

**LES DEMANDES D'ACCÈS CONCERNANT DES RENSEIGNEMENTS FOURNIS À UN ORGANISME
PUBLIC PAR UNE ENTREPRISE : COMMENT RÉAGIR?**

**Par Karl Delwaide, associé principal
et Nicolas-Karl Perrault, étudiant en droit**

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Montréal

26 septembre 2012

Table des matières

	Page
INTRODUCTION	1
1. LES ENJEUX ÉMERGEANT D'UN CONTRAT PASSÉ AVEC UN ORGANISME PUBLIC	2
1.1 L'impact juridique d'une clause de confidentialité sur l'application de l'article 23 de la Loi sur l'accès	3
1.1.1 La valeur juridique de la clause conventionnelle de confidentialité pour la Commission d'accès à l'information	3
1.1.2 L'effet d'une clause conventionnelle sur l'évaluation du caractère confidentiel d'un renseignement	4
1.2 La possibilité d'obliger un organisme public à appuyer une entreprise afin de protéger la confidentialité de ses renseignements	6
1.2.1 L'obligation d'appuyer le tiers à protéger la confidentialité de ses renseignements	6
2. LA DÉMARCHE PROCÉDURALE REQUISE POUR RÉPONDRE À UNE DEMANDE D'ACCÈS	11
2.1 Le mécanisme de consultation des tiers	11
2.2 L'audition devant la Commission d'accès à l'information	13
2.2.1 L'attribution du fardeau de preuve	14
2.2.2 La définition d'un renseignement fourni par un tiers	15
2.2.3 Le fardeau de preuve de l'article 23	17
2.2.4 Le fardeau de preuve de l'article 24	18

3.	LA DIFFUSION DES RENSEIGNEMENTS DES ORGANISMES PUBLICS SUR INTERNET	20
3.1	Les dispositions pouvant concerner les renseignements fournis par des tiers	21
3.1.1	Les documents transmis dans le cadre d'une demande dont la diffusion présente un intérêt pour l'information du public	21
3.1.2	Les renseignements relatifs aux contrats conclus et prévus à l'article 22 de la <i>Loi sur les contrats des organismes publics</i>	22
3.2	Le site donnees.gouv.qc.ca	23
	CONCLUSION	24
	Table de législation	25
	Table de jurisprudence	26
	Bibliographie	29

LES DEMANDES D'ACCÈS CONCERNANT DES RENSEIGNEMENTS FOURNIS À UN ORGANISME PUBLIC PAR UNE ENTREPRISE : COMMENT RÉAGIR? ^(*)

INTRODUCTION

Les sphères publiques et privées ont historiquement été perçues comme deux univers distincts, sujets d'incessants débats tentant de délimiter la place qu'elles devraient respectivement occuper dans notre société. Alors qu'on y réfère souvent comme deux champions engagés dans une lutte à finir, la réalité est que les deux sphères entretiennent aujourd'hui d'étroites relations. Pour une entreprise privée, il peut être nécessaire de traiter avec les différents organismes publics en vue d'obtenir un permis, une accréditation ou une subvention. Aussi, l'État peut devenir un véritable partenaire d'affaires à l'occasion d'un contrat, d'un investissement ou d'un financement. Or, qui dit relation entre organisations dit nécessairement échange d'informations.

À l'occasion d'un appel d'offres, d'une demande de subvention ou de permis, l'entreprise pourrait devoir fournir à l'organisme public certains renseignements sensibles, comme des plans, des listes de coûts ou des états financiers, qu'elle ne souhaite pas voir être communiqués à des concurrents, aux médias ou au grand public. Toutefois, le principe veut que, sauf exceptions, les renseignements détenus par les organismes publics soient accessibles à quiconque en fait la demande. C'est là l'essence même de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹ (« **Loi sur l'accès** »).

La Loi sur l'accès fait écho à une préoccupation toujours d'actualité, soit celle d'assurer la transparence de l'État et la saine gestion des affaires publiques, comme l'articule le juge Baudouin dans *Conseil de la Magistrature c. Commission d'accès à l'information et Robert*² :

[47] [...] Tout citoyen, sauf exception caractérisée et motivée par la préservation d'un intérêt supérieur (dont, par exemple, le respect de la vie privée), doit pouvoir avoir accès aux documents détenus par un organisme public. Le gouvernement et ses organismes ne peuvent plus désormais se réfugier derrière le silence administratif ou le droit au secret pour, d'une part, refuser de dévoiler des informations même sensibles, et d'autre part, éviter de subir l'imputabilité de leurs décisions. L'administration de la chose publique doit avoir une grande transparence, garantie, pour le citoyen, de l'exercice démocratique de ses droits.

Bien que l'objectif de la loi soit l'accessibilité, elle envisage aussi, avec un certain réalisme, des motifs de refus qui s'appliquent lorsqu'il est question d'un renseignement fourni à un organisme public par un tiers. D'abord, l'article 23 stipule qu'un organisme 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. Ensuite, l'article 24 prévoit qu'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

^(*) Par Karl Delwaide et Nicolas-Karl Perrault.

¹ L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après citée « *Loi sur l'accès* »), art. 9.

² [2000] R. J. Q. 638, par. 47.

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.

Ces deux dispositions, qui sont presque toujours soulevées conjointement, visent à éviter que les entreprises ayant fait affaire avec des organismes publics ne voient leur position stratégique (commerciale, financière, technique, scientifique ou syndicale) injustement compromise par une demande d'accès³. Cependant, il peut être difficile pour une entreprise n'étant pas familière avec le processus de demandes d'accès implanté par la Loi sur l'accès de se prévaloir efficacement des articles 23 et 24 et ainsi éviter que des renseignements précieux ne soient communiqués. Dans cette perspective, nous tenterons de faire le point sur la façon dont une entreprise cherchant à répondre à une demande d'accès devrait réagir afin de protéger la confidentialité de ses renseignements. Nous aborderons les enjeux pouvant émerger d'un contrat passé avec un organisme public concernant la confidentialité des renseignements fournis par l'entreprise pour ensuite passer à la démarche procédurale requise afin de répondre à une demande d'accès. Finalement, nous analyserons les impacts possibles de l'initiative actuelle visant à rendre disponibles sur le Web les renseignements détenus par les organismes publics.

1. LES ENJEUX ÉMERGEANT D'UN CONTRAT PASSÉ AVEC UN ORGANISME PUBLIC

L'État étant aujourd'hui un joueur important dans le monde des affaires, les relations qu'il entretient avec les entreprises doivent nécessairement tendre vers un équilibre entre l'intérêt public et les pratiques usuelles de l'univers privé, dont le maintien de la confidentialité des renseignements stratégiques. Alors que la transparence est le mot d'ordre dans le secteur public, les relations contractuelles privées sont généralement empreintes d'un engagement de part et d'autre de préserver la confidentialité des renseignements échangés dans le but de se protéger de concurrents. De nos jours, on constate que les ministères et les organismes publics doivent s'adapter aux préoccupations des entreprises avec lesquelles ils entretiennent des relations d'affaires. Dans cet esprit, il n'est pas rare qu'un contrat passé entre une entreprise et un organisme public comprenne une clause qui prévoit que les parties ont une obligation de protéger la confidentialité des informations. Par exemple, un ministère peut s'engager à protéger la confidentialité des renseignements qui lui sont soumis à l'occasion d'une demande de subvention⁴.

Si les implications d'une obligation de confidentialité sont généralement claires dans un contrat entre deux entités privées, l'application de la Loi sur l'accès et des principes fondamentaux du droit administratif rend la situation plus complexe si un organisme public est partie à l'entente. Une analyse de la jurisprudence en la matière nous permettra de faire le point sur certains enjeux, tels que l'impact juridique d'une clause de confidentialité sur l'application de l'article 23 de la Loi sur l'accès et la possibilité d'obliger un organisme public à appuyer une entreprise lors d'une éventuelle audience devant la Commission d'accès à l'information (la « **Commission** »).

³ Diane POITRAS et Lina DESBIENS, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, textes annotés*, Montréal, SOQUIJ, 1996, p.126.

⁴ *Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation*, [1987] C.A.I. 446, p. 450.

1.1 L'impact juridique d'une clause de confidentialité sur l'application de l'article 23 de la Loi sur l'accès

Rappelons que l'article 23 de la Loi sur l'accès impose à l'organisme une obligation de protéger 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. Il est fort probable qu'un organisme qui s'est engagé contractuellement à préserver la confidentialité des renseignements du tiers refusera la demande d'accès, mais le demandeur d'accès pourra toujours aller devant la Commission pour demander que cette décision soit révisée⁵. Or, quelle valeur accordera-t-on à un tel engagement?

1.1.1 La valeur juridique de la clause conventionnelle de confidentialité pour la Commission d'accès à l'information

D'entrée de jeu, il convient de rappeler que l'article 23 requiert la rencontre des critères dits objectif et subjectif de confidentialité⁶. Il faut que les renseignements en cause (industriels, financiers, commerciaux, scientifiques, techniques ou syndicaux) soient confidentiels par leur nature même (critère objectif) et qu'ils soient habituellement traités de façon confidentielle par le tiers (critère subjectif).

Puisque la Loi sur l'accès vise à protéger l'intérêt public et que son respect est assuré par la Commission, « une clause conventionnelle ne peut déterminer, à elle seule, le caractère confidentiel d'un renseignement et mettre ainsi en échec la Loi sur l'accès »⁷. En effet, la décision *Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation* a établi qu'une clause de confidentialité « n'est pas une preuve suffisante parce qu'une convention n'a d'effet qu'entre parties contractantes »⁸. La Commission rajoute que « ce n'est certes pas cette convention qui pourrait mettre en échec l'application de l'article 23 de la Loi sur l'accès »⁹. Ce principe fut réaffirmé dans *Goodfellow Inc. c. Québec (Ministère de l'Environnement)*¹⁰ :

En d'autres mots, un organisme public ne peut écarter le droit d'accès aux documents des organismes publics en s'engageant à l'avance à la confidentialité des documents qu'on leur remet, tel que l'a énoncé à maintes reprises la jurisprudence de la Commission. Reconnaître l'application de cette façon d'agir équivaldrait à vider la Loi sur l'accès d'une bonne partie de son sens.

