



MÉMOIRE DE LA CAISSE DE DÉPÔT
ET PLACEMENT DU QUÉBEC AU SUJET DES
*ORIENTATIONS GOUVERNEMENTALES POUR UN
GOUVERNEMENT PLUS TRANSPARENT, DANS LE
RESPECT DU DROIT À LA VIE PRIVÉE ET LA PROTECTION
DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS*

**SOU MIS DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION
PUBLIQUE RELATIVE À LA RÉFORME DE
LA LOI SUR L'ACCÈS AUX DOCUMENTS DES
ORGANISMES PUBLICS ET SUR LA PROTECTION
DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS
PROPOSÉE DANS LE DOCUMENT GOUVERNEMENTAL INTITULÉ
« PLUS DE TRANSPARENCE, POUR UNE MEILLEURE GOUVERNANCE »**

Août 2015

SOMMAIRE

La Caisse de dépôt et placement du Québec a pour mission de faire fructifier les fonds de ses clients, les déposants, tout en contribuant au développement économique du Québec. La Caisse dessert 34 déposants, principalement des régimes de retraite et d'assurance des secteurs publics et privés québécois. La Caisse avait 225,9 milliards de dollars d'actifs nets au 31 décembre 2014, incluant les investissements dans 600 entreprises québécoises, la propriété ou une participation dans 350 immeubles au Québec et une présence dans pratiquement tous les secteurs de notre économie.

La Caisse joue un rôle structurant et soutenu dans l'économie du Québec où elle cherche constamment à saisir les meilleures occasions d'affaires et d'investissement, sert de pont entre les entreprises d'ici et les marchés mondiaux et stimule l'entreprenariat en renforçant le dynamisme des entreprises. À l'échelle mondiale, elle cherche à tirer profit de la croissance des marchés mondiaux en accroissant et en diversifiant son portefeuille à l'extérieur du Canada, en intégrant l'expertise de partenaires locaux dans les marchés porteurs.

Or, pour pouvoir réaliser sa mission, il est essentiel pour la Caisse de s'appuyer sur un réseau d'information performant. Ce réseau d'information et d'analyse des données est constitué notamment d'études, documents, analyses, projections, recommandations, scénarios, confidences, stratégies, etc. qui sont d'une très grande sensibilité et d'une valeur capitale pour prendre des décisions éclairées rapidement.

Les activités d'investissement participent à la mission de la Caisse de générer des rendements au bénéfice de ses déposants, et ce, dans un environnement extrêmement concurrentiel.

C'est dans ce contexte que la Caisse croit important de faire connaître dans le présent mémoire ses préoccupations à l'égard de certaines propositions gouvernementales visant à modifier la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (« *Loi sur l'accès* ») qui serait susceptible de mettre en péril ses actifs informationnels.

La Caisse appuie l'objectif de transparence mis de l'avant dans les *Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent dans le respect du droit à la vie privée et à la protection des renseignements personnels* (« *Orientations gouvernementales* ») et souscrit aux objectifs du gouvernement ouvert. La Caisse reconnaît également la nécessité de réviser la *Loi sur l'accès*, adoptée il y a plus de 30 ans.

Cela dit, la Caisse est d'avis qu'il y a lieu, après 30 ans d'application et d'interprétation de la *Loi sur l'accès*, d'apporter les modifications qui s'imposent afin de tenir compte dans le nouveau régime du caractère singulier de certains organismes dont la mission exige de conserver la confidentialité de nombreux documents.

À ce sujet, la Caisse partage le point de vue énoncé dans les *Orientations gouvernementales* selon lequel l'intérêt public doit être au cœur de la réforme de la *Loi sur l'accès* tout comme il l'a été lorsque cette dernière a été adoptée par l'Assemblée nationale, dans le sillage des travaux de la *Commission Paré*. Elle note cependant que la notion d'intérêt public n'a pas été reprise dans les principes identifiés comme étant sous-jacents à la réforme du régime d'accès à l'information. Sans remettre en question l'objectif de transparence, l'intérêt public commande, dans certaines circonstances particulières, d'assurer la confidentialité des documents et des renseignements, et ce, de manière aussi claire que prévisible.

Le mémoire présenté couvre les sujets suivants :

- Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements appartenant à un organisme public et ayant des incidences sur l'économie;
- Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements fournis par un tiers et ayant des incidences sur l'économie;
- La réduction des délais maximums d'inaccessibilité aux avis et recommandations;
- L'assujettissement à la *Loi sur l'accès* des sous-filiales détenues à 100 % par un organisme public;
- Le rôle du premier dirigeant de l'organisme public à titre de président du comité sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels;

TABLE DES MATIÈRES

1	LA CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC	1
1.1	La mission de la Caisse de dépôt et placement du Québec.....	1
1.2	La Caisse de dépôt et placement en chiffres	1
1.3	La stratégie d'investissement de la Caisse de dépôt et placement du Québec	2
2	L'ANALYSE DES ORIENTATIONS GOUVERNEMENTALES	3
2.1	Les considérations générales	3
2.2	Les sujets de préoccupation de la Caisse.....	4
2.2.1	Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements appartenant à l'organisme public et ayant des incidences sur l'économie	4
2.2.2	Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements fournis par des tiers et ayant des incidences sur l'économie	13
2.2.3	La réduction des délais maximums d'inaccessibilité aux avis et recommandations	21
2.2.4	L'assujettissement à la <i>Loi sur l'accès des sous-filiales détenues</i> à 100 % par un organisme public.....	24
2.2.5	Le rôle du premier dirigeant de l'organisme public à titre de président du comité sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels	26
3	LES CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	29

MÉMOIRE DE LA CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC AU SUJET DES ORIENTATIONS GOUVERNEMENTALES POUR UN GOUVERNEMENT PLUS TRANSPARENT, DANS LE RESPECT DU DROIT À LA VIE PRIVÉE ET LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

1 LA CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC

1.1 La mission de la Caisse de dépôt et placement du Québec

La Caisse de dépôt et placement du Québec (« CDPQ » ou la « Caisse ») a pour mission de faire fructifier les fonds de ses clients, les déposants, tout en contribuant au développement économique du Québec. La Caisse dessert 34 déposants, principalement des régimes de retraite et d'assurance des secteurs publics et privés québécois. En plus d'assurer la gestion de leurs fonds, la Caisse fournit à chacun de ses déposants des services-conseils en placement.

Créée en 1965, il y a 50 ans cette année, la CDPQ est née de la volonté de l'ancien Premier ministre Jean Lesage de doter le Québec d'une nouvelle institution financière qui gèrerait de façon prudente les épargnes collectives. Il s'agit d'une institution indépendante qui s'est engagée auprès de ses déposants à agir dans un esprit de fiduciaire procurant un rendement à long terme ajusté aux risques et aux passifs de chacun d'entre eux. De plus, à titre d'investisseur de premier plan, la Caisse est un partenaire à long terme pour les entreprises de qualité, bien gérées et prometteuses d'ici avec lesquelles elle contribue au développement économique du Québec. Dans cette perspective, elle a pour objectif d'augmenter ses investissements, d'appuyer les entreprises performantes dans leurs projets de croissance chez-nous et à l'international, de jouer un rôle de chef de file auprès du milieu universitaire et de la communauté financière, ainsi que de poursuivre ses efforts en matière d'achat de biens et services québécois et de développement durable.

1.2 La Caisse de dépôt et placement en chiffres

La Caisse avait 225,9 milliards de dollars d'actifs nets au 31 décembre 2014, incluant les investissements dans 600 entreprises québécoises, la propriété ou une participation dans 350 immeubles au Québec et une présence dans pratiquement tous les secteurs de notre économie.

La Caisse joue un rôle structurant et soutenu dans l'économie du Québec où elle cherche constamment à saisir les meilleures occasions d'affaire et d'investissement, sert de pont entre les entreprises d'ici et les marchés mondiaux et stimule l'entrepreneuriat en renforçant le dynamisme des entreprises. À ce titre, elle appuie les entrepreneurs de toutes les régions du Québec et joue un rôle déterminant dans le développement de la culture entrepreneuriale. Elle est également un investisseur majeur dans plusieurs PME québécoises.

À l'échelle mondiale, elle cherche à tirer profit de la croissance des marchés mondiaux en accroissant et en diversifiant son portefeuille à l'extérieur du Canada, en intégrant l'expertise de partenaires locaux dans les marchés porteurs, notamment grâce à une équipe multidisciplinaire responsable de coordonner divers aspects de la mondialisation et ses

activités internationales. Toutes ces activités s'exercent dans un environnement hautement compétitif.

1.3 La stratégie d'investissement de la Caisse de dépôt et placement du Québec

Dans le but de faire fructifier les fonds de ses clients, la Caisse a adopté une stratégie de diversification. Elle investit sur les marchés financiers au Québec, au Canada et ailleurs dans le monde, dans différents types d'investissements et dans tous les secteurs de l'économie.

Sa stratégie d'investissement à l'étranger vient s'appuyer sur le partenariat, particulièrement en placements privés et en immobilier. Pour faire des investissements judicieux, dont les rendements sont élevés et les risques bas, la Caisse doit déployer des équipes d'investissement sur le terrain dans les marchés porteurs, tout en s'associant avec des partenaires de premier plan.

Une telle stratégie ne saurait toutefois être fructueuse sans que les meilleures occasions d'investissements puissent être saisies, peu importe où elles se trouvent dans le monde. En Asie, aux États-Unis, en Europe, ou encore ici au Québec, la connaissance intime des marchés qu'elle a acquise confère à la Caisse un avantage compétitif indéniable.

Cet avantage de terrain, a été accentué en 2014 avec la création d'un poste de Premier Vice-président, Québec de même qu'avec l'ouverture de bureaux à Washington, Mexico et Singapour et bientôt, à Sydney et Mumbai. Ces bureaux s'ajoutent à ceux que la CDPQ maintient depuis quelques années à New York, Paris et Beijing.

Or, pour pouvoir acquérir une connaissance fine des marchés et des opportunités d'affaires et se mesurer aux investisseurs institutionnels les plus sophistiqués du monde, il est essentiel d'entretenir un réseau d'information des plus performants partout sur la planète, et de maintenir une équipe d'analystes des données financières et commerciales et des opportunités d'affaires de haut niveau. C'est ce que la Caisse a fait et c'est ce qui lui permet de concurrencer avec succès les autres grands investisseurs privés et institutionnels.

Mais qui dit réseau d'information et analyse des données, dit études, documents, analyses, projections, recommandations, scénarios, confidences, stratégies, etc. C'est-à-dire des données d'une très grande sensibilité et d'une valeur capitale pour prendre des décisions éclairées rapidement. Dans le domaine de la finance et des investissements, l'information est en fait le nerf de la guerre. D'où la préoccupation de la Caisse à l'égard d'une réforme de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (« *Loi sur l'accès* ») qui serait susceptible de mettre en péril ses actifs informationnels qui sont, en quelque sorte, la voie pavée de son succès financier actuel et futur, au bénéfice de ses déposants en particulier et de la collectivité québécoise en général.

