

15 octobre 2020

CDL-UD(2020)010

Or. Fr.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

en coopération avec

**LE MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES
ET DE LA REFORME DE L'ADMINISTRATION DU ROYAUME DU MAROC**

**11^e Séminaire régional UniDem Med
pour les hauts cadres de l'administration**

**“ VERS UNE ADMINISTRATION
ORIENTEE VERS LES USAGERS ”**

Vidéoconférence, Maroc

13 – 15 octobre 2020

LE DROIT D'ACCES A L'INFORMATION

par

**M. André OUI MET
(Professeur associé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke,
Québec, Canada)**

INTRODUCTION

Je remercie d'abord les organisateurs de ce séminaire, plus particulièrement M. Hristo Hristov du Conseil de l'Europe avec qui j'ai eu l'occasion de m'entretenir relativement au sujet de mon intervention.

En 2002, réunis à Sofia, en Bulgarie, des représentants d'organismes pour la liberté de l'information provenant de 15 pays – Albanie, Arménie, Bosnie-et-Herzégovine, Bulgarie, Géorgie, Hongrie, Inde, Lettonie, Macédoine, Mexique, Moldavie, Roumanie, Slovaquie, Afrique du Sud, et États-Unis, ainsi que des représentants d'organismes internationaux actifs dans le champ de la liberté de l'information ont proposé que le 28 septembre soit une journée consacrée à la promotion du droit d'accès à l'information.

Cette année, pour marquer ce moment, divers événements ont ponctué la Journée internationale du droit à l'information, au Canada et dans différents pays.

Quelques jours après ce 28 septembre, je remercie les organisateurs de ce séminaire de m'avoir invité à partager et échanger avec vous sur un thème qui me passionne depuis plus de 30 ans. Après un bref survol du droit à l'information, je m'attarderai sur la mise en œuvre des lois assurant aux citoyens un droit d'accès aux documents administratifs, au Canada et au Québec.

Bien que je m'exprime à titre personnel, la réflexion que je vous propose est le fruit de mon expérience. Dix-sept ans à titre secrétaire général et directeur des affaires juridiques à la Commission d'accès à l'information, professeur du droit à l'information et à la protection des données personnelles et formateur sur l'éthique et le mandat confié aux responsables de l'application des lois d'accès à l'information. J'ai agi comme conseiller auprès de plusieurs gouvernements lors de la réaction ou la mise en œuvre de telles lois.

Le droit à l'information¹

Même si l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948² a permis la reconnaissance du droit à l'information, c'est bien après l'adoption de règles sur l'accès à l'information, en Suède, en 1766, qu'on a vu apparaître, ici et là, des lois assurant aux citoyens un véritable droit à l'information gouvernementale.

Du reste, s'il faut porter notre regard dans le rétroviseur, ce n'est que deux siècles plus tard que les États-Unis ont adopté le Freedom Of Information Act (FOIA)³ et il a fallu attendre les années 70 et 80 pour que le mouvement, né deux siècles plus tôt, soit véritablement lancé.

Or, le mouvement ne cesse d'évoluer puisqu'actuellement on recense plus de 100 pays dans le monde, dont le Maroc en 2018 (loi 3113), qui ont adopté une loi d'accès information. Pour parler de mon pays, le Canada⁴, en 1983, et le Québec⁵, en 1982, ont adopté pour leur juridiction respective, une loi d'accès à l'information, en même temps qu'ils adoptaient des lois pour protéger les renseignements personnels.

En esquissant les grandes lignes du mouvement du droit à l'information, on ne saurait oublier les nombreux textes internationaux, dont la Convention du conseil de l'Europe STCE-205⁶, pour ne nommer que celle-là et les décisions de tribunaux, comme dans l'affaire Claude Reyes c. Chili du 16 septembre 2006, pour ne nommer que celle-ci, qui ont consacré le droit d'accès à l'information.