Selon la Commission, « les promesses ou ententes de confidentialité ne peuvent faire échec au principe de l'accès et au statut prépondérant de la Loi sur l'accès énoncés aux articles 9 et 168 de celle-ci »¹¹. Ainsi, c'est à la Commission que reviendra la responsabilité d'appliquer les critères

⁵ *Loi sur l'accès*, art. 135.

⁶ Raymond DORAY et François CHARETTE, *Accès à l'information : Loi annotée, jurisprudence, analyse et commentaires*, ouvrage à feuilles mobiles, Cowansville, Volume 1, Éditions Yvon Blais, pp. 23-3 et 23-4.

⁷ *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, [1990] C.A.I. 302, p. 305.

⁸ préc. note 4, p. 452.

⁹ *Id.*

¹⁰ [1990] C.A.I. 163, p. 169, décision renversée en appel, [1995] C.A.I. 444, mais pour d'autres motifs.

¹¹ *Guay c. Longueuil (Ville de)*, C.A.I. n° 05 08 28, le 27 novembre 2007, par. 72.

de l'article 23 pour déterminer si les renseignements fournis par le tiers devraient être communiqués.

Même s'il n'est pas possible d'écarter toute incertitude avec une clause de confidentialité, cela ne signifie pas qu'une telle clause soit inutile afin de protéger les renseignements d'une entreprise qui traite avec les organismes publics. Au contraire, la présence d'une telle entente pourra avoir un impact sur l'évaluation faite par la Commission du respect des critères de l'article 23.

1.1.2 L'effet d'une clause conventionnelle sur l'évaluation du caractère confidentiel d'un renseignement

Pour être protégés par l'article 23, les renseignements doivent être de nature confidentielle et être habituellement traités de façon confidentielle par le tiers qui les a fournis. Depuis *Malenfant c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*¹², il est reconnu que le critère de la confidentialité doit être évalué objectivement (le renseignement doit être considéré comme confidentiel par les entreprises qui œuvrent dans le milieu d'affaires concerné) et subjectivement (le tiers doit traiter le renseignement de manière à préserver sa confidentialité).

La Commission s'est permis d'élaborer sur l'esprit qui l'anime dans l'application de ces critères dans *JMO Climatisation Inc. c. Hydro-Québec*¹³ :

[112] La notion de confidentialité s'apprécie selon les énoncés développés par la jurisprudence, dans une perspective voulant que la divulgation des documents risque d'affecter la capacité de l'organisme d'obtenir, pour l'avenir, des renseignements qui lui sont nécessaires parce que pouvant affecter la compétitivité du tiers. Répondent notamment à cette catégorie de renseignements les coûts ventilés.

Si on suit ce raisonnement, il ne fait aucun doute que la divulgation de renseignements sensibles alors que l'organisme s'était engagé à protéger leur confidentialité heurterait sa capacité à collecter des renseignements d'entreprises privées. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il est question d'entreprises étrangères qui ne sont pas familières avec les normes québécoises en matière d'accès à l'information. Ainsi, même si la présence d'une clause conventionnelle ne lie pas la Commission, elle devra être prise en compte pour évaluer si le renseignement visé satisfait le critère de confidentialité¹⁴. Dans une affaire concernant la divulgation d'une entente de partenariat public-privé, la Commission s'exprime à ce sujet¹⁵ :

[97] Enfin, chacune des ententes sous étude contient une clause qui prévoit l'engagement de chacune des parties à tenir confidentiel le contenu des ententes. Si ces clauses n'emportent pas automatiquement une décision de la Commission, elles demeurent néanmoins un indice du caractère confidentiel que l'on a voulu attribuer à ces renseignements.

¹² [1984-1986] 1 C.A.I. 177.

¹³ [2005] C.A.I. 439, par. 112.

¹⁴ *Lavery de Billy, Avocats c. Municipalité régionale de comté d'Arthabaska*, [2008] C.A.I. 254.

¹⁵ *Id.*, par. 97.

D'une part, la clause conventionnelle de confidentialité ne pourra, à elle seule, justifier la qualification confidentielle d'un document ou renseignement. Il faut, comme l'a souligné la Commission, apprécier cet aspect de la question sur la base d'un critère objectif¹⁶. Généralement, on commencera par examiner la nature même du renseignement. La Commission pourra reconnaître le caractère de confidentialité objective à un document ou renseignement selon son caractère intrinsèquement « privé » par opposition à un autre qui ne « mérite » pas une telle reconnaissance. À titre d'exemple, la Commission aura tendance à considérer objectivement confidentiels des renseignements liés à la vie financière d'une compagnie¹⁷. Aussi, il faut que le renseignement soit « traité confidentiellement par les entreprises qui œuvrent dans le même domaine d'activité. »¹⁸ Dès lors, la présence d'une clause de confidentialité n'attestera pas, par elle-même, du traitement accordé aux renseignements concernés par d'autres tiers. Il importe donc de prouver que les entreprises du milieu protègent généralement ce genre de renseignements, notamment à l'aide d'une telle clause de confidentialité.

D'autre part, dans une décision plus récente, la Commission a invoqué le fait que « le contrat commercial contient une clause prévoyant la confidentialité de son contenu, l'engagement des parties à la protéger et l'obligation d'aviser l'autre partie de toute demande d'accès »¹⁹ pour conclure que le critère de confidentialité subjective était satisfait. Il est à noter que dans les deux cas, la clause conventionnelle servait de motif complémentaire et non comme preuve unique et complète du traitement confidentiel des renseignements. Comme on peut le dégager des décisions *Ville de Charny*²⁰ et *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*²¹, la seule présence d'une clause de confidentialité sans témoignage ou autre preuve relative à la nature intrinsèque du renseignement et, surtout, concernant le traitement accordé aux renseignements par le tiers concerné risque de ne pas satisfaire la Commission. Finalement, dans *Casgrain c. Société nationale de l'amiante*²², la Commission a pris en compte l'existence d'une clause de confidentialité afin de refuser l'accès aux renseignements en raison des motifs énoncés aux articles 21 et 27 et invoqués par l'organisme public.

Si une entente de confidentialité peut avoir un certain poids, le fait d'avoir transmis à l'organisme une lettre affirmant que les renseignements doivent demeurer confidentiels ne saurait faire preuve de la confidentialité subjective des renseignements²³. Alors qu'une entreprise qui a négocié la confidentialité peut prétendre que ses actions démontrent sa prudence, une lettre

¹⁶ *Garage St-Siméon c. Québec (Ministère des Transports)*, [1988] C.A.I. 140; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7; *Front commun régional pour une gestion écologique des déchets c. Ministère de l'Environnement du Québec*, [1993] C.A.I. 176.

¹⁷ *Mankiewicz c. Société générale des industries culturelles*, [1990] C.A.I. 353; *Larivière c. Office de la protection du consommateur du Québec*, [1987] C.A.I. 122.

¹⁸ *M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, [2010] C.A.I. 287, par. 94; *Mankiewicz c. Société générale des industries culturelles*, préc. note 17, p. 358.

¹⁹ *M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, préc. note 18, par. 92-93.

²⁰ préc. note 4; voir aussi *Regroupement des étudiantes et étudiants en sociologie de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*, [2003] C.A.I. 52.

²¹ préc. note 7.

²² [1993] C.A.I. 202, p. 204.

²³ *Ua' Siaghail c. Ville de Montréal*, [1989] C.A.I. 19, p. 23.

faisant état d'une perception purement personnelle ne saurait, à elle seule, satisfaire les exigences de l'article 23²⁴.

Somme toute, on peut constater l'existence d'un courant jurisprudentiel clair à l'effet qu'il est pertinent pour une entreprise de prévoir une clause de confidentialité lorsqu'elle soumet à un organisme public des renseignements sensibles si elle veut démontrer qu'elle les a traités de façon confidentielle. Il faut cependant comprendre que la présence d'une telle clause n'exclut pas la possibilité que l'entreprise ait à défendre la confidentialité de ses renseignements devant la Commission, bien au contraire!

1.2 La possibilité d'obliger un organisme public à appuyer une entreprise afin de protéger la confidentialité de ses renseignements

Bien qu'une entente de confidentialité puisse servir de « munitions » à l'entreprise qui doit se défendre contre une demande d'accès, il serait intéressant pour elle de voir l'organisme l'appuyer auprès de la Commission. Nous devons donc nous poser la question suivante : un organisme public peut-il être « obligé » d'aider le tiers à se défendre contre une demande d'accès lorsque cet organisme s'est déjà engagé à maintenir la confidentialité des renseignements? Si oui, comment et dans quel contexte? Nous analyserons donc les implications d'un tel engagement pour les motifs de refus prévus aux articles 23 et 24 et pour les motifs facultatifs prévus aux articles 21, 22 et 27 de la Loi sur l'accès.

1.2.1 L'obligation d'appuyer le tiers à protéger la confidentialité de ses renseignements

D'abord, les motifs de refus des articles 23 et 24 sont de nature impérative et imposent à l'organisme public l'obligation de protéger les renseignements qui remplissent leurs conditions, comme expliqué dans *Clark c. Québec (Ministère des relations avec les citoyens et de l'Immigration)*²⁵ :

[138] Lorsqu'il reçoit une demande d'accès à ces renseignements, l'organisme peut prétendre qu'ils sont visés par ces articles.

[139] La loi l'oblige alors à les protéger de toute divulgation, et ce, qu'il ait consulté le tiers à ce propos ou non. La Commission rappelle que cette obligation ou contrainte n'échoit à nulle autre personne que l'organisme détenteur de ces renseignements et son responsable de l'accès.

[140] L'organisme est le gardien de ces renseignements. [...]

Ainsi, qu'il y ait (ou non) une clause de confidentialité liant le tiers et l'organisme public, ce dernier aura l'obligation d'appliquer les articles 23 et 24 aux renseignements visés par une demande d'accès.

La clause de confidentialité, voire une obligation inscrite au contrat visant à imposer à l'organisme public de « défendre » la confidentialité, ajoute-t-elle quelque chose? Est-elle valide? Posons certains paramètres.

²⁴ *Association des propriétaires du Lac Doré c. Québec (Ministère de l'Environnement)*, [1990] C.A.I. 160.

²⁵ [2004] C.A.I. 306, par. 138-140.