Les activités d'investissement participent à la mission de la Caisse de générer des rendements au bénéfice de ses déposants, et ce, dans un environnement extrêmement concurrentiel. Aussi, on doit prendre garde à bien encadrer la divulgation qui pourrait avoir pour conséquence de révéler des positionnements stratégiques pouvant placer la Caisse dans une position de vulnérabilité dans le marché par rapport à ses compétiteurs, lui causant ainsi un préjudice important.

C'est dans ce contexte que la Caisse souhaite faire connaître dans le présent mémoire ses préoccupations à l'égard de certaines propositions gouvernementales visant à modifier la *Loi sur l'accès*.

2 L'ANALYSE DES ORIENTATIONS GOUVERNEMENTALES

2.1 Les considérations générales

D'entrée de jeu, la Caisse appuie l'objectif de transparence mis de l'avant dans les Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent dans le respect du droit à la vie privée et à la protection des renseignements personnels (« Orientations gouvernementales » ou « DOG ») et souscrit aux objectifs du gouvernement ouvert, en tant que priorité des états démocratiques modernes

Dans la même veine, la Caisse reconnaît la nécessité de réviser la Loi sur l'accès, adoptée il y a plus de 30 ans, et dont les quelques modifications apportées à ce jour n'ont généralement pas permis de rendre le régime d'accès à l'information plus efficace, moins lourd à administrer et mieux adapté à la réalité des missions particulières de certains organismes.

Cela dit, la Caisse est d'avis que la prémisse sur laquelle s'est appuyé le Rapport Paré¹ voulant qu'il soit possible d'établir un cadre juridique général applicable à près de 3 000 organismes publics œuvrant dans des contextes aussi différents que les ministères, les sociétés d'État, les organismes scolaires, les organismes municipaux, les établissements de santé et de services sociaux, etc., et de les assujettir à un même régime d'accès à l'information et aux mêmes restrictions à la règle générale d'accès, s'est avérée, avec l'expérience du temps mal fondée.

Comme nous aurons l'occasion de l'exposer, la Caisse croit que le temps est venu, après 30 ans d'application et d'interprétation de la Loi sur l'accès, d'apporter les modifications qui s'imposent afin de tenir compte dans le nouveau régime du caractère singulier de certains organismes dont la mission exige la confidentialité de nombreux documents.

À ce sujet, la Caisse partage le point de vue énoncé dans les *Orientations gouvernementales* selon lequel l'intérêt public doit être au cœur de la réforme de la Loi sur l'accès tout comme il l'a été lorsque cette dernière a été adoptée par l'Assemblée nationale, dans le sillage des travaux de la Commission Paré. Elle note cependant que la notion d'intérêt public n'a pas été reprise dans les principes identifiés comme étant sous-jacents à la réforme du régime d'accès à l'information. Sans remettre en question l'objectif de transparence, l'intérêt public commande dans certaines circonstances particulières, à l'égard d'organismes identifiés ou identifiables, d'assurer la confidentialité de leurs documents et renseignements et ce, de manière aussi claire que prévisible.

Car dans le domaine de la finance et des investissements qui est celui dans lequel évolue la Caisse, la notion de prévisibilité est une valeur cardinale : les investisseurs et les partenaires d'affaires d'ici et d'ailleurs seront toujours réticents à partager avec nous les

¹ Information et liberté. Rapport de la Commission d'étude sur l'accès du citoyen à l'information gouvernementale et sur la protection des renseignements personnels, Québec, 1981.

informations au sujet de leur entreprise ou de leurs projets s'ils n'ont pas l'assurance que celles-ci seront traitées avec la plus grande confidentialité. À cet égard, leur imposer un fardeau exigeant de démonstration de la confidentialité des renseignements qu'ils ont fournis à la Caisse équivaut à faire germer dans leur esprit le doute et très souvent, faut-il le reconnaître, la crainte qui, consciemment ou inconsciemment, mène inexorablement à la rétention d'informations stratégiques sensibles ou, trop souvent, à l'abstention d'investissement.

Enfin, la Caisse note que plusieurs recommandations du rapport d'orientation ne semblent pas s'appuyer sur une analyse formelle ou une démonstration des problèmes auxquels l'on propose d'apporter des solutions législatives. Si de telles analyses existent, il serait intéressant de les partager avec les organismes et personnes consultés avant que cet exercice ne débute.

2.2 Les sujets de préoccupation de la Caisse

2.2.1 Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements appartenant à l'organisme public et ayant des incidences sur l'économie

Les orientations gouvernementales

L'une des principales *Orientations gouvernementales* consiste à limiter les contraintes à l'accès à l'information notamment : 1) en revoyant les conditions d'application de l'ensemble des restrictions et 2) en rehaussant le fardeau de preuve imposé aux organismes publics qui les invoquent.

En ce qui concerne tout d'abord la révision des conditions d'application de l'ensemble des restrictions, il est proposé de modifier la *Loi sur l'accès*, de sorte qu'un organisme public soit dans l'obligation de communiquer un renseignement demandé, sauf s'il démontre que la restriction trouve application. Ensuite, lorsqu'un organisme décide d'invoquer une restriction, il est proposé d'imposer à la personne responsable de l'accès l'obligation de :

- motiver son refus;
- démontrer un lien direct entre les conséquences de la divulgation et l'objet visé par la restriction;
- ne soulever aucune nouvelle restriction en cas de contestation.

De manière plus spécifique, dans le document d'orientation, il est recommandé de revoir le libellé des restrictions autorisant le refus d'accès à des renseignements, pour affirmer que l'organisme public doit communiquer le renseignement demandé, sauf s'il démontre que la restriction trouve application.

D'autre part, il est demandé au législateur de hausser les exigences de preuve de l'organisme public lorsqu'il choisit d'appliquer une restriction et d'exiger qu'il démontre que la divulgation de l'information à protéger occasionnerait un préjudice réel et non seulement appréhendé. Ainsi, selon cette proposition, l'organisme public devrait être en mesure de démontrer que ce sont des facteurs prépondérants qui ont été pris en considération pour justifier le refus de communiquer les renseignements demandés.

Dans cette perspective, les *Orientations gouvernementales* suggèrent que les expressions « risquerait vraisemblablement », « porterait vraisemblablement préjudice » et « serait

susceptible de » ne puissent être interprétées comme permettant de refuser le document sur la base d'une simple appréhension. Pour cette raison, il est recommandé de préciser dans la loi que la personne responsable de l'accès doit pouvoir démontrer en quoi la divulgation d'un document ou d'un renseignement serait préjudiciable, avant d'invoquer une restriction à l'accès.

Dès lors, les restrictions facultatives de la *Loi sur l'accès* seraient revues afin :

- de retirer l'expression « peut refuser de communiquer » et la remplacer par « doit communiquer, sauf ... »;
- d'uniformiser le vocabulaire et les expressions de type « risquerait de révéler », « serait susceptible de » ou encore « serait susceptible de révéler » afin de privilégier l'expression « porterait vraisemblablement préjudice »;
- de mieux définir la notion de préjudice, en prévoyant que celle-ci devra reposer sur le lien direct entre les conséquences de la divulgation et l'objet visé par la restriction;
- d'introduire la nécessité, pour le ou la responsable, dans sa décision motivant un refus, d'expliquer le lien direct entre le préjudice et la divulgation.

La situation qui prévaut actuellement au Québec au regard des renseignements appartenant à l'organisme public et ayant des incidences sur l'économie

À l'heure actuelle, ce sont les articles 21 et 22 de la *Loi sur l'accès* qui énoncent les conditions permettant à un organisme public d'assurer la confidentialité des renseignements lui appartenant et ayant des incidences sur l'économie. Ces dispositions se lisent comme suit :

« **21.** Un organisme public peut refuser de confirmer l'existence ou de donner communication d'un renseignement dont la divulgation aurait pour effet de révéler un emprunt, un projet d'emprunt, une transaction ou un projet de transaction relatifs à des biens, des services ou des travaux, un projet de tarification, un projet d'imposition d'une taxe ou d'une redevance ou de modification d'une taxe ou d'une redevance, lorsque, vraisemblablement, une telle divulgation :

- 1) procurerait un avantage indu à une personne ou lui causerait un préjudice sérieux; ou
- 2) porterait sérieusement atteinte aux intérêts économiques de l'organisme public ou de la collectivité à l'égard de laquelle il est compétent

22. Un organisme public peut refuser de communiquer un secret industriel qui lui appartient.

Il peut également refuser de communiquer un autre renseignement industriel ou un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique lui appartenant et dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une autre personne.

Un organisme public constitué à des fins industrielles, commerciales ou de gestion financière peut aussi refuser de communiquer un tel renseignement lorsque sa divulgation risquerait vraisemblablement de nuire de façon substantielle à sa compétitivité ou de révéler un projet d'emprunt, de placement, de gestion de dette ou de gestion de fonds ou une stratégie d'emprunt, de placement, de gestion de dette ou de gestion de fonds. »

Nous comprenons que les *Orientations gouvernementales* ne remettent pas en question le libellé de la restriction à l'article 21 puisqu'elle ne requiert pas la preuve d'un risque, mais celle d'un effet réel ou vraisemblable.

Il en va autrement de l'article 22 de cette même loi parce que selon le document d'orientation, le fardeau de preuve exigé de l'organisme public ne serait pas assez exigeant. Il ne suffirait pas selon ses auteurs que la divulgation de renseignements industriels, financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques appartenant à un organisme public risque vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une autre personne. Il faudrait prévoir, suggère-t-on, que la divulgation de ces renseignements « porterait vraisemblablement préjudice » à une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une autre personne.

De même, pour les organismes publics constitués à des fins industrielles, commerciales ou de gestion financière, tels que la Caisse, il ne serait pas suffisant que la divulgation de renseignements industriels, financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques leur appartenant risque vraisemblablement de nuire de façon substantielle à leur compétitivité ou de révéler un projet ou une stratégie d'emprunt, de placement, de gestion de dette ou de gestion de fonds. L'organisme devrait désormais faire la preuve que la communication causerait vraisemblablement l'un ou l'autre des préjudices en question.

À cet égard, le document d'orientation franchit un pas de plus en exigeant la démonstration d'un préjudice réel et non seulement d'un préjudice appréhendé. L'organisme public devrait donc, selon le document d'orientation, être en mesure de démontrer que ce sont des facteurs pertinents et prépondérants qui ont été pris en considération pour justifier le refus de communiquer les renseignements en question et que les conséquences préjudiciables ne constituent pas seulement un risque ou une possibilité. En d'autres mots, l'organisme public devra démontrer par prépondérance de preuve que le préjudice économique pour l'organisme est plus susceptible de se produire que l'inverse².

De prime abord, la Caisse s'interroge sur la recommandation gouvernementale à ce chapitre, alors qu'aucune démonstration ni élément factuel n'est rapporté dans le document d'orientation pour justifier une remise en question du libellé actuel de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*. Au contraire, l'affirmation suivante que l'on y retrouve nous apparaît être en porte à faux avec les modifications suggérées :

² À ce sujet, l'Information Commissioner's Office du Royaume-Uni écrit au sujet du fardeau de preuve en matière économique : « The term « would ... prejudice » means that it is more likely than not to occur (ie a more than 50% chance). » « Would be likely to prejudice » is a lower threshold ; this means that even if there is below a 50% chance, there must be a real and significant likelihood of prejudice occurring: Office of the UK Information Commissioner, "The prejudice test", March 5, 2013.

