre les saisies, les perquisitions et les fouilles abusives²⁸ et cette disposition devrait recevoir la même interprétation que l'article 8 de la Charte canadienne²⁹.

Or, la Charte québécoise comporte en plus une disposition garantissant le droit au respect de sa vie privée³⁰. De l'avis de la Commission, l'article 5 de la Charte devrait être interprété différemment de son article 24.1, notamment parce que le premier se trouve dans le chapitre consacré aux « Droits et libertés fondamentaux » alors que le second se trouve dans le chapitre des « Droits judiciaires ». Il faut donc user de circonspection avant d'appliquer les notions de vie privée élaborées en contexte judiciaire en vertu de l'article 8 de la Charte canadienne³¹ à l'article 5 de la Charte québécoise, notamment la notion d'attente raisonnable de vie privée. Dans une décision concernant la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte, la Cour suprême indique d'ailleurs :

On aurait donc tort de fixer la portée du droit à la vie privée entre citoyens sur la seule base de la jurisprudence entourant l'art. 8 [de la Charte canadienne]. Bien que je souscrive aux définitions fonctionnelles de vie privée adoptées par notre Cour [...], il me semble que le droit à la vie privée peut avoir une étendue différente en droit privé.³²

La Commission est d'avis que la mise en garde est valable pour l'ensemble des applications du droit au respect de sa vie privée qui ne relèvent pas de l'application de l'article 24.1 de la Charte québécoise.

²⁸ Charte, art. 24.1.

²⁹ *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 RCS 406 à la p. 413.

³⁰ Charte, art. 5.

³¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Oser la transparence et savoir la doser : à la recherche d'un équilibre, présentation faite par Philippe-André TESSIER, président, à l'occasion du colloque organisé par la Chaire sur la démocratie et les institutions parlementaires de l'Université Laval intitulé « La transparence réussie : enjeux et limites », Québec, 14 novembre 2019.

³² *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 9.

Par ailleurs, le droit au respect de la vie privée est également reconnu comme un droit de la personnalité par le *Code civil du Québec*³³. Il est donc inaccessible³⁴. La Cour supérieure du Québec indique :

[L]es droits de la personnalité sont extrapatrimoniaux, en ce qu'ils sont intransmissibles, incessibles, insaisissables et imprescriptibles. Les auteurs Deleury et Goubau écrivent, à propos de l'inaccessibilité :

« ...Ils sont par le fait même incessibles : ils ne peuvent faire l'objet, par convention, d'une cession ou d'une renonciation de façon définitive. »³⁵

Ainsi, ajoute une auteure :

[L']usage des droits de la personnalité ne peut faire l'objet d'une convention à caractère patrimonial. Par exemple, un artiste pourra consentir à ce que son image soit utilisée à des fins commerciales, sans que le droit du titulaire ne change de nature; le droit à son image demeure extrapatrimonial et inhérent à sa personne. À ce titre, les droits de la personnalité ne sont ni cessibles, ni saisissables, ni transmissibles, ni prescriptibles, ni susceptibles de renonciation. Ils s'imposent à toute personne, quelle qu'elle soit.³⁶

De ce fait, les renseignements personnels, même agrégés, ne devraient pas être considérés comme une ressource exploitable³⁷.

Cela étant, le recours au SIA compromet également la mise en œuvre d'autres droits garantis par la Charte.

De plus en plus de données sont générées par les individus, par leur utilisation d'internet, notamment, et sont détenues et exploitées par d'autres³⁸. Les chercheurs reconnaissent depuis

³³ *Code civil du Québec*, article 35 et suivants.

³⁴ *Code civil du Québec*, art. 3.

³⁵ Savard c. Curtin-Savard, 2012 QCCS 3523, par. 50, citant Édith DELEURY et Dominic GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, 2008, p. 81.

³⁶ Hélène GUAY, « Les droits de la personnalité », dans *Collection de droit 2019-2020*, École du Barreau du Québec, Volume 3 : Personnes successions, Éd. Yvon Blais, 2019, 53 à la p. 53.

³⁷ Maxime JOHNSON, « Mégadonnées: le nouveau pétrole », *L'actualité*, 11 mai 2017, [En ligne]. <https://lactualite.com/lactualite-affaires/megadonnees-le-nouveau-petrole/>, citant « Fuel for the future : Data is giving rise to a new economy: How is it shaping up? », *The Economist*, 6 mai 2017, [En ligne]. <https://www.economist.com/briefing/2017/05/06/data-is-giving-rise-to-a-new-economy>

³⁸ Shoshana ZUBOFF, « Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospect of an Information Civilization », (2015) 30:1 *Journal of Information* 75.

longtemps que la collecte de ces données par les acteurs privés et publics a comme objectif ultime d'influencer le comportement des titulaires de ces données³⁹. Cette influence peut avoir un impact sur l'autonomie personnelle et, par conséquent, la liberté de sa personne⁴⁰ et les autres libertés fondamentales⁴¹. En effet, plus on en sait sur une personne, plus il est facile de la contrôler⁴². La surveillance constante, quand elle survient en milieu de travail⁴³, compromet aussi le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique⁴⁴.

Un autre des droits garantis par la Charte qui est éventuellement compromis par le recours aux SIA est le droit à l'égalité. En effet, des SIA, *a priori* neutres, peuvent avoir un effet discriminatoire sur certaines catégories de personnes⁴⁵. Par exemple, des systèmes destinés à faciliter l'embauche de personnel, pourtant conçus sans volonté de créer des biais discriminatoires, se sont ainsi avérés avoir un effet disproportionnellement excluant pour certains groupes de personnes. Un système automatique de filtrage des candidatures, mis en place par une grande entreprise œuvrant dans le secteur des technologies, aurait, par exemple, développé un biais négatif à l'encontre des candidatures féminines. Un pointage plus faible aurait ainsi été attribué à celles-ci, les résultats émis par l'algorithme ayant reproduit les inégalités de genre déjà présentes dans les catégories d'emplois visés⁴⁶. Des résultats discriminatoires, produits par des outils technologiques utilisés sans intention malveillante, ont

³⁹ Spiros SIMITIS, « Reviewing Privacy in an Information Society », (1987) 135 *University of Pennsylvania Law Review* 707, 710; S. ZUBOFF, *id.*

⁴⁰ Charte, art. 1^{er}.

