



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Réforme de la *Loi sur l'accès à l'information*

**SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA VIE PRIVÉE ET DE L'ACCÈS À L'INFORMATION
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Mai 2009

AVANT-PROPOS

L'ABC est une association nationale qui représente plus de 38 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit de l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Réforme de la *Loi sur l'accès à l'information*

I.	INTRODUCTION	1
II.	COORDINATION DU SYSTÈME DE DEMANDES D'ACCÈS À L'INFORMATION.....	2
III.	PRÉOCCUPATIONS SOULEVÉES PAR LE COMMISSAIRE À L'INFORMATION DU CANADA.....	3
	A. Examen de la Loi sur l'accès à l'information chaque cinq ans par le parlement (recommandation 1)	3
	B. Tous ont le droit de demander des documents (recommandation 2)	3
	C. Pouvoir exécutoire du Commissaire à l'information, lui permettant de rendre des ordonnances relativement à des questions administratives (recommandation 3).....	3
	D. Pouvoir discrétionnaire du Commissaire d'enquêter ou non sur des plaintes (recommandation 4)	4
	E. Mandat d'éducation du public et de recherche pour le Commissaire à l'information (recommandation 5)	5
	F. Mandat consultatif pour le Commissaire pour les projets de mesures législatives (recommandation 6).....	6
	G. Application aux documents reliés à l'administration du Parlement et des tribunaux (recommandation 7)	6
	H. Documents confidentiels du Cabinet (recommandation 8).....	7
	I. Approbation du Commissaire à l'information requise pour les prorogations de délais excédant soixante jours (recommandation 9)	9
	J. Établissement de délais pour la réalisation d'enquêtes de nature administrative (recommandation 10).....	9
	K. Recours direct à la Cour fédérale en cas de refus d'accès (recommandation 11)	10
	L. Prorogations pour de multiples demandes simultanées provenant du même demandeur (recommandation 12)	10
IV.	CONCLUSION	11

Réforme de la *Loi sur l'accès à l'information*

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) a le plaisir d'apporter son concours au Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique relativement à l'examen que celui-ci effectue de la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI).

Les tribunaux canadiens ont apposé le qualificatif « quasi constitutionnelle » à cette Loi importante¹. Les lois relatives à l'accès à l'information sont des outils essentiels au sein de gouvernements démocratiques, puisqu'elles accordent un pouvoir aux citoyens et imposent au gouvernement une obligation de rendre compte et de faire preuve de transparence. Tant au Canada qu'à l'échelle internationale, l'importance de ce rôle est reconnue. Citons à titre d'exemple les paroles prononcées par le Président américain Barack Obama tout de suite après son investiture² :

[TRADUCTION] Pour que la démocratie existe, l'obligation de rendre compte doit exister. Et pour que l'obligation de rendre compte existe, la transparence doit exister aussi. Comme l'écrivait le juge Louis Brandeis, « [TRADUCTION] on dit que la lumière du soleil est le meilleur désinfectant ». Au sein de notre démocratie, la loi sur l'accès à l'information, qui incite les autorités à rendre compte de leurs actions par le biais de la transparence, est l'expression la plus évidente de l'engagement profond de notre pays à ce que le gouvernement fasse preuve d'ouverture. Au cœur de cet engagement, on retrouve le principe selon lequel l'obligation de rendre compte sert les intérêts du gouvernement tout comme celui des citoyens.

¹ À titre d'exemples : [Canada \(Procureur général\) c. Canada \(Commissaire à l'information\) \(T.D.\)](#), 2002 CFT 128 (CanLII), [Canada \(Procureur général\) c. Canada \(Commissaire à l'information\)](#), 2007 FC 1024 (CanLII), ou [Canada \(Procureur général\) c. Canada \(Commissaire à l'information\)](#), 2004 FC 431 (CanLII).

