

Présentation dans le cadre de l'examen de 2021 de la *Loi fédérale sur l'accès à l'information* (LAI)

Août 2021



Centre for Law and Democracy

info@law-democracy.org

+1 902 431-3688

www.law-democracy.org

Introduction

Depuis de nombreuses années, des groupes de la société civile comme le Centre for Law and Democracy (CLD) et la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA), ainsi qu'un large éventail d'autres intervenants de partout au Canada, réclament des réformes majeures de la *Loi fédérale sur l'accès à l'information* (LAI), qui donne aux personnes un droit d'accès à l'information détenue par les organismes publics, ou le droit à l'information¹. Pendant tout ce temps, les gouvernements canadiens successifs, de différentes allégeances politiques, ont refusé d'envisager de telles réformes. Le changement semblait se profiler à l'horizon lorsque le Parti libéral a fait des promesses audacieuses de réforme de la *Loi sur l'accès à l'information* lors des élections fédérales de 2015, notamment de conférer des pouvoirs exécutoires de rendre des ordonnances à la commissaire à l'information du Canada, d'éliminer tous les frais pour répondre aux demandes, de fournir des réponses écrites dans les 30 jours lorsque l'accès est refusé, et

¹ L.R.C. (1985), ch. A-1, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/a-1/>. Voir, par exemple, CLD, Lawyers' Rights Watch Canada, Canadian Journalists for Free Expression, la British Columbia Freedom of Information and Privacy Association et PEN Canada, *Submission to the 16th Session of the Universal Periodic Review on the State of Freedom of Expression in Canada*, octobre 2012, <http://www.law-democracy.org/live/canada-un-universal-periodic-review-submission/>; *Rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique*, juin 2016, 42^e législature, 1^{re} session, <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/ETHI/Reports/RP8360717/ETHIrp02/ETHIrp02-f.pdf>; Commissariat à l'information du Canada, *Viser juste pour la transparence — Recommandations pour moderniser la Loi sur l'accès à l'information*, mars 2015, <https://www.oic-ci.gc.ca/fr/ressources/rapports-publications/viser-juste-pour-la-transparence>.

d'étendre la portée de la *Loi* aux cabinets du premier ministre et des ministres et aux institutions administratives qui appuient le Parlement et les tribunaux².

Malheureusement, le processus de réforme de la *Loi sur l'accès à l'information* amorcé par le Parti libéral après son arrivée au pouvoir et le projet de loi C-58 qui en a découlé n'ont pas répondu aux attentes, comme l'a souligné le CLD dans une série de publications entre 2016 et 2018³. Lorsque le projet de loi C-58 est entré en vigueur en 2019, les seules promesses importantes tenues étaient l'exonération des frais pour répondre aux demandes, mesure qui avait déjà été mise en œuvre au niveau des politiques⁴, et l'octroi au commissaire à l'information du pouvoir exécutif de rendre des ordonnances.

Le fait que le système d'accès à l'information ait croulé sous la pression de la pandémie actuelle de COVID-19 illustre à la fois les lacunes inhérentes de la LAI et la façon dont elles se traduisent par de graves problèmes de mise en œuvre. Par exemple, plusieurs autorités publiques, agissant sans autorisation légale, ont simplement suspendu leur travail de réponse aux demandes d'accès à l'information⁵. C'est d'autant plus inacceptable que, comme l'a souligné la commissaire à l'information du Canada, l'importance de l'accès à l'information augmente et devient primordiale au lieu de diminuer dans les situations d'urgence comme les pandémies⁶. Dans son rapport principal sur cette question, rédigé par le CLD, l'UNESCO a souligné que le maintien des systèmes de droit à l'information devrait faire partie de la réponse d'urgence et ne pas

² Voir le manifeste électoral du Parti libéral, *Du vrai changement : Un gouvernement juste et ouvert*, août 2015, p. 4, <https://web.archive.org/web/20170209033208/https://www.liberal.ca/wp-content/uploads/2015/08/a-fair-and-open-government.pdf>.

³ CLD, Lawyers' Rights Watch Canada et la British Columbia Freedom of Information and Privacy Association, *Canada : Recommendations for Reforming Canada's Access to Information Act*, juin 2016, http://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2016/07/Canada.RTI_Jun16.pdf; *Canada : Note on Bill C-58 Amending the Access to Information Act*, juin 2017, <https://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2017/06/Canada.RTI-Note.Jun17.pdf>; et *Canada : Note on Bill C-58 Amending the Access to Information Act*, février 2018, https://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2018/02/Canada.RTI_18-02.TM_docx.