⁴¹ Notamment la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association : Charte, art. 3.

⁴² Paul SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination », (1989) 37:4 *American Journal of Comparative Law* 675, 676.

⁴³ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, [Les effets de l'intelligence artificielle sur le monde du travail : Document de réflexion](#), Québec, 2019, p. 26.

⁴⁴ Charte, art. 46. Sur l'utilisation d'un système de surveillance, voir *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Nord-de-l'Île-de-Montréal c. Jobin*, 2017 QCCS 1583.

⁴⁵ Plusieurs exemples de situations discriminatoires sont notamment recensés par l'UNESCO dans un récent rapport : UNESCO, *Steering AI and advanced ICTs for Knowledge societies – A rights, openness, access, and multi-stakeholder perspective*, 2019, p. 61-66, [En ligne].
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372132>

⁴⁶ Jeffrey DASTIN, « Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women », *Reuters*, 9 octobre 2018, [En ligne]. https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scaps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G#_blank

aussi été observés à l'encontre de personnes racisées dans l'utilisation d'outils de reconnaissance faciale⁴⁷, d'accès aux soins de santé⁴⁸ ou de prédition du risque de la récidive en matière criminelle⁴⁹. Des auteurs ont également documenté des effets discriminatoires involontaires liés à la condition sociale⁵⁰ alors que d'autres soulignent que les SIA pourraient avoir des effets préjudiciables à l'endroit d'autres groupes dans différents domaines⁵¹.

La Commission est d'avis qu'il faut évaluer l'impact des SIA non pas uniquement en fonction de leurs objectifs ou des fins poursuivies, mais également en fonction des résultats effectifs qui découlent de leur utilisation. En effet, le droit à l'égalité consacré par la *Charte* protège toute personne contre la discrimination sans égard à l'intention ou à la bonne foi de son auteur⁵².

L'article 10 se lit comme suit :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

⁴⁷ Drew HARWELL, « Federal study confirms racial bias of many facial-recognition systems, casts doubt on their expanding use », *The Washington Post*, 19 décembre 2019, [En ligne].

<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/12/19/federal-study-confirms-racial-bias-many-facial-recognition-systems-casts-doubt-their-expanding-use/>

⁴⁸ Ziad OBERMEYER, Brian POWERS, Christine VOGELI et Sendhil MULLAINATHAN, « Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations, *Science*, vol. 366, n°6464, 25 octobre 2019.

⁴⁹ Julia ANGWIN, Jeff LARSON, Surya MATTU et Lauren KIRCHNER, « Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals, and it's biased against blacks » *ProPublica*, mai 2016, [En ligne].
<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; Jeff LARSON, Surya MATTU, Lauren KIRCHNER, Julia ANGWIN, « How we analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm » *ProPublica*, mai 2016, [En ligne]. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

⁵⁰ Virginia EUBANKS, *Automating inequality – How high tech tools profile, police and punish the poor*, New-York, St. Martin's Press, 2017, 288 p. L'auteure analyse notamment les impacts négatifs involontaires, sur les personnes en situation de pauvreté, d'un algorithme de prédition du risque de maltraitance en matière de protection de la jeunesse. Voir plus particulièrement le chapitre 4, « The Allegheny algorithm », p. 127-173.

⁵¹ Frederik ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Conseil de l'Europe, 2018, 49 p., [En ligne]. <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>

⁵² Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2018, par. 93.

Seul l'effet du traitement imposé à la personne sera pertinent pour constater l'existence d'une situation de discrimination. À cet effet, la Cour suprême a précisé que :

[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement⁵³.

La Charte protège contre la discrimination directe, mais également indirecte ou systémique. La discrimination indirecte survient lorsqu'une règle qui paraît neutre a néanmoins pour conséquence d'imposer un « traitement préjudiciable »⁵⁴ à un individu en lien avec un motif interdit de discrimination. L'exclusion disproportionnée d'individus appartenant à un groupe visé à l'article 10 de la Charte pourra aussi résulter d'un ensemble complexe et subtil de pratiques – directement ou indirectement –discriminatoires, « érigée en système »⁵⁵. On parlera alors de discrimination systémique. Soulignons que dans ce type de discrimination, particulièrement pernicieuse, chaque élément, pris séparément, n'est pas forcément constitutif de discrimination. C'est l'effet cumulé d'actions ou facteurs préjudiciables qui mènera à un constat de discrimination. De fait, « [I]l a question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires »⁵⁶.

Le recours aux SIA peut mener à des résultats discriminatoires pour de multiples raisons. Les bases de données peuvent être incomplètes et des erreurs peuvent survenir dans

⁵³ Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁵⁴ La discrimination indirecte est aussi souvent identifiée par les termes « discrimination par effet préjudiciable » (*adverse effect discrimination*). Voir notamment Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489, Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, (1994) 2 R.C.S. 525.

⁵⁵ Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2018, par. 94.

⁵⁶ CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139.

l'entraînement des données ou dans l'étiquetage de celles-ci⁵⁷, par exemple. Les résultats discriminatoires peuvent aussi découler de biais ou préjugés inconscients dans la conception du système ou dans son utilisation (notamment à travers le choix de l'échantillonnage ou des variables)⁵⁸. Ces biais et préjugés peuvent refléter les inégalités déjà présentes dans la société⁵⁹, mais des auteurs soulignent qu'ils peuvent aussi être exacerbés par l'homogénéité du domaine technologique, où les femmes et les personnes racisées sont notamment peu présentes⁶⁰. De fait, un système qui a été créé et programmé sans intention malveillante peut reproduire involontairement, mais aussi amplifier, des préjugés et biais sociaux existants⁶¹.

