

**LA MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION
GOUVERNEMENTALE ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS AU QUÉBEC: ANALYSE CRITIQUE ET PERSPECTIVES
DE RÉFORME ORGANISATIONNELLE**

par

**Me RAYMOND DORAY
Avocat associé
au sein du cabinet Lavery, de Billy
1, Place Ville-Marie
Bureau 4000
Montréal (Québec) Canada
H3B 4M4**

**AVIS PRÉPARÉ À LA DEMANDE DU MINISTÈRE
DES RELATIONS AVEC LES CITOYENS ET DE L'IMMIGRATION**

JUIN 2003

LA MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION GOUVERNEMENTALE ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS AU QUÉBEC: ANALYSE CRITIQUE ET PERSPECTIVES DE RÉFORME ORGANISATIONNELLE

RÉSUMÉ

Ce texte cherche tout d'abord à répondre à la question de savoir si la multiplicité des fonctions, compétences et pouvoirs actuellement confiés à la Commission d'accès à l'information lui a permis d'accomplir adéquatement sa mission et de répondre aux attentes de ses diverses clientèles en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Dans la même veine, l'étude cherche à savoir si la multiplicité des fonctions et des compétences de la Commission lui permettra de relever les défis qui l'attendent au cours des prochaines années.

Afin de répondre à ces questions, l'auteur étudie dans un premier temps la mission et les fonctions de la CAI telles qu'elles ont été établies lors de sa création en 1982 et telles qu'elles ont été modifiées en 1993 par le législateur. Il conclut qu'à l'exception des pouvoirs d'informer le public et de faire la promotion de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, la Commission s'est vue confier par le législateur l'ensemble des pouvoirs recommandés dans le Rapport Paré, notamment d'entendre les demandes de révision des décisions des organismes publics en matière d'accès aux documents, incluant les demandes d'accès aux renseignements personnels, de surveiller l'application de la loi, notamment en faisant des enquêtes sur son respect, de faire des recommandations aux organismes publics et de leur proposer des normes en matière d'accès et de protection des renseignements personnels ainsi que de conseiller le gouvernement et l'Assemblée nationale sur l'évolution de la réforme. En 1993, la Commission s'est vue confier une mission et des fonctions analogues au regard de la protection des renseignements personnels dans le secteur privé.

L'auteur procède ensuite à l'identification des attentes des divers «clients» de la CAI que sont les demandeurs d'accès, les plaignants, les organismes publics et les entreprises privées. En fonction des attentes de ces clientèles, il cherche alors à répertorier les critiques qui ont le plus souvent été formulées à l'endroit de la CAI ou du régime depuis sa mise en place. Ainsi, il ressort d'un relevé des éditoriaux et articles publiés dans la presse au cours des cinq dernières années que les principaux reproches entendus sont 1^o) le manque de combativité de la Commission, problème qui est notamment lié à son statut de tribunal quasi judiciaire; 2^o) le fait que la Commission n'a pas d'influence et que sa crédibilité soit faible; 3^o) la lenteur du processus d'adjudication et le fait qu'il est facile de «judiciariser» tout litige de manière à garder un document confidentiel pendant des années; 4^o) l'incapacité de la Commission à mener des enquêtes crédibles et 5^o) le fait que la CAI agisse parfois comme conseillère du gouvernement, ce qui réduit sa capacité de critique à l'égard de ce dernier.

Sont ensuite passées en revue les critiques véhiculées en commission parlementaire à l'endroit de la CAI de même que par les organismes publics. Ces derniers sont notamment frustrés par les réactions et conclusions de la Commission lorsqu'ils lui soumettent pour avis des projets de loi et de règlement ou des réformes administratives. Ils considèrent que la Commission n'a pas toujours l'expertise technique nécessaire pour analyser les projets soumis car elle connaît somme toute assez mal les nombreux domaines complexes sur lesquels elle est appelée à se prononcer. Enfin, ses avis sont généralement émis à partir d'une grille d'analyse étroite.

Abordant ensuite les principaux défis auxquels la CAI aura à faire face au cours des prochaines années, l'auteur constate que c'est principalement dans le domaine de la protection des renseignements personnels et du respect de la vie privée que des problématiques complexes devront être abordées. L'impact des nouvelles technologies de l'information sur la vie privée, la surveillance vidéo dans les lieux publics et privés, l'identification biométrique des individus, le contrôle des courriels et des recherches Internet par les employeurs, les policiers et les services secrets, la constitution de profils de personnalité, de consommation et de comportement seront vraisemblablement à l'ordre du jour.

Or, ces problématiques outrepassent nettement la simple question de protection des renseignements personnels et peuvent être qualifiées de «polycentriques», parce qu'elles impliquent des conflits entre différentes valeurs (vie privée, sécurité des personnes, liberté d'expression, contrôle démocratique, etc.), ce qui implique généralement un jugement d'opportunité en plus d'une analyse juridique.

À un autre niveau, le texte aborde la question du caractère multifonctionnel de la CAI et la limitation de son champ de compétence juridictionnel et non juridictionnel. L'auteur fait alors un relevé sommaire des limites juridiques à la multiplicité des fonctions telles que la crainte raisonnable de partialité, la partialité institutionnelle et l'indépendance des membres des organismes juridictionnels. Il procède ensuite à une analyse des limites fonctionnelles à la multiplicité des fonctions et note qu'il existe des conflits entre l'adjudication et la promotion active des droits, entre l'adjudication et l'enquête, entre l'adjudication et le rôle de conseiller, entre la promotion des droits et le rôle de conseiller et enfin, entre l'adjudication et la médiation. Il note entre autres l'incapacité pour la Commission de prendre fait et cause pour les demandeurs ou les plaignants dans un contexte où les rapports de force entre les organismes publics et les entreprises d'une part et les citoyens, d'autre part, sont inégaux.

Le document traite ensuite de la limitation du champ de compétence juridictionnel et non juridictionnel de la Commission ce qui, à son avis, pose certaines difficultés: à l'heure actuelle, notamment, les citoyens doivent s'adresser à différents tribunaux pour soumettre une même problématique de violation de leur droit à la vie privée. Par exemple, la CAI a juridiction pour enquêter sur la communication de renseignements personnels effectuée par des organismes publics ou des entreprises privées alors qu'il appartient aux tribunaux judiciaires de trancher les litiges relatifs à une violation des

articles 35 et 36 du Code civil du Québec et d'accorder des dommages aux victimes d'une violation du droit à la vie privée.

La dernière partie de l'étude est consacrée à l'identification et à l'étude des différents modèles organisationnels de mise en œuvre des lois d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels. Après avoir analysé les avantages et inconvénients du processus de révision interne au sein des organismes publics et des entreprises privées, du modèle de l'Ombudsman, du modèle où la compétence dans ces domaines est confiée exclusivement aux tribunaux judiciaires ou à un organisme quasi judiciaire spécialisé, l'auteur se demande quel modèle organisationnel répondrait, de manière optimale, aux attentes légitimes des clientèles concernées ainsi qu'aux contraintes juridiques et constitutionnelles. Au terme de cette analyse, il conclut qu'il y aurait lieu de transformer la CAI en organisme non juridictionnel jouissant de pouvoirs d'enquête et habilité à intervenir en première ligne pour tenter de résoudre les litiges et les plaintes en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée. À son avis, on devrait confier à cet organisme multifonctionnel et non juridictionnel tous les pouvoirs et compétences nécessaires afin qu'il puisse procéder à des enquêtes, faire de la médiation, promouvoir les droits en question, prendre fait et cause pour les requérants et plaignants devant le Tribunal des droits de la personne ou toute autre instance, agir à titre de chien de garde en matière de respect de la vie privée et d'accès à l'information gouvernementale, assurer le monitoring nécessaire, conseiller le gouvernement et lui donner des avis.

En deuxième ligne, l'auteur suggère de confier à un organisme juridictionnel spécialisé existant, le Tribunal des droits de la personne, la juridiction de trancher les litiges en matière d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée et d'émettre les ordonnances exécutoires appropriées. De même, il émet l'opinion que l'on devrait attribuer à ce même tribunal la compétence nécessaire pour trancher les litiges fondés sur les articles 35 à 41 du Code civil du Québec ainsi que pour accorder des dommages-intérêts, des dommages exemplaires ou des dommages punitifs, le cas échéant. Le Tribunal des droits de la personne devrait aussi entendre les plaintes pénales dans les domaines en question et le cas échéant, imposer des sanctions pénales notamment des amendes.

Selon le modèle proposé, la Commission d'accès à l'information, devenue organisme non juridictionnel, de même que les citoyens eux-mêmes pourraient saisir le Tribunal des droits de la personne d'une question de son ressort. Enfin, les décisions finales du Tribunal des droits de la personne ne devraient être sujettes à appel que sur permission de la Cour d'appel.