« 3.3.2 Les intérêts économiques de l'État ou des tiers

L'État doit créer un environnement favorable aux affaires et au développement économique. Dans le cadre de ses activités, il détient des documents fournis par les entreprises privées qui font affaire avec lui. C'est pourquoi la gestion d'une entreprise du secteur public ou privé justifie le caractère confidentiel d'un certain nombre de renseignements fournis à l'État. [...] La Loi sur l'accès prévoit un certain nombre de restrictions à la divulgation d'une information qui pourrait avoir une incidence sur l'économie du Québec. Ces restrictions sont nécessaires, car elles protègent l'intérêt public ou les intérêts légitimes de la population. La mise en place des mesures de transparence, sans prendre en considération tous les éléments, pourrait entraîner des poursuites contre le gouvernement et, ultimement, dissuader les entreprises à investir au Québec. Il est donc impératif d'établir le juste équilibre entre un plus grand accès à l'information et la protection des intérêts économiques de l'État ou de ses partenaires.

Les sociétés d'État comme Hydro-Québec ou la Société des alcools du Québec, qui agissent comme des entreprises, doivent aussi bénéficier d'une protection de leurs intérêts économiques, afin de maintenir leur compétitivité. »³

[nos soulignements]

Dans la même veine, il n'est pas sans pertinence de citer un passage du *Rapport Paré* traitant des renseignements économiques :

« Les documents des administrations contiennent des renseignements dont la divulgation pourrait être préjudiciable au bien commun ou procurer un avantage indu à qui les obtiendrait. Les organismes publics, qui fournissent et achètent les services les plus divers, ne peuvent les négocier sur la place publique sans risquer d'ouvrir la porte à la spéculation et de mettre en péril l'intérêt général. »⁴

Lors de la présentation du Projet de loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (Projet de loi no 65) en commission parlementaire, le ministre responsable, monsieur Jean-François Bertrand énonçait d'ailleurs ce qui suit au sujet de ce qui allait devenir l'article 22 de la *Loi sur l'accès* :

« ... il va de soi que les sociétés d'État, qui sont placées dans un contexte de compétitivité, de concurrence avec le secteur privé, doivent pouvoir être protégées dans ces éléments qui sont fondamentaux et sans lesquels il n'est pas possible d'imaginer que notre collectivité voit les sociétés d'État fonctionner dans un contexte normal. On n'est quand même pas dans un régime nord-américain de type socialiste où toutes les entreprises sont publiques [...] Au nom même de l'intérêt public, je crois, monsieur le Président, qu'il faut protéger les sociétés d'État et ne pas les empêcher de fonctionner dans ce contexte de concurrence et de compétitivité. »⁵

³ DOG, à la page 14.

⁴ *Rapport Paré*, précité note 2, à la page 40.

⁵ Québec. Assemblée nationale. 32^{ième} lég., 3^{ième} session. Journal des débats, No. 57 (13 mai 1982), à la p. 3522.

[nos soulignements]

L'étude de la jurisprudence rendue par la Commission de l'accès à l'information (« CAI »), la Cour du Québec et les tribunaux supérieurs nous enseignent d'ailleurs que la notion de « risque vraisemblable », que rejettent les auteurs du document d'orientation au motif qu'elle ne serait pas assez stricte, a pourtant été interprétée à ce jour de manière à imposer un fardeau exigeant sur les épaules des organismes publics.

La démonstration d'un risque vraisemblable que l'un ou l'autre des effets mentionnés au deuxième alinéa de l'article 22 se produise requiert selon la Cour d'appel que l'organisme public établisse que l'une ou l'autre des incidences mentionnées dans cet alinéa ait toutes les chances de se produire ou de se réaliser advenant la divulgation des renseignements en litige⁶.

Certes, le risque vraisemblable de l'effet mentionné au deuxième alinéa de l'article 22 pourra être établi par la preuve du contexte dans lequel l'organisme entend utiliser le document. Par exemple, s'il fait la preuve qu'il entend acquérir des biens ou des services, il ira de soi que la divulgation des documents qui font état de la marge financière de l'organisme ou des arguments qu'il entend invoquer dans le cours des négociations seront protégés par l'article 22. En d'autres situations, l'organisme public qui entend invoquer le premier ou le deuxième alinéa de l'article 22 devra administrer une preuve pour établir que l'une ou l'autre des incidences mentionnées dans ces alinéas ont toutes les chances de se produire ou de se réaliser, advenant la divulgation des renseignements en litige.⁷ À titre d'exemple, la seule preuve de l'existence d'une entente de confidentialité jumelée à la crainte que soit entachée la réputation de l'organisme, ne suffit pas à justifier un refus de divulgation de documents portant sur un investissement.⁸

En fait, contrairement à ce qu'affirme le document d'orientation, il ne suffit pas de soulever de simples appréhensions ou spéculations pour que l'article 22 de la *Loi sur l'accès* s'applique, mais bien d'établir ou de prouver une incidence économique véridique, comme l'a clairement énoncé la Cour supérieure dans l'affaire *Tremblay c. Société générale de financement*⁹ où elle écrit, au sujet du critère d'application de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*, ce qui suit :

« [105] La même réflexion s'impose, lorsque, pour que puissent être invoqués les articles 21 et 22 de la Loi sur l'accès, il doit d'une part être démontré que le préjudice subi par l'organisme public est d'ordre économique et d'autre part, que ce préjudice est vraisemblable, c'est-à-dire probable, et non pas simplement le résultat de simples appréhensions, craintes ou spéculations. »

La démonstration du caractère véridique et probable du préjudice pouvant découler de la divulgation d'un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique ou technique appartenant à un organisme public et notamment à une société d'État ou à un organisme constitué à des fins de gestion commerciale ou financière telle que la Caisse, constitue un fardeau de preuve déjà très exigeant. Par contre, avec respect, la Caisse soumet que la

⁶ *Moore c. Cour du Québec*, [2002] C.A.I. 460 (C.A.).

⁷ Voir à ce sujet : *Groupe TVA c. Hydro-Québec*, 2011 QCCA 229; *Laberge c. Hydro-Québec*, [1989] C.A.I. 168, *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, [2005] C.A.I. 572 (C.S.).

⁸ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, [2005] C.A.I. 572 (C.S.).

⁹ *Idem*

démonstration d'un préjudice réel qui découlerait de la communication de renseignements de cette nature est irréaliste et totalement injustifiée. Au final, pour les motifs précédemment énoncés, notamment celui de la prévisibilité, il est primordial d'assurer aux organismes tels que la Caisse des conditions analogues à celles qui s'appliquent à leurs concurrents des secteurs publics et privés qui n'ont pas à faire une telle démonstration afin d'assurer la confidentialité de leurs analyses financières et commerciales, de leur stratégie d'investissement, etc. Requérir une preuve de préjudice réel équivaut somme toute à exiger de l'organisme public qu'il fasse la preuve que dans le passé, la divulgation de renseignements de même nature dans un contexte similaire lui a causé un tort significatif! Un tel fardeau est non seulement difficile à assumer en pratique, mais il expose la Caisse à une vulnérabilité informationnelle qu'aucun de ses concurrents publics et privés ne doit supporter. En fait, au chapitre des renseignements industriels, commerciaux, financiers, techniques et scientifiques appartenant à un organisme public, et *a fortiori* à un organisme constitué à des fins de gestion financière, ce sont la nature même des documents et des renseignements de contenir des analyses, des conseils, des stratégies, des projets et des données en matière d'investissement, qu'ils aient été élaborés par l'organisme ou qui lui aient été fournis par un tiers, qui doivent être protégés et ce, avec un degré de certitude suffisant pour rassurer les investisseurs et le marché.

La situation qui prévaut dans d'autres juridictions

L'article 29 de la *Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics*, qui énonce les principes en vertu desquels les états membres de l'Union européenne peuvent concevoir ou adapter leur législation dans ce domaine, se lit comme suit :

« 29. L'article 3, paragraphe 1, alinéa g) prévoit que les Parties à la Convention peuvent établir des limitations dans le but de protéger des intérêts commerciaux et d'autres intérêts économiques, privés ou publics. L'objectif principal de cette exception est d'empêcher des atteintes à la concurrence ou oppositions de négociations. »

Il est également intéressant de noter qu'en vertu de l'Observation générale no 34 du *Comité des droits de l'Homme des Nations Unies* au sujet de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰ seules les informations sur les affaires publiques et qui sont d'intérêt général sont visées par le droit d'accès à l'information reconnu par ce pacte.

La Caisse soumet que les informations qu'elle détient au sujet des projets et des investissements ne se qualifient pas à ce titre, car elles concernent soit des intérêts privés, soit des projets et des stratégies d'investissement dont la divulgation favoriserait des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt public.

Par ailleurs, il n'est pas sans pertinence de souligner qu'en vertu de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information*¹¹, une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques lui appartenant en démontrant simplement que ceux-ci ont une valeur importante ou peuvent vraisemblablement en avoir une. Il est également prévu dans cette loi que peuvent demeurer confidentiels les renseignements dont la communication risquerait

¹⁰ Nations Unies : Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Observations générales no. 34 sur l'article 19, 12 septembre 2011, aux par. 18 et 19.

¹¹ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 18.

vraisemblablement de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers d'une institution fédérale.

Qui plus est, pour les sociétés d'État fédérales qui exercent leurs activités dans un contexte de concurrence, l'article 18.1 de la loi fédérale prévoit qu'elles peuvent également refuser de communiquer des documents qui contiennent des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qui leur appartiennent et sont traités par elles de façon constante comme étant de nature confidentielle. Les articles 18 et 18.1 de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* qui se lisent comme suit :

« 18. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels ou des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques appartenant au gouvernement du Canada ou à une institution fédérale et ayant une valeur importante ou pouvant vraisemblablement en avoir une;

b) des renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité d'une institution fédérale ou d'entraver des négociations — contractuelles ou autres — menées par une institution fédérale;

c) des renseignements techniques ou scientifiques obtenus grâce à des recherches par un cadre ou employé d'une institution fédérale et dont la divulgation risquerait vraisemblablement de priver cette personne de sa priorité de publication;

d) des renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de porter un préjudice appréciable aux intérêts financiers d'une institution fédérale ou à la capacité du gouvernement du Canada de gérer l'économie du pays ou encore de causer des avantages injustifiés à une personne. Ces renseignements peuvent notamment porter sur :

(i) la monnaie canadienne, son monnayage ou son pouvoir libératoire,

(ii) les projets de changement du taux d'intérêt bancaire ou du taux d'emprunt du gouvernement,

(iii) les projets de changement des taux tarifaires, des taxes, impôts ou droits ou des autres sources de revenu,

(iv) les projets de changement dans le mode de fonctionnement des institutions financières,

(v) les projets de vente ou d'achat de valeurs mobilières ou de devises canadiennes ou étrangères,

(vi) les projets de vente ou d'acquisition de terrains ou autres biens.

18.1 (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer des documents qui contiennent des secrets industriels ou des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou

techniques qui appartiennent à l'une ou l'autre des institutions ci-après et qui sont traités par elle de façon constante comme étant de nature confidentielle :

- a) la Société canadienne des postes;
- b) Exportation et développement Canada;
- c) l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public;
- d) VIA Rail Canada Inc.