Or, si un SIA entraîne 1) une distinction, exclusion ou préférence 2) fondée sur un motif prohibé de discrimination 3) qui a pour effet de détruire ou compromettre l'exercice d'un droit par ailleurs protégé par la Charte, un constat de discrimination à première vue pourra être établi. Il reviendra alors à l'auteur présumé de la discrimination de démontrer que la distinction, exclusion ou préférence « n'est pas contraire à l'égalité envisagée dans une perspective réelle ou encore qu'une disposition spécifique de la Charte l'autorise à appliquer ladite distinction »⁶². Selon l'usage qui en est fait, le recours à un SIA pourra par ailleurs entraîner une violation d'une des formes spécifiques d'interdiction de discrimination prévues à la Charte, telle que l'interdiction de refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet un bien ou un service

⁵⁷ Frederik ZUIDERVEEN BORGESIUS, Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, Conseil de l'Europe, préc., note 51.

⁵⁸ Solon BAROCAS et Andrew D. SELBST, « Big data's disparate impact », 104 California Law Review 671, p. 678. Voir aussi Philippe BESSE, Celine CASTETS-RENARD, Aurelien GARIVIER, Jean-Michel LOUBES, « L'IA du quotidien peut-elle être éthique? Loyauté des algorithmes d'apprentissage automatique », Statistique et société, vol. 6, n°3, 9-31.

⁵⁹ Solon BAROCAS et Andrew D. SELBST, « Big data's disparate impact », préc., note 58, p. 674.

⁶⁰ Sarah MYERS WEST, Meredith WHITTAKER et Kate CRAWFORD, Discriminating Systems. Gender, Race, and Power in AI, AI Now Institute, avril 2019, [En ligne]. <https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf>. Plus généralement, sur les enjeux de la « diversification » du monde du travail dans le secteur technologique, voir par exemple Laurel SMITH-DOERR, Sharla N. ALEGRIA, Timothy SACCO, « How diversity matters in the US science and engineering workforce ; a critical review considering integration in teams, fileds, and organizational contexts », (2017) 3 Engaging Science, Technology, and Society, p. 139-153; Daryl E. CHUBIN, Gary S. MAY et Eleanor L. BABCO, « Diversifying the Engineering Workforce », (2005) 94 JEE, 73-86.

⁶¹ P. MOLNAR et L. GILL, préc., note 9, p. 31.

⁶² Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2018, par. 126. Sur le fardeau de preuve de la discrimination, voir : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 ; *Québec (C.D.P.J.) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39.

ordinairement offert au public⁶³, l'interdiction de refuser l'accès à un lieu public⁶⁴ ou l'interdiction de discriminer dans l'embauche⁶⁵.

Les SIA risquent d'interférer avec les droits et libertés de la personne quand ils servent de support à des décisions qui affectent les droits. Par exemple, le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé⁶⁶ peut être affecté par une programmation ou un entraînement des SIA qui reproduirait des préjugés ou par une impossibilité de contester les décisions ainsi prises⁶⁷. Le droit à l'information⁶⁸ pourrait être compromis si les algorithmes sur lesquels se basent ces décisions ne sont pas accessibles. Le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation⁶⁹ pourrait être menacé par l'usage qui est fait des résultats du processus décisionnel. L'utilisation des objets connectés peut compromettre le droit à l'inviolabilité de la demeure⁷⁰, le droit au respect du secret professionnel⁷¹ et l'interdiction de saisie, perquisitions ou fouilles abusives⁷².

Il existe aussi des exemples dans lesquels des SIA ont été utilisés pour manipuler l'opinion publique et corrompre des processus électoraux⁷³ ce qui compromet l'exercice des droits démocratiques, en particulier du droit de vote, ainsi que du droit à l'information⁷⁴.

⁶³ Charte, art. 12.

⁶⁴ Charte, art. 15.

⁶⁵ Charte, art. 16.

⁶⁶ Charte, art. 23.

⁶⁷ D.K. CITRON et F. PASQUALE, préc., note 8.

⁶⁸ Charte, art. 44.

⁶⁹ Charte, art. 4.

⁷⁰ Charte, art. 7.

⁷¹ Charte, art. 9.

⁷² Charte, art. 24.1.

⁷³ Stephanie HANKEY, Julianne KERR MORRISON et RAVI NAIK, *Data and Democracy in the Digital Age*, Londres, The Constitution Society, 2018, [En ligne]. <https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2018/07/Stephanie-Hankey-Julianne-Kerr-Morrison-Ravi-Naik-Data-and-Democracy-in-the-Digital-Age.pdf>. On pense en particulier au scandale récent qui implique les entreprises Facebook et Cambridge Analytica.

⁷⁴ Charte, art. 3, 22 et 44. Voir, sur le droit du public à l'information politique, Henri BRUN, « Le droit du public à l'information politique : un droit constitutionnel aux ancrages multiples », dans *Développements récents en droit de l'accès à l'information*, (2005) vol. 233, p. 91-113. Sur l'impact potentiel des « fausses nouvelles » ou « fake news », voir par exemple Arnaud MERCIER et al., *Fake news et post-vérité : 20 textes pour comprendre la menace*, The Conversation, France, 2018, [En ligne]. <https://hal.univ-lorraine.fr/hal-01819233/document>.

1.2 La distinction entre les domaines public et privé

La Commission aimerait par ailleurs réitérer⁷⁵ sa préoccupation quant à la distinction qui existe toujours dans les lois du Québec entre le traitement réservé aux informations détenues par le secteur public et celui réservé aux informations détenues par le secteur privé. Il appert pourtant que les autorités publiques de plusieurs pays requièrent de plus en plus souvent l'accès systématique aux informations détenues par des entités privées⁷⁶. On note aussi une propension des autorités publiques à recourir à des outils technologiques développés par les entreprises privées⁷⁷. Les informations rendues publiques par des lanceurs d'alerte ont révélé l'effacement des frontières entre les secteurs public et privé dans le domaine de la surveillance aux États-Unis⁷⁸.