TABLE DES MATIÈRES

I. LES PARAMÈTRES DU MANDAT QUI NOUS A ÉTÉ CONFIE	1
II. LA MISSION ET LES FONCTIONS DE LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION	3
A. La mission et les fonctions de la CAI de ses origines à aujourd'hui	3
1. Le contexte dans lequel la <i>Loi sur l'accès</i> a été adoptée en 1982	3
2. La mission et les pouvoirs d'origine de la CAI	4
3. La nouvelle mission et les fonctions confiées à la CAI en 1993	5
B. Les attentes et les critiques formulées à l'endroit de la CAI	6
1. Les «clients» de la CAI	6
2. Les attentes en matière d'accès aux documents et aux renseignements personnels	8
a) les demandeurs d'accès	8
b) les plaignants	9
c) les organismes publics et les entreprises visés par des demandes d'accès	10
d) les organismes publics et les entreprises visés ou susceptibles d'être visés par des plaintes	10
e) la population en général	12
3. Les principales critiques des «clients» de la CAI	12
a) les critiques véhiculées par les médias	12
b) les critiques véhiculées en commission parlementaire	18
c) les critiques véhiculées par les organismes publics	19
4. Les principaux défis auxquels la CAI aura à faire face au cours des prochaines années	20
a) en matière d'accès à l'information gouvernementale	20
b) en matière de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée	21
III. LE CARACTÈRE MULTIFONCTIONNEL DE LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION ET LA LIMITATION DE SON CHAMP DE COMPÉTENCE JURIDICTIONNEL ET NON JURIDICTIONNEL	23
A. La multiplicité des fonctions de la Commission d'accès à l'information	23
1. Les limites juridiques à la multiplicité des fonctions	23
a) la crainte raisonnable de partialité	23
b) la partialité institutionnelle	25
c) le rôle de conseiller auprès du gouvernement	26
d) l'indépendance des membres d'organismes juridictionnels	27
2. Les limites fonctionnelles à la multiplicité des fonctions	28

a) le conflit entre l'adjudication et la promotion active des droits.....	28
b) le conflit entre l'adjudication et l'enquête.....	33
c) le conflit entre l'adjudication et le rôle de conseiller.....	35
d) le conflit entre la promotion des droits et le rôle de conseiller.....	36
e) le conflit entre l'adjudication et la médiation.....	36
f) l'incapacité pour la Commission de prendre fait et cause pour les demandeurs ou les plaignants.....	37
B. La limitation du champ de compétence juridictionnel et non juridictionnel de la Commission.....	38
IV. LES DIFFÉRENTS MODÈLES ORGANISATIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS: AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS.....	40
A. Le processus de révision interne.....	40
B. Le modèle de l'ombudsman.....	41
C. Le modèle de l'organisme exerçant des pouvoirs exécutoires.....	43
1. Les tribunaux judiciaires.....	43
2. Les organismes quasi judiciaires.....	45
V. L'OPTIMISATION DU MODÈLE ORGANISATIONNEL DE MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS.....	47
A. Le choix d'un modèle qui répond aux attentes légitimes des clientèles ainsi qu'aux contraintes juridiques.....	47
1. En première ligne: un organisme multifonctionnel et non juridictionnel.....	47
2. En deuxième ligne: un organisme juridictionnel spécialisé capable de trancher les litiges en matière d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée de manière complète, impartiale et indépendante.....	49
B. Les organismes actuels susceptibles d'assumer les rôles précédemment décrits.....	50
VI. CONCLUSION.....	52

**LA MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION
GOUVERNEMENTALE ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS AU QUÉBEC: ANALYSE CRITIQUE ET PERSPECTIVES DE
RÉFORME ORGANISATIONNELLE**

I. LES PARAMÈTRES DU MANDAT QUI NOUS A ÉTÉ CONFIE

Dans le cadre de la révision vicennale de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* («*Loi sur l'accès*») et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* («*LPRPSP*»), le ministère des Relations avec les citoyens et de l'Immigration («*MRCI*») désire approfondir sa réflexion au sujet des fonctions, des compétences et des pouvoirs de la Commission d'accès à l'information («*CAI*» ou «*la Commission*») afin d'évaluer s'il y a lieu de maintenir comme tel cet organisme multifonctionnel ou si, à l'inverse, un autre modèle organisationnel devrait être adopté.

Dans cette perspective, vous nous avez confié le mandat de vous fournir notre avis sur les questions suivantes:

- 1° La multiplicité des fonctions, compétences et pouvoirs actuellement confiés à la Commission a-t-elle permis à cet organisme d'accomplir adéquatement sa mission et de répondre aux attentes de ses diverses clientèles en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée, tant dans le secteur public que dans le secteur privé?
- 2° La multiplicité des fonctions et des compétences de la Commission lui permettra-t-elle de relever les défis qui l'attendent au cours des prochaines années dans ces domaines, et de répondre adéquatement aux besoins de ses clientèles?
- 3° Existe-t-il des contraintes juridiques et plus particulièrement des contraintes constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles qui obligent ou incitent le législateur à remettre en question la nature multifonctionnelle de la Commission?
- 4° Le cas échéant, en fonction des lacunes identifiées et d'autre part, des besoins et attentes des clientèles visées, quels seraient les mécanismes organisationnels ou institutionnels qui pourraient être envisagés dans le cadre d'une réforme du régime d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée, tant dans le secteur public que dans le secteur privé?
- 5° Le cas échéant, quels seraient les avantages et inconvénients des mécanismes organisationnels ou institutionnels alternatifs qui pourraient être considérés dans le cadre d'une telle réforme?

Afin de répondre à ces questions, nous étudierons dans un premier temps la mission et les fonctions de la Commission, telles qu'elles ont été établies lors de sa création et telles qu'elles ont été modifiées en 1993 par le législateur. Par la suite, nous tenterons de définir les attentes des différentes clientèles de la Commission (citoyens, journalistes, organismes publics, entreprises privées) à l'égard d'un régime d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée. Nous essaierons également d'entrevoir quels sont les défis qui devront être relevés dans ces domaines au cours des prochaines années.

En deuxième lieu, nous analyserons plus en détail la nature multifonctionnelle de la CAI pour ensuite traiter des contraintes juridiques que les chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne imposent aux organismes exerçant à la fois des fonctions juridictionnelles, des fonctions administratives et des fonctions d'enquête. Nous examinerons également, d'un point de vue fonctionnel, les avantages et inconvénients engendrés par la pluralité des fonctions, toujours en gardant à l'esprit les attentes des diverses clientèles concernées. Nous aborderons aussi la question de la limitation du champ de compétence de la Commission dans un contexte où le respect de la vie privée soulève des problèmes polycentriques et mettent en cause plusieurs règles de droit provenant de diverses sources juridiques.

En fonction du diagnostic que nous aurons établi, nous nous demanderons alors quelles sont les structures organisationnelles ou institutionnelles alternatives que le MRCI pourrait considérer dans le cadre de la révision vicennale des lois d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels. À cette occasion, nous identifierons et comparerons les différents modèles en vigueur dans d'autres juridictions tels que la séparation des activités juridictionnelles des autres activités, l'expérience du modèle «ombudsman» et les rôles respectivement dévolus aux organismes administratifs, aux organismes juridictionnels et aux tribunaux.

Finalement, nous nous demanderons quelles seraient les caractéristiques essentielles permettant d'améliorer le régime actuellement en vigueur de manière à répondre aux attentes des utilisateurs des lois en question, des organismes publics et des entreprises privées. Nous évaluerons alors les organismes existants pour savoir s'ils possèdent les caractéristiques nécessaires pour atteindre les objectifs identifiés.

Pour l'essentiel, le présent document reflète l'opinion de son auteur, celle-ci étant tributaire d'une expérience professionnelle de plus de 20 ans dans les domaines de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, à titre de conseiller juridique de la *Commission Paré* et de la Commission d'accès à l'information, de professeur et d'avocat dans un cabinet privé.

II. LA MISSION ET LES FONCTIONS DE LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION

A. La mission et les fonctions de la CAI de ses origines à aujourd'hui

1. Le contexte dans lequel la *Loi sur l'accès* a été adoptée en 1982

Tout d'abord, il n'est pas sans intérêt de faire un bref historique. Lorsque la Commission d'accès à l'information a été créée en 1982, il n'existait pratiquement aucune règle de droit obligeant les organismes de l'État québécois à rendre publics leurs documents. Certes, le droit à l'information avait été reconnu dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ en 1975 mais il s'agissait d'un droit fort limité puisqu'il ne s'appliquait «*que dans la mesure prévue par la loi*». En l'absence de lois ou de règles de droit relatives à l'accès aux documents gouvernementaux, autant dire que cette consécration du droit à l'information dans la *Charte québécoise* ne signifiait guère plus qu'un vœu pieux.