(2) Toutefois, il ne peut s'autoriser du paragraphe (1) pour refuser de communiquer toute partie d'un document qui contient des renseignements se rapportant :

- a) soit à l'administration de l'institution visée à l'un ou l'autre des alinéas (1)a) à d);
- b) soit à toute activité de la Société canadienne des postes entièrement financée sur des crédits votés par le Parlement. »

[nos soulignements]

En ce qui concerne les autres provinces canadiennes, le critère applicable à la communication de renseignements de nature économique appartenant à un organisme public est non seulement moins exigeant que celui que proposent les *Orientations gouvernementales* mais il l'est également à l'égard du texte actuel de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*.

En Alberta¹², en Colombie-Britannique¹³, à l'Île-du-Prince-Édouard¹⁴, au Nouveau-Brunswick¹⁵, en Nouvelle-Écosse¹⁶, au Manitoba¹⁷, en Ontario¹⁸, en Saskatchewan¹⁹, à Terre-Neuve-Labrador²⁰, au Nunavut²¹, dans les Territoires du Nord-Ouest²² et au Yukon²³, les critères applicables sont que la divulgation pourrait raisonnablement causer un préjudice aux intérêts économiques du gouvernement (*disclosure could reasonably be expected to harm the economic interests of the public body or government*), ou une formulation analogue. Autrement dit, le fardeau applicable à l'organisme public qui désire assurer la confidentialité des renseignements économiques qu'il détient consiste simplement à établir un risque raisonnable de causer un préjudice aux intérêts économiques de la province ou

¹² *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. f-25, art. 25.

¹³ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch.165, art. 17.

¹⁴ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. f-15.01, art. 15.01 et 23.

¹⁵ Droit sur le droit à l'information et la protection de la vie privée, L.N.-B. 2009, ch. R-10.6, art. 30.

¹⁶ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.N.S. 1993, ch. 5, art. 17.

¹⁷ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, C.C.S.M., ch. f-175, art. 28.

¹⁸ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, ch. f.31, art. 18.

¹⁹ *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. f-22.01, art. 18.

²⁰ *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 24.

²¹ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.T.N.-O. (Nu) 1994, ch. 20, art. 17.

²² *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.T.N.-O. 1994, ch. 20, art. 17.

²³ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.Y. 2002, ch. 1, art. 17 (1).

de l'organisme. Le préjudice n'a même pas à être sérieux ni vraisemblable, comme c'est le cas actuellement au Québec.

En somme, les critères prescrits par la loi fédérale et les lois des autres provinces canadiennes, au regard des renseignements appartenant aux institutions gouvernementales dont la communication est susceptible d'avoir des incidences économiques sont des critères beaucoup moins exigeants que ceux de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*, dans sa formulation actuelle, et *a fortiori*, de ceux que les *Orientations gouvernementales* prônent.

Les effets prévisibles des modifications proposées

La Caisse soumet que la position gouvernementale qui consiste à modifier les conditions d'application de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*, notamment en rendant plus exigeant le fardeau de preuve imposé à l'organisme qui devrait établir que la divulgation des renseignements lui portera vraisemblablement un préjudice ou à des tiers et en exigeant la preuve d'un préjudice réel et non seulement appréhendé ne semble pas justifiée par une analyse, ou une démonstration du caractère inadéquat de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*, selon son libellé actuel.

Au contraire, la Caisse soumet avec respect que les *Orientations gouvernementales* laissent injustement croire que dans l'état actuel de la jurisprudence, il est suffisant pour un organisme public de faire la démonstration devant la Commission d'accès à l'information de simples appréhensions ou craintes de préjudice économique, ce qui justifierait un rehaussement du fardeau de preuve imposé à l'organisme public et une réécriture des critères prescrits par l'article 22.

Or, la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour supérieure contredit les prémisses sur lesquelles s'appuient les recommandations du document d'orientation sur ce point. À l'heure actuelle, et ce depuis au moins 25 ans, les organismes publics qui invoquent l'article 22 de la *Loi sur l'accès* doivent démontrer que l'une ou l'autre des incidences mentionnées dans cette disposition ont toutes les chances de se produire ou de se réaliser advenant la divulgation des renseignements en litige. L'avènement des conséquences préjudiciables doit être prévisible et probable²⁴. La simple possibilité d'une atteinte hypothétique n'est pas suffisante non plus que la simple appréhension ou spéculation pour qu'une des incidences prévues à ces articles puisse être invoquée avec succès²⁵. Dans l'affaire *Groupe TVA c. Hydro-Québec*²⁶, la Commission énonçait ainsi le fardeau de preuve en vertu de l'article 22 :

« La norme de preuve exigée pour satisfaire ce critère est la prépondérance des probabilités. Il ne suffit pas d'alléguer une atteinte hypothétique. Néanmoins, considérant que le législateur utilise la notion de « risque vraisemblable », l'organisme n'a pas à prouver la concrétisation d'un préjudice. En d'autres termes, les conséquences doivent être probables sans nécessairement exiger leur matérialisation. »

Une modification législative permettant d'aller au-delà de cette exigence mettrait la Caisse dans une position de vulnérabilité.

²⁴ *Laberge c. Hydro-Québec*, [1989] C.A.I. 168.

²⁵ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, [2004] C.A.I. 604 (C.Q.), requête en révision judiciaire rejetée, [2005] C.A.I. 572 (C.S.). Voir également : *G.B. c. Hydro-Québec*, [2008] C.A.I. 548.

²⁶ 2011 QCCA 229

Dans ce contexte, la Caisse est préoccupée par la recommandation gouvernementale de modifier les critères d'application de l'article 22 et d'imposer à l'organisme public qui l'invoque un fardeau de preuve encore plus lourd. Exiger la preuve d'un préjudice réel et obliger l'organisme public à démontrer, par prépondérance de preuve, que les effets préjudiciables de la divulgation sont plus susceptibles de se produire que le contraire, équivaut à accepter que dans une proportion élevée de cas, des renseignements confidentiels appartenant à la Caisse et qui mettent en cause ses analyses financières, ses projets, ses stratégies, etc., seront divulgués.

À titre d'exemple, la Caisse devrait pouvoir refuser de divulguer un document révélant ses critères d'investissement dans une classe d'actif et dans un secteur donnés. Le fait que ses compétiteurs n'ont pas à faire une telle divulgation et qu'ils se servent nécessairement de ces renseignements pour anticiper le démarchage de la Caisse constitue un préjudice vraisemblable et suffisant pour permettre la protection de ce document. La démonstration du préjudice réel exigerait-elle la démonstration qu'un compétiteur ait devancé la Caisse et obtenu l'investissement convoité? Une telle exigence serait déraisonnable.

En fait, à l'instar des concurrents de la Caisse du secteur privé qui ne sont aucunement assujettis à des règles de divulgation de ce type de documents et renseignements de même que de ses compétiteurs du secteur public, à l'échelle fédérale et dans les autres provinces canadiennes, la Caisse devrait pouvoir profiter d'un régime plus étanche que celui qui existe à l'heure actuelle. Les études, analyses, stratégies, projets, recommandations et tout autre document de nature financière en lien avec les activités d'investissement de la Caisse devraient faire l'objet d'une restriction spécifique, dont le critère d'application serait que la communication pourrait raisonnablement causer un préjudice aux intérêts économiques de la Caisse ou des tiers.

La position et les recommandations de la Caisse

En conséquence, la Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas retenir la proposition soumise dans les *Orientations gouvernementales* voulant que le critère d'application de l'article 22 de la *Loi sur l'accès* soit modifié de même que le fardeau de preuve imposé aux organismes publics qui invoquent cette restriction relative aux incidences de la divulgation de renseignements industriels, commerciaux, financiers, scientifiques ou techniques appartenant à l'organisme.

De plus, la Caisse recommande que le deuxième alinéa de l'article 22 de la *Loi sur l'accès* soit modifié afin de prévoir qu'il s'applique à tous les renseignements que les organismes constitués à des fins industrielles, commerciales ou de gestion financière détiennent lorsqu'il est raisonnable de croire que leur divulgation risquerait de porter atteinte aux intérêts économiques de l'organisme ou d'un tiers.

2.2.2 Les conditions d'application des restrictions à l'accès aux renseignements fournis par des tiers et ayant des incidences sur l'économie

Les orientations gouvernementales

Concernant les conditions d'application des restrictions concernant les renseignements fournis aux organismes publics par des tiers, il est proposé de préciser que le fardeau de la preuve repose sur le tiers, en exigeant de ce dernier qu'il fournisse ses observations par écrit et motive son refus de communiquer les renseignements, en expliquant les raisons

pour lesquelles les renseignements fournis ne devraient pas être communiqués en totalité ou en partie.

En se référant au libellé des articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* tels qu'ils sont actuellement en vigueur, les *Orientations gouvernementales* soulignent que ces dispositions ne précisent pas sur qui repose le fardeau de la preuve et qu'en précisant que ce fardeau de démonstration repose sur le tiers, chaque partie comprendrait mieux son rôle, notamment le rôle déterminant du tiers, lors de la consultation par la personne responsable. De plus, fait-on valoir, cette démonstration par le tiers faciliterait la prise de décision du responsable de l'accès. Reconnaisant pourtant que le délai accordé au tiers pour répondre à l'avis qui lui est transmis par le responsable de l'accès à l'information pour justifier, le cas échéant, son opposition à la divulgation des renseignements qu'il a fournis est court, le document gouvernemental ne propose cependant pas de le prolonger. Il mentionne toutefois que pour donner suite à l'objectif d'obtenir une meilleure motivation de la part du tiers, des mesures administratives seraient proposées par le Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques (« SAIRID »), en collaboration avec les organismes publics, pour faciliter le processus de consultation des tiers. Ces mesures pourraient, par exemple, prendre la forme de guides et de formulaires.

Enfin, il est proposé de restreindre le caractère subjectif du critère actuellement contenu à l'article 23 de la *Loi sur l'accès* voulant que le tiers démontre qu'il traite habituellement les renseignements demandés de manière confidentielle et de rehausser les exigences de motivation du refus de communiquer de la part du tiers à cet égard de même qu'à l'égard des autres critères contenus aux articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès*.

Dans cette optique, les modifications législatives proposées sont les suivantes :

- l'article 23 de la *Loi sur l'accès* serait modifié pour remplacer les mots « habituellement traité par le tiers ... » par « traité de façon constante par ce tiers »;
- la *Loi sur l'accès* serait modifiée de façon à préciser que l'expression « renseignements fournis par un tiers », visés aux articles 23 et 24 de cette loi, ne visent pas les renseignements constituant le résultat d'une négociation entre le tiers et l'organisme public;
- l'article 25 serait modifié pour rendre plus explicite l'obligation du tiers de fournir ses observations par écrit et de motiver son refus de communiquer les renseignements, en expliquant les raisons pour lesquelles ils ne devraient pas être divulgués en totalité ou en partie.

Enfin, il est proposé de modifier l'article 41.1 de la *Loi sur l'accès* afin de faciliter l'accès aux documents portant sur les risques environnementaux. Cette modification viserait à alléger la démonstration que doit faire le demandeur ou la demanderesse pour répondre aux conditions d'application de l'article 41.1 de la *Loi sur l'accès* qui, faut-il le rappeler, a pour effet de rendre inapplicables les restrictions des articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* qui autrement assurent impérativement la confidentialité des renseignements fournis à un organisme public par un tiers, à certaines conditions.