¹ L'expression « accès à l'information » est un calque de l'américain « Freedom of Information ». Il est plus juste de parler d'accès aux documents de l'administration.

² La Déclaration universelle des droits de l'homme [Texte imprimé] / [adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948]

³ Freedom Of Information Act, 5 U.S.C. SS 552.

⁴ *Loi sur l'accès à l'information (L.R.C. (1985), ch. A-1)*

⁵ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1*

⁶ Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, Série des Traités du Conseil de l'Europe- no 205.

À partir de ce rapide survol, on peut affirmer que depuis quelques décennies maintenant, l'accès à l'information s'inscrit dans les dispositifs qui doivent concrétiser la transparence selon les exigences de la bonne gouvernance⁷.

Il est normal qu'il en soit ainsi, comme le rappelait un juge de la Cour suprême du Canada⁸:

Selon le par. 2(1) de la Loi sur l'accès à l'information, cette loi a notamment pour objet de donner «accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication». L'idée que le public devrait avoir un droit opposable d'accès aux renseignements détenus par l'administration fédérale est, cependant, relativement nouvelle. La pratique du secret gouvernemental a de profondes racines dans la tradition parlementaire britannique; voir Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal* (1988), aux pp. 61 à 84.

À mesure que la société est devenue plus complexe, les gouvernements ont mis en place des structures bureaucratiques de plus en plus élaborées pour régler les problèmes sociaux. Cependant, plus le pouvoir gouvernemental est dispersé dans des organismes administratifs, moins les formes traditionnelles de responsabilité politique, tels les élections et le principe de la responsabilité ministérielle, sont aptes à garantir que les citoyens conservent un contrôle efficace sur ceux qui les gouvernent; voir David J. Mullan, «Access to Information and Rule-Making», dans John D. McCamus, dir., *Freedom of Information: Canadian Perspectives* (1981), à la p. 54.

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population. Comme l'explique le professeur Donald C. Rowat dans son article classique, intitulé «How Much Administrative Secrecy?» (1965), 31 *Can. J. of Econ. and Pol. Sci.* 479, à la p. 480:

[TRADUCTION] Ni le Parlement ni le public ne sauraient espérer demander au gouvernement de rendre compte s'ils n'ont pas une connaissance suffisante de ce qui se passe; ils ne peuvent pas non plus espérer prendre part au processus décisionnel ni contribuer à l'établissement des politiques générales et des lois si ce processus est tenu secret.

Voir aussi Association du Barreau canadien, *La liberté d'information au Canada: un projet de loi type* (1979), à la p. 6.
(...)

Les droits aux renseignements détenus par l'État visent à améliorer les rouages du gouvernement, de manière à le rendre plus efficace, plus réceptif et plus responsable. En conséquence, bien que la Loi sur l'accès à l'information reconnaisse un droit d'accès général aux «documents des institutions fédérales» il importe de tenir compte de l'objectif général de cette loi pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître une exception à ce droit général.

J'ouvre ici une parenthèse pour soumettre à votre réflexion une question. Le droit à l'information ne serait-il pas un droit supérieur à d'autres droits fondamentaux? De ce fait, ne devrait-il pas se voir accorder une attention toute particulière? Bien sûr, tous les droits fondamentaux sont égaux. Mon interrogation repose sur l'idée que le droit à l'information précède les autres droits. Ma réflexion sur la question a été soulevée notamment à un moment où, la présidente de la Commission d'accès à l'information, à la faveur d'une comparution devant l'Assemblée nationale, a soutenu que *l'exercice du droit à l'accès peut être considéré comme un droit fondamental, droit qui s'exerce avant de songer à faire valoir d'autres droits dans l'exercice des parts de la possession de l'information appropriée. Dans la*

⁷ Selon la Banque mondiale, le concept de gouvernance y est défini, de manière large, comme étant « *the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development* »^l et les principes applicables à la bonne gestion des entreprises le sont également pour la chose publique. Ainsi, la transparence, l'accès à l'information, l'État de droit, la responsabilisation, et la gestion (taille) du secteur public sont toutes des caractéristiques liées à une bonne gouvernance. Voir : Governance, The World Bank 's Experience, 1994.