La Commission est donc d'avis que, dans le contexte actuel, un encadrement du recours aux SIA respectueux des droits et libertés ne peut faire l'économie d'une prise en compte de l'érosion de la séparation traditionnelle entre ces secteurs, et de la porosité entre le domaine public et le domaine privé en ce qui a trait à l'accessibilité et à l'utilisation des données recueillies.

⁷⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 11, à la p. 5.

⁷⁶ Fred H. CATE, James X. DEMPSEY et Ira S. RUBINSTEIN, « Systematic government access to private-sector data, (2012) 2 :4 *International Data Privacy Law* 195, p. 195 cité par CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Le droit à la vie privée à l'ère du numérique*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Doc. N.U. A/HRC/27/37, 2014, par. 27.

⁷⁷ Nicholas DE ROSA, « La GRC et 34 services policiers canadiens ont utilisé l'application de Clearview AI », Radio-Canada, 28 février 2020, [En ligne]. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1641195/clearview-ai-canada-police-grc-entreprise-via-rail-liste-client-vol-donnees-intelligence-artificielle-reconnaissance-faciale-logiciel-application-controverse> ; Donna Lu, « Face up to reality », (2020)245 The New Scientist, Benjamin L.W. SOBEL, « HIQ v. LinkedIn, Clearview AI and a New Common Law of Web Scraping », 2020, (sous revision par SSRN), [En ligne]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3581844 Jake LAPERRUQUE, « No Clearview's AI creepy plan to spy on us is not "free speech" », The Guardian, 14 février 2020, [En ligne]. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/14/clearview-ai-facial-recognition-technology>

⁷⁸ S. ZUBOFF, préc., note 38,42 p. 86; Craig FORCESE, « Law , Logarithms, and Liberties : Legal Issues Arising from CSE's Metadata Collection Initiatives » dans Michel GEIST (dir.), *Law Privacy and Surveillance in the Post-Snowden Era*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2017, 127.

2 RÉPONSES AU CAHIER DE CONSULTATION

Dans cette section, la Commission entend commenter le document de consultation produit par la CAI, en suivant l'ordre proposé dans celui-ci.

Comme elle l'a mentionné précédemment, la Commission est d'accord avec le fait qu'il est utile d'adapter le cadre législatif actuel, notamment pour parer aux nouvelles formes que peuvent prendre les atteintes aux droits et libertés de la personne. Elle est également d'avis qu'il est nécessaire de préserver la neutralité technologique des lois⁷⁹. La neutralité technologique permet notamment d'éviter une obsolescence trop rapide de l'encadrement normatif. Elle permet aussi d'éviter que certains acteurs s'exemptent en modifiant simplement des aspects techniques des technologies auxquelles ils recourent. Dans la même perspective, la Commission est d'avis que, si une définition des SIA devait être adoptée, elle devrait se fonder plutôt sur les effets de ces technologies que sur leur format.

2.1 Section « Encadrer la création et l'utilisation des renseignements personnels »

La Commission est d'accord avec le fait qu'un renseignement inféré devrait être considéré comme un renseignement personnel au même titre qu'un renseignement colligé⁸⁰. Elle estime que pour encadrer adéquatement l'utilisation des SIA, il convient d'élargir la notion de renseignements personnels, et, de ce fait, l'application des lois encadrant la collecte et l'usage de ces renseignements pour englober de façon sûre les données générées par la technologie qui sont étroitement liées à l'identité des personnes. On peut penser aux données de géolocalisation, aux données biométriques et au pointage de crédit, entre autres.

Elle tient toutefois à rappeler que, même en l'absence d'une protection par la voie des lois concernant les renseignements personnels, certains de ces renseignements sont susceptibles d'être couverts par le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation⁸¹,

⁷⁹ Document de consultation, lignes 10 à 19.

⁸⁰ Document de consultation, lignes 32 et suivantes.

⁸¹ Charte, art. 4.

par le droit au respect de sa vie privée⁸² et par le droit au respect du secret professionnel⁸³, ce qui entraîne certaines conséquences juridiques. En effet, les protections offertes par la Charte ne sont pas limitées par la notion de « renseignements personnels ».

La Commission est d'accord avec les principes énoncés au point 2 et visant l'encadrement des activités de profilage, d'analyse et de prédiction. Le document de consultation propose de s'inspirer de la définition de profilage prévue à l'article 4 du *Règlement général sur la protection des données*⁸⁴, qui se lit comme suit :

Aux fins du présent règlement, on entend par [...] «profilage», toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.

Il est aussi proposé, au point 2.1, d'interdire l'utilisation de certains types de renseignements personnels afin d'effectuer du profilage. À cet effet, la Commission recommande que les 14 motifs prohibés de discrimination prévus à l'article 10 de la *Charte* fassent partie d'une telle liste⁸⁵. Par ailleurs, la Commission invite à tenir compte, dans la définition de la notion de « profilage », des travaux de la Commission sur le profilage discriminatoire pour éviter toute confusion entre les termes⁸⁶, voire d'utiliser un terme distinct.

⁸² Charte, art. 5.

⁸³ Charte, art. 9.

⁸⁴ *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*, JOUE L127 2 du 23 mai 2018.