La situation qui prévaut actuellement au Québec au regard des renseignements fournis à un organisme public par un tiers et ayant des incidences sur l'économie

Les articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* sont des restrictions impératives qui ont pour but d'assurer la confidentialité des renseignements de nature industrielle, financière,

commerciale, scientifique, technique ou syndicale fournis par un tiers à un organisme public. Ces dispositions se lisent comme suit :

« 23. Un organisme public ne peut communiquer le secret industriel d'un tiers ou un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical de nature confidentielle fourni par un tiers et habituellement traité par un tiers de façon confidentielle, sans son consentement.

24. Un organisme public ne peut communiquer un renseignement fourni par un tiers lorsque sa divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à ce tiers, de procurer un avantage appréciable à une autre personne ou de nuire de façon substantielle à la compétitivité de ce tiers, sans son consentement. »

Afin de permettre aux responsables de l'accès de l'organisme public de bien apprécier les conditions d'application de ces restrictions, les articles 25 et 49 de la *Loi sur l'accès* prévoient que le responsable doit, avant de communiquer un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical fourni à l'organisme par un tiers, lui en donner avis et lui permettre, dans un délai de 20 jours, de présenter ses observations au sujet de leur caractère confidentiel aux termes des articles 23 et 24.

Appelée à plusieurs reprises à interpréter l'article 23 de la *Loi sur l'accès*, la CAI a souligné qu'à l'exception du cas du secret industriel, quatre conditions devaient être satisfaites, en vertu de cette restriction impérative, pour assurer la confidentialité des renseignements des tiers :

- 1° les renseignements doivent appartenir à l'une ou l'autre des catégories mentionnées, à savoir des renseignements industriels, financiers, commerciaux, scientifiques, techniques ou syndicaux;
- 2° les renseignements doivent avoir été fournis par un tiers, puisqu'il ne suffit pas que ces renseignements concernent le tiers;
- 3° la nature confidentielle des renseignements doit être prouvée (critère objectif);
- 4° les renseignements doivent habituellement être traités par le tiers de manière confidentielle (critère subjectif).

C'est en s'inspirant de la jurisprudence rendue par la Cour fédérale du Canada en vertu de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information*, à son article 20(1), que la CAI en est venue à faire cette distinction entre le critère objectif et le critère subjectif²⁷. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour du Québec, confirmée par la Cour supérieure, a établi que le fardeau de preuve de l'application des critères de l'article 23 de la *Loi sur l'accès* revient au tiers qui désire empêcher la communication d'un renseignement.²⁸

²⁷ *Maislin Industries Ltd. c. Minister for Industry, Trade and Commerce, Regional Economic Expansion* (1984), 10 D.L.R. 417 (C.F.); *T.M.R. et associés c. Ministère de l'approvisionnement et des services*, Cour fédérale, première instance, no. T-2800-83, 27 septembre 1984.

²⁸ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, [2004] C.A.I. 604 (C.Q.), requête en révision judiciaire rejetée, [2005] C.A.I. 572 (C.S.).

Lorsque le tiers ne répond pas à l'avis qui lui est transmis par le responsable de l'accès, dans le délai imparti, il est réputé avoir consenti à la divulgation des renseignements qu'il a fournis à l'organisme public et ce dernier doit les rendre accessibles, sous réserve de l'application d'une autre restriction. De même, la jurisprudence nous enseigne que lorsque le tiers ne se présente pas devant la Commission d'accès à l'information ou la Cour du Québec pour démontrer que les critères d'application de l'article 23 (ou de l'article 24) de la *Loi sur l'accès* sont satisfaits, il est réputé avoir consenti à la divulgation des renseignements en question²⁹.

Qui plus est, quand des documents de même nature fournis par plusieurs tiers à un organisme public font l'objet d'une même demande d'accès et d'une même audience devant la CAI et que certains tiers ne se présentent pas devant elle pour établir l'existence des critères des articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès*, la Commission a jugé que la preuve de confidentialité subjective était insuffisante et que cela avait également pour conséquence d'affecter la démonstration de la confidentialité objective des renseignements. Dans de telles circonstances, la CAI a statué que l'article 23 de la *Loi sur l'accès* ne pouvait s'appliquer et que les renseignements de tous les tiers concernés doivent être rendus publics³⁰.

En ce qui concerne la restriction de l'article 24 de la *Loi sur l'accès*, il appartient également au tiers de faire la preuve des conditions qui y sont prescrites³¹. Si le tiers ne se présente pas devant la Commission de l'accès à l'information pour établir l'application de ces critères, les renseignements qu'il a fournis à l'organisme public et qui font l'objet du litige seront rendus accessibles.

À l'instar de la jurisprudence rendue en vertu de l'article 22 de la *Loi sur l'accès*, dont nous avons traité précédemment, la jurisprudence relative à l'article 24 ne se satisfait pas de la démonstration de vagues appréhensions de l'un ou l'autre des préjudices mentionnés dans cette disposition. Pour que l'article 24 puisse s'appliquer, la preuve doit démontrer la présence d'incidences économiques vraisemblables, non seulement hypothétiques ou conjecturales. Le tiers qui s'oppose à la communication d'un renseignement doit soumettre des éléments de preuve tangibles pour avoir gain de cause. L'appréhension de traitements médiatiques négatifs et la réputation de l'organisme ne peuvent par exemple constituer des motifs pour permettre de soustraire un document à la vue du public.³²

Comme nous l'avons fait précédemment, il nous apparaît important de rappeler certains passages des débats parlementaires tenus lors de l'adoption du projet de loi no 65, en juin 1982, au sujet de l'article 23 de la *Loi sur l'accès* :

« **Monsieur Bertrand** : « L'article 23 » m'apparaît très important. On reviendra bien sûr à tout ce chapitre, mais je veux indiquer ici qu'à mon avis, il est très important de protéger les tiers, surtout dans le cas de

²⁹ *Charny (Ville de) c. Québec (ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation)*, [1987] C.A.I. 446, *McIntosh c. Québec (Commission des transports)*, [1990] C.A.I. 149; *Machineries Maheu (1998) Itée c. Québec (Ville de)*, [2009] C.A.I. 315.

³⁰ *Clark c. Québec (ministère des Relations avec les citoyens et l'Immigration)*, [2004] C.A.I. 306. Voir également : *Marcotte c. St-Étienne-des-Grès (Paroisse de)*, [2006] C.A.I. 44; *I.S. c. Ville A*, décision non rapportée, C.A.I., no. 09 00 14, 4 novembre 2009.

³¹ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, précité.

³² *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, précité. Voir également : *Supermarché BM inc. c. Québec (Ville de)*, 2011, QCCA 12.

l'obtention de renseignements qui ont des incidences économiques. Là-dessus, je suis prêt à recevoir les commentaires du député, c'est une question de principe.

Monsieur French : Je pense que c'est important effectivement. [...]³³ »

[nos soulignements]

La situation qui prévaut dans d'autres juridictions

Au niveau fédéral, le paragraphe 20(1) de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* qui a largement inspiré le législateur québécois en 1982, alors que le projet de loi fédérale était à l'étude, se lit comme suit :

« **20(1)** Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

b.1) des renseignements qui, d'une part, sont fournis à titre confidentiel à une institution fédérale par un tiers en vue de l'élaboration, de la mise à jour, de la mise à l'essai ou de la mise en œuvre par celle-ci de plans de gestion des urgences au sens de l'article 2 de *la Loi sur la gestion des urgences et, d'autre part, portent sur la vulnérabilité des bâtiments ou autres ouvrages de ce tiers, ou de ses réseaux ou systèmes, y compris ses réseaux ou systèmes informatiques ou de communication, ou sur les méthodes employées pour leur protection;*

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité.

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins. [...] »

[nos soulignements]

L'alinéa 20(1) b) de la loi fédérale reprend les critères objectifs et subjectifs que l'on retrouve à l'article 23 de la *Loi sur l'accès*. Pour leur part, les alinéas 20(1) c) et 20(1) d) sont similaires à la restriction de l'article 24 de la *Loi sur l'accès* et requièrent la démonstration d'un risque vraisemblable de causer un préjudice au tiers. On retrouve du reste des critères analogues dans toutes les lois sur l'accès à l'information en vigueur dans

³³ Québec (Assemblée nationale), Commission permanente des communications, 32^e législature, 3^e session, *Journal des débats*, no. 135 (4 juin 1982), aux pp. B-5939-5940.

les autres provinces canadiennes³⁴. Aucune de ces lois n'exige du tiers qu'il fasse la démonstration d'un préjudice réel et ne lui fait perdre son droit à la confidentialité du simple fait qu'il n'aurait pas répondu adéquatement ou suffisamment à l'avis transmis par le responsable de l'accès.

En ce qui concerne cette obligation du tiers qui reçoit un avis de motiver son opposition à la divulgation des renseignements qu'il a fournis à un organisme public, partout au Canada il est requis que le tiers expose sommairement pourquoi les renseignements qu'il a fournis à l'organisme public devraient demeurer confidentiels. Cependant, il ne lui est jamais imposé d'assumer à ce stade le fardeau de preuve de convaincre le responsable de l'accès d'assurer la confidentialité des renseignements qu'il a fournis.³⁵ De même, la jurisprudence ne tient aucunement rigueur au tiers de ne pas avoir fait une démonstration convaincante de l'application des critères et il lui est toujours permis de se reprendre pour établir la confidentialité des renseignements qu'il a fournis à l'organisme public, soit devant le commissaire à l'information, soit devant les tribunaux judiciaires qui entendent généralement la cause *de novo*³⁶.

Il importe par ailleurs de souligner avec insistance qu'en 2006, le Parlement du Canada a pris la peine d'ajouter deux dispositions dans la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* afin d'assurer la protection impérative des documents qui contiennent des conseils ou des renseignements en matière d'investissement que l'Office d'investissements des régimes de pension du secteur public et l'Office d'investissements du régime de pensions du Canada ont obtenus à titre confidentiel d'un tiers. Ces dispositions se lisent comme suit :

« **20.1** Le responsable de l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public est tenu de refuser de communiquer les documents qui contiennent des conseils ou des renseignements en matière d'investissement que l'Office a obtenus à titre confidentiel d'un tiers, si l'Office les a traités de façon constante comme étant de nature confidentielle.

20.2 Le responsable de l'Office d'investissement du régime de pensions du Canada est tenu de refuser de communiquer les documents qui

³⁴ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. f-25, art. 16; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 21; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, C.C.S.M. 1997, ch. f-175, art. 18; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.N.S. 1993, ch. 5, art. 17; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. f-31, art. 17; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. f-15.01, art. 14; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. f-22.01, art. 19; *Droit sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B. 2009, ch. R-10.6, art. 22; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 27; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18, art. 481; *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, ch. M-56, art. 10; *Local Authority Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. L-27.1, art. 18; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.T.N.-O. (Nu) 1994, ch. 20, art. 24; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.T.N.-O. 1994, ch. 20, art. 24; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.Y. 2002, ch. 1, art. 24.