² http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct (uniquement en anglais)

Le Comité permanent a formulé son examen de la Loi en se basant sur douze recommandations émanant du Commissaire à l'information du Canada (le Commissaire). La Section de l'ABC commentera lesdites recommandations, et soulèvera des sujets supplémentaires afin que le Comité les prenne en considération.

La Section de l'ABC souhaite fortement participer à toute discussion relative aux documents du gouvernement et au secret professionnel de l'avocat, bien que ces sujets n'aient pas été abordés par les recommandations du Commissaire présentement sous étude. Le secret professionnel de l'avocat est l'un des piliers du système judiciaire canadien. L'ABC défend assidûment les principes propres au secret professionnel. Tout changement proposé à la LAI qui pourrait affecter le secret professionnel ne devrait être apporté qu'avec beaucoup de précaution, après avoir fait l'objet d'une étude exhaustive et après avoir consulté l'ABC.

II. COORDINATION DU SYSTÈME DE DEMANDES D'ACCÈS À L'INFORMATION

Le Bureau du conseil privé a annoncé en mai 2008 que les demandes d'accès à l'information ne feraient plus l'objet d'entrées dans le Système de coordination des demandes d'accès à l'information (SCDAI), un système de repérage centralisé. Le SCDAI permettrait d'archiver en un lieu central toutes les données sur les demandes d'accès à l'information, autant passées qu'en cours de traitement, et rendrait possible une divulgation renforcée en vertu de la LAI. Bien que conçu, à l'origine, pour être utilisé à l'interne par le gouvernement, son contenu fit l'objet d'une demande en vertu de la Loi et la banque de données désormais devenue publique fut alors largement utilisée par les universitaires, les journalistes et les chercheurs.

La Section de l'ABC est d'avis que le gouvernement devrait remettre en place ou même élargir le système SCDAI. L'intérêt public exige, de manière impérieuse, que l'on sache comment la LAI est utilisée et si elle comble efficacement les besoins du public. De plus, le SCDAI facilite la cueillette d'informations statistiques sur les réponses aux demandes, et permet de coordonner les réponses aux demandes d'accès qui sont semblables ou se chevauchent.

III. PRÉOCCUPATIONS SOULEVÉES PAR LE COMMISSAIRE À L'INFORMATION DU CANADA

A. Examen de la Loi sur l'accès à l'information chaque cinq ans par le parlement (recommandation 1)

La LAI canadienne a vu le jour en 1983. D'importantes transformations sont survenues depuis au sein des institutions du gouvernement. Les documents, créés autrefois sur des blocs-mémos et machines à écrire puis rangés dans des classeurs, sont désormais principalement créés, entreposés et gérés par voie électronique. Tout porte à croire que cette transformation se poursuivra.

La LAI est pour les citoyens le principal moyen d'accès aux documents du gouvernement. Compte tenu de cela, le Parlement a le devoir de s'assurer, de façon continue, que cette Loi réponde aussi efficacement que possible aux besoins des Canadiens. Nous sommes d'avis que ceci exige que la Loi soit examinée régulièrement. Si l'examen de la LAI mène à la conclusion qu'elle suit le rythme des changements de la société et du gouvernement, aucune modification ne sera requise. Il serait pertinent que cette question soit abordée au moins tous les cinq ans.

B. Tous ont le droit de demander des documents (recommandation 2)

Actuellement, le recours à la LAI est limité aux personnes morales et aux personnes physiques se trouvant au Canada³. Rien, cependant, n'empêche les personnes morales et individus qui ne se trouvent pas au Canada de se servir de tiers qui s'y trouvent pour faire des demandes d'accès. La Section de l'ABC appuie la recommandation du Commissaire d'étendre à tous le droit de présenter des demandes d'accès en vertu de l'article 4(1) de la LAI.

C. Pouvoir exécutoire du Commissaire à l'information, lui permettant de rendre des ordonnances relativement à des questions administratives (recommandation 3)

³ Décret d'extension n° 1, DORS/89-207.