⁸⁵ Ces motifs sont les suivants : la « race », la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

⁸⁶ Voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le profilage racial : mise en contexte et définition*, Me Michèle Turenne, (Cat. 2.120-1.25), 2005, [En ligne].
http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/profilage_racial_definition.pdf . Pour un historique de ces travaux, voir notamment COMMISSION DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à l'Office de consultation publique de Montréal dans le cadre de la consultation publique sur le racisme et la discrimination systémiques* (Cat. 2. 120-1.35), novembre 2019, p. 42-49, [En ligne].
http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/memoire_OCPM_racisme-systemique.pdf. Soulignons que la définition de « profilage racial » élaborée par la Commission a été reprise par la Cour suprême du Canada dans la

Rappelons que les SIA sont utilisés dans une variété de circonstances qui peuvent affecter les personnes concernées dans leur capacité à emprunter de l'argent, à voyager, à se loger, à obtenir un emploi, à accéder à un programme scolaire, entre autres⁸⁷. Ils sont également utilisés par les instances gouvernementales pour prendre des décisions qui affectent les droits des administrés⁸⁸.

Pour répondre à la question soulevée à la ligne 77⁸⁹ du document de consultation quant aux conditions d'exercice du profilage, il est utile de rappeler que les dispositions de la Charte s'appliquent au recours à un SIA. Plus spécifiquement, la Charte prévoit que « nul ne peut par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet un bien ou un service ordinairement offert au public »⁹⁰. Le recours à un SIA ne devrait donc pas entraîner un refus discriminatoire de contracter. L'interdiction de discrimination s'applique également à d'autres domaines spécifiques tels l'accès aux lieux publics⁹¹ ou l'embauche⁹².

En outre, la Charte garantit le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation⁹³. Le recours à un SIA ne devrait donc pas engendrer la diffusion d'informations qui porterait atteinte à ces droits.

Par ailleurs, si les SIA sont utilisés par les instances publiques dans l'exercice d'une fonction quasi judiciaire⁹⁴, les droits prévus au Chapitre III de la Charte devraient trouver application. Par

décision Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c. Bombardier Inc. (*Bombardier Aéronautique Centre de formation*), préc. note 62, par. 33.

⁸⁷ D.K. CITRON et F. PASQUALE, préc., note 8, à la p. 18.

⁸⁸ P. MOLNAR et L. GILL, préc., note 9.

⁸⁹ Cette question se lit comme suit : D'après vous, quelles pourraient être les conditions et obligations permettant et/ou encadrant les activités de profilage, d'analyse et de prédition? Le consentement exprès d'une personne fait-il partie des conditions auxquelles ces renseignements pourraient être recueillis ou utilisés? Est-il une voie réaliste ou souhaitable?

⁹⁰ Charte, art. 12.

⁹¹ Charte, art. 15.

⁹² Charte, art. 16.

⁹³ Charte, art. 4.

⁹⁴ Charte, art. 56.

exemple l'article 23, qui « garantit certaines protections procédurales basées sur la justice naturelle »⁹⁵, prévoit :

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

Le recours aux SIA dans l'exercice d'une telle fonction ne doit pas affecter l'impartialité et l'absence de préjugé du décideur⁹⁶.

Les droits judiciaires pourraient également être affectés par le recours à des SIA par des acteurs privés. L'activité d'évaluation de crédit se prête bien à l'analyse de ce cas de figure. En effet, la cote de crédit créée par un agent d'évaluation de crédit, un acteur privé, à l'aide d'algorithmes protégés par le sceau du secret commercial⁹⁷ influence la faculté du titulaire de dossier de crédit de conclure des transactions avec les autres intervenants qui consultent le dossier. Or, l'absence de moyen efficace de contester une information erronée transmise par un tiers risque de contrevir au droit à une audition impartiale de sa cause ainsi qu'à l'interdiction de priver quelqu'un de ses droits⁹⁸. On pourrait également penser au cas où un employeur potentiel recourt à la SIA pour évaluer un candidat, une compagnie d'assurance qui utilise des applications de mesure de l'exercice physique pour déterminer le montant de la prime à payer ou à un établissement qui utilise la reconnaissance faciale comme portier, pour déterminer qui a le droit d'accéder à ses locaux.

La Cour supérieure a reconnu le rapport qui existe entre le droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas

⁹⁵ *Bélieau c. Barreau du Québec*, 1992 CanLII 3299 (QC CA).

⁹⁶ Pour une analyse en contexte américain, voir Danielle Keats CITRON, « Technological Due Process », (2008) 85 *Washington Law Review* 1249.

⁹⁷ C.P. c. Équifax, 2013 QCCAI 99, par. 48. La situation est la même aux États-Unis : D.K. CITRON et F. PASQUALE, préc., note 8, p. 5.

⁹⁸ COMMISSION DES DROITS DE PERSONNE ET DES DROITS DE JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des finances publiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 53, Loi sur les agents d'évaluation de crédit*, (Cat. 2.412.132), 2020, p. 29.

préjugé et l'adage « nul ne peut se faire justice lui-même », « puisque celui qui se fait justice lui-même prive ainsi la victime de son droit d'être entendu par un tribunal »⁹⁹. L'interdiction de se faire justice soi-même tire sa source de la primauté du droit¹⁰⁰. Les auteurs Dussault et Borgeat soulignent :

Dans notre système juridique, il existe un principe fondamental qui veut que nul ne peut se faire justice à soi-même; ce principe s'applique à tout sujet de droit, qu'il s'agisse des institutions publiques ou des institutions privées.¹⁰¹.

Le principe garanti par l'article 23 est confirmé par l'article 24 de la Charte qui indique :

« 24. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite. »

La jurisprudence de la Cour du Québec indique que l'interdiction faite par l'article 24 s'applique à des acteurs privés¹⁰². Bien que les décisions concernant l'application de cet article à des acteurs privés aient été rendues en matière de privation de liberté, on peut présumer que l'article 24 s'appliquerait également quand ces mêmes acteurs privent une personne de ses droits.