³⁵ *Merck Frost Canada Ltée c. Canada (Santé)*, [2012] 1 R.C.S. 23, aux par. 89 à 91. Voir également : Kris Klein et Denis Kratchanov. *Government Information : the Right to Information and the Protection of Privacy in Canada*, Vol. 1, 2^e éd., Carswell, 2015, à la p. 5-30.

³⁶ Kris Klein et Denis Kratchanov. *Government Information : the Right to Information and the Protection of Privacy in Canada*, précité, à la p. 5-39.

contiennent des conseils ou des renseignements en matière d'investissement que l'Office a obtenus à titre confidentiel d'un tiers, si l'Office les a traités de façon constante comme étant de nature confidentielle. »

L'ajout de ces restrictions démontre l'importance que le législateur fédéral accorde aux conseils et autres renseignements en matière d'investissement des organismes qui exercent des fonctions similaires à la Caisse. L'application de ces restrictions, comme on peut le voir, est soumise à des critères peu exigeants ainsi qu'à un fardeau de preuve n'impliquant aucunement la démonstration d'un préjudice ou même d'un risque de préjudice. Il s'agit de plus de dispositions impératives, ce qui confirme l'importance d'assurer la confidentialité de tels renseignements et documents.

En terminant sur ce point, qu'il nous soit permis de rappeler que les principaux concurrents de la Caisse que sont *Teachers*³⁷, *Omers*, *Hoop*³⁸ et les autres organismes privés d'investissement ne sont soumis à aucune règle d'accès à l'information.

À l'échelle internationale, mentionnons en terminant que la *Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics* de 2009, à son article 3(1) g, reconnaît expressément que les pays membres peuvent limiter le droit d'accès aux documents publics dans le but de protéger les intérêts commerciaux et autres intérêts économiques. Dans le rapport explicatif émis par le Conseil au sujet de cette convention, on peut lire ce qui suit au sujet de cet alinéa et de la restriction qu'elle permet :

« L'alinéa g prévoit que les Parties à la Convention peuvent établir des limitations dans le but de protéger des intérêts commerciaux et d'autres intérêts économiques, privés ou publics. L'objectif principal de cette exception est d'empêcher des atteintes à la concurrence ou aux positions de négociation. L'exemple d'information qui peut être couvert est l'information qui correspond au « secret de commercialisation », qui a trait à la concurrence ou aux procédés de production, aux stratégies commerciales, aux listes de clients, etc. Il peut également s'agir d'une information que les autorités publiques utilisent pour préparer les négociations collectives auxquelles elles prennent part ou des données fiscales collectées auprès de personnes physiques et morales. »³⁹

[nos soulignements]

Les effets prévisibles des modifications proposées

La Caisse accueille favorablement toute proposition de modification législative aux articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* qui ont pour objet d'uniformiser le vocabulaire et de refléter l'interprétation présentement donnée à ces dispositions par les tribunaux. Elle ne s'oppose pas non plus à ce que l'on remplace, dans l'article 23 de la *Loi sur l'accès*, les mots « habituellement traité par le tiers de façon confidentielle » par « traité confidentiellement par ce tiers de façon constante ».

La Caisse s'interroge toutefois sur l'opportunité d'alourdir les obligations des tiers qui transigent avec les organismes publics et craint que cela ne constitue pour certains un

³⁷ Ontario Teachers' Pension Plan.

³⁸ Healthcare of Ontario Pension Plan.

³⁹ *Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics*, Rapport explicatif 2009.

incitatif à éviter de traiter avec le gouvernement du Québec en général et la Caisse en particulier.

Dans un premier temps, elle considère qu'une telle obligation ne peut être faite à un tiers hors Québec.

De plus, imposer aux tiers investisseurs et à ceux qui ont des projets suffisamment sérieux et intéressants pour que la Caisse y investisse, l'obligation de devoir se constituer des procureurs et d'y faire venir des témoins qui viendront établir que les renseignements fournis sont de nature confidentielle et qu'ils sont traités constamment par ce tiers de manière confidentielle, ou encore que leur divulgation causerait un préjudice défini à l'article 24, apparaît dans certaines circonstances être une exigence et un fardeau démesurés, voire même injustes. Selon la Caisse, il ne faut pas analyser les articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* de manière désincarnée. Concrètement, pour assurer la confidentialité des renseignements confidentiels qu'ils ont fournis à un organisme public, les tiers doivent assumer des coûts significatifs en temps, en déplacement et en frais d'avocat.

C'est justement pour obvier à ce problème que le législateur fédéral, en 2006, a adopté les articles 20.1 et 20.2 de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* qui non seulement rendent obligatoire la confidentialité des conseils et autres renseignements d'investissement des tiers mais n'imposent à ces derniers aucun fardeau à cet égard. L'organisme public peut donc lui-même faire la preuve qui s'impose dans les circonstances et cela semble, pour la Caisse, une preuve de la sensibilité du Parlement fédéral au contexte de concurrence commerciale et financière internationale dans lequel les fonds et caisses d'investissement publics évoluent. D'ailleurs au niveau fédéral, compte tenu que des renseignements relatifs à des conseils et des renseignements en matière d'investissement ne traitent usuellement pas de la problématique environnementale ou de santé, on ne retrouve pas d'exception du même type que celle de l'article 41.1 de la *Loi sur l'accès*. La Caisse n'a pas d'objection à l'application de cette exception dans la mesure où elle ne trouve application qu'au Québec et soit circonscrite aux situations exceptionnelles et urgentes.

La position et les recommandations de la Caisse

En conséquence, la Caisse appuie la recommandation gouvernementale voulant que le libellé des articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* reflète l'état de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne le rôle du tiers. Cependant, la Caisse s'oppose à ce que les critères d'application de l'article 23 soient modifiés et que l'on exige des tiers, au stade de la consultation prescrite par les articles 25 et 49 de la *Loi sur l'accès*, qu'ils satisfassent à une obligation élevée de démonstration de l'application des critères prévus dans ces restrictions.

Par ailleurs, la Caisse invite le gouvernement et le législateur à ajouter dans *Loi sur l'accès*, une disposition analogue aux articles 20.1 et 20.2 de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* qui assure de manière impérative la confidentialité des conseils et des renseignements en matière d'investissement que la Caisse a obtenus à titre confidentiel d'un tiers.

2.2.3 La réduction des délais maximums d'inaccessibilité aux avis et recommandations

Les orientations gouvernementales

En s'appuyant sur les mémoires soumis en 1997 par le Barreau du Québec, dans le cadre de la consultation sur le Rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information, ainsi que sur la recommandation formulée par cette dernière dans ses rapports quinquennaux de 1997 et 2002, les *Orientations gouvernementales* proposent d'abrèger les délais maximums d'accessibilité à certains documents.

La Caisse n'a pas de commentaires à soumettre au sujet de la recommandation visant les articles 30, 33 et 38 de la *Loi sur l'accès*. Par contre, elle s'inquiète de la réduction du délai de protection des avis et recommandations qui sont visés par l'article 37 de la *Loi sur l'accès*. L'abrègement du délai de protection de ces avis et recommandations de 10 ans à 5 ans peut possiblement se justifier pour certains organismes publics mais ce n'est pas le cas pour la Caisse.

Selon son libellé actuel, cette disposition se lit comme suit :

« 37. Un organisme public peut refuser de communiquer un avis ou une recommandation faits depuis moins de dix ans, par un de ses membres, un membre de son personnel, un membre d'un autre organisme public ou un membre du personnel de cet autre organisme, dans l'exercice de leurs fonctions.

Il peut également refuser de communiquer un avis ou une recommandation qui lui ont été faits, à sa demande, depuis moins de dix ans, par un consultant ou par un conseiller sur une matière de sa compétence. »

Autrement dit, la recommandation gouvernementale consiste à faire en sorte que les avis et recommandations qui s'inscrivent dans un processus décisionnel deviennent accessibles après 5 ans, qu'il s'agisse d'avis et de recommandations préparés à l'interne ou par des consultants externes.

La situation qui prévaut actuellement au Québec au regard des avis et recommandations formulés par une personne œuvrant au sein d'un organisme public ou par un consultant

Guidé par la *Commission Paré*, qui elle-même s'est inspirée des lois existantes dans d'autres juridictions, le législateur québécois a mis en place un régime d'accès différé pour les recommandations et les avis des fonctionnaires et des conseillers. Alors que les avis et les recommandations institutionnels, c'est-à-dire ceux que les organismes s'adressent les uns aux autres, sont accessibles lorsque la décision finale est arrêtée (article 38 de la *Loi sur l'accès*), les avis et recommandations préparés par des fonctionnaires ou des membres du personnel au sein de l'organisme public, ou d'un autre organisme public, ainsi que les avis et recommandations de consultants externes peuvent être tenus confidentiels pendant une période maximale de 10 ans.

Appelée à interpréter la portée de l'article 37 de la *Loi sur l'accès* dans l'affaire *Deslauriers c. Québec (Sous-ministre de la Santé et des Services sociaux)*⁴⁰, la Cour du Québec a statué qu'à partir du moment où l'organisme, ou quelqu'un pour lui (conseiller interne ou externe), procède à une évaluation des faits ou d'une situation, ou porte sur ceux-ci un jugement de valeur, en fonction de ce qui devrait être fait par le décideur, la loi permet à l'organisme de garder secret cette évaluation ou ce jugement. Par contre, la Cour du Québec, à l'instar de la CAI, a jugé que les faits bruts n'étaient pas protégés par l'article 37 et que cette restriction ne s'appliquait pas non plus en l'absence d'un processus décisionnel en cours.

L'étude de la jurisprudence de la Commission au sujet des rapports financiers et des rapports d'évaluation de projets nous enseigne que, pour ces raisons, n'ont pas été considérés comme des avis ou des recommandations protégés par l'article 37 le rapport du vérificateur qui constate un état de fait et porte un jugement sur la conformité des états financiers d'un organisme et l'évaluation de la rentabilité d'un projet soumis à un organisme public dans le but d'obtenir une subvention⁴¹.

La situation qui prévaut dans d'autres juridictions

Au fédéral, l'article 21 de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* est l'équivalent de l'article 37 de la loi québécoise. Traitant de cette disposition, la Cour suprême du Canada a reconnu la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible pour un décideur public de débattre ouvertement et franchement de certaines questions⁴².

En vertu de la loi canadienne, les avis et les recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre de même que les comptes rendus de consultations ou de délibérations auxquels ont participé des administrateurs, des dirigeants ou des employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel, peuvent donc demeurer confidentiels pendant une période de 20 ans.

Bien que la Nouvelle-Écosse soit la seule province qui ait fixé le délai de confidentialité des avis et recommandations à 5 ans, les autres provinces canadiennes appliquent un délai de 15 ans et plus. En Colombie-Britannique, comme au Québec présentement, le délai est toutefois de 10 ans.

Les effets prévisibles des modifications proposées

La Caisse exprime certaines réserves quant à la volonté gouvernementale de réduire le délai de l'article 37 de moitié. D'une manière générale, elle partage les préoccupations exprimées dans le *Rapport Paré* quant à la nécessité de préserver l'intégrité des processus décisionnels :

« L'intégrité du processus décisionnel implique également que l'on ne mette pas en contradiction un ministre et ses fonctionnaires. Les avis que les fonctionnaires proposent à leurs ministres constituent des éléments de critique puisqu'on leur demande à l'occasion de se faire les

⁴⁰ *Deslauriers c. Québec (Sous-ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [1991] C.A.I. 311.