Malgré que les auteurs Doray et Charette fassent valoir que le fait de faire porter à un organisme public l'obligation de défendre la confidentialité « pourrait compromettre son indépendance et sa crédibilité à l'égard de l'ensemble de la population »²⁶, une telle clause n'est pas « illégale » en soi. Elle peut même être souhaitable dans plusieurs cas où l'État et l'entreprise privée veulent établir un véritable partenariat ou lorsqu'il s'agit d'assurer des investissements importants dans l'intérêt public.

Il semble cependant qu'elle ne pourra avoir préséance sur la Loi sur l'accès, que ce soit au vu des articles 168 à 171 ou compte tenu des principes déjà discutés ci-dessus quant à l'application de l'article 23 de la Loi sur l'accès ou encore parce qu'il est peu probable que la Commission ait juridiction pour ordonner des mesures visant l'application d'une telle disposition.

L'organisme peut s'être engagé contractuellement à appuyer l'entreprise à protéger la confidentialité des renseignements. Il faut comprendre qu'une telle entente est un contrat qui, sous réserve de règles spécifiques applicables à certains organismes, sera régi par le *Code civil du Québec*²⁷. Cet engagement pourrait être explicitement prévu à l'intérieur d'une clause de confidentialité ou se dégager implicitement du contexte contractuel. Or, même si la convention ne saurait lier la Commission quant à l'attribution du fardeau de preuve, il demeure qu'elle s'applique entre les parties²⁸. Cela signifie quoi dans le contexte de la Loi sur l'accès? Il faudra considérer les éléments suivants en fonction des circonstances applicables.

D'une part, les auteurs Doray et Charette sont d'avis que « ce n'est pas parce que le responsable de l'accès a invoqué *proprio motu* les articles 23 et 24 ou qu'il a accepté les prétentions à la confidentialité que le tiers lui a soumises dans le cadre de la procédure de consultation que l'organisme a pour autant l'obligation s'assumer la défense des intérêts du tiers »²⁹. Mais cela ne répond pas à l'argument basé sur l'existence d'une obligation contractuelle de « défendre » la confidentialité.

D'autre part, l'affaire *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*³⁰ a statué que seul le tiers, et non pas l'organisme public, peut faire valoir les arguments de faits et de droit au soutien de l'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès.

Ensuite, les motifs de refus des articles 23 et 24 ne sont pas les seuls qui peuvent permettre à un organisme public de refuser l'accès à des renseignements fournis par des tiers. Par exemple, un organisme public peut choisir d'invoquer ses propres motifs prévus aux articles 18 à 41.3 de la Loi sur l'accès pour refuser de communiquer un renseignement visé par une demande d'accès. À titre d'exemple, les articles 21, 22 et 27 comportent des exemptions à divulgation relatives aux « Renseignements ayant des incidences sur l'économie » qui sont les plus souvent invoquées par les organismes publics à caractère commercial ou financier (donc, qui interagissent avec des entreprises partenaires dans ces domaines). Mais ces exemptions sont de nature facultative en ce

²⁶ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p. 23-6.

²⁷ *C.c.Q.*, art. 1376.

²⁸ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p. 23-5.

²⁹ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p. 23-6.

³⁰ [2004] C.A.I. 604 (C.Q.), confirmé en révision judiciaire dans *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, 2004 CanLII 48027 (QC CS).

que l'organisme public a la discrétion de les invoquer (ou non) en réponse à une demande d'accès. Or, l'entreprise qui veut faire de l'organisme un véritable partenaire dans la préservation de la confidentialité de ses renseignements pourrait vouloir l'amener à s'engager à invoquer auprès de la Commission les motifs facultatifs qui lui appartiennent. La question ne s'étant jamais posée en jurisprudence, il nous paraît opportun d'examiner la validité d'une telle convention au regard des principes fondamentaux du droit administratif.

Se dresse comme obstacle possible le principe du « freedom of executive action » articulé par la doctrine britannique³¹ et importé en droit canadien selon lequel une « autorité publique ne peut pas se lier par un contrat qui aurait pour effet de limiter la liberté d'action que requiert l'exercice de ses pouvoirs dans l'intérêt public »³². Depuis sa formulation dans l'arrêt *Rederiaktiebolaget Amphitrite c. Le Roi*³³, ce principe a fait l'objet de différentes interprétations jurisprudentielles concernant la nécessité pour l'appliquer qu'il soit question de pouvoirs touchant « the welfare of the State ».³⁴ Au Canada, l'arrêt *R c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending*³⁵ a étayé le principe de façon conforme à *Amphitrite*:

A minister cannot, by agreement, deprive himself of a power which is committed to him to be exercised from time to time as occasion may require in the public interest, or validly covenant to refrain from the use of that power when it may be requisite.

L'état du droit canadien semble clair à l'effet qu'un organisme public ne saurait limiter contractuellement sa liberté de réglementer ou de légiférer pour l'avenir³⁶. Par exemple, la Cour suprême a déclaré nul l'engagement d'une ville de modifier son zonage pour accommoder un développement immobilier³⁷. De surcroît, l'interdiction d'entraver la discrétion de l'État par contrat s'est vue appliquée au pouvoir exécutif dans *Andrews c. Canada (Attorney General)*³⁸:

[39] [...] While *Pacific National* is a case dealing with a municipality exercising its legislative power [...], the majority left no doubt that it was endorsing the principle that public authority could not contract in a manner that would fetter its statutorily conferred legislative or executive discretion.

Ainsi, on a déclaré nul un contrat qui empêchait le ministre des Pêcheries et de l'Aquaculture de Terre-Neuve et du Labrador de réduire les quotas de pêche de crabes.³⁹ Le rôle que joue l'intérêt

³¹ Peter W. HOGG, Patrick J. MONAHAN et Wade K. WRIGHT, *Liability of the Crown*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 2011, p.169; Colin TURPIN, *Government Contract*, Harmonds-Worth, Penguin Books Ltd., 1972, p. 19.

³² Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e édition, Cowansville, Thomson Reuters, 2010, p. 376; voir aussi René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *Administrative Law*, 2nd Edition, vol.1, Toronto, Carswell, 1986, p. 540.

³³ [1921] 3 K.B. 500.

³⁴ *Id.*, 505.

³⁵ [1930] R.C.S. 500, p.505.

³⁶ *Pacific National Investments Ltd. c. La Corporation de la ville de Victoria*, 2000 CSC 64; *Happy Adventures Sea Products (1991) Ltd c. Newfoundland*, 2006 NLCA 61; *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2009 NLCA 70; *Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525.

³⁷ *Pacific National Investments Ltd. c. La Corporation de la ville de Victoria*, préc. note 36.

³⁸ préc. note 36, par. 39.

³⁹ *Happy Adventures Sea Products (1991) Ltd c. Newfoundland*, préc. note 36.

public dans l'interdiction d'entraver contractuellement le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques n'est pas clair, mais l'état de la jurisprudence semble indiquer qu'il puisse être en cause⁴⁰. Cette position est d'ailleurs soutenue par la doctrine⁴¹. Comme exemple, l'auteur Patrice Garant écrit qu'il « serait erroné de dire que tout contrat qui limite l'exercice de pouvoirs conférés par le Parlement en vue de la poursuite de certains objectifs est *ultra vires* ». ⁴² Selon lui, le « véritable test consiste à se demander non pas si un pouvoir statutaire est limité par la conclusion du contrat, mais si le contrat est compatible avec les objectifs recherchés par la loi »⁴³.

Si nous analysons l'engagement d'un organisme public d'invoquer devant la Commission les motifs de refus énoncés aux articles 21, 22 et 27 à la lumière des principes que nous venons d'explorer, le demandeur d'accès pourrait s'opposer à son application en invoquant qu'un tel engagement a pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'organisme puisque la Loi sur l'accès prévoit que l'organisme « peut refuser de communiquer » un renseignement dans ces situations. Le demandeur ferait valoir que la Loi sur l'accès vise à protéger l'intérêt public en favorisant l'accès aux renseignements détenus par les organismes publics dans le but d'assurer la transparence et la saine gestion des affaires publiques. Ainsi, puisqu'un contrat qui obligerait l'autorité publique à invoquer ses motifs facultatifs priverait cette dernière de la discrétion d'évaluer s'il est opportun de divulguer les renseignements en fonction des objectifs posés par la Loi sur l'accès, il invoquerait que les tribunaux considèrent qu'un tel engagement est *ultra vires*. Les auteurs Doray et Charette écrivent ceci :⁴⁴

D'autre part, il faut se rappeler que les organismes publics sont des démantèlements de l'État et qu'ils en sont également les représentants. Cela les oblige à faire preuve d'une certaine réserve ou impartialité afin de ne pas être perçus comme épousant les intérêts d'un tiers en particulier, souvent une entreprise, à l'encontre du demandeur qui lui aussi est un administré et qui exerce un droit que lui reconnaît la Loi sur l'accès et la Charte des droits et libertés de la personne [...].

Il faut cependant reconnaître que l'engagement que prendrait un organisme public de participer activement à la défense de la confidentialité d'un document ou renseignement est d'un autre ordre qu'un engagement visant à limiter un pouvoir législatif ou réglementaire.

Il ne faut pas oublier que des organismes publics ont les pouvoirs, et le droit, de s'engager auprès de tiers dans des contrats de nature financière, commerciale, scientifique ou technique. Bien que la Loi sur l'accès vise la transparence de l'État, les exemptions de cette loi visent aussi à doter les organismes publics des pouvoirs (ou droits) nécessaires à faire face à la réalité financière,

⁴⁰ *Pacific National Investments Ltd. c. La Corporation de la ville de Victoria*, préc. note 36, par. 63; *Happy Adventures Sea Products (1991) Ltd c. Newfoundland*, préc. note 36, par. 23; *Andrews c. Canada (Attorney General)*, préc. note 36, par. 40 par renvoi à *R c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending*, préc. note 35.

⁴¹ Patrice GARANT, préc. note 32, p. 377; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, préc. note 32, p. 544; Pierre LEMIEUX, *Les contrats de l'Administration publique fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1981, p.195.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p.23-6.

commerciale, scientifique ou technique de leurs partenaires d'affaires⁴⁵. C'est là l'essence et la raison d'être d'exemptions telles celles prévues aux articles 21, 22 et 27 de la Loi sur l'accès.