La seconde partie de la question amorcée à la ligne 77 du document de consultation porte sur la nécessité de consentir à la cueillette des renseignements pouvant être utilisés aux fins de « profilage ». De l'avis de la Commission, une modification de la règle du consentement à la collecte et à l'utilisation des données, laquelle participe de la réalisation du droit au respect de sa vie privée, commanderait une analyse de la solution alternative proposée qui soit basée sur les droits et libertés garantis par la Charte. Ces règles sont notamment inscrites dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁰³. En l'absence d'une proposition concrète d'alternative, la Commission réserve son analyse.

⁹⁹ *Ghaho c. Germain*, 2013 QCCS 2604, par. 65.

¹⁰⁰ *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 95.

¹⁰¹ René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., tome 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 357.

¹⁰² *Chevrier c. VCS investigation inc.*, 2000 CanLII 14703 (QC C.Q.); *Kupriakov c. Gestion René J. Beaudoin inc. (Canadian Tire)*, 2012 QCCQ 5778.

¹⁰³ RLRQ, c. P-39.1, art. 14.

2.2 Interdire l'utilisation des renseignements personnels à des fins malveillantes

Le document de consultation propose, dans cette section, le principe suivant : « le développement d'un SIA ou l'utilisation de renseignements personnels à l'aide d'un SIA à des fins illégitimes ou avec des intentions malveillantes comme celles de tromper, de discriminer des personnes ou de leur causer du tort devraient être interdits ».

La Commission estime que ce principe devrait être modifié pour tenir compte du fait que la discrimination peut résulter d'actes dénués de toute intention malveillante. De fait, comme mentionné précédemment, l'intention n'est pas nécessaire pour conclure à la présence de discrimination : une règle neutre, adoptée de bonne foi, peut néanmoins avoir pour conséquence d'imposer un traitement préjudiciable à un individu en lien avec un motif interdit de discrimination. La Commission est donc d'avis que conformément au cadre juridique de la discrimination exposée ci-dessus, les conséquences négatives pour une personne, en lien avec un motif prohibé de discrimination, devraient être prises en compte dans toute démarche d'encadrement de l'utilisation de renseignements personnels par un SIA, sans égard aux intentions des parties.

2.3 Sections « Utiliser la SIA de manière transparente » et « Renforcer les moyens de contrôle et d'auditabilité »

Le droit au respect de sa vie privée comporte le droit de connaître les informations détenues à son égard et d'y accéder. Comme l'indique la Cour suprême:

« [L']objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements personnels la concernant est intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l'importance va de soi. »¹⁰⁴

La Charte garantit également le droit à l'information¹⁰⁵ qui comporte deux dimensions essentielles : le droit à l'information publique, nécessaire à l'exercice des droits démocratiques, et le droit à l'information personnelle qui permet d'exercer son droit à la vie privée¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401, 2013 CSC 62, par. 24.

¹⁰⁵ Charte, art. 44.

¹⁰⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le droit fondamental à l'information. Examen du rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information* : Une réforme de l'accès à

Le droit à l'information personnelle se matérialise entre autres par le droit d'être informé de l'existence d'un fichier ou d'un dossier de renseignements personnels nous concernant, d'y accéder gratuitement et de les faire rectifier.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* consacre le droit de connaître les fins auxquelles les renseignements personnels sont destinés avant de consentir à leur collecte¹⁰⁷. La Commission s'est déjà d'ailleurs prononcée sur l'importance de connaître les fins auxquelles les informations seront utilisées pour assurer la validité du consentement à la collecte dans le contexte de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁰⁸ :

Le consentement à la transmission des renseignements personnels doit, pour être valide, remplir certaines conditions. Il doit être libre, donné à des fins spécifiques et pour une durée déterminée. Pour remplir ces conditions, en particulier celles relatives au caractère éclairé et aux fins spécifiques du consentement, cela exige que les informations sur le contenu des renseignements et leur usage soient connus de la personne à qui l'on demande de consentir. Cette obligation d'information est essentielle à la validité du consentement.¹⁰⁹

La Commission est donc d'accord avec les propositions 4 à 6 qui énoncent :

4. Les entreprises et les organismes publics devraient obligatoirement divulguer l'utilisation d'un SIA, dès lors qu'une personne entre en interaction directe avec celui-ci, au moment d'une collecte de renseignements personnels ou dans le cadre d'une prestation de services;
5. Une personne devrait être informée, au moment d'une collecte de renseignements personnels, que d'autres renseignements seront inférés de manière automatique à son

l'information : le choix de la transparence. *Complément au mémoire de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (Cat. 2.412.42.4.1), 2003, p. 2, [En ligne].

http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/memoire_rapport_CAI_complement.pdf. Voir également : RAPPORTEUR SPÉCIAL SUR LA PROTECTION DU DROIT À LA LIBERTÉ D'OPINION ET D'EXPRESSION, *Promotion et protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, Doc. N.U. A/68/362, 4 septembre 2013, par. 19, qui ajoute l'aspect médiatique du droit à l'information, soit le droit des médias d'accéder aux informations qu'ils demandent.

¹⁰⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 103, art. 4 et 8. Voir également Pierre-Luc DÉZIEL, « Est-ce bien nécessaire? Le principe de la limitation de la collecte face aux défis de l'intelligence artificielle » dans SERVICE DE LA QUALITÉ DE LA PROFESSION, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit à la vie privée*, vol. 465, Montréal, Éd Yvon Blais, 2019, p. 6 et ss.

¹⁰⁸ RLRQ, c. S-4.2.

¹⁰⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale : Projet de loi n° 83 : Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, (Cat. 2.412.67.5), février 2005, p. 12 réitéré dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de la santé et des services sociaux sur le projet de loi n° 59, Loi concernant certains renseignements de santé*, (Cat. 2.412.67.9), 2012, p. 13.

sujet, que les données serviront à des activités de profilage, d'analyse ou de prédiction ou qu'une décision sera prise automatiquement à partir des informations qu'elle fournit;

6. Une personne doit pouvoir exiger obtenir une explication des facteurs et des paramètres les plus importants ayant mené à la prise d'une décision et de la logique du mécanisme de traitement automatisé utilisé pour la prendre, ainsi que de la liste des renseignements personnels utilisés;

Ces principes proposés par la CAI devraient également permettre une meilleure mise en œuvre des droits judiciaires inscrits au Chapitre III de la Charte, notamment si les SIA sont utilisées dans un contexte quasi judiciaire.

