



THE CANADIAN  
BAR ASSOCIATION  
L'ASSOCIATION DU  
BARREAU CANADIEN

**Projet de loi C-58 – modifications à la  
*Loi sur l'accès à l'information et  
à la Loi sur la protection des  
renseignements personnels***

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

**Mai 2018**

## **AVANT-PROPOS**

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe 36 000 juristes, dont des avocats, des avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'ABC, le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle et le Sous-comité de la magistrature, en collaboration avec les membres de l'ABC siégeant au Comité de liaison entre la magistrature des Cours fédérales et le barreau et au Comité de la Cour canadienne de l'impôt et du barreau, et avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau de l'ABC. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et a été approuvé à titre de déclaration publique de l'ABC.

## TABLE DES MATIÈRES

### Projet de loi C-58 – modifications à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

<b>I.</b>	<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>DROIT D'ACCÈS.....</b>	<b>1</b>
	Portée de la LAI .....	1
	Obstacles administratifs .....	2
	Droits de demande.....	4
	Examen parlementaire .....	4
<b>III.</b>	<b>PUBLICATION PROACTIVE ET INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE .....</b>	<b>5</b>
	Publication proactive .....	5
	Indépendance de la magistrature .....	5
<b>IV</b>	<b>SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT ET AUTRES IMMUNITÉS .....</b>	<b>10</b>
	L'objet du secret professionnel de l'avocat.....	10
	Le secret professionnel de l'avocat dans la pratique .....	11
	Secret professionnel et accès à l'information .....	11
	Répercussions possibles sur la bonne administration de l'État.....	15
	Qui devrait trancher les litiges relatifs au secret professionnel de l'avocat? .....	15
<b>V.</b>	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>16</b>
<b>VI.</b>	<b>SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS.....</b>	<b>16</b>



# **Projet de loi C-58 - modifications à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels***

## **I. INTRODUCTION**

L'Association du Barreau canadien est heureuse d'avoir cette occasion de commenter le projet de loi C-58 et les modifications proposées à la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI) et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

L'ABC préconise depuis longtemps l'amélioration des lois sur l'accès à l'information. En octobre 2017, la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'ABC, le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle et le Sous-comité de la magistrature ont écrit au Comité de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique de la Chambre des communes dans le cadre de son étude du projet de loi C-58.

Malheureusement, nombre de nos recommandations sont restées sans suite, et nous réclamons d'autres modifications à ce projet de loi, afin de protéger le droit quasi constitutionnel d'accès à l'information des Canadiens et des Canadiennes. Ces modifications doivent servir les importants objectifs de transparence et de responsabilisation que vise le projet de loi, sans sacrifier d'autres droits fondamentaux comme l'indépendance de la magistrature et le secret professionnel de l'avocat.

## **II. DROIT D'ACCÈS**

### **Portée de la LAI**

La Cour suprême du Canada affirme, en effet, que la législation en matière d'accès à l'information « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique<sup>1</sup> ». Compte tenu de l'âge de la LAI, la réforme de cette loi dans le but de remédier adéquatement aux faiblesses et lacunes perçues se fait attendre depuis trop longtemps. Il est indispensable d'élargir sa portée si nous voulons garantir le respect du droit d'accès à l'information des Canadiens et des Canadiennes.

---

<sup>1</sup> Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association, 2010 CSC 23, au para. 1.

Nous recommandons donc que le projet de loi C-58 modifie la LAI par l'inclusion des entités parlementaires (sous réserve du privilège parlementaire).

En 2016, le Comité de la Chambre des communes a recommandé un semblable élargissement de la portée de la LAI dans son étude exhaustive de celle-ci, soit l'inclusion du Cabinet du premier ministre, des cabinets ministériels et des secrétariats parlementaires<sup>2</sup>. La commissaire à l'information a elle aussi fait cette recommandation dans son rapport sur le projet de loi C-58. La version proposée de la partie 2 du projet de loi – la publication proactive – inclut déjà ces entités, mais la publication proactive ne saurait se substituer au droit d'accès. Il est déjà de pratique courante de communiquer des renseignements sur de nombreuses catégories énumérées dans la partie 2, notamment les frais de transport et d'accueil, les contrats de plus de 10 000 \$, les subventions et contributions, et la reclassification de postes. Nous applaudissons à cet élargissement de la LAI visant à renforcer le droit d'accès des Canadiens et des Canadiennes.