Un engagement à défendre la confidentialité est à tout le moins une forme de reconnaissance de l'« importance » de certains renseignements, et de leur confidentialité, comme partie intégrante de la relation d'affaires. De toute façon, la Commission demeure à tous égards le chien de garde de l'application de la Loi sur l'accès. Rien ne prive qui que ce soit de ses droits et recours, notamment en vertu des articles 135 et 136 de la Loi sur l'accès. Mais tel que nous l'avons souligné ci-dessus, la Commission devra prendre en compte l'existence d'une telle clause de confidentialité dans le cadre de son évaluation du caractère véritablement confidentiel du document ou du renseignement visé.

Enfin, certains pourraient avancer que la Commission ne possède pas les pouvoirs pour « ordonner » l'application d'un tel engagement entre un organisme public et le tiers. C'est d'ailleurs l'opinion des auteurs Doray et Charette qui écrivent que « la Commission n'a aucune juridiction sur une telle entente contractuelle »⁴⁶.

La question se pose donc à plusieurs égards : l'article 141 de la Loi sur l'accès permettrait-il à la Commission de sanctionner un tel engagement? Si oui, comment? Pourrait-elle obliger l'organisme public à présenter une preuve? Sur un plan pratique, la Commission devra-t-elle « mesurer » l'intensité des efforts faits par l'organisme pour défendre la confidentialité? Ce sont là des obstacles réels à l'exercice d'un pouvoir d'ordonnance de la Commission pour sanctionner un engagement d'un organisme public à défendre la confidentialité.

Mais l'application d'une telle clause n'a pas à se faire uniquement par « ordonnance » ou « condamnation à dommages » pour non-respect de celle-ci. Il nous apparaît qu'une telle clause pourrait obliger l'organisme public à « collaborer » dans la préparation et dans la présentation de la preuve du tiers, par exemple, en lui rendant disponibles certains documents (non confidentiels par ailleurs) ou certains témoins. Elle pourrait aussi fonder le maintien d'une objection à la preuve si l'organisme veut administrer une preuve contraire ou présenter des arguments à l'encontre de l'application d'une telle clause.

Bref, bien qu'il ne nous soit pas possible de soutenir qu'une clause contractuelle imposant à un organisme public une obligation de « défendre » la confidentialité d'un document ou d'un renseignement puisse être sanctionnée par une « ordonnance » de faire de la Commission, rien ne milite cependant pour conclure à l'illégalité ou à l'inutilité d'une telle clause. L'obligation d'agir de bonne foi dans l'application d'un contrat⁴⁷ peut être sanctionnée par la Commission, notamment par le maintien d'objections à la preuve et par la reconnaissance d'une réalité financière, commerciale, scientifique ou technique que les parties ont voulu être inscrite au contrat, le tout dans le cadre des principes gouvernant l'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès.

⁴⁵ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p. 23-2.

⁴⁶ *Id.*, p. 23-5.

⁴⁷ Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

2. LA DÉMARCHE PROCÉDURALE REQUISE POUR RÉPONDRE À UNE DEMANDE D'ACCÈS

Puisqu'une entreprise ne peut contractuellement faire échec au processus de demande d'accès prévu à l'article 9 de la Loi sur l'accès, elle devra réagir afin de protéger la confidentialité de ses renseignements. Devant la multiplication des tribunaux administratifs et des différentes règles de procédure qui les accompagnent, il peut être difficile pour une entreprise de bien comprendre la marche à suivre pour répondre à une demande d'accès. Cette confusion pourrait la décourager de prendre part au processus de façon proactive. Or, comme on le verra, l'absence de réaction du tiers entraînera généralement la divulgation des renseignements. En faisant un survol de la démarche procédurale applicable, nous offrirons un cadre plus clair pour les tiers désirant protéger la confidentialité de leurs renseignements. Nous aborderons d'abord le mécanisme de consultation du tiers prévu aux articles 25 et 49 de la Loi sur l'accès, pour ensuite discuter des règles applicables à une audition devant la Commission d'accès à l'information.

2.1 Le mécanisme de consultation des tiers

Le processus débute par le dépôt d'une demande d'accès auprès d'un organisme public. Après avoir vérifié s'il détient effectivement les renseignements demandés, l'organisme devra vérifier si les renseignements sont visés par un motif de refus prévu par la Loi sur l'accès. Ainsi, il devra impérativement vérifier si les documents contiennent des renseignements fournis par un tiers protégés par les articles 23 ou 24. Comme mentionné dans l'affaire *Clark c. Québec (Ministère des relations avec les citoyens et de l'Immigration)*⁴⁸, l'organisme a l'obligation de protéger la confidentialité des renseignements qui sont visés par ces articles. Si l'organisme entend refuser de lui-même de divulguer l'information, il n'a pas à transmettre d'avis au tiers⁴⁹. Toutefois, si le responsable de l'organisme entend prendre la position de communiquer des renseignements industriels, financiers, commerciaux, scientifiques, techniques ou syndicaux fournis par un tiers, il devra suivre la procédure de consultation prévue à l'article 25 :

25. Un organisme public doit, avant de communiquer un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical fourni par un tiers, lui en donner avis, conformément à l'article 49, afin de lui permettre de présenter ses observations, sauf dans les cas où le renseignement a été fourni en application d'une loi qui prévoit que le renseignement peut être communiqué et dans les cas où le tiers a renoncé à l'avis en consentant à la communication du renseignement ou autrement.

Afin de bien comprendre la portée de cet article, il nous faut reproduire l'article 49 de la Loi sur l'accès :

49. Lorsque le responsable doit donner au tiers l'avis requis par l'article 25, il doit le faire par courrier dans les 20 jours qui suivent la date de la réception de la demande et lui fournir l'occasion de présenter des observations écrites. Il doit, de plus, en informer le requérant et lui indiquer les délais prévus par le présent article.

⁴⁸ préc. note 25, par. 138-140.

⁴⁹ *Y.J. c. Loto-Québec*, 2009 QCCA 266, par. 21.

Lorsque le responsable, après avoir pris des moyens raisonnables pour aviser un tiers par courrier, ne peut y parvenir, il peut l'aviser autrement notamment par avis public dans un journal diffusé dans la localité de la dernière adresse connue du tiers. S'il y a plus d'un tiers et que plus d'un avis est requis, les tiers ne sont réputés avisés qu'une fois diffusés tous les avis.

Le tiers concerné peut présenter ses observations dans les 20 jours qui suivent la date où il a été informé de l'intention du responsable. À défaut de le faire dans ce délai, il est réputé avoir consenti à ce que l'accès soit donné au document.

Le responsable doit donner avis de sa décision au requérant et au tiers concerné, par courrier, dans les 15 jours qui suivent la présentation des observations ou l'expiration du délai prévu pour les présenter. Dans le cas où le responsable a dû recourir à un avis public, il ne transmet un avis de cette décision qu'au tiers qui lui a présenté des observations écrites. Lorsqu'elle vise à donner accès aux documents, cette décision est exécutoire à l'expiration des 15 jours qui suivent la date de la mise à la poste de l'avis.

Ainsi, si l'organisme entend divulguer un renseignement mentionné à l'article 25 et qui a été fourni par un tiers, il doit envoyer au tiers un avis par courrier et lui laisser 20 jours afin d'acheminer des observations écrites.

L'avis au tiers découle d'un principe de justice fondamentale, soit le droit d'être entendu ou *audi alteram partem*. En effet, l'objectif principal de l'avis est de permettre au tiers d'acheminer des observations écrites afin d'éclairer l'organisme public dans sa décision. Notons que la Loi sur l'accès exige que le tiers achemine ses observations dans les 20 jours qui suivent la date où il a été informé de l'intention de l'organisme de communiquer les renseignements, sans quoi il sera réputé avoir consenti à leur divulgation⁵⁰. Ainsi, on exige que l'entreprise qui ne désire pas voir ses renseignements communiqués soit « proactive ». D'autre part, l'entreprise doit s'assurer de soumettre des observations assez détaillées qui contiennent des éléments concernant les conditions d'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès⁵¹. Une simple lettre mentionnant que l'entreprise refuse la communication des renseignements ne sera fort probablement pas suffisante pour convaincre l'organisme public qui aurait l'intention de les communiquer⁵².

L'organisme devra prendre la décision d'accepter ou de refuser la divulgation des renseignements dans les délais qui lui sont imposés par la Loi sur l'accès⁵³. Si l'organisme accepte de divulguer les renseignements, l'entreprise qui avait présenté des observations disposera de 15 jours pour demander à la Commission d'accès à l'information de réviser cette décision⁵⁴. Dès lors, une entreprise n'ayant pas présenté d'observations dans les délais ne peut

⁵⁰ *Loi sur l'accès*, art. 49 al. 3.

⁵¹ Diane POITRAS et Mélanie VINCENT, *Guide pratique sur l'accès et la protection de l'information*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 2.391.

⁵² *Id.*

⁵³ *Loi sur l'accès*, art. 49 al. 4.

⁵⁴ *Loi sur l'accès*, art. 136.

demander une révision de la décision⁵⁵. Si la demande d'accès est refusée, le requérant pourra demander la révision de la décision⁵⁶.

Dans l'éventualité où la décision de l'organisme public est contestée, l'entreprise devra donc défendre la confidentialité de ses renseignements auprès de la Commission, l'autorité administrative spécialisée disposant de ses propres règles de preuve et procédure⁵⁷ établies en vertu de la Loi sur l'accès⁵⁸. Dès lors, il lui sera primordial de bien saisir ce qui lui sera demandé en vue de protéger la confidentialité de ses renseignements.

2.2 L'audition devant la Commission d'accès à l'information

La section juridictionnelle de la Commission d'accès à l'information est l'entité administrative spécialisée en matière de demande d'accès formulée sous l'égide de la Loi sur l'accès. Ayant le pouvoir d'ordonner à un organisme public de communiquer des renseignements qui touchent potentiellement des administrés⁵⁹, la Commission se doit d'adopter une attitude prudente comme l'a énoncé la Cour supérieure dans *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*⁶⁰ :

La Commission exerce une fonction délicate puisque la confidentialité ne vit qu'une fois. Si la confidentialité est révélée sans droit, le dommage ne peut être réparé. La Commission doit donc se révéler prudente lorsque des droits de tiers peuvent être affectés par ces décisions.