La Commission est également d'avis que le droit de connaître les usages qui seront faits des informations personnelles recueillies est susceptible d'inclure la façon dont ces informations sont traitées. Elle est donc d'accord avec le principe 16 du document de consultation qui énonce :

16. Les autorités de contrôle, dont la Commission, devraient avoir accès au code des algorithmes à des fins de vérification et de contrôle;

Il se pourrait que la mise en œuvre des droits et libertés de la personne, notamment le droit à l'égalité et les droits judiciaires, commande un élargissement du principe d'accès au code des algorithmes à d'autres intervenants, notamment les personnes dont les droits sont affectés par le recours à un SIA.

2.4 Section « Établir un droit à la révision d'une décision prise par un SIA »

Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'utilisation des SIA est susceptible de compromettre la plupart des droits de la Charte, notamment le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité des droits garantis par la Charte¹¹⁰. Ce dernier implique entre autres le droit de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens et services ordinairement offerts au public¹¹¹, le droit d'accéder à un lieu public ou l'interdiction de discrimination dans l'embauche.

¹¹⁰ Charte, art. 10.

¹¹¹ Charte, art. 12.

Une décision prise par un SIA et qui affecterait les droits de la personne concernée serait également susceptible de compromettre le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé¹¹².

La Commission prend note du principe 8 du document de consultation par lequel la CAI propose de « [p]révoir le droit d'exiger une révision par une personne physique d'une décision prise initialement par un SIA ».

Bien que la possibilité d'exiger qu'une décision prise par un SIA soit révisée par une personne physique soit susceptible d'atténuer certains biais, la Commission se demande si elle offre une protection suffisante des droits garantis par la Charte. En effet, il faudrait s'assurer que la personne qui fait l'intervention réponde à des critères d'indépendance et d'impartialité. On doit également prendre en compte la difficulté, pour une personne physique, de contester une décision présumée objective¹¹³ prise par un SIA ou à l'aide d'un tel système. À cet effet, la Commission tient à souligner qu'elle a établi, dans le cadre d'une enquête menée en vertu de son mandat en protection de la jeunesse, que l'usage d'un outil informatisé d'aide à la décision ne doit pas se substituer au jugement de professionnels¹¹⁴.

La Commission constate que les principes 4, 5, 6, 16 (mentionnés dans les sections précédentes) ainsi que le principe 8 concourent à ce qu'une personne qui est affectée par le recours à un SIA dispose de suffisamment d'informations pour être en mesure d'exercer ses droits, notamment ceux qui sont garantis par la Charte.

Notons que la question de l'existence d'un « droit à l'explication », qui découlerait des dispositions du *Règlement général sur protection des données*¹¹⁵ est débattue en contexte

¹¹² Charte, art. 23.

¹¹³ Sur les biais décisionnels qui peuvent être impliqués dans l'utilisation des SIA, voir notamment Alexander BABUTA et Marion OSWALD, *Data analytics and algorithmic bias in policing*, London, Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, 2019, 19 p., [En ligne]. <https://rusi.org/publication/briefing-papers/data-analytics-and-algorithmic-bias-policing>

¹¹⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Enquête sur les services dispensés par la direction de la protection de la jeunesse du Saguenay–Lac-Saint-Jean*, Conclusion d'enquête, CE-380.1, 2017.

¹¹⁵ Préc., note 84

européen¹¹⁶ et australien¹¹⁷, notamment. Aux États-Unis, des auteurs suggèrent la reconnaissance d'un « right to procedural data due process » (droit à l'équité procédurale dans le traitement des données) par lequel les individus affectés par le recours aux données de masse auraient des droits similaires à ceux qui existent en contexte judiciaire¹¹⁸. Il pourrait s'agir de voies intéressantes pour connaître les motifs d'une décision et débattre de sa légitimité.

2.5 Section « Élargir la portée du droit à la rectification »

L'article 40 du *Code civil du Québec* consacre le droit à la rectification quand des renseignements sont inexacts, incomplets ou équivoques :

40. Toute personne peut faire corriger, dans un dossier qui la concerne, des renseignements inexacts, incomplets ou équivoques; elle peut aussi faire supprimer un renseignement périmé ou non justifié par l'objet du dossier, ou formuler par écrit des commentaires et les verser au dossier.

La rectification est notifiée, sans délai, à toute personne qui a reçu les renseignements dans les six mois précédents et, le cas échéant, à la personne de qui elle les tient. Il en est de même de la demande de rectification, si elle est contestée.

La CAI propose deux façons alternatives d'élargir le droit à la rectification :

10. Le droit à la rectification d'un renseignement inféré ne devrait pas inclure une obligation pour la personne concernée de démontrer son caractère inexact, incomplet ou équivoque; ou

Un recours plus spécifique à la nature de ce type de renseignement devrait être prévu, soit le droit de modifier l'inférence, l'opinion, le jugement ou la qualification réalisés par un système automatisé.

La Commission est d'avis que la création d'un recours spécifique est susceptible d'améliorer la protection des droits des personnes concernées par les renseignements, notamment le droit à la sauvegarde de sa dignité de son honneur et de sa réputation, tout en préservant le droit à la

¹¹⁶ Sandra WATCHER, Brent MITTELSTADT et Chris RUSSELL, « Counterfactual Explanations Without Opening de Black Box: Automated Decisions and the GRDP », (2018) 61: 11 *Harvard Journal of Law and Technology* 841. UNESCO, *Steering AI and advanced ICTs for Knowledge societies – A rights, openness, access, and multi-stakeholder perspective*, préc., note 45, p. 16.