En partant du principe que sans accès aux faits et sans information, la liberté d'opinion et d'expression est vidée de sa substance et que les libertés politiques et démocratiques n'ont pas véritablement de sens, la *Commission Paré*, à laquelle le gouvernement avait confié le mandat d'étudier la problématique de l'accès à l'information gouvernementale, concluait qu'il y avait lieu de consacrer dans une loi le droit des citoyens d'obtenir tous les documents détenus par l'État et ses organismes et que les seules restrictions ou exceptions à ce droit devraient être prévues dans cette loi².

À la lecture du rapport et des documents de recherche de la *Commission Paré*, il ressort que c'est de manière plus ou moins accessoire que la problématique de la protection des renseignements personnels a été abordée par les commissaires et que des recommandations à ce sujet ont été formulées au gouvernement. En fait, la protection des renseignements personnels est surtout analysée dans ce rapport comme étant l'une des restrictions à l'accès par les citoyens aux documents détenus par les organismes publics. Et pour éviter les fuites de renseignements personnels, le rapport Paré recommandait de limiter leur circulation dans l'appareil gouvernemental. La question du respect de la vie privée au sens large, c'est-à-dire de l'intrusion de l'État dans la sphère d'intimité des individus par divers moyens, n'y est traitée que de manière succincte³.

Enfin, il faut garder à l'esprit qu'au moment de l'adoption de la *Loi sur l'accès* qui a pour l'essentiel consacré législativement les recommandations de la *Commission Paré*, la *Charte canadienne des droits et libertés* n'était en vigueur que depuis quelques mois à peine⁴ tandis que l'article 23 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la*

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 44.

² *Information et liberté*. Rapport de la Commission d'étude sur l'accès du citoyen à l'information gouvernementale et sur la protection des renseignements personnels. Gouvernement du Québec, 1981.

³ Idem, aux pages 6, 7, 53 à 55.

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I. Entrée en vigueur le 17 avril 1982.

personne qui traite des garanties d'indépendance et d'impartialité des organismes quasi judiciaires et des commissions d'enquête avait donné lieu à très peu de jurisprudence au regard des structures organisationnelles ou institutionnelles de ces entités. Ce n'est en fait qu'au cours des années '90 que les tribunaux se sont sérieusement penchés sur ces questions⁵.

2. La mission et les pouvoirs d'origine de la CAI

C'est dans ce contexte que le rapport de la Commission Paré a recommandé au gouvernement de créer un seul et même organisme, la Commission d'accès à l'information, dont la mission et les différentes fonctions devaient être les suivantes:

- 1° Informer le public sur l'accès aux documents et la protection des renseignements personnels;
- 2° Entendre les demandes de révision des décisions des organismes publics en matière d'accès aux documents, incluant les demandes d'accès aux renseignements personnels;
- 3° Chercher à concilier les parties -les citoyens d'une part et les organismes publics d'autre part- afin d'éviter, dans la mesure du possible, l'exercice de ses pouvoirs exécutoires;
- 4° De sa propre initiative ou sur réception d'une plainte, surveiller l'application de la loi, notamment en faisant enquête sur son respect par les organismes publics;
- 5° Faire des recommandations aux organismes publics et leur proposer des normes en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels;
- 6° Délivrer des certificats de conformité des fichiers de renseignements personnels et approuver les ententes d'échanges de renseignements personnels entre organismes publics;
- 7° Faire toutes les études utiles et entendre les suggestions du public;
- 8° Conseiller le gouvernement et lui suggérer la réglementation appropriée ou des modifications à la *Loi sur l'accès* ou à d'autres lois susceptibles d'affecter la mise en œuvre du droit à l'information et du droit à la protection des renseignements personnels détenus par l'État;

⁵ Voir infra. Chapitre III, section B.

- 9° Autoriser les échanges de renseignements personnels entre organismes publics à des fins de recherche, d'étude ou de statistique;
- 10° Familiariser les membres et employés des organismes publics avec leurs nouvelles responsabilités et les aider à les mettre en œuvre;
- 11° Étudier l'ensemble des lois et règlements en vigueur au Québec afin d'identifier les dispositions inconciliables avec la *Loi sur l'accès*;
- 12° Conseiller le gouvernement et l'Assemblée nationale sur l'évolution de la réforme.

À l'exception du pouvoir d'informer le public et de faire la promotion de la loi et de ses objectifs, la Commission d'accès à l'information s'est vue confier par le législateur l'ensemble des pouvoirs recommandés par la Commission Paré⁶.

3. La nouvelle mission et les fonctions confiées à la CAI en 1993

La question de l'extension du régime de protection des renseignements personnels au secteur privé a été soulevée dans le rapport de la *Commission Paré*, sans que des conclusions ou recommandations ne soient formulées à ce sujet par les commissaires, notamment en raison du bref délai qui leur était imparti pour faire rapport au gouvernement.

Par la suite, inspirée par l'expérience européenne, la CAI a pris le relais en invitant le législateur à imposer au secteur privé des règles en matière de collecte, de détention, d'utilisation et de communication des renseignements personnels de même qu'à consacrer le principe de l'accès de chaque personne aux dossiers qu'une entreprise détient à son sujet⁷.

Il a fallu en fait que survienne la réforme du Code civil et l'adoption en 1991 des articles 35 à 41 du *Code civil du Québec*⁸ pour que le législateur adopte un régime de protection des renseignements personnels applicable au secteur privé qui vienne compléter les principes et les règles générales énoncés au nouveau Code civil.

Sans véritablement approfondir la question de savoir à quel organisme il convenait de confier la mission de surveillance et de contrôle de l'application des règles de protection des renseignements personnels dans le secteur privé ainsi que l'adjudication des litiges relatifs à l'accès aux dossiers personnels et à leur rectification, le législateur s'est spontanément tourné vers la CAI. Puisque cette dernière avait acquis depuis une

⁶ *Loi sur l'accès*, articles 118, 122 à 129, 131, 132, 135, 164, 178 et 179.

⁷ Commission d'accès à l'information du Québec. *Mémoire concernant la protection de la vie privée eu égard aux renseignements personnels détenus dans le secteur privé*. Septembre 1991.

⁸ L.Q., 1991, c. 64.

dizaine d'années une connaissance de ce domaine dans le secteur public, qu'elle était identifiée dans la population à cette problématique et qu'il fallait à tout prix éviter de submerger les tribunaux judiciaires avec de tels litiges, il a été décidé que la Commission exercerait dans le secteur privé essentiellement les mêmes pouvoirs que ceux qu'elle exerçait déjà dans le secteur public. Il ressort de l'analyse de la LPRPSP qu'à l'égard de la protection des renseignements personnels dans les entreprises, la Commission exerce les fonctions suivantes⁹:

- 1° Arbitrer les litiges entre les citoyens et les entreprises relativement à l'accès aux dossiers personnels et à la rectification des renseignements qui s'y trouvent;
- 2° De sa propre initiative ou sur réception d'une plainte, enquêter au sujet de la protection des renseignements personnels;
- 3° Émettre au besoin des ordonnances afin d'assurer la protection des renseignements personnels dans les entreprises;
- 4° Autoriser la transmission de renseignements personnels à des fins de recherche, d'étude ou de statistique;
- 5° Faire rapport au gouvernement et à l'Assemblée nationale sur la mise en application de la LPRPSP;
- 6° Conseiller le gouvernement sur la réglementation d'application de cette loi notamment en ce qui a trait aux frais exigibles;

B. Les attentes et les critiques formulées à l'endroit de la CAI

1. Les «clients» de la CAI

Le dernier rapport quinquennal de la CAI¹⁰ ainsi que l'étude préparée par le professeur Paul-André Comeau de l'École nationale d'administration publique¹¹ nous fournissent certaines indications utiles sur les clientèles desservies par cet organisme au cours des cinq dernières années, c'est-à-dire pour la période s'échelonnant entre 1997 et 2002:

⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1, articles 21, 42, 46, 48, 54, 70, 72, 81 à 88 et 90.

¹⁰ *Rapport sur la mise en œuvre de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*. Commission d'accès à l'information. Novembre 2002, aux pages 151 et suivantes.

¹¹ Paul-André Comeau. *Les demandes d'accès à l'information dans l'administration publique*. École nationale d'administration publique de l'Université du Québec. Septembre 2002.