### **RECOMMANDATION**

- 1. Élargir la portée de la LAI de façon à inclure les entités du Parlement, sous réserve du privilège parlementaire.**

#### **Obstacles administratifs**

L'ABC recommande une modification du projet de loi qui éliminerait les actuels obstacles administratifs au droit de savoir des Canadiens et des Canadiennes. En effet, l'article 6 du projet de loi C-58 impose des obligations additionnelles aux citoyens et aux citoyennes qui font une demande de communication. Les trois exigences prévues à l'article 6 (le sujet précis sur lequel porte la demande, le type de document demandé et la période visée par la demande) ne sont pas nécessaires à la bonne administration de la LAI. L'imposition de ces exigences strictes comme préalable à l'accès à l'information peut en fait miner l'objectif même de la LAI. Ainsi, quiconque peut être dissuadé de faire une demande faute de connaître la période visée ou parce qu'il ne souhaite pas révéler le sujet de sa demande. Ce resserrement des critères risque de pousser les demandeurs peu informés ou néophytes à tout simplement s'abstenir.

---

<sup>2</sup> Chambre des communes, Examen de la Loi sur l'Accès à l'information : rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique, 42<sup>e</sup> Législature, 1<sup>re</sup> Session (juin 2016), [en ligne \(https://bit.ly/2GWjzqz\)](https://bit.ly/2GWjzqz).

La LAI constitue un levier majeur de participation citoyenne et de connaissance des activités du gouvernement. Les obstacles administratifs prévus par l'article 6 nuisent au régime de libre accès à l'information. Aussi, l'ABC recommande le retrait des modifications à l'article 6 de la LAI telles qu'elles sont énoncées dans cet article. Il vaudrait mieux que le Commissariat à l'information donne des indications supplémentaires pour encourager les membres du public à inclure dans leur demande, s'ils les connaissent, des renseignements semblables à ceux indiqués à l'article 6. Cela simplifierait le processus de réponse aux demandes de communication.

Malgré ces inquiétudes, nous sommes d'accord avec le retrait de l'alinéa 6.1(1)a), qui élimine la possibilité qu'une institution gouvernementale refuse d'accéder à la demande parce que son auteur n'a pas rempli les critères de l'article 6. Cependant, le libellé des alinéas 6.1(1)b) et 6.1(1)c), est trop vague et général, ouvrant ainsi la porte aux abus, et c'est pourquoi nous recommandons leur retrait.

L'ABC est rassurée par les modifications apportées au paragraphe 6.1(1) en vue d'obliger les institutions gouvernementales à obtenir l'autorisation écrite du commissaire à l'information pour pouvoir refuser une demande de communication. Nous l'avons déjà dit<sup>3</sup>, le travail de surveillance du commissaire à l'information constitue un important garde-fou en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Les lois sur l'accès à l'information de la Colombie-Britannique et de l'Alberta comportent des exigences analogues concernant les demandes qui, de l'avis de l'institution gouvernementale, sont vexatoires ou faites de mauvaise foi.

#### **RECOMMANDATION**

2. a) **Retirer les modifications à l'article 6 de la LAI énoncées à l'article 6 du projet de loi C-58;**
- b) **Retirer les alinéas 6.1(1)b) et 6.1(1)c) de la LAI énoncés à l'article 6 du projet de loi C-58.**

---

<sup>3</sup> Voir Association du Barreau canadien, *Modernisation de la Loi sur l'accès à l'information* (Ottawa, janvier 2013), [en ligne \(https://bit.ly/2GYZ7o0\)](https://bit.ly/2GYZ7o0).

### Droits de demande

L'ABC continue de s'opposer à l'imposition de droits de demande (paragraphe 7(1) du projet de loi C-58), et recommande donc le retrait de cette exigence. Le paiement de droits pour accéder à l'information est contraire aux principes d'un gouvernement ouvert, et l'administration de ces droits coûterait probablement plus cher que les recettes générées<sup>4</sup>. Nous continuons donc de nous interroger sur les raisons pour lesquelles le projet de loi annule la décision provisoire du Secrétariat du Conseil du Trésor de ne pas imposer de droits de demande.

Dans l'éventualité où ces droits demeureraient, l'ABC reste d'accord avec la dispense des droits prévue au paragraphe 7(4) du projet de loi, et recommande l'adoption de critères de dispense semblables à ceux de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de la Colombie-Britannique. Pour être viable, le cadre d'accès à l'information doit comprendre des critères qui éliminent ou préviennent les obstacles aux demandes d'accès à l'information d'une importance vitale pour les valeurs qui sous-tendent la loi<sup>5</sup>. Citons à titre d'exemple le cas du demandeur qui n'a pas les moyens d'acquitter les droits, ceux où une dispense des droits serait équitable et ceux où la demande concerne une question d'intérêt public.

### RECOMMANDATION

- 3. Retirer l'article 7 du projet de loi C-58, ou inclure des critères pour la dispense des droits au paragraphe 7(4).**

### Examen parlementaire

L'ABC est d'accord avec la période quinquennale fixée pour l'examen de la LAI (article 37 du projet de loi). Comme la nature quasi constitutionnelle du droit d'accès exige un processus d'examen parlementaire plus rigoureux qu'un examen ministériel, nous recommandons qu'un comité parlementaire mène l'examen législatif obligatoire, et que le projet de loi C-58 soit modifié selon cette exigence. Nous recommandons aussi que cet examen soit accompagné d'une consultation publique.