Ainsi, la Loi sur l'accès prévoit que la Commission doit donner aux parties l'occasion de présenter leurs observations⁶¹. Au niveau de la preuve, les *Règles de preuve et de procédure de la Commission* (« **Règles** ») sont très larges alors qu'elles stipulent que la Commission « peut accepter tout mode de preuve qu'elle croit le mieux servir les fins de la justice »⁶². Notons que le tiers n'est pas un témoin, mais bien une véritable partie devant la Commission⁶³. Il a donc le droit et, comme nous le verrons, le devoir de présenter des éléments de preuve et de faire entendre des témoins.

La Commission, lorsqu'une demande de révision concerne des renseignements fournis par un tiers, doit impérativement aviser le tiers concerné⁶⁴. Cette obligation découle de l'exigence faite

⁵⁵ *Pouliot c. Ministère de l'Environnement du Québec*, [1986] CAI 465.

⁵⁶ Selon l'article 135 de la Loi sur l'accès, le requérant doit présenter la demande de révision dans les 30 jours suivant la date de la décision ou l'expiration du délai imparti au responsable pour répondre à la demande.

⁵⁷ *Règles de preuve et procédure de la Commission d'accès à l'information*, L.R.Q., c. A-2.1, r. 6 (ci-après citées « *Les Règles* »).

⁵⁸ *Loi sur l'accès*, art. 137.3.

⁵⁹ *Id.*, art. 141.

⁶⁰ [1991] C.A.I. 282 (C.S.), p. 290.

⁶¹ *Loi sur l'accès*, art. 140.

⁶² *Les Règles*, art. 22.

⁶³ Raymond DORAY et François CHARETTE, préc. note 6, p. 23-5.

⁶⁴ *Loi sur l'accès*, art. 137 al. 3.

au tiers d'assumer le fardeau de preuve relativement à l'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès.

2.2.1 L'attribution du fardeau de preuve

Puisque les articles 23 et 24 sont des dispositions impératives, la Commission doit les soulever d'office et vérifier leur application même si aucune preuve ne lui est présentée à cet effet⁶⁵. Toutefois, la réalité est que, ordinairement, la Commission ordonnera la communication des renseignements si, après s'être assurée que le tiers a bel et bien eu l'occasion d'être entendu, elle ne dispose pas des éléments de preuve nécessaires pour conclure à l'application des articles 23 et 24⁶⁶. Dès lors, une des parties devra assumer le fardeau de prouver les critères d'application de ces articles. Doit-il être assumé par l'organisme public qui détient les renseignements ou le tiers? Si l'attribution du fardeau de preuve faisait autrefois objet d'un débat, l'état du droit semble aujourd'hui assez clair.

Depuis l'affaire *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*⁶⁷, la jurisprudence de la Commission⁶⁸ s'entend pour attribuer le fardeau de preuve au tiers qui veut protéger la confidentialité de l'information et non à l'organisme public qui la détient. Le passage suivant de la décision *Tremblay*⁶⁹ nous intéresse tout particulièrement :

[37] Le fardeau imposé par les articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès revient au tiers qui désire empêcher la communication d'un renseignement. Donc, il ne revient pas à la SGF, organisme public en cause, de démontrer l'application des conditions d'ouverture de ces dispositions et de prendre fait et cause à l'encontre de l'appelant.

[...]

[39] En vertu de l'article 23, il faut au moins que le tiers démontre la nature confidentielle des renseignements et le fait qu'il les a toujours traités en tant que tels.

Dans une décision récente⁷⁰, la Commission a rejeté l'application de l'article 23 pour le seul motif que c'était l'organisme et non le tiers qui tentait d'en faire la preuve.

Si les articles 23 et 24 sont souvent invoqués ensemble, il demeure qu'il s'agit de deux dispositions différentes ayant des critères d'application distincts. Alors qu'un vise à protéger un renseignement objectivement et subjectivement confidentiel fourni par un tiers, l'autre porte

⁶⁵ *Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation*, préc. note 4, p. 452; *Ville de St-Jérôme c. Hydro-Québec*, [1989] C.A.I. 384, p. 387.

⁶⁶ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, confirmé en révision judiciaire par *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, préc. note 30; *Ua' Siaghail c. Ville de Montréal*, préc. note 23; *McIntosh c. Commission des transports du Québec*, [1990] C.A.I. 149; *S.L. c. Ste-Julienne (Municipalité de)*, 2012 QCCA 259.

⁶⁷ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, confirmé en révision judiciaire par *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, préc. note 30.

⁶⁸ *Kulik Art Inuit c. Musée national des beaux-arts du Québec*, [2007] C.A.I. 273; *M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, préc. note 18; *I.F. c. Cégep André-Laurendeau*, 2010 QCCA 357.

⁶⁹ préc. note 30, par. 37-39.

⁷⁰ *S.L. c. Ste-Julienne (Municipalité de)*, préc. note 66.

plutôt sur les conséquences de la divulgation. Dès lors, nous devons analyser distinctement le fardeau de preuve que l'entreprise devra satisfaire pour enclencher l'application des articles 23 ou 24 de la Loi sur l'accès. Mais d'abord, nous pencherons sur un critère commun aux deux dispositions, soit que le renseignement soit fourni par un tiers.

2.2.2 La définition d'un renseignement fourni par un tiers

Afin d'enclencher l'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès, il est nécessaire que le renseignement ait été fourni par un tiers. Dans *John de Kyuper & fils (Canada) ltée c. Société de vin internationale ltée*⁷¹, la Cour du Québec définit la notion de « renseignement fourni par un tiers » de la manière suivante : « Ainsi lus, ils englobent manifestement tout renseignement originairement communiqué à l'organisme par un tiers et notamment les renseignements communiqués par le fabricant dans sa demande d'attestation ou d'autorisation ». En guise d'exemple, n'entrera pas dans le cadre de cette définition le montant d'une subvention accordée à une entreprise⁷². En apparence simple, ce concept renferme plusieurs complexités qui méritent d'être explorées.

D'abord, il ressort de la jurisprudence de la Commission qu'un renseignement n'a pas nécessairement un « propriétaire »⁷³ unique. Dans *Loto Québec c. Moore*⁷⁴, la Cour du Québec mentionne que « rien n'empêche deux parties d'être copropriétaires d'un même renseignement ». Également, dans *Burcombe c. Hydro-Québec*⁷⁵, la Commission a implicitement avalisé cette approche en permettant qu'un document préparé conjointement par un organisme public et un tiers puisse être protégé par les articles 22 et 24. Aujourd'hui, le fait qu'un renseignement puisse « appartenir » à la fois à un organisme public et un tiers semble bien établi⁷⁶.

Étrangement, il arrive un point où la collaboration entre un organisme public et un tiers ferait disparaître toute protection de la confidentialité des renseignements sur la base des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès. En effet, la jurisprudence considère que le contenu négocié d'un contrat passé entre un tiers et un organisme public ne peut être considéré dans son intégralité comme un

⁷¹ [1992] C.A.I. 351 (C.Q.) ; cette définition fut ensuite reprise dans *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, par. 60.

⁷² *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, préc. note 30.

⁷³ Il est loin d'être établi qu'un renseignement peut faire l'objet d'un véritable droit de propriété en droit canadien, voir notamment *R c. Stewart*, 1998 CanLII 86 (CSC) et *John de Kyuper & fils (Canada) ltée c. Société de vin internationale ltée*, préc. note 71, qui mentionne que la question de la propriété n'est pas pertinente pour l'application des articles 23 et 24 puisqu'il suffit que le renseignement ait été fourni par un tiers.

⁷⁴ [1997] C.A.I. 414 (C.Q.), requête en révision judiciaire rejetée, [1999] C.A.I. 537 (C.S.), appel accueilli à l'égard d'une décision interlocutoire, [1999] C.A.I. 571 (C.S.), appel accueilli sur le fond mais pour un autre motif : [2002] C.A.I. 460 (C.A.).

⁷⁵ [1999] C.A.I. 153; voir aussi *G.P. c. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 220, par.82-83.

⁷⁶ *G.P. c. Hydro-Québec*, préc. note 75, par. 82-83; *Marois c. Société des alcools du Québec*, [2003] C.A.I. 163; *J.R. c. Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux)*, 2008 QCCA 183, par. 149.

renseignement fourni par un tiers⁷⁷. La Commission s'exprime à ce sujet dans *Parker c. John Abbott College*⁷⁸ :

Ils doivent démontrer, en tout premier lieu, que les renseignements que l'on prétend inaccessibles sont des renseignements fournis par un tiers.

Or, la lecture du contrat ne permet pas de conclure que cette exigence est satisfaite. Toutes les clauses du contrat consistent en des obligations mutuelles de faire, de ne pas faire ou de donner, propres à tout contrat. Elles consignent les conditions auxquelles les parties ont accepté de se soumettre et, outre qu'il est impossible de savoir quelle partie a pris l'initiative de telle ou telle condition, rien ne permet de considérer l'un ou l'autre des renseignements contenus dans ce document comme un renseignement appartenant au tiers intervenant et fourni par lui, à l'organisme.

Dès lors, les renseignements sur les prix, les produits, les modalités de paiement, les redevances, la facturation, les équipements et leur entretien, les services, le soutien, les clauses d'indemnité et de responsabilité et autres conditions ayant été inscrites au contrat peuvent ne pas être considérés comme des renseignements fournis par un tiers⁷⁹. Mais cela doit être nuancé.

La justification de ce principe étant qu'il peut être difficile de déterminer la provenance des renseignements consignés à un contrat, il demeure que la Commission doit analyser le contrat afin d'identifier s'il contient des renseignements fournis par des tiers qui enclencheront l'application de l'article 23 ou 24⁸⁰. Dans *Regroupement des étudiantes et étudiants en sociologie de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*⁸¹, la Commission avait conclu que certains renseignements inclus aux contrats devaient être communiqués, mais que certains autres, de par leur nature, devaient nécessairement avoir été fournis par le tiers. La Commission a d'ailleurs renchéri sur cette notion dans *Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Québec*⁸² :

[96] La Commission est d'ailleurs convaincue que le seul fait qu'un document soit de nature consensuelle ne peut empêcher que puissent être isolés certains renseignements qu'il contient et que ces derniers puissent être considérés comme étant « fournis » à l'organisme au sens des articles 23 et 24 de la Loi par l'un ou l'autre des tiers cocontractants, en particulier lorsque ces renseignements sont manifestement issus de sa propre organisation.