⁴ Voir la Directive provisoire concernant l'administration de la *Loi sur l'accès à l'information*, 5 mai 2016, <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=18310>.

⁵ La commissaire à l'information a toujours soutenu qu'il s'agissait d'une infraction grave à la *Loi*. Voir, par exemple, *Patrimoine canadien (Re)*, 2020 CI 10, 5820-00645, 16 décembre 2020, <https://www.oic-ci.gc.ca/fr/patrimoine-canadien-re-2020-ci-10>; et *Bureau du Conseil privé (Re)*, 2020 CI 7, 3218-00618, 11 septembre 2020, <https://www.oic-ci.gc.ca/fr/decisions/comptes-rendus/compte-rendu-3218-00618-bureau-du-conseil-prive>.

⁶ Commissaire à l'information du Canada, *L'importance de l'accès à l'information pendant la pandémie de COVID-19*, 19 juin 2020, <https://www.oic-ci.gc.ca/fr/ressources/discours/limportance-de-lacces-linformation-durant-la-pandemie-de-covid-19>.

être quelque chose à suspendre ou à affaiblir en raison de l'urgence⁷. Un tel comportement antidémocratique de la part des autorités publiques n'aurait peut-être pas eu lieu si la *Loi sur l'accès à l'information* avait été plus rigoureuse, par exemple en donnant au commissaire à l'information des moyens plus directs de s'attaquer à ce genre d'abus.

Le présent document s'inscrit dans le cadre du premier examen quinquennal de la LAI (paragraphe 93[1]). Il identifie les principaux problèmes liés à la LAI et formule des recommandations pour la réformer de manière à les régler. Il y a une regrettable continuité des principaux problèmes qui affligent la *Loi sur l'accès à l'information* depuis avant la publication du premier rapport spécial du CLD sur la *Loi*, publié en 2013, intitulé *Canada : Response to the OIC Call for Dialogue : Recommendations for Improving the Right to Information in Canada*⁸. En effet, la plupart des préoccupations énoncées dans ce rapport demeurent valides en 2021 : une portée étroite problématique qui exempte un trop grand nombre d'autorités publiques, un régime d'exceptions beaucoup trop général qui ne suit pas une approche axée sur les droits de la personne, et des procédures qui sont tout sauf conviviales, y compris le pouvoir de prolonger le délai de réponse aux demandes, qui fait souvent l'objet d'abus.

Le CLD, en collaboration avec une autre organisation non gouvernementale, Access Info Europe, a développé un outil mondialement reconnu pour évaluer la solidité des cadres juridiques d'accès à l'information, soit le Classement des lois en matière de droit à l'information⁹. Comme le montre le tableau ci-dessous, le Canada obtient actuellement une note de 93 sur un total possible de 150 points, ce qui le place dans une position misérable au 52^e rang mondial parmi les 128 pays évalués actuellement selon le classement des lois en matière de droit à l'information. Il est honteux que le Canada fasse si piètre figure dans ce domaine des droits de la personne¹⁰.

⁷ *The Right to Information in Times of Crisis : Access to Information— Saving Lives, Building Trust, Bringing Hope!*, septembre 2020, https://www.sdg16hub.org/system/files/2020-09/unesco_ati_iduai2020_english_sep_24.pdf.

⁸ Janvier 2013, http://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2012/08/Canada.RTI_Jan13.pdf.

⁹ Disponible sur le site Web suivant : www.RTI-Rating.org.

¹⁰ Le droit à l'information est depuis longtemps reconnu comme un droit humain en vertu du droit international. Voir Toby Mendel, « Global Recognition of the Right to Information as a Human Right » dans J. S. Mann, éd., *Comparative RTI Laws in the SAARC Nations* (2017, New Delhi, Centre for Transparency and Accountability in Governance). Ce droit a également reçu une protection constitutionnelle en vertu de la Constitution canadienne dans la mesure où l'on cherche à obtenir des renseignements à des fins expressives. Voir *Ontario (Sûreté et sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23 (CanLII), [2010] 1 RCS 815. <https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2010/2010csc23/2010csc23.html>.

Section	Nombre maximum de points	LAI	Pourcentage
1. Droit d'accès	6	5	83 %
2. Portée	30	14	47 %
3. Procédures de demande	30	20	67 %
4. Exceptions et refus	30	13	43 %
5. Appels	30	26	87 %
6. Sanctions et protections	8	6	75 %
7. Mesures promotionnelles	16	9	56 %
Note totale	150	93	65 %

Le présent document est divisé en cinq sections, soit la portée, le droit d'accès et l'obligation de documenter, les procédures de demande, qui couvrent les retards et les frais déraisonnables, les exceptions, les pouvoirs du commissaire à l'information, et la conclusion.