---

<sup>4</sup> En 2009, dans une comparution devant le Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique, l'ancien commissaire à l'information Robert Marleau a estimé que le gouvernement devait déboursier 55 \$ pour traiter le chèque de 5 \$ que les demandeurs doivent joindre à leur demande. Voir Chambre des communes, *Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique, 40<sup>e</sup> Législature, 2<sup>e</sup> Session, Témoignages, en ligne* (<https://bit.ly/2Gwyzfe>).

<sup>5</sup> Mémoire de janvier 2013, précité à la note 3.

## **RECOMMANDATION**

- 4. Modifier l'article 37 du projet de loi C-58 et la version proposée du paragraphe 93(1) de la LAI de façon à exiger un examen par un comité parlementaire au lieu d'un examen ministériel.**

## **III. PUBLICATION PROACTIVE ET INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE**

### **Publication proactive**

L'ABC appuie, dans son ensemble, la publication proactive appliquée aux entités parlementaires et aux institutions gouvernementales. C'est à notre avis un élément important de la modernisation de la LAI. Toutefois, notre mise en garde demeure : la publication proactive ne doit pas se substituer au droit d'accès. Par conséquent, nous recommandons<sup>6</sup> au gouvernement fédéral d'adopter une politique de divulgation proactive pour améliorer sa transparence et renforcer ses obligations redditionnelles tout en réalisant d'importantes économies de ressources.

Nous applaudissons à la modification de l'article 37 ajoutant le paragraphe 91(2), qui clarifie les pouvoirs du commissaire à l'information relativement à un document qui, même s'il est assujéti à la partie 2, fait l'objet d'une demande de communication aux termes de la partie 1. Nous l'avons déjà dit, le commissaire à l'information fait un important travail de surveillance et veille ainsi à ce que les demandes de communication ne restent pas lettre morte à cause de la partie 2 de la LAI.

### **Indépendance de la magistrature**

L'ABC reste fort inquiète au sujet des exigences de publication proactive que le projet de loi C-58 imposerait à la magistrature. Nous recommandons que la magistrature et les tribunaux soient exemptés de la LAI.

Les tribunaux et les juges de nomination fédérale jouent un rôle particulier en vertu de la Constitution canadienne. Ils arbitrent les différends opposant des particuliers à l'État et protègent les droits et libertés des premiers contre toute ingérence du second, que ce soit par

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

action législative ou par application du droit pénal. Cet équilibre assure la primauté du droit, pilier de la démocratie que le Canada défend à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières<sup>7</sup>.

L'indépendance de la magistrature est indispensable à la primauté du droit. Comme l'explique Justice Canada :

L'indépendance des juges est une pierre angulaire du système judiciaire canadien. C'est pourquoi, selon la Constitution, le pouvoir judiciaire est distinct et indépendant des deux autres pouvoirs du gouvernement, soit l'exécutif et le législatif. L'indépendance judiciaire garantit que les juges sont en mesure de rendre des décisions libres de toute influence et fondées exclusivement sur les faits et le droit<sup>8</sup>.

Soulignons toutefois qu'il est facile de saper les fondements mêmes de cette indépendance. Un des trois volets reconnus de l'indépendance judiciaire réside dans l'indépendance administrative<sup>9</sup>. L'article 38 du projet de loi aura pour effet pervers d'éroder l'indépendance de la magistrature.

En 2002, le Groupe d'étude de l'accès à l'information a déclaré qu'« assujettir les tribunaux et la magistrature à la Loi serait inapproprié<sup>10</sup> ». En 2012, un résumé de propositions de réforme comportait un commentaire selon lequel : « [i]l y a consensus sur le fait que l'appareil judiciaire ne devrait pas être visé par le droit d'accès<sup>11</sup> ». En 2015, la commissaire à l'information a recommandé d'étendre l'application de la LAI aux organismes de soutien administratif des tribunaux, à quelques exceptions près<sup>12</sup>. Dans son récent témoignage devant le Comité de l'éthique, elle a précisé ses propos :

---

<sup>7</sup> Conseil canadien de la magistrature, *Pourquoi l'indépendance judiciaire est-elle importante pour vous?* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, mai 2016).

<sup>8</sup> [Justice Canada, \*Le système de justice du Canada\*, \(http://ow.ly/249J30gfKfT\)](http://ow.ly/249J30gfKfT) (consulté le 23 octobre 2017).

<sup>9</sup> *Judicial Independence in Canada*, article présenté par le juge de la Cour suprême du Canada Ian Binnie à la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 2011; *Le maintien d'un pouvoir judiciaire fort : le point de vue canadien*, présentation du juge en chef de la Cour fédérale du Canada John D. Richard à la Fifth Worldwide Common Law Judiciary Conference, Sydney (Australie), 2015.