⁴¹ *Robitaille c. Foyer Notre-Dame-de-Lourdes*, [1986] C.A.I. 152, aux pp. 155 et 156; *Morel c. Québec (Office du crédit agricole)*, [1984-1986] C.A.I. 67, à la p. 68.

⁴² *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [2011] 2 R.C.S. 306, au par. 41.

avocats du diable. Il faut éviter de décourager de telles initiatives dont le succès dépend de la franchise ou de la nature polémique de l'exercice. On comprendra que le pouvoir bureaucratique serait accru d'autant s'il était possible aux fonctionnaires de menacer les élus d'une divulgation de certains avis. »⁴³

Selon la Caisse, la même logique doit prévaloir à l'égard des avis et recommandations préparés par les membres de son personnel ou par des consultants externes au sujet des projets qui lui sont soumis ou des investissements qu'elle est appelée à étudier.

Par ailleurs, la Caisse est d'opinion qu'à l'égard des organismes constitués à des fins industrielles ou commerciales ou à des fins de gestion financière, non seulement est-il nécessaire de maintenir le délai de 10 ans de confidentialité des avis et recommandations mais il faudrait l'étendre pour une période indéfinie lorsque des critères suivants est satisfait :

- 1° L'avis ou la recommandation concerne un projet soumis par un tiers ou un projet d'investissement;
- 2° La divulgation de l'avis ou de la recommandation est susceptible de causer un préjudice à ce tiers ou à l'organisme public, de compromettre la concurrence ou de contrevenir à une loi.

En effet, la Caisse craint que la divulgation de certains avis ou recommandations puisse la placer dans une situation délicate ou, ignorant la raison pour laquelle un document lui a été demandé et ne pouvant interroger le demandeur, elle contribue de manière indirecte à la commission d'une infraction à la *Loi sur la concurrence*⁴⁴. À cet effet, précisons que la *Loi sur la concurrence* comporte un nombre élevé d'interdictions de divulguer certains documents et renseignements qui pourraient très bien avoir été communiqués à la Caisse dans le cadre de ses analyses, avis et recommandations⁴⁵.

La question de l'interaction entre les lois sur l'accès d'une part et la *Loi sur la concurrence*, d'autre part, a été soulevée dans une récente affaire en Colombie-Britannique, alors que la demanderesse faisait valoir que les documents visés par la demande d'accès à l'information et à la divulgation desquels elle s'opposait, avaient été confectionnés à la suite de mesures prises dans l'administration et l'application de la *Loi sur la concurrence*. Elle soulevait, à juste titre selon nous, qu'en rendant accessibles les documents demandés, l'objectif de cette loi serait contrecarré⁴⁶. Le pourvoi ayant été tranché sur un autre motif, à savoir le caractère déraisonnable de l'analyse du commissaire au regard des impératifs de la *Loi sur l'accès*, cet argument n'a pas été tranché par le tribunal. Il permet toutefois de réaliser le danger de divulguer des documents financiers confectionnés par le passé mais susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence, dans l'avenir⁴⁷.

En bref, la Caisse craint qu'en rendant accessibles ses avis et recommandations de nature financière, elle se place dans une situation de vulnérabilité qui pourrait l'amener à déroger aux règles légales et pratiques reconnues dans le domaine.

⁴³ *Supra*, note 2, à la p. 47.

⁴⁴ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

⁴⁵ *Loi sur la concurrence*, art. 29 et suivants.

⁴⁶ *Insurance Corporation of British Columbia v. Automotive Retailers Association*, 2013 BCSC 2025.

⁴⁷ Voir également : *Smolensky v. British Columbia Securities Commission*, 2004 BCCA 81.

La position et les recommandations de la Caisse

Sans se prononcer sur l'opportunité de réduire les délais maximums d'inaccessibilité aux avis et recommandations visés par l'article 37 de la *Loi sur l'accès* pour les autres organismes publics, la Caisse recommande au gouvernement et au législateur de prévoir un régime particulier pour les organismes constitués à des fins industrielles ou commerciales ou à des fins de gestion financière qui prévoirait la confidentialité des avis et recommandations pour une période indéfinie lorsque l'un ou l'autre des critères suivants est satisfait :

- 1° L'avis ou la recommandation concerne un projet soumis par un tiers ou un projet d'investissement;
- 2° La divulgation de l'avis ou de la recommandation est susceptible de causer un préjudice à ce tiers ou à l'organisme public, de compromettre la concurrence ou de contrevenir à une loi.

2.2.4 L'assujettissement à la *Loi sur l'accès des sous-filiales détenues à 100 % par un organisme public*

Les orientations gouvernementales

L'orientation no. 11 du document d'orientation recommande de modifier la *Loi sur l'accès* afin d'y assujettir les sociétés à fonds social dont toutes les actions sont détenues par l'État.

Dans son dernier rapport quinquennal, déposé en 2011, la CAI suggérait pour sa part que la *Loi sur l'accès* soit modifiée afin d'assujettir tous les organismes dont le fonds social est détenu à plus de 50 % par l'État. Après analyse de cette suggestion, les *Orientations gouvernementales* concluent que ce critère pourrait faire en sorte d'assujettir au régime de la *Loi sur l'accès* des entreprises privées telles que les sociétés d'investissements gérant des centres sociaux ou des résidences pour étudiants et étudiantes. Le fait qu'un organisme dont le fonds social est détenu à 50 % et plus par l'État, lui imposerait de se soumettre à certaines obligations administratives, comme celles de nommer un responsable de l'accès, de tenir un registre des communications de renseignements personnels, de dresser un inventaire de fichiers de renseignements personnels et de respecter le *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*⁴⁸, etc. Dans ce contexte, le gouvernement estime qu'il n'est pas opportun, pour le moment, d'assujettir les filiales dont moins de 100 % du fonds social est détenu par l'État.

Par contre, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Pouliot c. Cour du Québec*⁴⁹, le document d'orientation fait valoir que toutes les filiales détenues directement ou indirectement à 100 % par l'État, incluant les sous-filiales des organismes publics tel qu'Hydro-Québec International dont les actions sont détenues à 100 % par Hydro-Québec, devraient être assujetties à la *Loi sur l'accès* et que par souci de clarté, cette règle devrait être explicitement introduite dans la *Loi sur l'accès*.

⁴⁸ *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1, r. 2, art. 2.

⁴⁹ *Pouliot c. Cour du Québec*, 2002 CanLII 41158 (QCCA).

La situation qui prévaut dans d'autres juridictions

Dans les plupart des juridictions, les entreprises d'État de premier niveau (compagnies mères) sont assujetties au régime des lois sur l'accès⁵⁰. Il faut cependant mentionner que lorsque l'on procède à l'assujettissement des sociétés d'État par le biais de critères, il est généralement requis que la société soit contrôlée par l'État et financée par lui et que ses obligations soient garanties par le gouvernement. Plusieurs pays préfèrent plutôt opérer par énumération. C'est le cas du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, entre autres.

Au Canada, en vertu de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information*, constituent des institutions fédérales assujetties au régime de cette loi les sociétés d'État mères ainsi que les filiales à 100 % de ces sociétés, au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Cette dernière loi définit la notion de « filiale à 100% » comme étant une personne morale appartenant à 100 % à une ou plusieurs sociétés d'État mères, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales dont chacune appartient à 100 %, même indirectement, à une ou plusieurs sociétés d'État mères.

Les effets prévisibles des modifications proposées

La Caisse n'a pas d'objection de principe à ce que certaines sous-filiales de sociétés d'État soient assujetties au régime de la *Loi sur l'accès*, pourvu qu'elles exercent véritablement des activités étatiques et non purement commerciales et que celles-ci aient lieu à l'intérieur des frontières du Québec. La Caisse est également d'avis que pour les sous-filiales de sociétés d'État, afin d'éviter tout problème d'interprétation et d'assurer la prévisibilité, leur assujettissement devrait être prévu nommément.

Contrairement à ce que les auteurs des *Orientations gouvernementales* écrivent, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Pouliot c. Cour du Québec* n'a pas conclu que toutes les filiales et les sous-filiales dont les actions sont détenues à 100 % par un organisme public sont assujetties au régime de la *Loi sur l'accès*. Le critère d'assujettissement des filiales et des sous-filiales, aux termes de l'article 4 de la *Loi sur l'accès*, est que leur fonds social fait partie du domaine de l'État. Le fonds social est constitué des actions de la société et selon les règles du droit corporatif, la propriété des actions d'une société n'emporte pas la propriété de ses biens⁵¹. Il en découle qu'en règle générale, les actions d'une filiale d'une société d'État appartiennent à cette société d'État de même que les actions d'une sous-filiale appartiennent à cette filiale. Dans l'affaire *Pouliot*, c'est parce que l'article 3.1.2 de la *Loi sur Hydro-Québec*⁵² prévoit explicitement que « les biens possédés par la Société sont la propriété de l'État », que la Cour d'appel a conclu que les actions d'Hydro-Québec International étaient détenues par Hydro-Québec et que tous les biens d'Hydro-Québec, y compris les actions de celle-ci dans Hydro-Québec International, étaient la propriété de la province, ce qui emportait son assujettissement à la *Loi sur l'accès*.

⁵⁰ Voir par exemple pour l'Allemagne : *Federal Act governing Access to Information held by the Federal Government* (Freedom of Information Act), 5 septembre 2005, art. 1 (1); Pour la France : *Loi no. 78-753* du 17 juillet 1978 portant sur diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, art. 1; Pour l'Australie : *Freedom of Information Act*, 1982, art. 4, 7 et 11; Pour le Royaume-Uni : *Freedom of Information Act*, 2000, art. 3 et 6; Pour les États-Unis : *Freedom of Information Act* (FOIA), 5 U.S.C., c. 552, art. f(1).

⁵¹ Martel et Martel. *Le droit des sociétés au Québec*. Vol. 1, Éditions Wilson & Lafleur, 2013, aux par. 12-5; Antonio Perreault, *Traité de droit commercial*, Tome II, Éditions Albert Lévêque, à la p. 490.

⁵² *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ c. H-2.

À l'inverse, en l'absence d'une telle disposition, les sous-filiales des sociétés d'État ne sont pas assujetties au régime de la *Loi sur l'accès* du simple fait que 100 % de leurs actions appartiennent à une société d'État.

Dans ce contexte, pour éviter la confusion et assurer une prévisibilité que la Caisse juge de la plus haute importance, il serait nécessaire que le gouvernement procède à une analyse approfondie des quelques filiales et sous-filiales de sociétés d'État et s'interroger sur l'opportunité de les assujettir au régime de la *Loi sur l'accès* nommément. Dans le cadre de cet exercice, la Caisse suggère que l'on s'interroge sur la mission de chaque filiale ou sous-filiale afin de n'assujettir que celles qui exercent véritablement des fonctions étatiques. Les entités qui ont une vocation purement commerciale devraient être soustraites au régime de la *Loi sur l'accès* de manière à respecter leur autonomie administrative et les règles du marché. Il faut rappeler à ce sujet que la raison première qui a amené les législateurs canadiens et québécois à créer des sociétés d'État, depuis l'après-guerre, était de leur accorder une grande autonomie à l'égard du gouvernement et de leur attribuer une liberté d'action qui s'exercerait largement en marge du contrôle de l'État⁵³ de manière à leur permettre d'assumer le rôle économique au même niveau que les entreprises du secteur privé.