Portée, droit d'accès et obligation de documenter

Portée

L'un des problèmes les plus graves de la *Loi sur l'accès à l'information* est le nombre restreint d'autorités publiques qu'elle vise. Selon les normes internationales, les obligations de transparence devraient s'appliquer à tous les renseignements détenus par toutes les autorités qui engagent la responsabilité de l'État¹¹. Autrement dit, tous les renseignements détenus par les organes exécutif, législatif et judiciaire du gouvernement, les organismes constitutionnels, législatifs et de surveillance, les sociétés d'État et toute entité, privée ou publique, contrôlée ou financée en grande partie par une autorité publique ou exerçant une fonction législative ou publique devraient être couverts par les régimes de traitement proactif et de traitement des demandes de la *Loi*.

La LAI ne s'applique pas à plusieurs types d'autorités publiques. La couverture devrait être étendue à tous les organes exécutifs, législatifs et judiciaires du gouvernement (le premier ministre, le Cabinet et les comités affiliés sont explicitement exclus par l'article 69), à l'information dans les archives, au Musée des beaux-arts du Canada et aux

¹¹ Voir, par exemple, *Claude-Reyes et al. c. Chile*, 16 septembre 2006, série C n° 151, paragraphe 77 (Cour interaméricaine des droits de l'homme), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf.

nombreux musées nationaux qui n'ont pas été mis en place par des institutions gouvernementales ou en leur nom (exclus par l'article 68), à la Société Radio-Canada et à Énergie atomique du Canada limitée (exclus par les articles 68.1 à 68.2), aux nombreuses autres autorités publiques qui ne figurent pas à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information*, comme l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OSSNR; son Secrétariat est mentionné, mais l'OSSNR lui-même ne l'est pas), et aux organismes privés qui reçoivent des fonds publics ou qui exercent des fonctions publiques.

Le Cabinet du premier ministre, les cabinets des ministres et les organismes administratifs qui appuient le Parlement et les tribunaux ne sont pas assujettis à des obligations de divulgation réactive, malgré une promesse électorale libérale de 2015 à cet égard¹². À la place, les pratiques de divulgation proactive, qui sont déjà en grande partie en place dans ces institutions, ont été codifiées dans le projet de loi C-58 (voir les articles 90.01 à 90.24). Les obligations de publication proactive sont un élément important de tout régime de droit à l'information, car elles aident à assurer l'accès à au moins une plateforme commune d'information des autorités publiques pour tous. Cependant, l'essence d'un système de droit à l'information, et de toute allégation « d'ouverture par défaut »¹³, est le droit des particuliers de demander au gouvernement les renseignements qu'ils veulent. C'est fondamentalement différent de la divulgation proactive, qui ne donne accès qu'à des catégories d'information précises et, par conséquent, fondamentalement limitées, qui sont ultimement déterminées par le gouvernement.

Ces obligations de divulgation proactive sont également exclues des fonctions de surveillance de la commissaire à l'information, qui n'exerce aucun pouvoir ni n'exerce aucune fonction en matière de divulgation proactive, y compris la réception des plaintes et les enquêtes sur celles-ci, ou l'exercice de tout autre pouvoir, devoir ou fonction de surveillance (par. 91[1]).

Droit d'accès

Dans sa forme actuelle, la LAI ne s'applique qu'aux citoyens, aux résidents permanents, aux autres personnes résidant au Canada¹⁴ et aux personnes morales, excluant ainsi les ressortissants étrangers qui ne sont pas physiquement au pays. Leur exclusion constitue une discrimination formelle à l'égard des ressortissants étrangers en ce qui concerne le droit de la personne à l'information et ne correspond pas aux meilleures pratiques

¹² Remarque 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Voir le paragraphe 4(1) de la LAI et l'article 2 du Décret d'extension no 1 (*Loi sur l'accès à l'information*), DORS/89-207, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-89-207/page-1.html>.

internationales¹⁵. La plupart des utilisateurs externes de la LAI sont des étrangers qui essaient d'obtenir leurs renseignements à des fins d'immigration¹⁶. Priver les étrangers de leur droit à l'information les force à passer par des intermédiaires directement dans le pays à qui ils doivent payer des frais.

Obligation de documenter

La LAI n'impose aucune obligation aux autorités publiques de documenter les processus décisionnels importants. Une telle obligation réglerait les problèmes des fonctionnaires qui mènent leurs activités d'une manière qui ne crée aucune trace écrite, comme oralement, et l'utilisation d'appareils privés pour mener leurs activités officielles de prise de décisions. Bien que la LAI couvre techniquement ces derniers moyens de communication, il peut être très difficile de saisir ce contenu pour répondre aux demandes d'accès à l'information. L'obligation de documenter ferait en sorte que les renseignements clés sur la prise de décisions soient conservés dans les dossiers officiels de façon régulière.