<sup>10</sup> Voir : [en ligne \(https://bit.ly/2JhOHra\)](https://bit.ly/2JhOHra) (page 42). Le commissaire à l'information de l'époque était d'accord : l'organe judiciaire du gouvernement jouant un rôle capital pour le respect du droit à l'information, cela pourrait compromettre l'impartialité des juges relativement aux questions d'accès si ces entités étaient elles aussi assujetties à la Loi. Cela dit, le Groupe de travail a, fort à propos, recommandé à la magistrature fédérale d'adopter des pratiques contribuant à sa transparence – [en ligne \(https://bit.ly/2q705Fh\)](https://bit.ly/2q705Fh).

<sup>11</sup> Kristen Douglas, Élise Hurtubise-Loranger et Dara Lithwick, *La Loi sur l'accès à l'information et les propositions de réforme*, Bibliothèque du Parlement, publication n° 2005-55-F, révisée le 6 juin 2012, page 20 – [en ligne \(https://bit.ly/2GOML2P\)](https://bit.ly/2GOML2P).

<sup>12</sup> *Viser juste pour la transparence : Recommandations pour moderniser la Loi sur l'accès à l'information* (mars 2015), page 13 – [en ligne \(https://bit.ly/2GX3P6Q\)](https://bit.ly/2GX3P6Q).

Lorsque j'ai déposé mon rapport intitulé « Viser juste pour la transparence » en 2015, afin de suggérer des modifications visant à moderniser la Loi, j'ai recommandé que l'application de la Loi soit élargie aux organismes administratifs qui soutiennent les tribunaux, et non aux juges comme tel. J'ai reconnu que l'indépendance judiciaire était une pierre angulaire de notre système judiciaire et que certains documents devaient être exclus de la portée de la Loi<sup>13</sup>.

Le projet de loi C-58 exige la publication proactive des faux frais, des frais de représentation, des indemnités de déplacement et des indemnités de conférence pour tous les juges de nomination fédérale. Cette proposition – sans précédent au Canada – a été faite sans même consulter la magistrature<sup>14</sup>. Ces mesures compromettent l'indépendance de la magistrature et sont susceptibles d'exposer les juges à un risque personnel.

La rémunération des juges (y compris les indemnités) est revue tous les quatre ans par une commission indépendante, qui formule des recommandations au ministre de la Justice. Ce processus unique répond au principe constitutionnel d'indépendance de la magistrature établi par la Cour suprême du Canada. Les recommandations de cette commission et la réponse du ministre appartiennent au domaine public. Les montants annuels des faux frais et des frais de représentation des juges, ainsi que le budget annuel des indemnités de conférence, sont précisés dans la Loi sur les juges. Le juge en chef de chaque cour approuve les indemnités de conférence. Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada assure un soutien administratif, qui comprend des audits, en ce qui concerne les salaires, les indemnités et les avantages sociaux<sup>15</sup>. Bref, nous disposons déjà d'un système – reposant sur un équilibre délicat – qui vise à concilier l'indépendance de la magistrature avec les obligations redditionnelles se rattachant aux dépenses des fonds publics. Le projet de loi C-58 viendrait briser cet équilibre.

Quant aux indemnités de déplacement, ce ne sont pas les juges qui décident de l'assignation des affaires ni de la mise au rôle. C'est particulièrement vrai pour les juges de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et de la Cour canadienne de l'impôt, qui sont tenus d'habiter la région de la capitale nationale, mais qui, comme ils président des cours fédérales, doivent se déplacer régulièrement d'un bout à l'autre du pays. S'il est vrai que le projet de loi n'exigerait pas autre chose qu'une description, les dates et le total des dépenses, cette information permettrait de connaître des renseignements supplémentaires à partir des habitudes de dépense ou par

---

<sup>13</sup> Témoignage, 1<sup>er</sup> novembre 2017 – [en ligne \(https://bit.ly/2IshS13\)](https://bit.ly/2IshS13).

<sup>14</sup> Dans son rapport de 2015, la commissaire à l'information mentionne des lois de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard. Ces lois s'appliquent à certains documents d'administration judiciaire, mais prévoient des exemptions claires dans le cas de la magistrature.

<sup>15</sup> Voir : [en ligne \(https://bit.ly/2q4Ur7g\)](https://bit.ly/2q4Ur7g).

recoupement avec les rapports détaillés exigés des administrateurs des tribunaux. En devenant publique, toute cette information exposerait les juges à un risque pour leur sécurité.

Or la sécurité personnelle des juges n'est pas à prendre à la légère. Ils ont souvent affaire à des parties dont les émotions sont à fleur de peau<sup>16</sup>. Des plaideurs frustrés et agressifs se voient à toutes les instances, et peuvent faire l'objet d'une ordonnance restreignant leur accès au tribunal. Les problèmes de sécurité au tribunal ne sont pas souvent visibles pour le public, mais les tribunaux doivent régulièrement y voir. Pour reprendre un commentaire de l'Association canadienne des juges des cours supérieures (ACJCS), « [l]e risque de méfaits dans l'utilisation des renseignements personnalisés sur les dépenses accessibles au public est énorme<sup>17</sup> ».