En ce moment, le Commissaire ne jouit que de pouvoirs de recommandation à l'égard de toute question, incluant les questions administratives comme celles qui concernent les prorogations de délai ou les frais. La Section de l'ABC convient que le Commissaire devrait jouir de pouvoirs plus vastes afin de pouvoir mieux répondre à des questions administratives. Cela améliorerait le fonctionnement de la LAI, servirait d'incitatif à une plus grande efficacité de la part des ministères gouvernementaux et générerait des avantages pour les demandeurs.

L'octroi de pouvoirs exécutoires au Commissaire aura des répercussions. Si de tels pouvoirs sont accordés, il faudra aussi aborder la question de recours aux tribunaux par le biais de l'appel ou du contrôle judiciaire. Selon la LAI, la Cour fédérale tient des audiences *de novo* relativement aux recommandations du Commissaire, mais cela ne serait pas approprié dans le cas d'une ordonnance exécutoire.

Actuellement, seul le demandeur ou un tiers peut exercer un recours devant la Cour fédérale. Si un pouvoir d'émettre des ordonnances est accordé, il sera important que toutes les parties, incluant les organismes du gouvernement et tout tiers concerné puissent avoir le droit de demander le contrôle judiciaire par la Cour fédérale. La Loi devra prévoir les procédures de façon à ce que l'on puisse procéder aux audiences de manière sommaire, et donner à la Cour le mandat de garder la preuve confidentielle et d'entendre les arguments à huis clos afin de protéger les renseignements contre toute divulgation inappropriée pendant les procédures.

D. Pouvoir discrétionnaire du Commissaire d'enquêter ou non sur des plaintes (recommandation 4)

La Section de l'ABC appuie la recommandation qui accorderait au Commissaire le pouvoir discrétionnaire de refuser de mener une enquête ou de mettre fin à une enquête si les circonstances le justifient. Bien que la majorité des plaintes mérite de faire l'objet d'une enquête, certaines, inévitablement, sont déposées pour des raisons frivoles ou vexatoires. L'arriéré du traitement des demandes ne ferait qu'augmenter si le Commissaire ne pouvait traiter rapidement des plaintes qui n'ont manifestement aucun mérite, ou qui n'ont pas ou plus de raison d'être (par exemple : une plainte relative à un délai manqué lorsque l'organisme gouvernemental a, par la suite, accordé l'accès au demandeur) ou qui portent sur des questions sur lesquelles des décisions claires ont été prises dans des dossiers antérieurs.

Un tel pouvoir discrétionnaire serait un outil important pour permettre au Commissaire de gérer plus efficacement le processus de plainte.

Nous suggérons qu'un article semblable à l'article 13(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRDE)⁴ soit ajouté à la LAI. Cela accorderait au Commissaire la libre décision de ne pas dresser de rapport d'enquête s'il estime qu'une ou plusieurs des circonstances suivantes sont en présence :

- a) la plainte pourrait plus avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par des lois fédérales — à l'exception de la LAI — ou les lois d'une province;
- b) le délai écoulé entre la date où l'objet de la plainte a pris naissance et celle du dépôt de celle-ci est tel qu'un rapport serait inutile; ou
- c) la plainte est futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi.

La Section de l'ABC recommande que lorsque le Commissaire exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas dresser de rapport à l'égard d'une plainte en particulier, la LAI exige, comme le fait la LPRDE, que le demandeur et l'organisation gouvernementale concernée reçoivent des motifs écrits au soutien de cette décision.