Recommandations

- Les cabinets du premier ministre, les cabinets des ministres et les institutions administratives qui appuient le Parlement et les tribunaux devraient être assujettis à des obligations de divulgation réactive.
- Toutes les autres autorités publiques, ainsi que les organismes privés qui exercent des fonctions publiques ou qui fonctionnent avec des fonds publics, devraient être assujetties à des obligations de divulgation réactive et proactive.
- Tout le monde, y compris les étrangers, peu importe où ils se trouvent, devrait pouvoir présenter des demandes d'accès à l'information.
- Les autorités publiques devraient avoir l'obligation de documenter les processus décisionnels clés.

¹⁵ Plus de 70 pays étendent le droit à l'information à tous. Voir le classement des lois en matière de droit à l'information, trié par l'indicateur 4 sur l'accès universel, <https://www.rti-rating.org/country-data/by-indicator/4/>.

¹⁶ Secrétariat du Conseil du Trésor, *Access to Information Review Workshop 1 : Right of Access & Scope of the Act*, juin 2021, diapositive 7, https://ehq-production-canada.s3.ca-central-1.amazonaws.com/a6942cc186a30f5c8048cd54aac6a5b0f6b89e36/original/1623436103/3010eb1bc3ec6018370744d3dc5aaeab_Workshop_1_-_Right_of_Access___Scope_of_the_Act.pdf?X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIBJCUK4D4ZO4WUUA%2F20210810%2Fca-central-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20210810T181538Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=&X-hostamz-Signature=e2694981ba6bed7ef887a3bac9a9ba8028f3c3aaab104b48ac20f9ed0f2183.

Procédures de demande

Retards déraisonnables

L'un des problèmes les plus graves de la *Loi sur l'accès à l'information*, dont les utilisateurs se plaignent constamment, c'est qu'elle permet de longs délais de réponse aux demandes, ce que les autorités publiques imposent souvent. La LAI, en conformité générale avec le droit international et la pratique, impose aux autorités publiques l'obligation première de répondre aux demandes dans les 30 jours (article 7). Toutefois, la *Loi* permet également aux autorités de prolonger la période de 30 jours « d'une période que justifient les circonstances » en donnant un avis au demandeur (paragraphe 9[1]) et, si la prolongation dépasse 30 jours supplémentaires, en donnant un avis à la commissaire à l'information (paragraphe 9[2]). Ces prolongations ne sont censées s'appliquer que dans des cas exceptionnels où les demandes sont volumineuses ou où le respect d'une demande nécessite des consultations qui ne peuvent raisonnablement pas être terminées dans le délai initial. Dans la pratique, cependant, les autorités publiques profitent très souvent de ce pouvoir hautement discrétionnaire pour créer de longs délais de réponse aux demandes, ce qui mine sérieusement le droit à l'information. En effet, les prolongations peuvent rendre les demandes urgentes complètement inutiles, par exemple, lorsque les journalistes doivent respecter des délais serrés.

Il y a plusieurs façons pratiques de réduire la portée de ce pouvoir discrétionnaire de prolonger les délais. Par exemple, les autorités publiques pourraient être tenues d'obtenir la permission préalable de la commissaire à l'information pour les retards au-delà du délai initial de 30 jours, comme c'est le cas dans d'autres administrations canadiennes¹⁷. Par ailleurs, une limite maximale absolue, disons 60 jours maximum, pourrait être imposée pour répondre aux demandes. La Slovaquie, par exemple, permet des prolongations d'un maximum de 30 jours supplémentaires¹⁸ et le Sri Lanka exige des

¹⁷ Voir, par exemple, la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de la Nouvelle-Écosse, chapitre 5 des lois de 1993, article 9, <https://nslegislature.ca/sites/default/files/legc/statutes/freedom%20of%20information%20and%20protecti%20of%20privacy.pdf>.

¹⁸ *Access to Public Information Act*, Gazette officielle de RS. N° 24/2003, article 24(1), <https://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Slovenia.pdf>.

réponses dans un délai de 14 jours ouvrables, avec la possibilité de prolonger le délai pour un maximum de 21 jours ouvrables supplémentaires¹⁹.

Des mesures audacieuses, comme des pénalités en cas de non-respect des délais, sont également nécessaires pour remédier aux retards déraisonnables, qui constituent l'une des plus grandes faiblesses du régime canadien du droit à l'information. En Inde, par exemple, les commissions de l'information peuvent imposer des sanctions à des fonctionnaires qui, de mauvaise foi, ont indûment tardé à répondre aux demandes²⁰.