Nous saluons le fait que le projet de loi prévoit une mesure empêchant la divulgation de renseignements pouvant compromettre la sécurité. Toutefois, nous croyons que cette mesure ne sera pas que d'application occasionnelle, et qu'elle donnera probablement matière à inquiétude quant au bien-fondé et à l'efficacité de l'exigence de publication proactive appliquée aux juges.

Aussi l'ABC est-elle d'avis qu'il serait plus prudent d'exempter la magistrature et les tribunaux de la LAI. Comme il est écrit dans un rapport de recherche commandé en 2002 par le Groupe d'étude, il y a lieu de « faire preuve de prudence si le judiciaire est inclus, particulièrement parce qu'on ne sait pas exactement où tirer la ligne entre la fonction judiciaire et les questions administratives<sup>18</sup> ».

Comme autre possibilité, nous sommes d'accord avec la recommandation de l'ACJCS voulant que le Commissariat à la magistrature fédérale publie, par tribunal judiciaire, et en n'indiquant que les montants globaux, les données sur les dépenses de chacune des catégories admissibles aux termes de la *Loi sur les juges*.

---

<sup>16</sup> En 2007, le juge Garon, de la cour de l'impôt fédérale, son épouse et une amie ont été assassinés par un plaideur mécontent : [en linge](https://bit.ly/2lltwvZ) (<https://bit.ly/2lltwvZ>).

<sup>17</sup> Mémoire présenté par l'Association canadienne des juges des cours supérieures au Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique relativement au projet de loi C-58 : *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence* (Ottawa, octobre 2017), [en ligne](https://bit.ly/2Hb8Eqw) (<https://bit.ly/2Hb8Eqw>).

<sup>18</sup> Précité, note 10.

L'ABC est également d'accord avec l'ACJCS pour affirmer que l'article 90.22 du projet de loi constitue « une lacune constitutionnelle fondamentale et flagrante », ce que l'ACJCS a expliqué en ces termes :

Le registraire et le commissaire sont membres de l'exécutif. Ce ne sont pas des juges. L'indépendance judiciaire est un principe constitutionnel fondamental. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas acceptable d'essayer de donner à des membres de l'exécutif le dernier mot sur la question de savoir si le principe de l'indépendance judiciaire pourrait être compromis<sup>19</sup>.

L'ABC estime elle aussi que ces décisions doivent revenir au juge en chef de chaque tribunal judiciaire (ou à son mandataire).

Nos préoccupations se résument donc comme suit :

- Étant donné le rôle constitutionnel spécifique des tribunaux judiciaires, il n'y a pas lieu de soumettre les juges fédéraux au même régime que les fonctionnaires et les élus.
- La meilleure solution serait d'exempter les juges et les tribunaux, vu la difficulté de tirer une ligne nette entre la fonction judiciaire et les questions administratives.
- Une autre solution, qui cadre avec les objectifs de transparence, serait de publier périodiquement des rapports faisant état des montants globaux des dépenses par tribunal.
- Il serait inconstitutionnel de donner à l'exécutif le pouvoir de décider d'accorder des exemptions fondées sur l'indépendance de la magistrature. Pour préserver cette indépendance, c'est le juge en chef de chaque tribunal judiciaire – ou son mandataire – qui devrait exercer toute fonction en la matière.

#### **RECOMMANDATION**

5. a) **Exempter les juges et les tribunaux de la LAI. De façon alternative, publier périodiquement des rapports faisant état des montants globaux des dépenses de chaque tribunal.**
- b) **Les décisions d'accorder des exemptions fondées sur l'indépendance de la magistrature devraient être prises par le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire le juge en chef de chaque tribunal judiciaire ou son mandataire.**

#### IV SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT ET AUTRES IMMUNITÉS

L'ABC éprouve de sérieuses inquiétudes concernant les articles 15 et 50 du projet de loi C-58 qui permettraient aux commissaires à l'information et à la protection de la vie privée, respectivement, d'examiner des documents que le responsable d'une institution gouvernementale refuse de divulguer parce qu'ils sont protégés par le secret professionnel, en common law ou en droit civil, ou par le privilège relatif au litige.

L'article 15 est libellé comme suit :

15 Le paragraphe 36(2) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

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.

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.

L'article 50 modifierait de façon analogue la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

#### L'objet du secret professionnel de l'avocat

La Cour suprême du Canada a fait la déclaration suivante :

On ne saurait trop insister sur l'importance du secret professionnel de l'avocat dans le fonctionnement du système juridique canadien. Il s'agit d'un privilège légal voué à la protection de rapports qui revêtent une importance capitale pour le système de justice dans son ensemble.

[...]