⁷⁷ *Parker c. John Abbott College* [1984-1986] 1 C.A.I. 281; *Burcombe c. Hydro-Québec*, préc. note 75; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7; *Fédération des employées et des employés de services publics (CSN) c. Commission scolaire du Fleuve-et-des-Lacs*, 2008 QCCA 173.

⁷⁸ préc. note 77.

⁷⁹ *Regroupement des étudiantes et étudiants en sociologie de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*, préc. note 20.

⁸⁰ *Regroupement des étudiantes et étudiants en sociologie de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*, préc. note 20, p. 19; *M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, préc. note 18.

⁸¹ *Id.*

⁸² [2005] C.A.I. 34.

Appliquant un raisonnement semblable, la Commission, dans *Fédération des employées et des employés de services publics (CSN) c. Commission scolaire du Fleuve-et-des-Lacs*⁸³, a conclu qu'un devis ultimement négocié peut appartenir à un organisme au sens de l'article 22 de la Loi sur l'accès parce c'était lui qui l'avait préparé. D'autre part, la Commission a déjà reconnu que des clauses contractuelles n'étaient pas « négociées », mais constituaient une œuvre commune appartenant à l'organisme et au tiers en raison des efforts particuliers qui avaient été déployés pour la confection de l'entente⁸⁴.

Ainsi, il ne faut donc pas conclure trop rapidement que le contenu d'un contrat passé entre une entreprise privée et un organisme public ne peut être protégé par les articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès. Plutôt, il est nécessaire d'effectuer une analyse de l'entente en question afin de vérifier si, selon les circonstances et la nature de l'entente ou des renseignements qui y sont inclus, elle contient des renseignements fournis par un tiers.

2.2.3 Le fardeau de preuve de l'article 23

L'article 23 de la Loi sur l'accès prévoit qu'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. Pour le premier critère, soit l'exigence qu'il s'agisse d'un secret industriel ou d'un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical, il s'agit d'un critère objectif. De ce fait, l'entreprise devra prouver que le renseignement entre dans une de ces catégories, la Commission reprenant le plus souvent leurs définitions courantes selon le dictionnaire⁸⁵.

Ensuite, l'entreprise doit généralement s'assurer de présenter des éléments de preuve relativement au caractère objectivement confidentiel du renseignement en question. Ainsi, pour démontrer que les entreprises qui oeuvrent dans le même domaine d'activités traitent bel et bien le renseignement visé de façon confidentielle, les auteurs Desbiens et Poitras indiquent que l'organisme « doit donc démontrer que la perception du caractère confidentiel des renseignements est généralisée et non purement personnelle. Le seul témoignage des tiers impliqués ne suffit donc pas »⁸⁶. En pratique, le tiers pourrait faire venir témoigner un initié du domaine d'affaires concerné qui attestera du caractère confidentiel du type de renseignement en question. Aussi, la Commission a déjà accepté des lettres d'entreprises œuvrant dans le même domaine qui affirmaient que le type de renseignement en litige était habituellement confidentiel⁸⁷. De façon exceptionnelle, il est également possible que la Commission conclut que le renseignement, en raison de sa nature, est objectivement confidentiel et ce, même en l'absence

⁸³ préc. note 77.

⁸⁴ *G.P. c. Hydro-Québec*, préc. note 75; voir aussi *Marois c. Société des alcools du Québec*, préc. note 76 et *Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre c. Québec (Ministère du Revenu)*, [1998] C.A.I. 34.

⁸⁵ Diane POITRAS et Lina DESBIENS, préc. note 3, p. 129.

⁸⁶ Diane POITRAS et Lina DESBIENS, préc. note 3, p. 135, en se référant à *Garage St-Siméon c. Québec (Ministère des Transports)*, préc. note 16; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7; *Front commun régional pour une gestion écologique des déchets c. Ministère de l'Environnement du Québec*, préc. note 16.

⁸⁷ *Syndicat des employés de la Société du Palais des congrès de Montréal c. Société du Palais des congrès de Montréal*, [1987] C.A.I. 119, 155.

d'une preuve spécifique à cet effet. Essentiellement, il s'agit de cas où la jurisprudence de la Commission a déjà reconnu le caractère objectivement confidentiel d'un document ou renseignement. Par exemple, ont été considérés confidentiels les coûts ventilés et les offres de services professionnels comprenant le calcul des prix⁸⁸. Toutefois, il demeure judicieux pour l'entreprise de présenter des éléments de preuve à l'appui du caractère objectivement confidentiel des renseignements.

Finalement, l'article 23 exige que le renseignement soit habituellement traité par un tiers de façon confidentielle. L'entreprise doit donc présenter des éléments de preuve confirmant qu'elle traite les renseignements en litige de façon à en assurer la confidentialité. Cette preuve se fait le plus souvent par des témoins (par exemple, des représentants de l'entreprise-tierce) qui viendront expliquer le genre de protection qui est accordée aux renseignements en cause. Comme énoncé préalablement, la présence d'une entente de confidentialité entre l'entreprise et l'organisme pourra servir de preuve du traitement confidentiel du renseignement. À l'inverse, la perception purement personnelle d'un représentant de l'entreprise n'est pas une preuve suffisante⁸⁹. Si les trois autres critères peuvent être appréciés dans une certaine mesure par la Commission sans preuve de la part du tiers, la présence du tiers à l'audience est primordiale pour prouver le traitement confidentiel du renseignement. En effet, l'absence du tiers sera généralement considérée comme une faiblesse fatale de la preuve⁹⁰.

En résumé, il faut se rappeler que le motif de refus prévu à l'article 23 est une exception au principe de l'accès consacré à l'article 9 de la Loi sur l'accès. Dans cet esprit, il faut que l'entreprise qui prétend que les renseignements concernés sont confidentiels soumette des éléments de preuve qui le démontrent.

2.2.4 Le fardeau de preuve de l'article 24

Si les articles 23 et 24 sont presque toujours invoqués ensemble, il reste que l'article 24 demande une preuve différente. Cet article prévoit qu'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. Ainsi, la preuve de l'entreprise pour l'application de l'article 24 ne concernera pas le genre de renseignements concernés, mais bien les conséquences qui découleraient de leur divulgation.

⁸⁸ *M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, préc. note 18, par. 96-97. Voir aussi *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7; *I.F. c. Cégep André-Laurendeau*, préc. note 68, par. 58.

⁸⁹ *Malenfant c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, préc. note 12; *Association des propriétaires du Lac Doré c. Ministère de l'Environnement du Québec*, préc. note 24.

⁹⁰ *Montenay Service d'ascenseurs inc. c. Université de Montréal*, [1997] C.A.I. 179; *Norstan Canada inc. c. Université de Sherbrooke*, [1997] C.A.I. 226; *Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation*, préc. note 4; *Ua' Siaghail c. Ville de Montréal*, préc. note 23; *McIntosh c. Commission des transports du Québec*, préc. note 66; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7.

Il faut insister sur le fait que les conséquences invoquées doivent généralement comprendre un certain aspect économique par opposition à un préjudice qualifié de « moral » (comme une appréhension de traitement médiatique négatif)⁹¹. Par exemple, le fait que la divulgation entraînerait des procédures judiciaires subséquentes n'est pas recevable.⁹² Aussi, l'appréhension de l'entreprise que la divulgation entraînera un traitement médiatique négatif⁹³ ou la peur de l'organisme qu'elle entraînera une atteinte à sa réputation n'est pas valable, comme l'a énoncé la Cour du Québec dans l'affaire *Tremblay*⁹⁴ :

[44] La réputation d'un organisme public ne peut être un motif pour permettre de soustraire un document à la vue du public. La Loi sur l'accès n'aurait à ce moment-là aucune utilité en termes de contrôle de la gestion des affaires publiques. Les gestionnaires de l'État feraient seulement connaître leurs bons coups et se faire valoir sous leur meilleur jour.

Également, il faut que l'entreprise présente des éléments de preuves tangibles qui dépassent les « simples allégations, craintes ou souhaits »⁹⁵. Le critère applicable n'est pas celui de la certitude, mais la Commission a conclu que le terme « vraisemblablement » signifie que le tiers doit faire la preuve qu'une des conséquences prévues à l'article 24 ait « toutes les chances de se produire, de se réaliser »⁹⁶. Par exemple, on a reconnu l'application de l'article 24 pour un document décrivant un procédé de filtrage biologique d'épuration de l'air transmis à l'occasion d'une demande de subvention parce que l'entreprise en question entendait mettre en marché ledit procédé et que la divulgation aurait un impact négatif sur sa compétitivité.⁹⁷

Bien qu'on exige la présentation d'éléments de preuve tangibles, il demeure que l'article 24 impose au tiers un fardeau de preuve assez particulier puisqu'on lui demande de prouver des conséquences qui ne se sont pas encore réalisées. Cette approche entre en contradiction avec la réticence habituelle du droit civil pour la preuve « hypothétique »⁹⁸. Toutefois, cette approche peut se comprendre par l'attitude préventive adoptée par la Cour supérieure dans *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*⁹⁹ et de la difficulté de compenser adéquatement les dommages causés par la divulgation d'un renseignement confidentiel.

En conclusion, il ressort de la jurisprudence de la Commission qu'une entreprise qui désire protéger les renseignements qu'elle a fournis à un organisme public se doit d'être présente à

⁹¹ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, par. 43, confirmé sur ce point par *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, préc. note 30, par. 53-57.

⁹² *Toupin c. Municipalité régionale de comté d'Arthabaska*, [1993] C.A.I. 182.

⁹³ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, par. 43, confirmé sur ce point par *Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, préc. note 30, par. 53.

⁹⁴ *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30, par. 44.

⁹⁵ *Id.*, par. 41.

⁹⁶ *Société de vin internationale Ltée c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1990] C.A.I. 342, 352.

⁹⁷ *Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation*, préc. note 4.

⁹⁸ Voir, par exemple, *C. C. c. S. B.*, 2004 CanLII 6896 (QC CS), par. 23 et *Simard c. Simard*, 2008 QCCQ 12259, par. 51.

⁹⁹ préc. note 60.

l'audition et présenter des éléments de preuve concernant les critères des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès. Les absents ont toujours tort, veut le vieux dicton!