- en tant qu'organisme d'adjudication habilité à trancher des litiges, la Commission a reçu 3 760 demandes dont près de 60% concernaient le refus d'accès à des documents administratifs alors que 32% se rapportaient à des refus de communiquer des renseignements personnels;
- pourtant, dans un sondage datant de 1991, on apprenait que plus de 80% des demandes d'accès adressées aux responsables des organismes publics visaient l'obtention de renseignements personnels¹² alors que l'étude du professeur Comeau effectuée en 2001-2002 auprès de 80 ministères et organismes révèle que 69,5% des demandes visaient des renseignements personnels et 30,5% des documents administratifs;
- dans le secteur privé, qui regroupe pourtant un nombre substantiellement plus élevé d'entités susceptibles de détenir des renseignements personnels, au cours de cette même période (1997-2002), la Commission n'a été saisie que de 1 228 demandes d'examen de mécontentement dont 90% concernaient l'accès aux renseignements personnels détenus par une entreprise et 10%, la rectification de ces renseignements;
- selon la CAI, plus de 78% des demandes d'adjudication qui lui ont été adressées pendant la période 1997-2002 provenaient de citoyens alors que 6% provenaient des syndicats, 5% des entreprises, 4% des organismes publics et 2,5% des journalistes. L'étude de Paul-André Comeau qui ne vise toutefois que le secteur public indique que 36,1% des demandeurs étaient des citoyens, 3,2% des syndicats, 26,8% des avocats, 10,3% des entreprises, 11,9% des organismes publics, 4,5% des journalistes et 4% des élus.;
- pour ce qui est des plaintes traitées par la Commission au cours de la même période, en matière de protection des renseignements personnels, on en dénombre 382 en provenance du secteur public et 646 en provenance du secteur privé;
- une partie significative des ressources financières et humaines de la CAI est consacrée à l'émission d'avis administratifs portant sur une grande variété de sujets généralement reliés à la protection des renseignements personnels. Ces avis sont requis par les organismes publics et plus particulièrement par les ministères.

Outre ces statistiques, il faut retenir qu'à l'égard d'un organisme multifonctionnel comme la Commission d'accès à l'information, l'identification de la clientèle ne saurait se limiter aux personnes et organismes qui formulent des plaintes, demandent la révision d'une

¹² *SOM, Rapport statistique sur le recours à la Loi sur l'accès par les citoyens et sur le traitement accordé aux demandes par les organismes entre le 1er juillet 1990 et le 30 juin 1991*, Québec, ministère des Communications, 1992.

décision ou l'examen d'une mécontente. Les parties adverses doivent également être considérées comme des «clients» de la Commission de même que l'ensemble des citoyens dont la perception à l'égard des services dispensés par la Commission est importante. En effet, lorsque la Commission agit à titre de tribunal, on ne peut se contenter de répondre aux questions de savoir qui étaient les demandeurs et dans quelle mesure ils ont été satisfaits. Les organismes publics et les entreprises interpellés devant la Commission devraient également avoir voie au chapitre. Le jugement des demandeurs et des intimés quant à l'impartialité du tribunal, à son efficacité, à la qualité de ses décisions et à leur cohérence, doit également être pris en considération. Il en va de même pour les enquêtes menées par la CAI.

Dans la même veine, la perception que les citoyens en général ont de la Commission, de sa capacité à exercer son rôle de chien de garde et à amener le gouvernement ou les entreprises à faire preuve de plus de transparence administrative et de respect pour la vie privée doit également être prise en considération dans le cadre d'une étude sur la fonctionnalité des mécanismes de mise en œuvre actuels.

2. Les attentes en matière d'accès aux documents et aux renseignements personnels¹³

a) les demandeurs d'accès

Pour les citoyens, les journalistes et autres demandeurs qui cherchent à obtenir un document administratif ou un dossier personnel de la part d'un organisme public ou d'une entreprise privée, on peut sans risque de se tromper identifier les attentes suivantes:

- 1° Que les documents ou renseignements personnels demandés soient fournis intégralement et dans les meilleurs délais par l'organisme public ou l'entreprise privée concernée;
- 2° Qu'une personne ou un organisme investi d'autorité intervienne rapidement pour analyser les documents ou renseignements ayant fait l'objet d'un refus et pour vérifier si les motifs de refus invoqués sont justifiés au regard des restrictions de la loi;

¹³ L'identification des attentes des différentes «clientèles» de la CAI qu'on retrouve dans cette section s'appuie sur les commentaires formulés par les groupes de consommateurs, les journalistes et les organismes publics à l'occasion des nombreuses commissions parlementaires qui ont eu lieu depuis 1985, soit pour étudier les rapports annuels de la CAI, soit pour étudier ses rapports quinquennaux ou encore pour discuter de projets de loi, dans le domaine de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels. Ces attentes sont aussi le reflet de l'expérience de l'auteur qui a représenté au cours des quinze dernières années de nombreux organismes publics, journalistes, demandeurs d'accès, corps intermédiaires et entreprises privées devant la CAI.

- 3° Que s'il doit y avoir une audience, celle-ci ait lieu rapidement et qu'une décision soit rendue dans les meilleurs délais de façon à ce que le droit à l'information ne soit pas compromis par les délais;
- 4° Que le décideur agisse de manière indépendante, impartiale et rigoureuse;
- 5° Que les moyens (juridiques et financiers) déployés par l'organisme public, l'entreprise ou le tiers qui a fourni les documents ou renseignements demandés ne soient pas disproportionnés par rapport à ceux des demandeurs;
- 6° Que le processus soit le moins possible judiciairisé et que les appels aux tribunaux judiciaires soient limités au maximum.

Certes les demandeurs d'accès préféreraient ne pas avoir à subir quelque processus d'arbitrage que ce soit et que les documents ou renseignements recherchés leur soient accessibles sans restrictions. Mais notre expérience ainsi que des consultations informelles auprès de divers groupes d'utilisateurs (notamment des associations de journalistes et de consommateurs) nous portent à croire que ceux-ci reconnaissent que la loi doit contenir des restrictions à l'accès et qu'il est nécessaire d'avoir un mécanisme indépendant pour arbitrer les litiges et ce, de la manière la moins formelle possible. L'étude des mémoires déposés en commission parlementaire à l'occasion des révisions quinquennales de la *Loi sur l'accès* confirme ces attentes.

b) les plaignants

Pour ce qui est des pouvoirs d'enquête, qui pour l'essentiel portent sur la protection des renseignements personnels tant dans le secteur privé que dans le secteur public, les attentes des plaignants nous apparaissent vraisemblablement être les suivantes:

- 1° Que les enquêtes soient menées rapidement et débouchent sur des conclusions claires et éventuellement, sur l'émission d'ordonnances, de poursuites pénales et de dommages-intérêts pour les victimes d'une violation;
- 2° Que le fardeau imposé aux plaignants soit le moins lourd possible;
- 3° Que les ordonnances émises par l'organisme d'enquête entraînent une modification au comportement général de l'ensemble des organismes publics et des entreprises privées;
- 4° Que des enquêtes sectorielles soient effectuées de manière à prévenir les atteintes à la vie privée plutôt que de se limiter à constater des infractions ou des violations ponctuelles de la loi.

c) les organismes publics et les entreprises visés par des demandes d'accès

Les organismes publics et les entreprises qui font l'objet de demandes de révision ou d'examen de mécontentement ont également des attentes légitimes à l'endroit de la mise en œuvre du régime d'accès aux documents ou aux dossiers personnels, à savoir:

- 1° Que le décideur soit indépendant et impartial et que notamment, il ne cherche pas à compenser par ses interventions ou son comportement le fait que le demandeur n'est généralement pas représenté par avocat alors que l'organisme public ou l'entreprise a l'obligation de recourir aux services d'un procureur;
- 2° Que la jurisprudence de la Commission soit claire et cohérente;
- 3° Que les coûts engendrés par les litiges demeurent raisonnables;
- 4° Que les tribunaux judiciaires soient les ultimes décideurs sur les questions de droit ou de compétence.

d) les organismes publics et les entreprises visés ou susceptibles d'être visés par des plaintes

Pour ce qui est des plaintes dont ils peuvent faire l'objet, principalement au regard de la protection des renseignements personnels, les organismes publics et les entreprises ont les attentes suivantes:

- 1° Que les enquêteurs respectent les règles d'équité procédurale;
- 2° Que les enquêteurs ne soient pas habilités à décider du bien-fondé de la plainte mais seulement à faire des recommandations à des décideurs indépendants;
- 3° Qu'avant que des poursuites pour violation de la loi ne soient intentées, que l'on tente de concilier les parties afin de trouver une solution à l'amiable;
- 4° Que si la conciliation échoue, un organisme indépendant entende les parties et décide du bien-fondé de la plainte;
- 5° Que les questions de droit ou de compétence puissent être éventuellement tranchées par un tribunal judiciaire.