Sans garantie de confidentialité, on ne saurait être assuré qu'une personne se confiera avec honnêteté et franchise à son avocat, ce qui nuirait à la qualité des

conseils juridiques [...] Il est donc dans l'intérêt public de protéger le secret professionnel de l'avocat<sup>20</sup>.

Ceci vaut également quand le client est une institution fédérale. La Cour suprême a en effet reconnu que :

[...] certaines fonctions et activités gouvernementales requièrent un certain isolement. Ce principe s'applique aux demandes d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Certains types de documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées<sup>21</sup>.

### **Le secret professionnel de l'avocat dans la pratique**

Les modalités d'application de la protection du privilège du secret professionnel sont mal connues. Invoquer tout simplement le secret professionnel de l'avocat ne suffit pas. En effet, le dirigeant d'une institution gouvernementale détient le pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements protégés, mais il doit d'abord évaluer plusieurs facteurs, notamment l'intérêt public. Pour invoquer un cas d'exception, il est tenu de démontrer qu'il a une connaissance adéquate des exigences du secret professionnel, qu'il a demandé l'avis d'un juriste et que les documents sont restés confidentiels. La protection du privilège doit être revendiquée document par document, et elle doit être étayée par une information suffisante.

Dans un litige, le secret professionnel de l'avocat est habituellement établi par un affidavit indiquant la date, la nature du document, son auteur et son destinataire. Les parties sont invitées à fournir assez d'information sur les documents protégés pour mener les procédures préalables elles-mêmes sans recourir aux ressources judiciaires. Même quand l'affaire est entendue par un juge – celui-ci étant l'arbitre traditionnel de ce type de litige –, il est extrêmement rare que ce dernier consulte les documents protégés en question. S'il reste des éléments à éclaircir, il est plus probable que le juge ordonne la production d'information supplémentaire par affidavit.

### **Secret professionnel et accès à l'information**

Les lois sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, tant fédérales que provinciales, reconnaissent l'importance du secret professionnel de l'avocat. La question

---

<sup>20</sup> Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary, [2016] 2 RCS 555, 2016 CSC 53, para 26 et 34.

<sup>21</sup> Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association, [2010] 1 RCS 815, 2010 CSC 23, para 40.

s'inscrivant au cœur du débat qui a cours au Canada est celle de savoir si le commissaire à l'information ou à la protection de la vie privée peut, ou doit, être habilité à examiner les documents protégés pour évaluer la revendication du dirigeant d'un organisme public qui invoque le secret professionnel de l'avocat.

D'aucuns ont affirmé que les modifications proposées dans le projet de loi C-58 ne feraient que revenir au statu quo dans la foulée de la récente jurisprudence. Le paragraphe 36(2) de la LAI autorise en effet le commissaire à l'information à examiner tout document se trouvant sous le contrôle du gouvernement, « [n]onobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve ». Or dans l'arrêt *University of Calgary*, la Cour suprême du Canada a fait la déclaration suivante :

l'expression [TRADUCTION] « privilège que reconnaît le droit de la preuve » n'identifie pas comme elle le devrait les intérêts substantiels larges protégés par le secret professionnel de l'avocat. Cette expression n'est donc pas suffisamment claire, explicite et non équivoque pour traduire l'intention du législateur d'écarter le secret professionnel de l'avocat<sup>22</sup>.

Nous savons que le commissaire à l'information a écrit au président du Conseil du Trésor et à la ministre de la Justice pour se plaindre du fait que cette décision (de même que *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, qui portait sur le privilège relatif au litige)<sup>23</sup> remettait en cause son pouvoir d'examiner les documents pour lesquels une institution fédérale revendique la protection du secret professionnel de l'avocat<sup>24</sup>. Il a affirmé que c'était contraire à l'intention initiale du législateur ainsi qu'à des pratiques établies de longue date dans l'administration fédérale<sup>25</sup>.

Quelle qu'ait pu être l'intention première du législateur, la jurisprudence des vingt dernières années s'en est distanciée : en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême du Canada a établi un cadre très différent des bases sur lesquelles la LAI est entrée en vigueur en 1983. Ce secret professionnel « [...] revêt également un caractère constitutionnel

---

<sup>22</sup> Précité, note 19, para 44.

<sup>23</sup> 2016 CSC 52.

<sup>24</sup> Voir : [en ligne](https://bit.ly/2Eiqzsg) (<https://bit.ly/2Eiqzsg>).

<sup>25</sup> Nous savons aussi que les commissaires à l'information et à la protection de la vie privée du Canada affirment haut et fort que leur travail de surveillance « dépend fondamentalement de leur capacité à examiner les documents pertinents pour lesquels des institutions publiques invoquent des exceptions, y compris celle relative au secret professionnel de l'avocat ».

tant à titre de principe de justice fondamentale que de droit fondamental du client au respect de sa vie privée<sup>26</sup> ».