⁸ Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403

hiérarchie des droits, on pourrait considérer le droit à l'information comme un droit qui s'exerce de façon préalable à l'exercice des autres droits dont nous sommes investis.

Puisqu'il ne s'agit pas de mon propos principal, je referme la parenthèse.

D'une manière plus pragmatique, se pose maintenant la question de la mise en œuvre du droit d'accès aux documents administratifs. Quels sont les principes qui se sont dégagés du droit à l'information? Je me permets de les rappeler :

1. L'accès à l'information est un droit universel;
2. L'accès est la règle; le secret est l'exception;
3. Le droit s'applique à tous les organismes publics;
4. La procédure de demande devrait être simple, rapide et gratuite;
5. Les responsables ont l'obligation d'aider les demandeurs;
6. Les refus doivent être justifiés;
7. L'intérêt public a préséance sur le secret;
8. Chacun a le droit de faire appel d'une décision défavorable;
9. Les organismes publics devraient publier systématiquement l'information de base;
10. Le droit devrait être garanti par un organisme indépendant.
- 11.

J'en arrive maintenant à vous décrire comment le Canada et le Québec ont mis en œuvre ces principes.

L'expérience du Canada et du Québec

Le Canada est une fédération. De ce fait, les compétences sont réparties entre toutes ses constituantes, les provinces et les territoires. Le Québec dispose d'un système de droit mixte, c'est-à-dire qu'on y applique le droit civil et la *Common Law*.

En matière d'accès à l'information, les expériences vécues au Canada et au Québec sont intéressantes en ce que, même si les principes énoncés plus tôt ont été mis en œuvre dans une loi, deux modèles distincts ont été adoptés. Ce sera le principal objet de mon propos.

Le modèle canadien

En 1982, le Canada a adopté une loi d'accès à l'Information et une loi sur la protection des renseignements personnels qui ont permis la constitution de deux institutions distinctes pour en assurer l'application. Le Commissaire à l'information et le Commissaire à la vie privée sont nommés par le Parlement canadien et ils jouissent de pouvoirs étendus. Au moment de l'adoption de ces lois, les deux institutions avaient le pouvoir de formuler des recommandations, leurs pouvoirs n'étant pas décisionnels. Une modification récente accorde au Commissaire à l'information un pouvoir d'ordonnance.

En raison du temps qui m'est imparti, je m'attarderai maintenant au modèle québécois d'accès à l'information.

Le modèle québécois

En 1982, le Québec a adopté une loi, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* qui, comme son titre l'indique, reconnaît à ses citoyens, dans une seule et même loi, le droit d'accès aux documents de l'administration publique et le droit à la protection des renseignements personnels. Une seule loi, deux volets, voilà une première distinction avec la loi canadienne et la plupart des lois dans le monde. À ma connaissance, le modèle québécois a fait école dans plusieurs provinces canadiennes et dans certains länder allemands.

En outre, la loi québécoise prévoit la création de la Commission d'accès à l'information (CAI), un organisme de protection des données nominatives et un tribunal administratif de l'accès aux documents de l'administration qui est composée d'au moins cinq membres, tous nommés par l'Assemblée nationale. S'agissant de l'accès aux documents de l'administration, la loi québécoise a pourvu la CAI de pouvoirs d'ordonnances. C'est un véritable tribunal administratif. Un droit d'appel de ses décisions est d'ailleurs prévu devant un tribunal de l'ordre judiciaire.

La Loi est prépondérante sur toutes les autres lois du Québec, sauf dispositions dérogatoires.