Mais il faut aussi constater que les organismes publics désirent pouvoir soumettre à la CAI pour obtenir son avis les projets de textes réglementaires ou législatifs ainsi que les projets de réformes administratives ou technologiques susceptibles de mettre en cause la protection des renseignements personnels ou le respect de la vie privée. De cette manière, les organismes publics croient pouvoir éviter la controverse et les plaintes éventuelles. L'importance des ressources consacrées à cette tâche par la Commission révèle clairement ce désir des organismes d'être dédouanés à l'avance alors qu'un tel pouvoir de la CAI n'existe pas dans la loi, du moins formellement¹⁴.

Ce réflexe des organismes publics est plutôt singulier. Par exemple, on ne le rencontre pas à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ni au Protecteur du citoyen encore moins dans les organismes juridictionnels. Les organismes font vraisemblablement leur propre analyse des mesures envisagées et de leur légalité au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne* ou des autres lois qu'ils doivent appliquer. Étrangement, dans le domaine de la protection des renseignements personnels, on constate que les organismes publics ne se satisfont pas des avis de leurs conseillers internes et qu'ils veulent que la CAI soit consultée avant l'adoption d'une mesure législative, réglementaire ou administrative. On a même vu la ministre du Revenu démissionner parce que la CAI avait jugé que l'utilisation de renseignements personnels de nature fiscale pour sonder la clientèle du ministère sur l'efficacité des mesures de perception des pensions alimentaires était illégale. Or, plutôt que de plaider la cause de manière formelle devant la CAI ou devant les tribunaux judiciaires, le gouvernement a dans ce cas baissé pavillon sur la base d'un avis informel de la CAI. Une réaction analogue s'est également produite lorsque le ministère de la Santé et des Services sociaux et la Régie de l'assurance-maladie ont envisagé d'implanter une carte-santé à microprocesseur. À notre avis, cette réaction repose sur les facteurs suivants:

- 1° les concepts et notions contenus dans la *Loi sur l'accès* sont flous («renseignements nécessaires», «communications nécessaires», etc.) et la réaction de la CAI demeure donc imprévisible pour les organismes publics d'autant plus que la jurisprudence en matière de protection des renseignements personnels manque de cohérence;
- 2° les avis négatifs de la CAI font peur parce qu'ils sont largement diffusés par les médias et qu'ils ont même déjà donné lieu à la démission d'un ministre.

¹⁴

On notera à ce sujet que l'article 123 (3^o) de la *Loi sur l'accès* n'attribue à la CAI que le pouvoir de donner son avis sur les projets de règlements qui lui sont soumis en vertu des articles 155 et 156 de cette loi, sur les projets d'entente de transfert de renseignements de même que sur les projets de décrets autorisant les fichiers confidentiels.

e) la population en général

Enfin, on peut aisément conclure que la population en général a des attentes élevées à l'égard de l'organisme responsable d'assurer la mise en œuvre du régime d'accès à l'information gouvernementale et de protection des renseignements personnels dont elle voudrait:

- 1° Qu'à titre de «chien de garde», cet organisme se prononce sur toutes les questions qui mettent en cause le respect de la vie privée au sens large, c'est-à-dire sur les questions relatives à la surveillance vidéo, à l'identification biométrique, aux technologies de l'information, à l'interconnexion des bases de données, aux enquêtes privées, aux cartes d'identité, etc.;
- 2° Qu'il puisse interpeller le gouvernement et les entreprises de manière à modifier globalement leur comportement, tant en matière de transparence étatique que de protection des renseignements personnels;
- 3° Qu'il intente au besoin des poursuites civiles ou pénales contre les personnes et les organismes publics ou privés qui violent les lois d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels ou violent la vie privée et ce, au nom de l'ensemble des citoyens.

3. Les principales critiques des «clients» de la CAI

a) les critiques véhiculées par les médias

À notre connaissance, il n'existe pas d'études récentes et exhaustives sur la perception que les diverses clientèles de la CAI ont des mécanismes actuels de mise en œuvre du droit d'accès aux documents des organismes publics et de protection des renseignements personnels dans les secteurs public et privé. Cependant, un relevé des éditoriaux et des articles de journaux des cinq dernières années portant sur la Commission d'accès à l'information nous a permis de relever les commentaires et critiques suivants:

- «Si les élus s'intéressent si peu à l'accès à l'information, c'est peut-être que la CAI n'est pas suffisamment combative ou compétente lorsqu'elle en a l'occasion.»¹⁵;
- «(...) il faut revoir le mandat de la Commission d'accès à l'information. Quand on constate le peu d'intérêt accordé à ses décisions, on peut se demander si un ombudsman de l'information n'aurait pas une plus grande marge de manœuvre et une plus grande influence en dénonçant

¹⁵ *Le Soleil*. Éditorial de Gilbert Lavoie, 9 mai 2002, page A-16.

publiquement les ministères ou organismes trop cachottiers. Et si le rôle quasi judiciaire, accordé à ses commissaires, n'était pas joué tout aussi efficacement par le Tribunal administratif du Québec.»¹⁶

- «des empêcheurs de tourner en rond se lamentent et s'inquiètent des refus, des délais et des quérillas juridiques imposées aux citoyens qui s'adressent à la Commission d'accès à l'information. (...) La Fédération professionnelle des journalistes du Québec se plaint du culte du secret qui règne à la Commission et dans les organismes publics (...).»¹⁷;
- «à force d'être contestée devant les tribunaux par les organismes publics qui se battent pour que leurs documents restent secrets, la Loi sur l'accès à l'information a perdu son mordant. Chien de garde de la transparence, la Commission d'accès ressemble davantage à un chihuahua qui ne fait peur à personne qu'à un bulldog. Et l'interminable, dossier délicat qui s'enlise devant les tribunaux, la Loi sur l'accès à l'information est devenue une loi sur «l'inaccès». Selon l'ancienne commissaire Carol Wallace qui a siégé pendant cinq ans à la Commission d'accès à l'information, un organisme public qui refuse de dévoiler un document peut facilement embourber une demande pendant cinq ans. Et *«ce sont les dossiers chauds, ceux qui comptent et qui font couler beaucoup d'encre, bref les dossiers politiques, qui se retrouvent ainsi pris dans les méandres de l'appareil judiciaire»*. (...) Mal connue, la loi est peu utilisée. Au cours de l'année 1995-1996, sur 1 059 demandes, seulement 20 provenaient des journalistes, soit 2% du total. Plusieurs organismes publics, dont la Ville de Montréal, obligent les journalistes à utiliser la loi pour obtenir un document même insignifiant. Et comme les reporters boudent la loi, cette exigence bloque l'accès aux documents.»¹⁸
- «La Commission d'accès à l'information du Québec, qui n'a pas la réputation d'être vite sur ses patins, vient d'ordonner au ministère du Revenu de dévoiler l'ampleur des exemptions fiscales dont bénéficient les dépanneurs autochtones de la communauté de Listuguj, en Gaspésie, lorsqu'ils vendent de la bière et des cigarettes.»¹⁹

¹⁶ *Le Soleil*. Éditorial de Gilbert Lavoie, 10 décembre 2002, page A-16.

¹⁷ *La Presse*, article de Marie-France Léger, 27 juin 2001, page B-7.

¹⁸ *La Presse*, article de Michèle Ouimet, 3 février 2001, page A-14.

¹⁹ *Le Quotidien*, article de Régnald Boily, 4 août 1999.

- «La dernière année a aussi été fortement mouvementée pour la CAI, qui a dû mettre fin avant terme à la controversée enquête sur la fuite de renseignements confidentiels au ministère du Revenu, dans laquelle elle a englouti 360 000 \$ d'un budget spécial de 410 000 \$, en incluant une évaluation de la sécurité des systèmes d'information du gouvernement.»²⁰
- «Maintenant que le cirque a quitté la ville et qu'on arrose l'arroseur à satiété, il ne faudrait pas oublier, derrière l'échec de la Commission d'accès à l'information, qu'il existe des faits troublants sur la mauvaise gestion des renseignements personnels au gouvernement.»²¹
- «En interrompant abruptement cet exercice (l'enquête sur les fuites de renseignements personnels au ministère du Revenu), le président de la CAI, Paul-André Comeau, a en effet admis implicitement que l'organisme qu'il dirige n'a plus les moyens ni l'autorité morale -s'il les a déjà eus- pour remplir le mandat que le gouvernement lui a confié en 1997.»²²
- «La CAI n'avait ni l'expertise, ni le temps, ni les ressources pour mener une véritable enquête et déterminer comment le dossier fiscal d'un député bloquiste, Ghislain Lebel, s'est retrouvé entre les mains d'un conseiller politique (...).»
- «Disons-le clairement, la CAI a paru nettement dépassée par les événements et elle n'a jamais pu établir des règles de preuve solides Dès le départ, il y a eu des accrochages sur le statut des participants, la façon d'interroger, de contre-interroger les témoins et les travaux se sont enlisés à plusieurs reprises. Des paramètres assez flous et un pouvoir de contrainte inexistant ont fini de gâter la sauce.»²³
- «Rétrospectivement, on peut dire d'abord que la CAI ne possédait ni les ressources ni la préparation pour tenir une enquête sur une affaire qui met en cause le pouvoir politique, notamment le premier ministre.»²⁴

²⁰ *La Presse*, article de Martin Pelchat, 25 juin 1999, en page B-1.