Frais

La LAI ne respecte pas non plus les normes internationales en ce qui concerne les frais, même si ce problème était beaucoup plus grave avant l'annulation de tous les frais d'accès à l'information qui a été imposée par la Directive provisoire concernant l'administration de la *Loi sur l'accès à l'information* de mai 2016²¹. Étant donné que le droit à l'information est un droit de la personne, aucuns frais ne devraient être imposés simplement pour exercer ce droit en présentant une demande d'accès à l'information. À l'heure actuelle, la LAI permet d'imposer des frais allant jusqu'à 25 \$ pour la présentation d'une demande (article 11), et les frais sont actuellement fixés par le gouvernement à 5 \$ par règlement²², que le ministre peut modifier. Il est très probable que la perception de ces paiements coûte plus cher que les revenus qu'ils génèrent. Plus important encore, la justification sous-jacente des frais, soit la dissuasion des demandes, est inutile, non fondée et antidémocratique. Cette mesure est inutile parce que la LAI contient déjà un mécanisme par lequel les demandes frivoles ou vexatoires peuvent être rejetées sommairement (paragraphe 6.1[1]). Cette mesure de dissuasion n'est pas fondée parce que les pays qui n'imposent pas de frais pour présenter des demandes n'ont pas constaté que cette mesure mène à un grand nombre de demandes. À l'inverse, l'Inde, qui impose des frais, reçoit un très grand nombre de demandes. Enfin, la perception de frais est antidémocratique parce que, comme il est mentionné plus haut, des frais ne devraient pas être imposés pour l'exercice d'un droit de la personne.

¹⁹ *Right to Information Act*, N° 12 de 2016, paragraphe 25(5), <https://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Sri-Lanka.pdf>.

²⁰ *The Right to Information Act*, N° 22 de 2005, articles 19(8)(a), 20(2) et 20(5), <https://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/India.pdf>.

²¹ Remarque 4.

²² *Règlement sur l'accès à l'information*, DORS/83-507, alinéa 7(1)a), <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-83-507/page-1.html>.

Recommandations

- Les prolongations au-delà du délai initial de 30 jours devraient être assujetties à l'obligation d'obtenir une autorisation préalable de la commissaire à l'information ou, idéalement, à une limite maximale absolue, comme 60 jours.
- Des mesures efficaces devraient être mises en place pour dissuader les fonctionnaires de retarder indûment la réponse aux demandes de mauvaise foi, par exemple en donnant à la commissaire à l'information le pouvoir d'imposer des amendes administratives.
- La LAI devrait abolir les frais de présentation des demandes.

Exceptions

Normes internationales pour les exceptions

Une loi sur le droit à l'information devrait créer une présomption en faveur de l'accès à tous les renseignements détenus par les autorités publiques, sous réserve d'un régime étroit d'exceptions. En vertu du droit international, le droit à l'information peut faire l'objet de certaines restrictions limitées, mais seulement dans les cas suivants : 1) elles sont énoncées dans la loi et ne protègent que des intérêts légitimes limités; 2) elles ne s'appliquent que lorsque la divulgation présente un risque de préjudice pour un intérêt protégé; et 3) elles ne s'appliquent pas lorsque, nonobstant le risque de préjudice, l'intérêt public concernant la divulgation l'emporte sur le préjudice, autrement dit, la primauté de l'intérêt public.²³ Enfin, toutes les exceptions qui protègent l'intérêt public (à l'exclusion des intérêts privés comme la protection des renseignements personnels) devraient être assujetties à des dispositions de temporisation, qui invalident l'exception une fois qu'un délai suffisant s'est écoulé de sorte que l'information n'est plus de nature délicate. Les dispositions de temporisation ne devraient pas dépasser 20 ans, conformément à la pratique internationale²⁴.

La liste des intérêts légitimes est bien établie en regard du droit international et se limite à la sécurité nationale; aux relations internationales; à la santé et à la sécurité publiques,

²³ Voir la Recommandation n° R(2002)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, 21 février 2002, clause IV, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c6a54

[//search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c6a54](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c6a54)

²⁴ Voir les pays de pratiques d'excellence répertoriés sous l'indicateur 32 du classement des lois en matière de droit à l'information, <https://www.rti-rating.org/country-data/by-indicator/32/>.

à la prévention, à l'enquête et à la poursuite des préjudices juridiques, à l'administration équitable de la justice et au privilège de la consultation juridique; à la protection de la vie privée; aux intérêts commerciaux et économiques légitimes; à la gestion de l'économie; à la conservation de l'environnement; et à l'élaboration de politiques et d'autres activités légitimes des autorités publiques²⁵.