La Caisse soumet à ce propos qu'il n'y aucune raison de remettre en question l'importance de l'autonomie administrative des sociétés d'État et de leurs filiales lorsqu'elles exercent des activités commerciales et sont en concurrence avec des entreprises du secteur privé. Les assujettir à un régime d'accès à l'information ne saurait du reste être fait de manière globale et sans tenir compte de son statut particulier. Une analyse approfondie de leurs caractéristiques et de leur mission s'impose.

La position et recommandations de la Caisse

Dans ce contexte, la Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas assujettir globalement les filiales et les sous-filiales des sociétés d'État au régime de la *Loi sur l'accès*, sans avoir préalablement procédé à une analyse approfondie de la situation et de la mission de chacune d'entre elles. Le cas échéant, les filiales et les sous-filiales devraient être nommément assujetties à la *Loi sur l'accès* plutôt que par le recours à des critères d'assujettissement qui sont toujours susceptibles de donner lieu à des problèmes d'interprétation et à des litiges. L'approche par critères d'assujettissement dans ce domaine risque de mettre en péril le principe de prévisibilité qui, comme nous l'avons mentionné, est une valeur cardinale dans le secteur de la finance.

2.2.5 Le rôle du premier dirigeant de l'organisme public à titre de président du comité sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels

Les orientations gouvernementales

Le *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels* prévoit que le sous-ministre ou le dirigeant d'un organisme public visé à l'article 3 de la *Loi sur l'accès* doit mettre sur pied un comité sur l'accès à l'information et la

⁵³ René Dussault et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Tome 1, aux pp. 181 à 202; Raoul P. Barge. *Les entreprises publiques au Canada*, dans *Droit administratif canadien et québécois*, 1969, à la p. 479; Patrice Garant. *Droit administratif*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, 2010, à la p. 111.

protection des renseignements personnels qui relève de lui et s'assurer de la mise en œuvre des responsabilités et des obligations attribuées par ce règlement à l'organisme public, notamment en matière de diffusion proactive de documents et de renseignements et d'évaluation des systèmes d'informations ou de prestations électroniques de service. Entre autres, le comité doit faire des recommandations sur l'encadrement des projets d'acquisition, de développement et de refonte des systèmes d'informations ou de prestations électroniques de service qui donnent lieu à la collecte, à l'utilisation, à la conservation et à la communication de renseignements personnels.

Bien que le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme soit ultimement responsable de la mise en œuvre des responsabilités et des obligations mentionnées au règlement, ce dernier ne leur impose pas de le présider ou d'y siéger.

Invoquant le fait que le règlement prévoit que le sous-ministre ou le dirigeant a la responsabilité de mettre en place le comité et de voir au respect du règlement, les *Orientations gouvernementales* font valoir qu'afin de soutenir un changement de culture au sein des organismes publics, en faveur de la diffusion proactive des documents dans le respect du droit à la vie privée et de la protection des renseignements personnels, il est essentiel que le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme assume le leadership de ce comité et qu'il le préside afin de le soutenir dans l'exercice de ses responsabilités et obligations prévues au règlement.

Le document d'orientation ajoute que le succès de l'implantation de la culture de transparence et de la protection des renseignements personnels ne saurait être réel si le sous-ministre ou le dirigeant d'organisme n'y joue pas un rôle prépondérant. Leur présence, fait-on valoir, enverrait un message fort à l'organisation quant à l'importance accordée aux dossiers qui y sont discutés, aux enjeux mis en lumière et aux attentes à l'égard du respect des obligations qui en découlent.

La situation qui prévaut actuellement au regard du comité sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels

Le *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels* s'applique aux organismes publics assujettis au régime de la *Loi sur l'accès*, dont la Caisse.

Aux termes de son article 2, le règlement prévoit la mise en place d'un comité sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels composé du responsable de l'accès aux documents et de la protection des renseignements personnels, du responsable de la sécurité de l'information et du responsable de la gestion documentaire;

Le règlement actuel ne prévoit cependant pas que le sous-ministre ou le dirigeant d'organisme public ait l'obligation de siéger au comité ou de le présider. Les responsabilités qu'ils assument en application du règlement peuvent être confiées à des membres du personnel ou du personnel-cadre de l'organisme, comme c'est usuellement le cas dans l'appareil gouvernemental québécois. Les lois et règlements ne prescrivent pas dans le détail, sauf exception très rare, l'emploi du temps et les tâches spécifiques qui doivent être accomplies par les sous-ministres et les dirigeants d'organisme public eux-mêmes. Cela est encore moins opportun lorsqu'il s'agit d'un organisme indépendant comme la Caisse.

Le document d'orientation n'apporte pas d'élément factuel ou une description d'une problématique qui justifie la mesure proposée. Outre des statistiques démontrant que dans 48 organismes publics sur les 3000 qui sont assujettis à la *Loi sur l'accès*, seulement un tiers des sous-ministres ou dirigeants d'organisme préside le comité, on ne retrouve dans le document aucune démonstration des effets négatifs de cette situation.

La situation qui prévaut dans d'autres juridictions

Les recherches que nous avons entreprises permettent de constater que l'existence d'un comité analogue à celui mis sur pied par le *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels* n'existe généralement pas dans d'autres juridictions, à tout le moins de manière formelle.

A fortiori, nous n'avons trouvé aucun exemple de dispositions législatives ou réglementaires imposant aux sous-ministres ou aux dirigeants d'organismes publics de présider un tel comité.

Les effets prévisibles des modifications proposées

En tout respect, la Caisse est d'avis que d'imposer à un sous-ministre ou à un dirigeant d'organisme public l'obligation de siéger sur un comité dont le mandat consiste à favoriser la diffusion de l'information et la protection des renseignements personnels, voire même à le présider, est une mesure qui nous apparaît inadéquate notamment pour un organisme comme la Caisse.

Le rôle d'un sous-ministre, dans un ministère, est de le diriger et non pas d'assumer lui-même au quotidien les tâches que l'on pourrait qualifier de « micro management ». De même, le dirigeant d'organisme public, tel que le chef de la direction de la Caisse, a la responsabilité de diriger cet organisme et d'en fixer les orientations. Il serait inopportun que l'on veuille lui imposer d'assister à des réunions où le responsable de l'accès et le responsable de la sécurité discutent de la liste des documents qui devraient être mis en ligne et des mesures de protection des renseignements personnels qui devraient être prises au quotidien. Ce serait là, selon nous, déraisonnable.

Par ailleurs, comme l'orientation selon laquelle il y aurait lieu de conférer au responsable de l'accès délégué un maximum d'autonomie, est proposée, la Caisse est d'avis qu'il serait approprié de lui confier la présidence du comité sur l'accès aux documents et sur la protection des renseignements personnels. Rappelons que le responsable de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels doit être un cadre de l'organisme.

La position et les recommandations de la Caisse

La Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas donner suite à la recommandation des *Orientations gouvernementales* voulant que les sous-ministres et dirigeants d'organismes publics président le comité sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels institué en vertu du *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*.

3 LES CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

La Caisse appuie l'objectif de transparence mis de l'avant dans les Orientations gouvernementales pour un gouvernement plus transparent dans le respect du droit à la vie privée et à la protection des renseignements personnels afin d'assurer un équilibre entre une saine gouvernance de l'État, la protection de l'intérêt public et la protection de la vie privée et des renseignements personnels. La Caisse reconnaît également la nécessité de réviser la *Loi sur l'accès* adoptée il y a plus de 30 ans. La Caisse soumet toutefois que la notion d'intérêt public commande, dans certaines circonstances particulières à l'égard certains organismes publics spécifiques, d'assurer la confidentialité de leurs documents et renseignements. En effet, dans le domaine de la finance et des investissements qui est celui dans lequel évolue la Caisse, il est important de pouvoir donner l'assurance à nos partenaires et autres investisseurs que leurs projets seront traités avec la plus grande confidentialité que commandent les règles du marché de la finance.

Au terme de son étude des Orientations gouvernementales, la Caisse souhaite faire part des recommandations suivantes :

1. **La Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas retenir la proposition soumise dans les *Orientations gouvernementales* voulant que le critère d'application de l'article 22 de la *Loi sur l'accès* soit modifié de même que le fardeau de preuve imposé aux organismes publics qui invoquent cette restriction relative aux incidences de la divulgation de renseignements industriels, commerciaux, financiers, scientifiques ou techniques appartenant à l'organisme;**
2. **La Caisse recommande que le deuxième alinéa de l'article 22 de la *Loi sur l'accès* soit modifié afin de prévoir qu'il s'applique à tous les renseignements que les organismes constitués à des fins industrielles, commerciales ou de gestion financière détiennent lorsqu'il est raisonnable de croire que leur divulgation risquerait de porter atteinte aux intérêts économiques de l'organisme ou d'un tiers;**
3. **La Caisse appuie la recommandation gouvernementale voulant que le libellé des articles 23 et 24 de la *Loi sur l'accès* reflète l'état de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne le rôle du tiers. Cependant, la Caisse s'oppose à ce que les critères d'application de l'article 23 soient modifiés et que l'on exige des tiers, au stade de la consultation prescrite par les articles 25 et 49 de la *Loi sur l'accès*, qu'ils satisfassent à une obligation élevée de démonstration de l'application des critères prévus dans ces restrictions;**
4. **La Caisse invite le gouvernement et le législateur à ajouter dans *Loi sur l'accès* une disposition analogue aux articles 20.1 et 20.2 de la *Loi (fédérale) sur l'accès à l'information* qui assure de manière impérative la confidentialité des conseils et des renseignements en matière d'investissement que la Caisse a obtenus à titre confidentiel d'un tiers. Une telle disposition ne devrait pas être soumise à l'exception de l'article 41.1 de la *Loi sur l'accès*;**

5. La Caisse recommande au gouvernement et au législateur de maintenir le délai de 10 ans d'inaccessibilité aux avis et recommandations et d'examiner s'il y a lieu de prévoir un régime particulier pour les organismes constitués à des fins industrielles ou commerciales ou à des fins de gestion financière qui prévoirait la confidentialité des avis et recommandations pour une période indéfinie en fonction de critères spécifiques qui seraient déterminés.
6. La Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas assujettir globalement les filiales et les sous-filiales des sociétés d'État au régime de la *Loi sur l'accès*, sans avoir préalablement procédé à une analyse approfondie de la situation et de la mission de chacune d'entre elles. Le cas échéant, les filiales et les sous-filiales devraient être nommément assujetties à la *Loi sur l'accès* plutôt que par le recours à des critères d'assujettissement qui sont toujours susceptibles de donner lieu à des problèmes d'interprétation et à des litiges;
7. La Caisse recommande au gouvernement et au législateur de ne pas donner suite à la recommandation des *Orientations gouvernementales* voulant que les sous-ministres et dirigeants d'organismes publics président le comité sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels institué en vertu du *Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*;