3. LA DIFFUSION DES RENSEIGNEMENTS DES ORGANISMES PUBLICS SUR INTERNET

Dans le but de favoriser l'accès à l'information détenue par les organismes publics, ceux-ci sont maintenant tenus, en vertu du *Règlement sur la diffusion de l'information et la protection des renseignements personnels*¹⁰⁰ (le « **Règlement** »), de diffuser certains renseignements sur le Web et ce, sans passer par le processus de demande d'accès. Ce règlement, qui est entré en vigueur en novembre 2009, fut adopté sous l'autorité de l'article 16.1 de la Loi sur l'accès qui stipule qu'« un organisme public [...] doit diffuser, dans un site Internet, les documents ou renseignements accessibles en vertu de la loi qui sont identifiés par règlement du gouvernement et mettre en œuvre les mesures favorisant l'accès à l'information édictées par ce règlement. » On voit là un nouveau phénomène, c'est-à-dire la divulgation proactive des renseignements détenus par l'appareil étatique.

Cette initiative crée le danger que des renseignements confidentiels fournis par des tiers soient exposés à la vue de tous et ce, sans que ces derniers n'aient eu la chance de faire valoir leurs moyens par l'entremise du processus de demande d'accès. Encore une fois, il faut se rappeler que « la confidentialité ne vit qu'une fois »¹⁰¹. Plus précisément, le risque d'une telle démarche réside dans le fait qu'un organisme est souvent mal placé pour juger si un renseignement est confidentiel ou est susceptible d'« affecter » la position stratégique d'un tiers face à ses concurrents.

Les sites des différents organismes publics comprennent maintenant une section réservée à la diffusion de l'information¹⁰² qui reprend les catégories de renseignements devant être divulgués selon l'article 4 du Règlement. Pour l'instant, on retrouve un nombre assez limité de documents disponibles sur Internet, ce qui s'explique par le fait que l'obligation de diffusion ne s'applique généralement qu'aux renseignements transmis après le 29 novembre 2009¹⁰³. Toutefois, l'accès à l'information des organismes publics sur Internet devrait croître de façon significative dans les prochaines décennies. D'ailleurs, le gouvernement du Québec vient tout juste de lancer le site www.donnees.gouv.qc.ca qui vise à regrouper les données de tous les organismes publics, permettant ainsi un accès plus convivial à l'information. L'accès aux documents disponibles sur ces sites pouvant se faire grâce à un seul « clic », il faut se demander quel effet aura cette nouvelle pratique sur les protections procédurales dont disposent les entreprises pour les renseignements couverts par les articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès.

¹⁰⁰ L.R.Q., c. A-2.1, r. 2, (ci-après cité « *Règlement* »).

¹⁰¹ *Aluminerie Alouette c. Commission d'accès à l'information du Québec*, préc. note 60.

¹⁰² Comme exemple, voir UPAC, *Diffusion de l'information*, en ligne : Unité permanente anti-corruption, <https://www.upac.gouv.qc.ca/index.php?id=70.html> et SCTQ, *Accès à l'information*, en ligne : Secrétariat du conseil du Trésor du Québec, <http://www.tresor.gouv.qc.ca/acces-a-linformation/acces-a-linformation/>

¹⁰³ *Règlement*, art. 4, al. 3-5.

3.1 Les dispositions pouvant concerner les renseignements fournis par des tiers

Bien que le Règlement oblige surtout les organismes à rendre disponibles sur Internet des renseignements qu'ils ont eux-mêmes produits, il les oblige aussi à diffuser certains renseignements qui pourraient toucher une entreprise. Les paragraphes pertinents sont reproduits ici :

4. Un organisme public doit diffuser dans un site Internet les documents ou les renseignements suivants, dans la mesure où ils sont accessibles en vertu de la loi :

[...]

8° les documents transmis dans le cadre d'une demande d'accès dont la diffusion présente un intérêt pour l'information du public;

[...]

13° les renseignements relatifs aux contrats qu'il a conclus et prévus à l'article 22 de la Loi sur les contrats des organismes publics (L.R.Q., c. C-65.1).

Nous analyserons tour à tour les impacts possibles des paragraphes 8 et 13.

3.1.1 Les documents transmis dans le cadre d'une demande d'accès dont la diffusion présente un intérêt pour l'information du public

À première vue, le fait qu'un document déjà transmis à un administré dans le cadre d'une demande d'accès soit diffusé sur Internet ne pose pas de problème puisqu'un tel document aura déjà été jugé accessible au sens de la Loi sur l'accès. On rend seulement le document plus facilement accessible. Aussi, les documents devront présenter un intérêt pour le public, critère qui n'a pas encore été interprété par la jurisprudence. En fait, la seule interprétation du Règlement dont nous disposons actuellement nous est donnée par le *Guide de référence sur le Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*¹⁰⁴ (« **Guide** ») préparé par le Secrétariat à la réforme des institutions démocratiques et à l'accès à l'information. Malheureusement, le Guide est loin de nous donner une réponse claire¹⁰⁵ :

Les documents transmis dans le cadre d'une demande d'accès et dont la diffusion présente un intérêt pour l'information du public varient d'un organisme public à l'autre. Pour plus de renseignement(sic) sur l'application du critère de l'intérêt pour l'information du public, le texte relatif aux études, rapports de recherches ou de statistiques, produits par un organisme public ou pour son compte, et dont la diffusion présente un intérêt pour l'information du public, peut être utile.

¹⁰⁴ SECRÉTARIAT À LA RÉFORME DES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES ET À L'ACCÈS À L'INFORMATION, *Guide de référence : Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*, Québec, Direction de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, 2008.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 22.

Puisque seuls les renseignements qui sont accessibles selon la Loi sur l'accès sont visés par l'obligation de diffusion, l'information fournie par une entreprise qui rencontre les critères des articles 23 ou 24 ne doit pas être diffusée. Le guide est d'ailleurs explicite à cet effet¹⁰⁶.

3.1.2 Les renseignements relatifs aux contrats conclus et prévus à l'article 22 de la Loi sur les contrats des organismes publics

Déjà en 2006, l'article 22 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* imposait aux organismes publics une obligation de publier certains renseignements relatifs aux contrats comportant une dépense supérieure à 25 000 \$, dans les cas, aux conditions et selon les modalités déterminées par règlement. Le *Règlement sur les contrats de services des organismes publics* prévoit que l'organisme public doit publier dans le système électronique d'appel d'offres (SEAO), dans les 15 jours suivant l'adjudication du contrat, le nom de l'adjudicataire et le montant du contrat ou, s'il s'agit d'un contrat à exécution sur demande, le montant estimé de la dépense¹⁰⁷. En dehors du montant global du contrat, on ne parle donc pas de divulguer le contenu détaillé du contrat lui-même. L'organisme public doit également publier, au moins semestriellement, dans le système électronique d'appel d'offres, la liste des contrats comportant une dépense supérieure à 25 000 \$ et conclus de gré à gré ou à la suite d'un appel d'offres sur invitation, sauf s'il s'agit d'un contrat portant sur une question de nature confidentielle ou protégée¹⁰⁸ au sens du paragraphe 3 du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹⁰⁹, c'est-à-dire s'il est raisonnable de croire que sa divulgation, dans le cadre d'un appel d'offres public, pourrait en compromettre la nature ou nuire de quelque autre façon à l'intérêt public. Somme toute, ce processus ne vise pas la divulgation de renseignements confidentiels fournis par un tiers, mais plutôt une saine gestion de l'attribution des contrats des organismes publics.

De surcroît, la Loi sur l'accès rend déjà publics les renseignements concernant une personne en sa qualité de partie à un contrat de services conclu avec un organisme public de même que les conditions de ce contrat¹¹⁰. Ainsi, les renseignements relatifs aux contrats doivent être diffusés sur le site de l'organisme ou encore sur le site du SEAO¹¹¹, une application Web qui permet d'avoir accès aux appels d'offres lancés par des organismes publics. Rappelons aussi que le contenu du contrat lui-même n'est pas considéré comme étant fourni par un tiers et n'enclenche donc pas l'application des articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès¹¹², bien que l'application de ce principe fasse souvent l'objet de débats devant la Commission. Pour conclure, les changements apportés par le *Règlement sur la diffusion de l'information et la protection des renseignements personnels* ne semblent pas menacer la confidentialité des renseignements fournis aux organismes publics par des tiers, mais un risque subsiste en raison du fait que c'est tout de même

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 4, art. 51.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 52.

¹⁰⁹ L.R.Q., c. C-65.1.

¹¹⁰ *Loi sur l'accès*, art. 57(3).

¹¹¹ www.seao.ca/index.aspx.

¹¹² *Tremblay c. Société générale de financement du Québec*, préc. note 30; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, préc. note 7; *Norstan Canada inc. c. Université de Sherbrooke*, préc. note 90; *JMO Climatisation Inc. c. Hydro-Québec*, préc. note 13.

l'organisme qui prend la décision de diffuser ou non un renseignement grâce à sa propre interprétation des dispositions applicables, interprétation qui pourrait différer de celle du tiers.

3.2 Le site donnees.gouv.qc.ca

Afin de permettre un accès plus facile et convivial aux renseignements détenus par les organismes publics, le gouvernement du Québec s'est donné comme mission de créer un site Internet qui permettrait aux citoyens et aux entreprises de regrouper les renseignements diffusés par les différents organismes publics. Le gouvernement a donc mis sur pied le site donnees.gouv.qc.ca dans le cadre de son initiative de « Gouvernement Ouvert ». Les objectifs que cherche à atteindre le gouvernement sont expliqués sur le site : « Le 2 mai 2012, le gouvernement du Québec s'est engagé à devenir un gouvernement ouvert. Cet engagement se caractérise par une volonté d'améliorer les services publics. La notion de gouvernement ouvert se base sur trois principes clés: la transparence, la participation et la collaboration »¹¹³. Le site est toujours en phase d'essai et regroupe pour l'instant une quantité très limitée de documents. Afin de déterminer si des renseignements fournis par des entreprises pourraient se retrouver sur cette nouvelle plateforme, il nous faut examiner son contenu et ses fonctions.