E. Mandat d'éducation du public et de recherche pour le Commissaire à l'information (recommandation 5)

La LAI est un des outils principaux dont se sert le public pour comprendre le fonctionnement du gouvernement fédéral. Compte tenu de cela, il est important que le public soit bien informé au sujet de la Loi. Certes, beaucoup de personnes et organismes ont un intérêt, pour diverses raisons, dans les enjeux soulevés par l'accès à l'information. Cependant, en tant qu'unique organisme public entièrement consacré à l'accès à l'information gouvernementale, le Commissaire devrait, de toute évidence, compter parmi ses responsabilités principales l'éducation sur les enjeux liés à l'accès à l'information au niveau fédéral. La Section de l'ABC est d'avis que l'autorité du Commissaire au chapitre de l'éducation du public devrait être clarifiée et enchâssée dans la Loi.

⁴ L'article 13(2) énonce les circonstances dans lesquelles le Commissaire fédéral à la protection de la vie privée n'a pas l'obligation de préparer de rapport en vertu de la LPRDE.

F. Mandat consultatif pour le Commissaire pour les projets de mesures législatives (recommandation 6)

Il existe de nombreuses lois et initiatives politiques qui affectent l'accès à l'information. Le Commissaire ne se voit cependant pas, en ce moment, accorder le mandat précis de commenter ces initiatives. Le Commissaire devrait pouvoir jouer ce rôle lorsqu'il s'avère que de telles initiatives pourraient affecter le droit d'accès à l'information dont jouit le public. La Section de l'ABC donne son appui à une modification de la Loi en ce sens ou, au minimum, à un énoncé de politique du Conseil du Trésor à cet effet.

G. Application aux documents reliés à l'administration du Parlement et des tribunaux (recommandation 7)

Le Commissaire recommande que la portée de la LAI soit étendue de manière à couvrir les « documents administratifs » du Sénat, de la Chambre des communes, de la bibliothèque du Parlement et de l'appareil judiciaire du gouvernement « sous réserve des dispositions protégeant les privilèges parlementaires et l'immunité judiciaire ». Le Commissaire note que les autorités compétentes dans d'autres ressorts ont prévu l'exclusion de documents contenus dans les dossiers des tribunaux et des documents de nature judiciaire ou quasi-judiciaire.

Avant de mettre cette recommandation en œuvre, il serait important d'effectuer des recherches supplémentaires. Cette initiative pourrait avoir un effet néfaste sur les procédés du Parlement et des tribunaux. Les documents doivent être regroupés et analysés lorsqu'une demande est présentée. Même s'ils font l'objet d'une exclusion, des documents de nature névralgique et privilégiée se trouvant en la possession du Parlement ou des tribunaux pourraient se retrouver dans l'engrenage du processus d'accès à l'information.

Nous suggérons que d'autres solutions soient envisagées de manière à faire face à la question de l'accessibilité aux dossiers administratifs de ces organismes. Le gouvernement devrait songer à la possibilité d'adopter une politique sur la divulgation proactive de renseignements portant sur les dépenses du Sénat, de la Chambre des communes, de la bibliothèque du Parlement et de l'appareil judiciaire dans le cadre de leurs fonctions administratives. En 2006, le Conseil du Trésor avait adopté une politique de divulgation proactive de cette nature pour demander la publication des dépenses reliées aux voyages et à

l'accueil, pour l'ensemble du gouvernement. Cette politique s'appliquait aux Services administratifs des tribunaux judiciaires et à la Cour suprême du Canada. Cette approche comporte des avantages en ce que les demandes d'accès deviennent superflues étant donné que la publication constante assure une divulgation complète au public.

H. Documents confidentiels du Cabinet (recommandation 8)

Le Commissaire recommande deux ajustements à la LAI relativement aux documents du Cabinet : qu'ils puissent faire l'objet d'une exemption discrétionnaire, et que les décisions relatives aux documents du Cabinet soient soumises à un examen indépendant. La Section de l'ABC convient que la façon actuelle de traiter les dossiers du Cabinet en vertu de la LAI n'est pas satisfaisante. Cependant, elle n'est pas d'accord avec la façon dont on suggère que ces documents devraient être traités.