La Cour suprême a ainsi déclaré que le privilège du secret professionnel de l'avocat ne pouvait être écarté que par une loi suffisamment claire, explicite et non équivoque. Elle a aussi invoqué la présomption du respect législatif des valeurs fondamentales (qui comprennent aujourd'hui le secret professionnel de l'avocat) pour conclure qu'il n'était pas question de compromettre ce privilège sans la preuve que cette mesure était absolument nécessaire et qu'elle respectait le critère de l'atteinte minimale. Bref, il faut plus qu'une intention législative claire et non équivoque pour établir un cadre moderne de lois et de politiques justifiant une obligation de divulguer des documents protégés par ce privilège. N'oublions pas que la loi doit résister à un examen constitutionnel.

En outre, les pratiques fédérales sont plus contestées qu'on ne l'a dit. Par exemple, en 2004, la Cour fédérale a tranché un litige sur le pouvoir du commissaire d'exiger la production de documents pour lesquels le secret professionnel de l'avocat avait été revendiqué<sup>27</sup>. Le Procureur général du Canada était d'avis que le commissaire était à première vue habilité à exiger tous les documents nécessaires à son enquête, qu'ils soient protégés ou non, mais que ce dernier ne pouvait violer le secret professionnel de l'avocat qu'en cas d'absolue nécessité. Concrètement, le Procureur général a fait valoir que le paragraphe 36(2) de la LAI devait être interprété de manière restrictive en tentant compte de l'évolution de la jurisprudence concernant ce secret professionnel.

À l'instance supérieure, la Cour d'appel fédérale devait uniquement déterminer si le paragraphe 36(2) de la LAI habilitait le commissaire à obliger la divulgation d'un avis juridique préparé en réponse à une demande d'accès à l'information. Le Procureur général a affirmé derechef que le paragraphe 36(2) demandait une interprétation restrictive, et qu'il ne convenait de porter atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la Loi (*l'italique est de nous*). La Cour lui a donné raison.

Dans le présent contexte, il subsiste de fortes attentes en matière de confidentialité au sujet de la note de service contenant l'avis juridique, malgré le paragraphe 36(2). À mon sens, le législateur n'a pas voulu qu'une institution fédérale soit privée du

---

<sup>26</sup> Précité, note 19, para 20.

<sup>27</sup> Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information), [2004] 4 CF 181, 2004 CF 431.

bénéfice de conseils juridiques, fournis confidentiellement, au moment de décider comment répondre adéquatement à une demande d'information. [...] Permettre au Commissaire d'avoir libre accès à un document tel que la note de service contenant l'avis juridique aurait l'« effet paralysant » contre lequel le juge Binnie met en garde dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 49, et ferait obstacle à l'accès des décideurs de l'administration fédérale à des conseils juridiques dans des circonstances similaires<sup>28</sup>.

La Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation d'appel<sup>29</sup>.

En résumé, une loi exigeant la divulgation de documents protégés doit :

- être libellée de façon claire, explicite et non équivoque;
- demander la preuve que la divulgation est absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par le législateur (en dernier recours dans bien des cas);
- privilégier une optique d'atteinte minimale au privilège.

Enfin, les clients doivent avoir la réelle possibilité de faire valoir leur droit au privilège du secret professionnel.

Selon l'ABC, les modifications proposées dans le projet de loi C-58 ne répondent pas à ce critère.

L'article 15 du projet de loi remplace l'actuel paragraphe 36(2) de la LAI par trois paragraphes qui, ensemble, procurent au commissaire à l'information le droit inconditionnel d'examiner des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et que le dirigeant d'une institution gouvernementale refuse de divulguer, et précisent qu'une telle divulgation ne constitue pas une renonciation au secret professionnel. En vertu du droit actuel, le fait de divulguer des renseignements confidentiels conformément à une obligation ne constitue pas une renonciation au privilège. La Cour suprême a souligné que cette disposition de non-renonciation constitue une mesure de protection importante, mais l'ABC est d'avis qu'il s'agit d'une mesure incomplète. L'article 50 du projet de loi propose des modifications semblables à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

---

<sup>28</sup> Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information), 2005 CAF 199, para 24-25.

<sup>29</sup> N° 31065, 17 novembre 2005. Les juges Major, Fish et Abella.

Dans les faits, le projet de loi C-58 ne fait qu'ajouter le privilège du secret professionnel de l'avocat au libellé de la LAI. Rien n'y est proposé pour :

1. reconnaître que le secret professionnel de l'avocat est un principe de droit fondamental qu'il est capital de protéger comme tel (contrairement, par exemple, à « toute immunité reconnue par le droit de la preuve »);
2. exiger la preuve qu'il est absolument nécessaire de permettre au commissaire d'examiner les documents protégés;
3. prévoir des protections suffisantes pour empêcher que des documents protégés soient divulgués de manière contraire au droit fondamental<sup>30</sup>.