²¹ *Le Devoir*, article de Michel Venne, 22 mars 1999, page A-1.

²² *La Presse*, éditorial de Pierre Gravel, 18 mars 1999, page B-2.

²³ *Le Soleil*, article de Donald Charette, 18 mars 1999, en page B-10.

²⁴ *Le Devoir*, éditorial de Michel Venne, 17 mars 1999, en page A-8.

- «La cote de la CAI n'est pas très élevée parmi les spécialistes des questions de protection de la vie privée (...).»²⁵
- «Mais surtout, pour que les nouveaux pouvoirs de la CAI servent à quelque chose, il faudra veiller à ce que la Commission dispose des moyens pour exécuter son mandat. La vérification, dont les résultats ont été publiés lundi, n'a été possible que grâce à l'embauche temporaire de 14 personnes. Ces ressources doivent devenir permanentes et la Commission devrait devenir complètement autonome par rapport à la fonction publique, comme l'est le Vérificateur général. La CAI doit aussi rétablir son autorité morale. Et l'une des façon d'y arriver, ce sera que son président accepte d'être un peu plus militant.»²⁶
- «Aujourd'hui, le droit d'appel est un droit presque à sens unique, réservé à l'administration publique qui s'en sert à toutes les étapes du processus, et dont l'effet réel est de retarder pendant des années la divulgation de documents, jusqu'à ce qu'ils ne présentent plus d'intérêt pour le public, estime la FPJQ.»²⁷
- «Pierrot Péladeau n'hésite pas à le dire: la Commission est incompétente en matière d'enquête. Un cas revient souvent sur le tapis: celui des relations entre propriétaire et locataire. Le rapport de l'enquêteur était mal foutu. Tant et si bien qu'autant les associations de locataires que les associations de propriétaires sont montées sur leurs grands chevaux. L'affaire a été portée devant les tribunaux et a été abandonnée pour un point de détail. Le dossier est toujours en plan. La question en litige est celle de savoir quels renseignements les propriétaires ont le droit de réclamer des locataires. La CAI poursuit sa réflexion à ce sujet. Les défenseurs de la vie privée et plusieurs députés libéraux ont été estomaqués par deux événements récents. L'attitude de la Commission dans le débat sur l'adoption de la Loi 32, qui donne au Fisc des pouvoirs étendus de cueillette de renseignements personnels sur les contribuables a été grandement critiquée. Avant même le dépôt du projet de loi, la CAI s'était commise en faveur du projet législatif. Le gouvernement s'appuyait sur la lettre de monsieur Comeau pour se justifier devant l'Assemblée nationale (...). L'autre cas, c'est la révélation, au printemps

²⁵ *Le Soleil*, article de Michel David, 23 février 1999, en page B-11.

²⁶ *Le Devoir*, éditorial de Michel Venne, 25 juin 1998, en page A-6.

²⁷ *La Presse*, article de Gilles Normand, 8 octobre 1997, en page E-9.

dernier, par un responsable de la CAI, de l'existence d'un marché noir du renseignement personnel, connu de la Commission mais contre lequel elle n'avait rien fait.»²⁸

- «Au fil des ans, la Commission a fait l'objet de critiques. Les entreprises ont contesté, devant les tribunaux, le fait que l'organisme cumule des fonctions quasi judiciaires et des fonctions d'enquête qui le placent parfois en situation d'apparence de conflit d'intérêts.»²⁹
- «Pusillanimité des recommandations, incohérence des décisions, incompetence des enquêteurs, timidité de l'opposition face aux décisions gouvernementales: les spécialistes consultés par *La Presse* ne mâchent pas leurs mots pour pourfendre les actions de la Commission. Et au premier plan, figure un constat inquiétant, à l'heure des inforoutes, des cartes à puces et des couplages de banques de données, la population ne connaît toujours pas l'organisme qui est censé défendre la confidentialité de sa vie privée. En effet, un sondage réalisé par la Fédération nationale des associations de consommateurs indique que moins d'un pour cent des répondants s'adresseraient à la CAI pour résoudre un problème concernant la protection de leur vie privée. Bref, les Québécois ne sont pas plus informés aujourd'hui de leurs droits à ce chapitre qu'il y a 15 ans, au moment de la naissance de la Commission, estime Marie Vallée, porte-parole de la Fédération des associations de consommateurs (...). Mais au contraire du Protecteur du citoyen, par exemple, dont chacune des interventions est très médiatisée, les rapports annuels du président de la CAI, Paul-André Comeau, n'ont que peu d'écho dans le grand public. Pourquoi? Question de culture, croit monsieur Comeau, qui souligne qu'au Canada anglais, les rapports de son homologue fédéral sont très suivis par la presse et, partant, bien connus du public.

Mais pour d'autres, c'est la structure même de la Commission qui pose problème. «La Commission a un rôle de tribunal, d'enquête, à une fonction conseil et réglementaire. Ça fait beaucoup de chapeaux sur la même tête, pour autant qu'il y en ait une», juge Pierrot Péladeau, chercheur à l'Institut de recherches cliniques de Montréal et spécialiste des questions de protection de la vie privée.

Pour lui, le fait que la Commission soit un tribunal empêche le président d'être aussi revendicateur qu'il devrait normalement l'être. Monsieur Comeau devrait, en

²⁸ *Le Devoir*, article de Michel Venne, 7 octobre 1997, en page A-9.

²⁹ *Le Devoir*, article de Michel Venne, 19 juin 1997, en page A-1.

conséquence, éviter de siéger comme juge pour adopter le rôle d'ombudsman de la vie privée. «Il faut libérer le droit de parole de la Commission pour qu'elle assume un leadership dans le domaine. Il faut une direction forte, militante et agressive puisqu'il va falloir devenir de plus en plus proactif avec le développement de nouvelles technologies», croit monsieur Péladeau.»

(...) Lors des débats autour du Projet de loi 32, il y a un an et demi, projet qui autorisait le gouvernement à coupler des banques de données, une des atteintes les plus directes à la protection de la vie privée, le Protecteur du citoyen a dû venir à la rescousse de la CAI pour arracher certains compromis au gouvernement. «C'est le Protecteur du citoyen qui a dû déchirer sa chemise pour défendre une loi qui n'est même pas la sienne», souligne Pierrot Péladeau. La CAI «est souvent prise entre l'arbre et l'écorce avec un gouvernement qui s'accorde lui-même des passe-droits, renchérit Marie Vallée».

«Et c'est sans compter les lacunes du service d'enquête de la CAI, soulignées par de nombreux intervenants (...)» (...) et les suites des enquêtes laissent aussi à désirer, souligne-t-on. Depuis sa création, la CAI n'a intenté des poursuites qu'une seule fois, et n'a jamais imposé d'amende à quiconque. Les noms des entreprises fautives sont souvent expurgés des rapports, si bien qu'après 6 ou 8 mois d'attente, le plaignant obtient un rapport un peu surréaliste où la Commission recommande à l'entreprise X de poser telle action. Fait-on preuve d'une trop grande timidité?»³⁰

(nos soulignements)

En somme, il ressort d'un relevé des éditoriaux et articles publiés dans la presse au cours des cinq dernières années que les principaux reproches adressés au régime actuel sont les suivants:

- 1° Le manque de combativité de la Commission, problème qui est notamment lié à son statut de tribunal quasi judiciaire;
- 2° Le fait qu'elle n'a pas d'influence et que sa crédibilité soit faible;
- 3° La lenteur du processus d'adjudication et le fait qu'il est facile de «judiciariser» tout litige de manière à garder un document confidentiel pendant des années;

³⁰ La Presse, article de Katia Gagnon, 6 décembre 1997, en page B-5.

- 4° L'incapacité de la Commission à mener des enquêtes crédibles;
- 5° Le fait que la CAI agisse parfois comme conseillère du gouvernement ce qui réduit sa capacité de critique à l'égard de ce dernier.

b) les critiques véhiculées en commission parlementaire

De manière plus spécifique, la question de la structure et du cumul des mandats de la Commission d'accès à l'information a fait l'objet de critiques à l'occasion de la Commission parlementaire tenue au printemps 1998 au sujet du précédent rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information. À cette occasion, plusieurs intervenants dont la CSN, Option Consommateurs, le Barreau du Québec et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ainsi que le spécialiste des questions de vie privée, monsieur Pierrot Péladeau, se sont dits d'avis que la structure de la CAI posait des difficultés.