En vertu de son article 69, la LAI ne s'applique pas, en ce moment, « aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada ». Il s'agit là d'une exclusion plutôt que d'une exemption, de sorte que ces documents ne sont pas régis par la LAI. Nous sommes d'avis qu'au lieu d'une exemption discrétionnaire, il serait préférable que la LAI prévoie une exemption obligatoire applicable à certains documents du Cabinet dont la nature serait précisée. Étant obligatoire, l'exemption refléterait l'importance qui lui est donnée et garantirait que les documents confidentiels du Cabinet le demeurent. Dans une démocratie parlementaire, les discussions du Cabinet doivent être franches et ouvertes afin de veiller au respect du principe de responsabilité collective à l'endroit des décisions du gouvernement. Si une exemption discrétionnaire existait pour les documents du Cabinet, ce principe pourrait être entaché, tout particulièrement si la divulgation pouvait en être faite par des gouvernements successifs.

L'équilibre doit cependant être trouvé entre la confidentialité et l'ouverture. Les dossiers du Cabinet qui jouiront de l'exemption devront être étroitement encadrés. Les types de dossiers se trouvant dans la liste existante de dossiers du Cabinet exclus en vertu de l'article 69(3) de la LAI et ceux prévus par la jurisprudence à ce jour devraient servir de guide. Il devrait également y avoir des exceptions à l'exemption, qui pourrait être encadrée comme elle l'est en ce moment par l'article 69(3) : l'exemption ne s'applique pas si le public a accès aux

documents, si quatre ans se sont écoulés depuis que la décision a été prise, ou si les documents en question datent de plus de vingt ans. De plus, ces documents, comme les autres qui sont soumis à l'exemption, devraient être examinés par le Commissaire à l'information dans le contexte d'une plainte afin de respecter le principe de contrôle par un organisme indépendant.

La Section de l'ABC suggère que les documents du Cabinet qui traitent de sécurité nationale ou de relations diplomatiques soient soumis à un examen plus approfondi afin de déterminer s'il est approprié que la LAI s'y applique. L'importance des dossiers liés à la sécurité nationale et aux relations diplomatiques a été soulignée par la Cour suprême du Canada dans la décision *Carey c. Ontario*⁵, où la Cour a procédé à un examen détaillé du droit qui prévoit dans quelles circonstances un tribunal peut examiner des documents du Cabinet, ainsi que les circonstances dans lesquelles les documents sont jugés être des documents confidentiels dont la divulgation est interdite pour cause d'intérêt public. Avant l'arrêt *Carey*, les tribunaux n'examinaient pas ces documents. En décidant que les documents du Cabinet pouvaient être inspectés par un tribunal dans certaines circonstances particulières, et en précisant dans quelles circonstances les documents pouvaient être considérés comme confidentiels, la Cour a également énoncé un certain nombre de principes importants. Elle a établi également une distinction entre les documents qui sont liés à la sécurité nationale, à la défense, ou aux relations diplomatiques, et d'autres documents du Cabinet. Quant à la première catégorie de ces documents, la Cour déclare qu'« il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue »⁶. Quant aux autres types de documents du Cabinet, la Cour a cependant décidé qu'ils pouvaient être examinés sans même qu'une partie doive démontrer qu'elle a besoin du document dans le cadre du litige concerné. Il faudrait prendre en compte cette approche pour déterminer si l'accès à ces documents devrait être permis en vertu de la LAI.

⁵ 1986 CanLII 7.

⁶ *Ibid.*, au par. 81.

