

COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DU BARREAU DU QUÉBEC

Projet de loi C-58 – Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence

Présenté au Président du Conseil du Trésor

15 mars 2018

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec pour la rédaction de ce mémoire :

M^e Nicolas Le Grand Alary

Édité en mars 2018 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-26-7

Dépôt légal – Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2018

Dépôt légal – Bibliothèque et Archives Canada, 2018

INTRODUCTION

Le 19 juin 2017, monsieur Scott Brison, président du Conseil du trésor, a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-58 intitulé *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence* (ci-après « projet de loi »).

Ce projet de loi propose plusieurs modifications à la *Loi sur l'accès à l'information*¹ ainsi qu'à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*², afin d'effectuer une réforme importante du régime d'accès à l'information au niveau fédéral.

La mission principale du Barreau du Québec étant la protection du public³, celle-ci l'amène à assumer un rôle social de premier plan dans la promotion de la primauté du droit en se souciant particulièrement du respect des principes fondamentaux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ et particulièrement le secret professionnel et l'indépendance judiciaire.

C'est dans cette optique que nous avons pris connaissance du projet de loi et que nous vous faisons part de nos commentaires.

NOUVELLE EXCEPTION AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Nouvel article 36 de la *Loi sur l'accès à l'information* proposé par l'article 15 du projet de loi

Accès aux documents

(2) Malgré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige, mais sous réserve du paragraphe (2.1), le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente partie, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente partie s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

Renseignements protégés : avocats et notaires

(2.1) Le Commissaire à l'information n'a accès qu'aux documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige dont le responsable d'une institution fédérale refuse la communication au titre de l'article 23.

¹ L.R.C. 1985, c. A-1.

² L.R.C. 1985, c. P-21.

³ *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23.

⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (Ci-après « Charte canadienne »).

Précision

(2.2) Il est entendu que la communication, au Commissaire à l'information, par le responsable d'une institution fédérale, de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège.

Le projet de loi propose de préciser que le Commissaire à l'information doit pouvoir avoir accès à tous les documents qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et par le privilège relatif au litige. Le Barreau du Québec comprend que cette modification est en réponse à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*⁵.

Dans cette affaire, la Cour suprême a interprété la loi d'accès albertaine (similaire en l'espèce à la loi fédérale), comme ne comportant pas une intention claire et non équivoque du législateur de vouloir écarter le secret professionnel de l'avocat. En effet, un texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du secret professionnel de l'avocat doit être interprété restrictivement⁶ et il ne peut être supprimé par inférence⁷. Ainsi, comme l'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Thompson*⁸ :

« [...] Un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé à l'égard de certains renseignements que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. Une telle intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique [...]. »⁹

Bien que nous reconnaissons la possibilité pour le législateur fédéral d'écarter dans certaines circonstances le secret professionnel de l'avocat, le Barreau du Québec s'oppose aux modifications proposées à la *Loi sur l'accès à l'information* pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, le Barreau du Québec tient à rappeler le statut particulier du secret professionnel de l'avocat et du notaire qui a été reconnu à maintes reprises par la Cour suprême du Canada et encore tout récemment dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*¹⁰. En effet, le secret professionnel des avocats et des notaires constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte canadienne¹¹ et est généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle »¹².

⁵ 2016 CSC 53.

⁶ *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, par. 33.

⁷ *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, par. 11.

⁸ 2016 CSC 21.

⁹ *Id.*, par. 25.

¹⁰ 2016 CSC 20.

¹¹ *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61.

¹² *R. c. National Post*, 2010 CSC 16.

La Cour suprême du Canada a reconnu que le secret professionnel de l'avocat se doit d'être jalousement protégé et n'être levé que dans les circonstances les plus exceptionnelles¹³. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence et il y a lieu de qualifier d'abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire¹⁴. La Cour suprême a réitéré ce principe à plusieurs reprises¹⁵.