Pour sa part, le Barreau a soulevé que *«la coexistence des rôles d'adjudicateur et d'enquêteur ne peut valablement subsister au sein de la Commission sans que des mesures crédibles et efficaces de cloisonnement propres à assurer une apparence irréprochable d'impartialité institutionnelle pour l'exercice de la fonction juridictionnelle ne soient adoptées et appliquées avec toute la transparence nécessaire»*. De son côté, le président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a affirmé *«qu'il est difficile de concilier le rôle de pionnier dans un secteur en pleine évolution avec le devoir de réserve intégré à la fonction d'adjudication»*³¹.

La Commission de la culture de l'Assemblée nationale a étudié ce rapport quinquennal de la Commission, a reçu les mémoires de divers groupes et citoyens et a consulté des experts dans le domaine. Au terme de ses travaux, elle en est venue aux conclusions suivantes:

- 1° Une partie de l'insatisfaction ressentie à l'égard de la CAI repose sur une interprétation erronée de ses missions fondamentales, telles qu'elles ont été définies par le législateur;
- 2° Le premier rôle de la Commission consiste à entendre, à l'exclusion de tout tribunal, les demandes de révision et en conséquence, ses pouvoirs de surveillance et d'enquête sont secondaires dans la loi;
- 3° L'exercice de pouvoirs décisionnels par la CAI conditionne le statut de l'organisme aussi bien que son mode de fonctionnement. S'agissant principalement d'un organisme d'adjudication, la Commission est soumise à des conditions structurelles d'indépendance et d'impartialité, au niveau

³¹ Assemblée nationale. Commission de la culture: étude du rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information (rapport final). Avril 1998, aux pages 3 et suivantes.

du fonctionnement et ces exigences prescrivent des modes d'organisation, des procédures et des attitudes qui comportent des obligations de distance et de réserve à l'égard des parties, réelles ou potentielles, pouvant se présenter devant cet organisme d'adjudication;

- 4° La CAI n'a pas, en vertu de la loi, le mandat de faire la promotion ou de se porter à la défense des droits sous-jacents à la *Loi sur l'accès*;
- 5° Ce n'est en aucune façon le rôle d'un organisme d'adjudication, ou d'un organisme de surveillance et de contrôle, de s'impliquer dans la promotion des droits dont il est l'arbitre;
- 6° Il est possible que le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt 2747-3174 *Québec inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*, [1996] 3 R.C.S. 919 puisse imposer à la CAI de cloisonner certaines fonctions au niveau du traitement des dossiers, ou de respecter certaines garanties exprimées par la Cour. Mais il n'y a pas là de motif suffisant pour scinder ou retoucher de façon fondamentale les pouvoirs de la Commission;
- 7° La Commission doit renforcer son rôle en matière de surveillance et de contrôle et à cette fin elle doit disposer des ressources humaines, financières et matérielles nécessaires;
- 8° Les responsabilités de promotion du droit au respect de la vie privée et du droit à l'information devraient être attribuées formellement à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

c) les critiques véhiculées par les organismes publics

Paradoxalement, les organismes publics qui veulent obtenir l'avis préalable de la CAI sur leurs projets de lois et de règlements ou sur leurs réformes administratives sont plus souvent qu'autrement frustrés par les réactions et conclusions de la Commission. D'abord, les délais requis pour obtenir un avis sont perçus comme étant trop longs. Ensuite, la Commission ne semble souvent pas avoir l'expertise technique nécessaire pour analyser les projets soumis car elle connaît somme toute assez mal les nombreux domaines complexes sur lesquels elle est appelée à se prononcer (informatique, santé, assurance, etc.). Enfin, les avis émis sont fréquemment négatifs ou requièrent des modifications au projet en fonction d'une grille d'analyse trop étroite.

Quelques exemples permettent d'illustrer ces critiques. Plutôt que de procéder à une analyse de la proportionnalité entre le niveau de sensibilité des renseignements personnels recueillis (ou à recueillir) et les bénéfices escomptés pour les citoyens, la Commission s'est confinée à une analyse dogmatique ou absolutiste voulant que seuls

les renseignements personnels indispensables puissent être recueillis. La Cour du Québec a d'ailleurs récemment critiqué cette approche de la CAI³².

Sur la problématique de la carte-santé, la position de la Commission a aussi démontré selon nous une approche dogmatique doublée d'une méconnaissance des enjeux et du cadre juridique global. Ainsi, la Commission s'est dite d'avis que l'utilisateur devait avoir le droit de refuser que certains renseignements de santé soient accessibles aux médecins de cabinets privés ou à d'autres établissements publics. De même, la Commission a érigé en principe que le respect de la vie privée des citoyens passait par un cloisonnement des établissements de santé et de services sociaux. Or, juridiquement, le dossier de l'utilisateur n'appartient pas en propre à ce dernier et il joue un rôle essentiel pour établir la responsabilité civile du personnel médical et de l'établissement. La CAI a pourtant fait échouer ce projet gouvernemental sur la base de postulats dont la rigueur était éminemment contestable.

4. Les principaux défis auxquels la CAI aura à faire face au cours des prochaines années

Outre les doléances ou critiques précédemment mentionnées à l'endroit des mécanismes actuels de mise en œuvre des droits d'accès à l'information gouvernementale et de protection de renseignements personnels dans les secteurs public et privé, il y a lieu de s'interroger sur les problématiques auxquelles notre société aura à faire face dans ces domaines au cours des prochaines années. Cet exercice de projection devrait nous permettre de vérifier si les mécanismes de mise en œuvre existants pourront permettre de relever ces nouveaux défis.

a) en matière d'accès à l'information gouvernementale

En matière d'accès à l'information gouvernementale, rien ne permet d'entrevoir un bouleversement significatif de la dynamique actuelle. Certaines restrictions à la règle générale d'accès aux documents administratifs seront vraisemblablement toujours nécessaires et il faudra un arbitre ou un décideur indépendant et impartial pour trancher les litiges à ce sujet.

Cela dit, la Commission propose dans son rapport quinquennal de 2002 de mettre en place un régime de divulgation automatique de certains types de documents afin d'améliorer la transparence de l'État. Qui plus est, les possibilités offertes par *Internet* permettent selon la CAI d'envisager une diffusion rapide, économique et efficace des documents des organismes publics, ce que fait déjà l'État québécois depuis quelques années.

³² *Société de transport de la Ville de Laval c. X.*, C.Q., n° 500-02-094423-014, 21-02-2003 (juge Claude Filion).

Mais la mise en application d'une politique de publication automatique de l'information et l'adoption de plans de publication et d'index des documents automatiquement accessibles impliquent nécessairement, selon nous, des négociations entre les organismes publics visés et un organisme habilité à faire la promotion de la transparence étatique ainsi qu'à assurer le monitoring des nouvelles règles. Cet organisme devra être en mesure d'amener les organismes à modifier leurs pratiques en ce sens. De prime abord, une telle tâche de promotion, de sensibilisation et de monitoring pourrait difficilement échoir à un organisme d'adjudication qui serait éventuellement appelé à trancher les litiges en matière d'accès aux documents gouvernementaux.

b) en matière de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée

En ce qui a trait à la protection des renseignements personnels, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, on peut aisément entrevoir que notre société aura bientôt à faire face à des problématiques complexes telles que:

- l'impact de nouvelles technologies de l'information sur la vie privée;
- la surveillance vidéo dans les lieux publics et privés;
- l'identification biométrique des individus;
- le contrôle des courriels et des recherches *Internet* par les employeurs, les policiers ou les services secrets;
- la constitution de profils de personnalité, de consommation, de comportement, etc.;

Comme on peut le constater, ces problématiques outrepassent nettement la simple question de la protection des renseignements personnels et peuvent être qualifiées de «polycentriques». Essentiellement, cela veut dire que ces questions et problématiques impliquent des conflits entre différentes valeurs (vie privée, sécurité des personnes, liberté d'expression, contrôle démocratique, etc.), ce qui implique généralement un jugement d'opportunité en plus d'une analyse juridique.

Dans un célèbre essai publié en 1960 dans le *Harvard Law Review*, sous le titre «*The Forms and Limits of Adjudication*»³³, le professeur Lon Fuller a longuement expliqué et démontré que les questions complexes ou polycentriques ne devraient généralement pas être confiées à des organismes d'adjudication, notamment aux tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires parce que ceux-ci n'ont pas les moyens de les résoudre. Le rôle d'un

³³ Lon L. Fuller. «*The Forms and Limits of Adjudication*», (1960) *Harvard Law Review*, 1.

tribunal, qu'il soit judiciaire ou quasi judiciaire, consiste d'abord et avant tout à appliquer une règle de droit aux faits qui lui sont soumis en preuve.