I. Approbation du Commissaire à l'information requise pour les prorogations de délais excédant soixante jours (recommandation 9)

En ce moment, le directeur d'un organisme du gouvernement peut prolonger les délais prévus aux articles 7 et 8(1) de la LAI « d'une période raisonnable que justifient les circonstances », lorsque le respect du délai entraverait de façon déraisonnable le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande, ou lorsque les consultations nécessaires ou l'envoi d'avis à des tiers ne peuvent être effectués dans les délais initiaux prévus. À ce chapitre, la LAI est déphasée par rapport à la majorité des dispositions législatives provinciales et territoriales sur l'accès à l'information, car celles-ci limitent généralement la capacité de l'organisme public à prolonger unilatéralement le délai à 30 jours (30 jours ouvrables en Colombie-Britannique). La Section de l'ABC est d'accord avec la recommandation du Commissaire. Nous recommandons que la base sur laquelle les prorogations de délais sont permises soit élargie, en octroyant au Commissaire un pouvoir discrétionnaire résiduel, lui permettant d'approuver une demande de prorogation pour des motifs considérés comme justes et raisonnables (voir aussi la recommandation 12). Ceci permettrait au Commissaire de permettre les prorogations de délais appropriées dans des circonstances extraordinaires qui affectent directement le traitement des demandes, par exemple les arrêts de travail ou la reprise d'activités après un sinistre.

J. Établissement de délais pour la réalisation d'enquêtes de nature administrative (recommandation 10)

La Section de l'ABC appuie la mise en place de délais pour la réalisation, par le Commissaire, d'enquêtes de nature administrative, de sorte que ces questions soient traitées rapidement. Souvent, lorsque de telles enquêtes ne peuvent être menées à terme dans un délai raisonnable, elles perdent leur raison d'être. Limiter les délais permet de garantir qu'une décision efficace pourra être prise.

K. Recours direct à la Cour fédérale en cas de refus d'accès (recommandation 11)

Le Commissaire recommande ce qui suit :

- Un droit d'appel ou de demande de contrôle judiciaire directement auprès de la Cour fédérale, immédiatement après un refus d'accès;
- Qu'une partie qui a essuyé un refus puisse choisir entre une enquête par le Commissaire et un appel à la Cour fédérale; ou
- Qu'une partie puisse avoir le choix de déposer une demande de contrôle judiciaire si l'enquête du Commissaire n'est pas réalisée en temps opportun.

L'accès direct à la Cour fédérale procurerait à la partie à laquelle le droit d'accès est refusé d'un refus un recours en temps opportun, ce qui ne serait pas le cas s'il devait attendre que le Commissaire réalise son enquête.

La Section de l'ABC n'appuie pas l'accès direct au recours judiciaire. La complexité des procédures devant la Cour fédérale, et le fait que la plupart des demandeurs ne disposent pas de ressources suffisantes pour se prévaloir de ce choix nous convainquent de ne pas appuyer cette recommandation. Nous croyons plutôt que les outils appropriés devraient être fournis au Commissaire pour qu'il puisse remplir efficacement le mandat que lui donne la LAI.

L. Prorogations pour de multiples demandes simultanées provenant du même demandeur (recommandation 12)

La Section de l'ABC appuie l'élargissement de la gamme de circonstances qui permettent à un organisme gouvernemental de proroger le délai prévu pour répondre à une demande d'accès en vertu de l'article 9(1) de la LAI. En ce moment, la Loi permet à un organisme gouvernemental de proroger le délai initial qui est de 30 jours, lorsque, à cause de la nature d'une demande unique, le respect de ce délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande. Aucune prorogation de délai ne peut cependant être invoquée lorsqu'une personne ou un groupe, d'un effort concerté, inonde un organisme d'une telle quantité de demandes qu'elles deviennent impossibles à gérer, malgré leur simplicité à titre individuel. Permettre une prorogation de délai dans de

tels cas n'entacherait pas la finalité de la LAI, soit de donner au public un droit d'accès, en temps opportun, aux documents du gouvernement.

IV. CONCLUSION

L'ABC espère que ses commentaires aideront à améliorer la LAI. Vu l'importance des principes d'ouverture et de l'obligation de rendre compte pour le bon fonctionnement de la démocratie canadienne, ces recommandations devraient faire l'objet d'un examen approfondi, même si un tel examen entraîne l'utilisation de certaines ressources.