L'accès aux documents de l'administration au Québec

D'emblée, la loi sur l'accès aux documents administratifs reconnaît à toute personne un droit d'accès aux documents des organismes publics (ils sont plusieurs milliers). Généralement, cela suppose qu'un citoyen formule une demande en vue d'obtenir un document en particulier. Néanmoins, dans un effort pour faciliter l'accès aux documents de l'administration, le Québec a décidé d'adopter un règlement qui impose à des organismes publics la diffusion de certains documents, renseignements et informations. Cette pratique fait écho à ce qu'on appelle chez nos voisins du Sud *l'Automatic Routine Disclosure* ou, si vous me permettez une traduction libre, la divulgation proactive ou automatique de documents. Pour répondre à une demande d'accès, une personne de l'organisme, qu'on appelle le responsable de l'accès aux documents, dispose d'un délai déterminé par la loi. Dans certains organismes, en raison du nombre de demandes qui lui sont adressées, cela signifie que le responsable est à la tête d'une direction de quelques personnes qui le secondent dans cette importante responsabilité. La Loi prévoit des restrictions à l'accès qui sont soit obligatoires, celles que le responsable doit absolument invoquer pour refuser l'accès à un document, d'autres qui sont facultatives.

Les restrictions visent les catégories suivantes de documents :

- Les renseignements ayant des incidences sur les relations intergouvernementales
- Les renseignements ayant des incidences sur les négociations entre organismes publics
- Les renseignements ayant des incidences sur l'économie
- Les renseignements ayant des incidences sur l'administration de la justice et la sécurité publique
- Les renseignements ayant des incidences sur les décisions administratives ou politiques
- Les renseignements ayant des incidences sur la vérification

Certaines restrictions à l'accès ne peuvent être invoquées que durant une période que la loi détermine. On peut dire que cette loi est maintenant bien inscrite dans la culture et que des milliers de citoyens et plusieurs journalistes, pour ne nommer que ceux-là, y ont recours abondamment. Du reste, des milliers de demandes d'accès et des milliers de décisions rendues par la CAI témoignent de la vitalité du régime mis en place en 1982.

Toutefois, force est de constater que, près de quarante ans après sa mise en œuvre, la loi québécoise doit être modernisée. On constate en effet que les exceptions dites obligatoires sont trop nombreuses et que parfois, les délais de certaines restrictions permettant de les invoquer sont trop longs.

De plus, au fil des ans, de nouvelles exceptions, non inscrites dans la loi, mais néanmoins reconnues par la jurisprudence, ont rétréci la portée de la loi. C'est le cas du secret professionnel et du privilège relatif au litige.

Un autre moyen de moderniser la Loi sur l'accès serait d'inclure une disposition prévoyant la primauté de l'intérêt public, disposition applicable à l'ensemble des restrictions. La loi canadienne inclut une telle disposition qui permet de soupeser les intérêts que les restrictions au droit d'accès visent à protéger et d'autres intérêts liés à l'intérêt public dans une situation donnée. Une loi sur l'accès ne peut prévoir toutes les situations.⁹

Je retiens que même si, à mon avis, la loi québécoise m'apparaît solidement inscrite dans le corpus législatif, elle mérite une révision majeure pour renforcer une véritable culture de transparence dans l'administration gouvernementale.

Des lois qui supposent un changement de culture

Quel est le meilleur moyen de mettre en application une loi d'accès à l'information? À mon avis, une réponse s'impose. Un maitre-mot : pédagogie. Les lois d'accès à l'information ne sont pas des lois ordinaires. Aussi, pour leur mise en œuvre, il faut convaincre, expliquer et rappeler. Convaincre d'abord l'administration que les choses ont changé et que l'accès à l'information est maintenant la norme;

⁹ La CAI a formulé plusieurs recommandations en vue de moderniser la loi québécoise dans : Commission d'accès à l'information, Rapport quinquennal 2016, *Rétablir l'équilibre*.

expliquer aux citoyens leurs droits en matière d'accès à l'information et rappeler à l'administration ses devoirs : rendre des documents publics sans qu'il soit nécessaire de recevoir une demande d'accès, interpréter restrictivement les exceptions prévues à la loi et répondre dans les délais impartis. Bref, faire preuve d'ouverture.