Exceptions à portée excessive

Certaines des exceptions de la LAI sont rédigées de façon si générale que, même si elles couvrent certains intérêts légitimes en matière de confidentialité, elles vont beaucoup plus loin pour couvrir également des documents qui ne devraient pas être secrets. Par exemple, une série d'exceptions vise des renseignements obtenus au cours de différents types d'enquêtes, comme les enquêtes destinées à faire respecter les lois (alinéa 16(1)a)), les enquêtes menées par diverses autorités publiques (paragraphe 16.1(1)), les enquêtes menées par le commissaire au lobbying (paragraphe 16.2(1)) et les enquêtes menées sous le régime de la *Loi électorale du Canada* (article 16.3). De telles enquêtes peuvent porter sur des renseignements exemptés en vertu d'autres exceptions, comme la protection des renseignements personnels. Dans certains cas, la divulgation de renseignements pourrait nuire à l'enquête, mais il ne s'agit pas d'une condition pour retenir les renseignements dans ces exceptions. Le paragraphe 21(1) comprend un certain nombre d'exceptions très générales, y compris l'alinéa a) qui couvre tous les conseils élaborés par ou pour une autorité publique.

Une autre exception souvent invoquée est l'article 23, qui prévoit une exception générale concernant le privilège qui s'étend au « secret professionnel de l'avocat ou du notaire ». Le rôle habituel du secret professionnel de l'avocat est de protéger l'échange franc de renseignements entre les personnes et leurs avocats, même sur des sujets qui peuvent être délicats, comme l'infidélité conjugale ou le comportement criminel. Cependant, les communications entre les avocats du gouvernement et les fonctionnaires qui ont trait à l'élaboration de politiques ou à d'autres formes (régulières) de prise de décisions gouvernementales ne sont pas aussi délicates. Dans le contexte gouvernemental, nous suggérons que la portée de cette exception soit limitée au « privilège relatif au litige », qui est également mentionné expressément dans cet article.

Exceptions à critère de préjudice

²⁵ Recommandation n° R(2002)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, note 23, article IV.

D'autres exceptions protègent les intérêts légitimes, mais ne comportent pas le critère de préjudice nécessaire et permettent donc que des renseignements soient retenus bien que leur divulgation ne causerait aucun préjudice. Il s'agit notamment de dispositions protégeant les renseignements reçus à titre confidentiel d'autres États ou gouvernements (paragraphe 13(1)), les renseignements liés aux techniques d'enquête sur le respect de la loi (alinéa 16(1)b)), les renseignements traités comme confidentiels par les sociétés d'État (paragraphe 18.1(1)), les renseignements financiers ou commerciaux qui sont traités de façon confidentielle par un tiers (alinéa 20(1)b)) et les rapports préliminaires ou documents de travail internes liés aux vérifications gouvernementales (article 22.1). Un certain nombre d'autres exceptions ne comportent pas non plus de critères de préjudice. Certaines d'entre elles sont des exceptions « fondées sur des catégories » qui protègent des catégories entières de documents, comme « tous les rapports préliminaires liés aux vérifications gouvernementales », plutôt que de protéger un intérêt contre un préjudice. Les exceptions de catégorie ne peuvent jamais être légitimes puisque certains dossiers couverts par la catégorie ne seront pas sensibles.

Primauté de l'intérêt public

Une mesure qui contribuerait grandement à régler les problèmes liés au régime des exceptions serait d'adopter une disposition générale de primauté de l'intérêt public. À l'heure actuelle, la *Loi* ne prévoit qu'une primauté limitée de l'intérêt public qui s'applique aux secrets commerciaux et aux renseignements financiers, scientifiques ou techniques de tiers, et qui permet la divulgation « pour des raisons d'intérêt public concernant la santé ou la sécurité publiques ou la protection de l'environnement » ou lorsque « ces raisons [justifient] nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers [...] » (paragraphe 20(6)). La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Criminal Lawyers' Association c. Ontario (Sûreté et Sécurité publique)*, a effectivement élargi la portée de cette disposition en affirmant que l'intérêt public doit être pris en compte au moment de décider d'appliquer ou non des exceptions discrétionnaires²⁶. Par conséquent, toutes les exceptions discrétionnaires sont maintenant assujetties à une certaine forme de primauté de l'intérêt public, mais sont tout de même exclues les exceptions obligatoires (comme celles des articles 13, 16(3), 16.1, 16.2, 16.4, 16.5, 19(1), 20.1, 20.2 et 20.4).