Selon nous, les modifications proposées ne remplissent pas le seuil élevé que la Cour suprême préconise avant d'écarter, par le biais d'une disposition législative, l'application du secret professionnel de l'avocat.

En effet, aucune donnée probante ne permet de démontrer qu'il existe une problématique réelle et urgente nécessitant l'intervention du législateur. Les ministères fédéraux et les organismes publics assujettis à la loi ne semblent pas invoquer le secret professionnel ou le privilège relatif au litige pour bloquer la communication de documents qui devraient être accessibles.

Bien au contraire, les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ne représentent qu'une proportion de 3,07 % de tous les documents qui ont fait l'objet d'un refus de communication¹⁶.

IMPACTS POTENTIELS DE LA PUBLICATION PROACTIVE DE RENSEIGNEMENTS SUR L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Nouveaux articles 90.01 à 90.25 de la *Loi sur l'accès à l'information* proposé par l'article 15 du projet de loi

[...]

Faux frais : juges

90.18 Dans les trente jours suivant le trimestre au cours duquel des faux frais engagés par un juge ont été remboursés au titre du paragraphe 27(1) de la *Loi sur les juges*, le commissaire fait publier sur support électronique les renseignements suivants :

- a) le nom du juge;
- b) une description des faux frais;
- c) la date où ils ont été engagés;
- d) leur montant total.

¹³ *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, par. 17.

¹⁴ *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, par. 36.

¹⁵ *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, par. 43; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, par. 28; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, par. 15 ; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, par. 27; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, par. 35.

¹⁶ COMMISSARIAT À L'INFORMATION DU CANADA, *Observations sur la santé du système d'accès 2014-2015*, figure 17, en ligne : <http://bit.ly/2sHpmKP>.

Frais de représentation : juges

90.19 Dans les trente jours suivant le trimestre au cours duquel des dépenses de déplacement ou autres engagées par un juge ou son époux ou conjoint de fait ont été remboursées au titre du paragraphe 27(6) de la Loi sur les juges à titre de frais de représentation, le commissaire fait publier sur support électronique les renseignements suivants :

- a) le nom du juge;
- b) une description des dépenses;
- c) la date où elles ont été engagées;
- d) leur montant total.

Indemnité de déplacement : juges

90.2 Dans les trente jours suivant le trimestre au cours duquel des frais de transport, frais de séjour ou autres frais engagés par un juge ont été remboursés au titre de l'article 34 de la Loi sur les juges à titre d'indemnité de déplacement, le commissaire fait publier sur support électronique les renseignements suivants :

- a) le nom du juge;
- b) une description des frais;
- c) la date où ils ont été engagés;
- d) leur montant total.

Indemnité de conférence : juges

90.21 Dans les trente jours suivant le trimestre au cours duquel des frais de déplacement ou autres engagés par un juge ont été remboursés au titre de l'article 41 de la Loi sur les juges à titre d'indemnité de conférence, le commissaire fait publier sur support électronique les renseignements suivants :

- a) le nom du juge;
- b) une description des frais;
- c) la date où ils ont été engagés;
- d) leur montant total.

Indépendance judiciaire, renseignements protégés, sécurité des personnes, des infrastructures et des biens et Conseil canadien de la magistrature

Indépendance judiciaire

90.22 Les articles 90.03 à 90.09, 90.11 à 90.13 et 90.15 à 90.21 ne s'appliquent pas à tout ou partie des renseignements visés à l'un ou l'autre de ces articles, si le registraire, l'administrateur en chef ou le commissaire, selon le cas, conclut que leur publication pourrait porter atteinte à l'indépendance judiciaire.

Renseignements protégés et sécurité

90.23 Le registraire, l'administrateur en chef ou le commissaire, selon le cas, n'est pas tenu de faire publier tout ou partie des renseignements visés à l'un ou l'autre de ces articles, s'il conclut, selon le cas :

- a) qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige;
- b) que la publication pourrait menacer la sécurité des personnes, des infrastructures ou des biens.