Le site utilise le terme « données ouvertes » en référence aux renseignements qui sont offerts directement aux internautes. Une définition nous est offerte directement sur le site : « Les données ouvertes consistent en des données gouvernementales disponibles sous un format convivial afin que les citoyens et les organisations, privées et publiques, puissent les utiliser, les enrichir et développer de nouvelles applications dans une optique d'amélioration des services publics »¹¹⁴. Si on en juge par le contenu qui est actuellement disponible, on parle des mêmes renseignements qui sont déjà diffusés sur les sites des organismes publics. Par conséquent, on ne devrait pas retrouver de renseignements sensibles fournis par des entreprises sur donnees.gouv.qc.ca, mais plutôt des informations assez générales ou, à tout le moins, déjà reconnues comme publiques. Par exemple, on peut obtenir les recettes monétaires annuelles de produits agricoles au Québec de 2000 à 2010. Aussi, le site comprend une mention explicite à l'effet qu'aucun renseignement personnel ou confidentiel ne sera publié et que les « données permettant d'identifier des individus ou des organisations seront retirées des jeux de données avant leur mise en ligne »¹¹⁵. Encore une fois, si on en juge par le contenu actuel du site, il semble que le gouvernement adopte une approche assez prudente relativement aux informations fournies par des tiers, ne désirant probablement pas s'exposer inutilement à des poursuites.

Pour l'instant, le site comprend deux fonctions qui pourraient permettre à l'utilisateur d'avoir accès à des données d'un organisme public. D'abord, il est possible de faire une recherche de données en entrant un mot-clé ou en naviguant par organisation, thème ou type de fichiers. Par la suite, l'utilisateur peut avoir directement accès aux documents présents sur le site. Rappelons que le nombre de documents directement disponibles est encore assez limité. Si les données recherchées par l'utilisateur ne se trouvent pas sur le site, ce dernier peut demander des « données ouvertes » en remplissant un formulaire très court. On pourrait penser que cette

¹¹³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Foire aux questions*, en ligne : Données ouvertes, <http://donnees.gouv.qc.ca/?node=/faq>

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

fonction équivaut à une véritable demande d'accès, mais elle ne semble viser qu'à demander des données déjà disponibles ou bien suggérer qu'un nouveau document soit confectionné. De ce fait, il semble possible de comprendre qu'un document comportant des renseignements économiques fournis par des tiers ne devrait pas être communiqué.

CONCLUSION

En conclusion, on peut constater que même si les articles 23 et 24 de la Loi sur l'accès sont des motifs de refus impératifs qui accordent une protection aux renseignements fournis par une entreprise à un organisme public, il demeure qu'on demande à l'entreprise de jouer un rôle actif dans la défense de leur confidentialité. Le souci d'une entreprise de vouloir préserver la confidentialité de ses renseignements pourra d'abord se manifester par la négociation d'une clause de confidentialité liant l'organisme public, clause qui ne liera pas la Commission, mais qui facilitera la preuve du caractère confidentiel du renseignement et qui pourrait potentiellement obliger l'organisme à appuyer l'entreprise auprès de la Commission. Ensuite, une entreprise diligente se conformera aux exigences procédurales requises par la Loi sur l'accès en présentant des observations écrites à l'organisme, se présentera à l'audience devant la Commission le cas échéant et soumettra des éléments de preuve concernant les critères d'application des articles 23 et 24. Finalement, elle ferait bien de garder un œil attentif sur les initiatives gouvernementales en matière de diffusion sur Internet des renseignements détenus par les organismes publics.

Table de législation

Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1.

Loi sur les contrats des organismes publics, L.R.Q., c. C-65.1.

Règlement sur les contrats de services des organismes publics, L.R.Q., c. C-65.1, r. 4.

Règlement sur la diffusion de l'information et la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1, r. 2.

Règles de preuve et procédure de la Commission d'accès à l'information, L.R.Q., c. A-2.1, r. 6.

Table de jurisprudence

Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec, [1991] C.A.I. 282 (C.S.).

Andrews c. Canada (Attorney General), 2009 NLCA 70.

Association des propriétaires du Lac Doré c. Québec (Ministère de l'Environnement), [1990] C.A.I. 160.

Burcombe c. Hydro-Québec, [1999] C.A.I. 153.

C. C. c. S. B., 2004 CanLII 6896 (QC CS).

Casgrain c. Société nationale de l'amiante, [1993] C.A.I. 202.

Clark c. Québec (Ministère des relations avec les citoyens et de l'Immigration), [2004] C.A.I. 306.

Conseil de la Magistrature c. Commission d'accès à l'information et Robert, [2000] R. J. Q. 638.

Fédération des employées et des employés de services publics (CSN) c. Commission scolaire du Fleuve-et-des-Lacs, 2008 QCCA 173.

Front commun régional pour une gestion écologique des déchets c. Ministère de l'Environnement du Québec, [1993] C.A.I. 176.

G.P. c. Hydro-Québec, 2008 QCCA 220.

Garage St-Siméon c. Québec (Ministère des Transports), [1988] C.A.I. 140.

Goodfellow Inc. c. Québec (Ministère de l'Environnement), [1990] C.A.I. 163.

Guay c. Longueuil (Ville de), C.A.I. n° 05 08 28, le 27 novembre 2007.

Happy Adventures Sea Products (1991) Ltd c. Newfoundland, 2006 NLCA 61.

I.F. c. Cégep André-Laurendeau, 2010 QCCA 357.

JMO Climatisation Inc. c. Hydro-Québec, [2005] C.A.I. 439.

John de Kyuper & fils (Canada) ltée c. Société de vin internationale ltée. [1992] C.A.I. 351 (C.Q.).

Joli-Cœur, Lacasse, Lemieux, Simard, St-Pierre c. Québec (Ministère du Revenu), [1998] C.A.I. 34.

J.R. c. Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux), 2008 QCCA 183.

- Kulik Art Inuit c. Musée national des beaux-arts du Québec*, [2007] C.A.I. 273.
- Larivière c. Office de la protection du consommateur du Québec*, [1987] C.A.I. 122.
- Lavery de Billy, Avocats c. Municipalité régionale de comté d'Arthabaska*, [2008] C.A.I. 254.
- Loto-Québec c. Moore*, [1997] C.A.I. 414 (C.Q.).
- M.R. c. Centre de services partagés du Québec*, [2010] C.A.I. 287.
- Malenfant c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1984-1986] 1 C.A.I. 177.
- Mankiewicz c. Société générale des industries culturelles*, [1990] C.A.I. 353.
- Marois c. Société des alcools du Québec*, [2003] C.A.I. 163.
- McIntosh c. Commission des transports du Québec*, [1990] C.A.I. 149.
- Montenay Service d'ascenseurs inc. c. Université de Montréal*, [1997] C.A.I. 179.
- Norstan Canada inc. c. Université de Sherbrooke*, [1997] C.A.I. 226.
- Pacific National Investments Ltd. c. La Corporation de la ville de Victoria*, 2000 CSC 64.
- Parker c. John Abbott College*, [1984-1986] 1 C.A.I. 281.
- Pouliot c. Ministère de l'Environnement du Québec*, [1986] C.A.I. 465.
- Québec (Société générale de financement du Québec) c. Gouin*, 2004 CanLII 48027 (QC CS).
- R c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending*, [1930] R.C.S. 500.
- R. c. Stewart*, 1998 CanLII 86 (CSC).
- Rederiaktiebolaget Amphitrite c. Le Roi*, [1921] 3 K.B. 500.
- Regroupement des étudiantes et étudiants en sociologie de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*, [2003] C.A.I. 52.
- Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525.
- S.L. c. Ste-Julienne (Municipalité de)*, 2012 QCCA 259.
- Simard c. Simard*, 2008 QCCQ 12259.
- Société de vin internationale Ltée c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1990] C.A.I. 342.
- Syndicat canadien de la Fonction publique c. Centre hospitalier Anna-Laberge*, [1990] C.A.I. 302.

Syndicat des employés de la Société du Palais des congrès de Montréal c. Société du Palais des congrès de Montréal, [1987] C.A.I. 119.

Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Québec, [2005] C.A.I. 34.

Toupin c. Municipalité régionale de comté d'Arthabaska, [1993] C.A.I. 182.

Tremblay c. Société générale de financement du Québec, [2004] C.A.I. 604 (C.Q.).

Ua' Siaghail c. Ville de Montréal, [1989] C.A.I. 19.

Ville de Charny c. Ministère de l'agriculture, des pêcheries et de l'alimentation [1987] C.A.I. 446.

Ville de St-Jérôme c. Hydro-Québec, [1989] C.A.I. 384.

Y.J. c. Loto-Québec, 2009 QCCA 266.

Bibliographie

Monographies

DORAY, Raymond et CHARETTE, François, *Accès à l'information : Loi annotée, jurisprudence, analyse et commentaires*, ouvrage à feuilles mobiles, Volume 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

DUSSAULT, René et BORGEAT, Louis, *Administrative Law*, 2nd Edition, vol.1, Toronto, Carswell, 1986.

GARANT, Patrice, *Droit administratif*, 6^e édition, Cowansville, Thomson Reuters, 2010.

HOGG, Peter W., MONAHAN, Patrick J. et WRIGHT, Wade K., *Liability of the Crown*, 2^e édition, Toronto, Carswell, 2011.

LEMIEUX, Pierre, *Les contrats de l'Administration publique fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1981.

POITRAS, Diane et DESBIENS, Lina, *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, textes annotés*, Montréal, SOQUIJ, 1996.

POITRAS, Diane et VINCENT, Mélanie, *Guide pratique sur l'accès et la protection de l'information*, vol.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

SECRÉTARIAT À LA RÉFORME DES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES ET À L'ACCÈS À L'INFORMATION, *Guide de référence : Règlement sur la diffusion de l'information et sur la protection des renseignements personnels*, Québec, Direction de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, 2008.

TURPIN, Colin, *Government Contract*, Harmonds-Worth, Penguin Books Ltd., 1972.

Sites web

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Foire aux questions*, en ligne : Données ouvertes, <http://donnees.gouv.qc.ca/?node=/faq>

SEAO, www.seao.ca/index.aspx.

SCTQ, *Accès à l'information*, en ligne : Secrétariat du conseil du Trésor du Québec, <http://www.tresor.gouv.qc.ca/acces-a-linformation/acces-a-linformation/>

UPAC, *Diffusion de l'information*, en ligne : Unité permanente anti-corruption, <https://www.upac.gouv.qc.ca/index.php?id=70.html>