Si le gouvernement a des préoccupations au sujet d'un manque d'uniformité dans l'application de la primauté de l'intérêt public, il pourrait inclure dans la LAI une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération pour évaluer l'intérêt public. La recommandation n° 17 d'un rapport de 2016 du Comité ETHI sur la réforme de la LAI

²⁶Note 10, paragraphe 48.

suggérait que cette liste pourrait comprendre les objectifs du gouvernement ouvert; les effets sur l'environnement, la santé ou la sécurité publique; et le fait que les renseignements révèlent des abus des droits à la personne ou permettraient de protéger le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne²⁷. D'autres facteurs, comme la simplification de la participation du public et la dénonciation de la corruption, devraient également être inclus dans la liste.

Exclusions complètes

La LAI exclut complètement de sa portée les « documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada », aussi appelés documents confidentiels du Cabinet (article 69). L'article 69 définit ces documents confidentiels de façon générale pour couvrir un très large éventail de renseignements. La même exclusion complète s'applique aux renseignements détenus par la Société Radio-Canada autres que les renseignements administratifs généraux (article 68.1) et par Énergie atomique du Canada, Limitée autres que les renseignements administratifs généraux ou les renseignements sur l'exploitation des installations nucléaires réglementées (article 68.2). Par conséquent, ces exceptions ne sont pas assujetties à un critère de préjudice, à une primauté de l'intérêt public, à un examen par le commissaire à l'information et, à l'exception des documents confidentiels du Cabinet, à une disposition de temporisation.

Dispositions relatives au secret dans d'autres lois

L'annexe II de la LAI contient une liste de 65 dispositions relatives au secret dans d'autres lois qui s'appliquent nonobstant ses dispositions (paragraphe 24(1)). Ce ne sont pas toutes ces dispositions qui protègent les intérêts légitimes, qui sont soumises à un critère de préjudice et qui comportent la primauté de l'intérêt public et des dispositions de temporisation (pour celles qui protègent l'intérêt public) de 20 ans ou moins. Par exemple, l'article 107 de la *Loi sur les douanes* interdit la divulgation de tout renseignement obtenu par ou pour le compte du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou du ministre du Revenu national concernant les douanes ou le recouvrement de dettes publiques. Cette disposition rend secrète toute une catégorie de renseignements plutôt que de protéger étroitement un intérêt légitime contre le préjudice, et il manque également une primauté de l'intérêt public et une clause de temporisation. Un certain nombre d'autres dispositions de cette liste sont également problématiques.

²⁷ Rapport du Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique, note 1 p. 72

Dispositions de temporisation

À l'heure actuelle, la LAI ne comporte que quelques dispositions de temporisation. L'alinéa 16(1)a crée une disposition de temporisation de 20 ans pour les renseignements préparés ou obtenus par un organisme d'enquête publique aux fins d'une enquête légitime concernant une infraction à la loi ou une menace envers la sécurité nationale. Cependant, de nombreuses autres exceptions, y compris celles prévues aux alinéas 16(1)b) à d), chevauchent les types de renseignements visés à l'alinéa 16(1)a) et ne comportent pourtant pas de disposition de temporisation, ce qui permettrait aux autorités publiques d'éviter la disposition de temporisation en se fiant simplement à ces exceptions. Le paragraphe 22.1(1) crée une disposition de temporisation de 15 ans pour les renseignements relatifs aux vérifications gouvernementales, mais il ne protège pas d'abord un intérêt légitime. Il ne reste que le paragraphe 21(1) (avis du gouvernement, 20 ans), l'alinéa 69(3)a) (documents confidentiels du Cabinet, 20 ans) et l'alinéa 69(3)b) (certains documents d'information qui éclairent les décisions non publiques du Cabinet, quatre ans après la prise de la décision) comme seules dispositions de temporisation efficaces. Il serait préférable de créer une disposition autonome qui assujettirait toutes les exceptions de la LAI qui protègent l'intérêt public à une disposition de temporisation, en vertu de laquelle les renseignements ne seraient plus soustraits à la divulgation après 20 ans.

Au besoin, une disposition pourrait être ajoutée à la LAI pour permettre, de façon tout à fait exceptionnelle, de prolonger les dispositions de temporisation, au moyen d'une procédure spéciale, lorsque les renseignements demeurent vraiment sensibles au-delà de 20 ans, ce qui pourrait parfois être le cas pour les renseignements relatifs à la sécurité nationale.