¹¹⁷ AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, préc., note 15, p. 83 et ss.

¹¹⁸ Kate CRAWFORD et Jason SCHULTZ, « Big Data and Due process: Toward a Framework to Redress Privacy Harm », (2014) 55:1 *Boston College Law Review* 93 ; D. K. CITRON et F. PASQUALE, préc., note 8.

liberté d'expression de l'instance qui utilise des SIA. La Commission estime par ailleurs que le recours créé devrait tenir compte du déséquilibre des forces pouvant exister entre une personne dont les droits sont affectés et les acteurs publics ou privés qui contrôlent les SIA¹¹⁹.

2.6 Section « Adapter la gouvernance à la réalité numérique »

La CAI propose le principe suivant :

12. La production d'une *évaluation des facteurs relatifs à la vie privée* (EFVP) devrait être obligatoire préalablement à la mise en œuvre de tout SIA impliquant des renseignements personnels. L'EFVP devrait rendre compte de la circulation des renseignements personnels et des mesures prises pour assurer leur qualité et inclure une évaluation de l'impact algorithmique.¹²⁰

La Commission est d'avis que ce processus devrait être élargi et comporter une analyse d'impact sur l'ensemble des droits et libertés de la personne garantis par la Charte.

La Commission est d'accord avec le principe 15 du document de consultation qui concerne la sécurité des données :

15. La déclaration aux autorités concernées des incidents de sécurité liés à l'utilisation d'un SIA et impliquant des renseignements personnels devrait être obligatoire.

Étant donné les difficultés liées à l'identification des relations causales et à l'application des principes de responsabilité civile dans le domaine de l'intelligence artificielle, la Commission est cependant d'avis qu'il serait opportun de déterminer des règles précisant la responsabilité à l'égard de dommages qui pourraient découler du recours à un SIA. Elle est également d'avis que des dispositions devraient être prises pour limiter la conservation des données et s'assurer de leur destruction.

¹¹⁹ UNESCO, *Steering AI and advanced ICTs for Knowledge societies – A rights, openness, access, and multi-stakeholder perspective*, préc., note 45, p. 16.

¹²⁰ Document de consultation, p. 6.

2.7 Section « Particularité de la recherche et du développement en intelligence artificielle »

Aux lignes 237 et suivantes du document de consultation, le CAI s'interroge sur le recours aux données anonymisées ou dé-identifiées. Au regard des travaux sur la question¹²¹, la Commission est d'avis qu'une anonymisation ou qu'une dé-identification parfaite sont difficiles à concevoir. Étant donné les risques de réidentification, les données devraient continuer à être considérées comme des renseignements personnels.

CONCLUSION

La Commission apprécie l'occasion qui lui est donnée de soulever certains des enjeux relatifs aux droits et libertés posés par le recours à des SIA. Même si le cadre juridique que constitue la Charte, qui, rappelons-le, a une valeur quasi constitutionnelle, s'applique déjà à l'utilisation des nouvelles technologies, il apparaît utile de l'encadrer plus spécifiquement de façon à parer aux nouvelles formes que pourraient prendre les atteintes aux droits et libertés.

Plusieurs des droits et libertés garantis par la Charte peuvent être affectés par le recours aux SIA : le droit au respect de sa vie privée, certes, mais également la liberté de sa personne et les autres libertés fondamentales, le droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation, le droit à l'inviolabilité de sa demeure, le droit au respect du secret professionnel, le droit à l'égalité et ses différentes modalités, le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugés, le droit à l'information, et la protection contre les saisies, les perquisitions et les fouilles abusives et le droit à des conditions de travail justes et raisonnable, notamment.

¹²¹ Voir notamment EUROPEAN COMMISSION, WORKING PARTY ON THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO THE PROCESSING OF PERSONAL DATA (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY), *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, 10 avril 2014, 0829/14/EN WP216, [En ligne].
<https://www.pdpjournals.com/docs/88197.pdf> et UNESCO, *Steering AI and advanced ICTs for Knowledge societies – A rights, openness, access, and multi-stakeholder perspective*, préc., note 45, p. 49-50.

La Commission est d'accord avec plusieurs des propositions faites dans le document de consultation. Elle appelle cependant à élargir la notion de renseignements personnels et estime que les données anonymisées ou dé-identifiées devraient être considérées comme tels.

Par ailleurs, la Commission est d'avis qu'il faut évaluer l'impact des SIA non pas uniquement en fonction de leurs objectifs ou des fins poursuivies, mais également en fonction des résultats effectifs qui découlent de leur utilisation. Dans cet esprit et afin de respecter le droit à l'égalité, elle invite à tenir compte de la totalité des motifs de discrimination prohibés par la Charte dans l'encadrement du « profilage ». Elle suggère d'ailleurs de faire preuve de prudence dans l'utilisation du terme « profilage », susceptible de créer une confusion en droit québécois.

La Commission invite également à considérer, dans l'encadrement des SIA, le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, à s'assurer que les personnes affectées par l'utilisation d'un système ayant recours à un SIA disposent de suffisamment d'information pour exercer leurs droits et recours et que soit pris en compte, dans la création d'un tel droit de recours, le déséquilibre des forces pouvant exister entre une personne dont les droits sont affectés et les acteurs publics ou privés qui contrôlent les SIA.

La Commission suggère en outre que toute analyse d'impact algorithmique s'étende à l'impact qu'un SIA peut avoir sur l'ensemble des droits protégés par la Charte. Elle invite également à prévoir la désignation d'une personne responsable des éventuels dommages causés par le recours à un SIA.

La mesure des atteintes aux droits et libertés est cependant difficile à faire dans l'abstrait. En vertu du mandat qui lui incombe d'assurer la promotion et le respect des principes contenus dans la Charte, la Commission poursuit sa veille sur ces questions d'importance.