Décision définitive

90.24 Est définitive la décision du registraire, de l'administrateur en chef ou du commissaire portant que la publication pourrait porter atteinte à l'indépendance judiciaire ou menacer la sécurité des personnes, des infrastructures ou des biens, ou que les renseignements sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige.

[...]

Le projet de loi propose d'assujettir les organes administratifs des tribunaux comme le Bureau du registraire de la Cour suprême du Canada, le Service administratif des tribunaux judiciaires et le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale à une obligation de publication proactive de renseignements.

Plus particulièrement, tous les faux frais, les frais de représentation et les indemnités de déplacement ou de conférence engagés par des juges de nomination fédérale devront être rendus publics dans les 30 jours suivant la fin du trimestre où les frais ont été supportés.

L'information rendue publique devra identifier nommément le juge concerné, le montant des dépenses, la date et les raisons pour lesquelles ces dépenses ont été faites. Il sera cependant possible de ne pas publier ces renseignements dans les cas d'atteinte à l'indépendance judiciaire. Cette décision sera prise par les organes administratifs des tribunaux.

Selon le Barreau du Québec, ces modifications risquent, de façon indirecte, de porter atteinte au principe de l'indépendance judiciaire. En effet, l'article 11d) de la Charte canadienne garantit le droit de tout accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. L'indépendance judiciaire et l'impartialité des juges sont des pierres angulaires du système judiciaire canadien. Ainsi, comme l'affirme la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Valente c. La Reine*¹⁷ :

« [...] Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de

¹⁷ [1985] 2 R.C.S. 673.

l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties. »¹⁸ (Nos soulignés)

Dans cet arrêt, la Cour suprême identifie les trois composantes de l'indépendance judiciaire, qui inclut notamment l'indépendance administrative ou institutionnelle :

« La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) est, à mon avis, l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le degré de contrôle que le pouvoir judiciaire devrait idéalement exercer sur l'administration des tribunaux est un point majeur de l'indépendance judiciaire aujourd'hui. »¹⁹ (Nos soulignés)

Le Barreau du Québec croit que les modifications proposées par le projet de loi risquent de causer des accroc à cette composante du principe de l'indépendance judiciaire. En effet, de par leur statut constitutionnel particulier, les juges ne peuvent être considérés comme des fonctionnaires ou des élus et ils ne peuvent être assujettis, mutatis mutandis, aux mêmes règles que tous les organismes ou ministères fédéraux. Une certaine déférence s'impose.

De plus, laisser aux organes administratifs des tribunaux le soin de décider si l'indépendance judiciaire est en jeu constitue en soi une possibilité d'accroc vis-à-vis de l'indépendance administrative des tribunaux. Le Barreau du Québec ne croit pas que les questions d'accès à l'information qui touchent la magistrature devraient être décidées par des fonctionnaires, mais plutôt par le juge en chef de chaque tribunal visé ou la personne à qui il accepte de déléguer ces fonctions.

Il ne faut pas non plus que les juges, soucieux de leur image publique, arrêtent de participer à des conférences ou à des événements par crainte de voir leurs dépenses, pourtant raisonnables, scrutées à la loupe par certaines personnes. Ils doivent maintenir une autonomie des plus complètes, pourvu que les règles et politiques en vigueur soient respectées.

Finalement, le Barreau du Québec croit qu'il est possible, de toute façon, d'atteindre les objectifs de transparence fixés par le gouvernement par d'autres moyens. En effet, cela pourrait se faire, sous la gouverne des juges en chef, en assujettissant les tribunaux à la production de rapports qui incluent les montants totaux relatifs à de faux frais, des frais de représentation ou des indemnités de déplacement ou de conférence.

Ces rapports permettraient d'informer la population des dépenses engagées, sans identifier spécifiquement les juges concernés, en évitant donc tout risque d'atteinte potentielle au principe fondamental qu'est l'indépendance judiciaire.

¹⁸ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, par. 22.

¹⁹ *Id.*, par. 47.