Recommandations

- Les exceptions ne doivent protéger que les intérêts reconnus comme légitimes en regard du droit international.
- Toutes les exceptions devraient être soumises à un critère de préjudice.
- Une primauté claire de l'intérêt public devrait s'appliquer à toutes les exceptions.
- La LAI ne devrait comporter aucune exclusion générale.
- Toutes les exceptions qui protègent l'intérêt public devraient être assujetties à des dispositions de temporisation afin qu'elles ne s'appliquent plus après un maximum de 20 ans.
- Toutes les dispositions de l'annexe II de la *Loi* ne devraient être examinées et conservées dans cette annexe que si elles protègent des intérêts légitimes, si elles sont soumises à un critère de préjudice, si elles sont

assujetties à la primauté publique et, lorsqu'elles protègent les intérêts publics, si elles sont assujetties à une disposition de temporisation d'au plus 20 ans, si nécessaire à la suite d'une modification.

Les pouvoirs du commissaire à l'information

Le CLD et la BCCLA se réjouissent du fait que, avec l'adoption du projet de loi C-58, le commissaire à l'information dispose maintenant du pouvoir de rendre des ordonnances (voir l'article 36.1 de la LAI). Cependant, des procédures claires devraient être ajoutées pour certifier les ordonnances du commissaire à l'information en tant qu'ordonnances de la Cour fédérale, ou pour que ces ordonnances soient autrement appliquées par les tribunaux. De telles procédures existent, par exemple, en Colombie-Britannique²⁸, en Alberta²⁹, au Québec³⁰ et à l'Île-du-Prince-Édouard³¹, où les autorités publiques doivent se conformer aux ordonnances du commissaire à l'information ou faire face à une ordonnance d'outrage au tribunal. En Ontario, le fait de s'abstenir volontairement de se conformer à une ordonnance du commissaire à l'information constitue une infraction criminelle passible d'une amende de 5 000 \$³². Bien qu'une ordonnance exécutoire du commissaire à l'information ait souvent suffisamment de poids pour obliger les autorités publiques à se conformer, il serait préférable de prévoir un mécanisme d'application au cas où les autorités ne se conformeraient pas.

Une deuxième question est celle de la norme de révision des décisions du commissaire à l'information par la Cour fédérale. À l'heure actuelle, en appel, la Cour fédérale révisé les « questions » qui font l'objet de rapports ou d'ordonnances du commissaire, et non les rapports ou les ordonnances eux-mêmes (articles 41 à 48). La procédure prévue aux articles 41 à 48 devrait être modifiée pour préciser que ce sont les ordonnances du commissaire à l'information, et non les décisions de l'autorité publique, qui sont révisées par la Cour fédérale. À tout le moins, il faudrait utiliser une norme modifiée de révision *de novo* qui empêcherait les autorités publiques de présenter de nouvelles demandes d'exception à la suite d'un appel devant le commissaire à l'information.

²⁸ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, chap. F.31, paragraphe 61(1)f.

²⁹ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSBC 1996, chapitre 165, articles 59 et 59.01, https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/96165_05#section59. [en anglais seulement]

³⁰ *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, chapitre F-25, articles 72(6) et 74. [en anglais seulement]

³¹ *Loi concernant l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, chapitre A-2.1, article 144, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/A-2.1>.

³² *Loi sur l'accès à et la protection de la vie privée*, L.R.O.. 1990, ch. F.31, al. 61(1)(f).

Recommandations

- Les ordonnances du commissaire à l'information devraient être directement applicables par la Cour fédérale.
- Le processus de contrôle judiciaire devrait être modifié de façon à ce que ce soit les ordonnances du commissaire à l'information, et non les décisions des autorités publiques, qui soient à l'étude.

Conclusion

Lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'accès à l'information* en 1982, le Canada était un chef de file mondial en matière de droit à l'information, mais c'est maintenant chose du passé. Les Canadiens réclament depuis des décennies une réforme en profondeur de la LAI; l'approche fragmentaire que les gouvernements canadiens successifs ont adoptée jusqu'à maintenant ne suffit tout simplement pas. L'examen en cours de la LAI est une occasion pour le Canada de rompre le cycle de la réforme de l'accès à l'information qui promet beaucoup et qui ne donne pas assez de résultats. Autrement, le Canada continuera de traîner derrière d'autres pays, peinant à s'élever au-dessus de son 52^e rang mondial actuel parmi les pays qui ont des lois sur le droit à l'information³³. Il est temps que le gouvernement agisse de façon décisive, qu'il tienne les promesses qu'il a faites en 2015 et qu'il réponde réellement à d'autres besoins importants en matière de réforme du droit à l'information.

³³ Classement des lois en matière de droit à l'information, page des pays, <http://www.rti-rating.org/country-data/>. [en anglais seulement]