Par exemple, au Canada et au Québec, des entités gouvernementales aident les organismes dans l'application de la loi. Aussi, de nombreuses formations sont dispensées par des organismes publics, voire des organismes privés, des avocats et les universités. Enfin, il n'est pas rare que des journalistes citent, dans un article, qu'il a été rédigé grâce à un document obtenu en vertu de la Loi sur l'accès à l'information. Voilà autant de moyens qui contribuent à faire connaître la loi.

En outre, des sites internet très complets¹⁰ et des éditeurs juridiques publient les décisions des organismes et des tribunaux¹¹.

Bref, plusieurs moyens sont mis en place pour faire connaître la loi et s'assurer qu'elle s'intègre dans le paysage administratif, social et politique.

L'Open data ou données ouvertes

L'État québécois s'est engagé dans un changement de culture important qui encourage le principe d'ouverture par défaut des données publiques, comme proposé par la Charte internationale sur les données ouvertes¹². À cet effet, il a adopté des orientations dont les six énoncés sont les suivants :

- Les données sont ouvertes par défaut;
- La diffusion de données ouvertes est priorisée et planifiée;
- Les données ouvertes sont privilégiées comme données en intrant et en extrant des systèmes d'information;
- Les données ouvertes diffusées sont de qualité;
- Le pôle d'expertise en données ouvertes agit comme catalyseur des initiatives gouvernementales;
- Les données ouvertes diffusées sont conformes aux pratiques communes.

Le gouvernement et les municipalités du Québec ont créé un partenariat pour regrouper, sur un même site, les données ouvertes de leur administration¹³. Ce site s'inscrit dans le principe du gouvernement ouvert et vise à :

- offrir un meilleur accès aux données ouvertes d'intérêt public ;
- accorder aux citoyens la possibilité d'interagir avec les organisations diffusant les données ;
- simplifier l'utilisation et le croisement des données ;
- faciliter la participation citoyenne dans l'élaboration de solutions innovantes ;
- accroître la transparence des administrations publiques.

Le Canada a aussi adopté une directive sur le gouvernement ouvert. Cette initiative a déjà permis l'accès à des centaines de milliers de jeux de données.

Ces projets présentent parfois un enjeu relatif à la protection de la vie privée qui, à lui seul, justifierait un séminaire pour en discuter. Permettez-moi une remarque. Ce matin, au cours du séminaire, à la faveur d'une discussion, j'ai entendu un débat portant sur la protection des données nominatives. Parler de l'accès à l'information, c'est inévitablement traiter aussi de la protection des données personnelles. L'équilibre qu'il faut trouver pour permettre l'accès aux documents de l'administration entraîne le plus souvent une réflexion sur la protection des données personnelles. C'est une recherche qui commande de rester alerte et soucieux d'assurer le respect de ces deux droits fondamentaux.

¹⁰ <https://www.cai.gouv.qc.ca/> et <https://www.oic-ci.gc.ca/fr>

¹¹ SOQUIJ, <https://soquij.qc.ca/>

¹² *Charte internationale sur les données ouvertes*, en ligne : <http://opendatacharter.net/principles-fr/>

¹³ <https://www.donneesquebec.ca/fr/>

CONCLUSION

Vous comprendrez que le régime de transparence qui prévaut au Canada et au Québec contient beaucoup d'autres modalités. J'ai tenté de retenir certains aspects qui les caractérisent tout en notant au passage, un résultat positif et des défis que soulèvent les nouvelles réalités. Je vous remercie de m'avoir écouté. Je suis maintenant disposé à échanger avec vous.