### **Répercussions possibles sur la bonne administration de l'État**

Les modifications proposées auront d'importantes conséquences au quotidien. De nos jours, l'avis juridique fait partie intégrante d'un échange dynamique entre l'avocat et son client, et cet avis aide à calculer le risque inhérent aux questions stratégiques complexes qui caractérisent le secteur public. Il est essentiel que le client puisse en toute confiance examiner de nombreux scénarios avec son conseiller juridique, afin d'être parfaitement informé des implications des décisions qu'il prend. Sans la confiance dans la protection garantie par le secret professionnel, il y aura assurément un effet paralysant vis-à-vis du recours aux conseils juridiques en toute franchise, ce qui nuirait à la bonne administration de l'État.

### **Qui devrait trancher les litiges relatifs au secret professionnel de l'avocat?**

Au vu de ce contexte, le plus prudent est de confier aux juges le soin d'évaluer les litiges concernant une revendication du privilège du secret professionnel. Pourvu que les dirigeants des institutions gouvernementales suivent les pratiques exemplaires pour ce qui est de déterminer qu'un document est protégé par ce privilège, les litiges à ce sujet devraient être rares et se traduire par une utilisation appropriée des ressources judiciaires.

Par ailleurs, il n'est aucunement exigé que le commissaire à l'information ou à la protection de la vie privée possède une expertise du secret professionnel de l'avocat. De plus, les commissaires ne sont pas des arbitres impartiaux comme les tribunaux. Le projet de loi C-58 autoriserait le commissaire à l'information à comparaître au nom d'un plaignant ou pour lui-même en tant que partie. Il pourrait ainsi être animé par des intérêts contraires à ceux d'un organisme public. Le commissaire à la protection de la vie privée est investi de pouvoirs semblables.

---

<sup>30</sup> Dans l'arrêt *University of Calgary*, au para 58, la CSC a formulé une exigence selon laquelle ces mesures de protection doivent être adoptées *en plus de* régler la question de la renonciation au privilège.

Le fait d'obliger la divulgation, au commissaire à l'information ou à la protection de la vie privée, de renseignements protégés détenus par une institution fédérale, ne serait-ce que pour la vérification d'une revendication du privilège du secret professionnel, constitue une grave violation de ce privilège, et à plus forte raison si les renseignements pourraient être divulgués à une partie adverse potentielle.

La LAI autorise la Cour fédérale à examiner une revendication que le commissaire juge infondée, démarche à laquelle souscrit l'ABC.

Si le commissaire craint que l'une ou l'autre des exceptions prévues – y compris le secret professionnel de l'avocat – n'entraîne des abus systémiques, il peut le signaler de plusieurs façons, notamment dans ses rapports au Parlement. Les barreaux imposent des mesures disciplinaires aux avocats qui encouragent leurs clients à revendiquer abusivement le secret professionnel, et la LAI elle-même prévoit des peines sévères pour quiconque entrave le travail du commissaire. Toutefois, nous ne croyons pas que l'abus de l'article 23 de la LAI justifie que le commissaire à l'information réclame la modification du paragraphe 36(2) de la LAI.

L'ABC applaudit et encourage les efforts que fait le gouvernement fédéral pour favoriser une réelle transparence du gouvernement. Néanmoins, les mesures prévues au projet de loi C-58 concernant le secret professionnel de l'avocat mineront ces efforts. À notre avis, ces mesures sont inutiles, entraveraient le bon fonctionnement des institutions de l'État et entraîneraient des effets indésirables sur l'application du secret professionnel dans d'autres contextes.

#### **RECOMMANDATION**

##### **6. Retirer les articles 15 et 50 du projet de loi C-58.**

#### **V. CONCLUSION**

L'ABC est reconnaissante d'avoir cette occasion de commenter le projet de loi C-58. Nous serons heureux de fournir tout éclaircissement demandé ou de prendre la parole devant votre comité.

#### **VI. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS**

L'ABC fait les recommandations suivantes :

- 1) Élargir la portée de la LAI de façon à inclure les entités du Parlement, sous réserve du privilège parlementaire.**

- 2) a) Retirer les modifications à l'article 6 de la LAI énoncées à l'article 6 du projet de loi C-58;
- b) Retirer les alinéas 6.1(1)b) et 6.1(1)c) de la LAI énoncés à l'article 6 du projet de loi C-58.
- 3) Retirer l'article 7 du projet de loi C-58, ou inclure des critères pour la dispense des droits au paragraphe 7(4).
- 4) Modifier l'article 37 du projet de loi C-58 et la version proposée du paragraphe 93(1) de la LAI de façon à exiger un examen par un comité parlementaire au lieu d'un examen ministériel.
- 5) a) Exempter les juges et les tribunaux de la LAI. De façon alternative, publier périodiquement des rapports faisant état des montants globaux des dépenses de chaque tribunal.
- b) Les décisions d'accorder des exemptions fondées sur l'indépendance de la magistrature devraient être prises par le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire le juge en chef de chaque tribunal judiciaire ou son mandataire.
- 6) Retirer les articles 15 et 50 du projet de loi C-58.