Or, les questions polycentriques telles que celles qui concernent le respect de la vie privée au sens large du terme, ne peuvent souvent pas être résolues par l'administration d'une preuve ou l'interprétation d'une règle de droit. Elles impliquent des choix politiques et subjectifs en fonction de l'importance accordée à certains éléments ou à certaines valeurs, dans un contexte donné.

Par exemple, imposer à tous les citoyens et résidents du Québec de détenir une carte d'identité est une problématique qui peut s'analyser d'une manière simpliste en termes de collecte de renseignements personnels, de critères de nécessité et de communication de renseignements personnels. Mais ce serait-là une analyse superficielle et incomplète de la problématique. Celle-ci requiert au contraire que l'on prenne en considération la sécurité des individus dans un contexte de crainte d'actes terroristes, la libre mobilité des personnes à l'intérieur du Canada et à l'extérieur du pays, l'effet d'une telle mesure sur les rapports entre l'individu et l'État, le conflit entre les droits constitutionnels à la liberté et à la sécurité, les possibilités de falsification d'une telle carte d'identité, les risques qu'elle soit utilisée par le secteur privé à des fins commerciales, les risques que cette carte soit utilisée par des tiers mal intentionnés, etc. Un organisme voué à la promotion et à la défense des droits fondamentaux et qui n'est pas restreint par l'obligation de réserve ou par un cadre statutaire limité est donc plus apte à traiter de questions polycentriques qu'un tribunal juridictionnel. De plus, cet arbitrage implique souvent des choix politiques qui doivent être effectués par les élus et par le gouvernement plutôt que par des structures administratives plus ou moins autonomes.

Il y a lieu de noter que la Cour suprême du Canada a cité à quelques reprises la thèse du professeur Fuller et traité du caractère polycentrique de certaines décisions, justement pour établir que celles-ci ne devaient pas être réglées dans le cadre d'un forum judiciaire³⁴ mais qu'elles devaient plutôt être laissées à l'appréciation et à la décision des autorités politiques.

Par exemple, dans le domaine de l'environnement, c'est au ministère de l'Environnement que revient le soin de définir les orientations et les plans d'actions en arbitrant les exigences d'un environnement sain, les attentes de la population et les diverses contraintes économiques. Pour l'aider dans sa tâche, le ministère peut consulter les personnes intéressées et les experts en utilisant le mécanisme de la consultation publique qu'offre le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE). Mais le BAPE est un organisme non juridictionnel qui relève du ministère et dont le mandat est exclusivement consultatif. Ultimement, c'est au ministère que revient la tâche de prendre les décisions polycentriques.

³⁴ *Baker c. Canada (ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.S. 817, 855; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] C.S.C. 86, par. 143.

III. LE CARACTÈRE MULTIFONCTIONNEL DE LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION ET LA LIMITATION DE SON CHAMP DE COMPÉTENCE JURIDICTIONNEL ET NON JURIDICTIONNEL

Notons en premier lieu qu'il ne faut pas confondre la multiplicité des fonctions d'un organisme responsable de la mise en œuvre d'une loi et la limitation de son champ de compétence juridictionnel ou non juridictionnel. La multiplicité des fonctions pose le problème de leur compatibilité à deux niveaux à savoir:

- 1° D'un point de vue juridique et constitutionnel, est-ce que nos lois et plus particulièrement les chartes des droits et libertés, permettent à un organisme d'exercer diverses fonctions dont l'une est de nature juridictionnelle?
- 2° D'un point de vue fonctionnel, est-ce que les diverses fonctions exercées par l'organisme sont compatibles du point de vue de l'efficacité ou à l'inverse, ont-elles pour effet de se nuire ou de se neutraliser?

Pour ce qui est de la limitation du champ de compétence de l'organisme de mise en œuvre, cette contrainte renvoie également à deux questions distinctes à savoir:

- 1° Est-ce que cet organisme dispose des pouvoirs nécessaires pour interpréter et appliquer l'ensemble des règles de droit applicables au domaine dans lequel ses clientèles s'attendent à ce qu'il intervienne?
- 2° Est-ce que les compétences juridictionnelles et non juridictionnelles attribuées à l'organisme de mise en œuvre lui permettent de régler les problèmes qui lui sont soumis de manière complète et à la satisfaction des clientèles concernées?

A. La multiplicité des fonctions de la Commission d'accès à l'information

1. Les limites juridiques à la multiplicité des fonctions

a) la crainte raisonnable de partialité

Dans l'arrêt 2747-3174 *Québec inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*³⁵, mieux connu sous le nom de l'affaire de «*La Petite Maison*», la Cour suprême du Canada a souligné que le cumul de plusieurs fonctions au sein d'un même organisme

³⁵ 2747-3174 *Québec inc. c. Régie des permis d'alcool, des courses et des jeux*, [1996] 3 R.C.S. 919.

administratif ne pose pas nécessairement problème. Par contre, le plus haut tribunal du pays a jugé que les structures plurifonctionnelles peuvent, dans certains cas, donner lieu à une crainte raisonnable de partialité menant à une violation de l'article 23 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.

Soulignons à ce sujet que dans une décision antérieure, l'arrêt *Newfoundland Telephone Company Limited c. The Board of Commissioners of Public Utilities*³⁶, la Cour suprême avait établi que les organismes qui exercent des fonctions essentiellement juridictionnelles doivent respecter la norme applicable aux cours de justice, à savoir qu'ils ne doivent pas susciter une crainte raisonnable de partialité relativement à leurs décisions. Pour leur part, les commissions ou organismes exerçant des pouvoirs administratifs, sont sujets à l'application du critère moins strict de «l'esprit fermé». Ce dernier critère peut se résumer à répondre à la question de savoir si par son comportement ou ses déclarations le décideur s'est commis de manière telle sur l'objet de sa décision qu'il est peu probable qu'il démontre l'ouverture d'esprit nécessaire pour étudier à leur juste mérite les arguments soumis.

Dans l'affaire de *La Petite Maison*, la Cour suprême a néanmoins statué que dans le cas de la Régie des alcools, des courses et des jeux, la promiscuité excessive entre les employés impliqués à diverses étapes du processus d'attribution ou de révocation des permis ainsi que la confusion des rôles au sein de cet organisme permettaient de conclure qu'il y avait effectivement une crainte raisonnable de partialité.

En pratique, les employés de la Régie et plus particulièrement les membres de son service juridique intervenaient à toutes les étapes du processus pouvant mener au retrait d'un permis d'alcool, de l'enquête jusqu'à l'adjudication. Bien que les dispositions législatives et réglementaires ne définissent nullement la tâche de ces juristes, il semble que ceux-ci étaient appelés à étudier les dossiers afin de conseiller la Régie sur les actions à prendre, à préparer les dossiers, à rédiger des avis de convocation, à plaider devant les régisseurs et à rédiger des opinions. Pour la Cour suprême, ces pratiques donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité.

De même, la Cour a noté que le fait qu'un régisseur puisse décider, suite à une enquête, de tenir une audition et puisse ensuite participer au processus décisionnel soulevait chez la personne bien renseignée une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Tout comme dans le cas des juristes de la Régie, une certaine forme de cloisonnement entre les régisseurs impliqués à diverses étapes du processus était nécessaire pour répondre à cette crainte de partialité.

Au surplus, après que le législateur québécois ait modifié les lois applicables dans le domaine des alcools, des courses et des jeux pour répondre à la décision de la Cour suprême dans l'affaire de *La Petite Maison*, la Cour supérieure du Québec a jugé que l'article 32.1 de la *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux* créait une

³⁶ *Newfoundland Telephone Company Limited c. The Board of Commissioners of Public Utilities*, [1992] 1 R.C.S. 623, aux pages 638 et 639.

crainte raisonnable de partialité puisqu'il imposait aux régisseurs la tenue d'une enquête de façon *ex parte* et la transmission par eux d'un préavis d'une décision détaillée projetée avant d'accorder au titulaire de permis l'opportunité de se défendre devant eux³⁷.

Si l'on applique ces règles jurisprudentielles au cas de la CAI, on constate que certaines activités de cet organisme ne sont pas encadrées et que l'étanchéité de fonctions n'est pas assurée. Ainsi, le rôle de conseil joué par la CAI auprès des organismes publics n'est pas prévu dans la loi. Ce sont pourtant les membres de la Commission réunis en assemblée qui approuvent, rejettent ou modifient les projets d'avis préparés par la Direction de la recherche et de l'analyse ou par le Service juridique de la Commission. Éventuellement, les mêmes membres de la Commission pourront être appelés à statuer sur les mêmes problématiques dans le cadre d'une enquête judiciaire ou d'une demande de révision.

Dans la même veine, on peut sérieusement se demander si les principes mis de l'avant par la Cour suprême sont respectés lorsque l'on constate que les plaintes sont étudiées par les analystes et avocats de la Commission qui agissent également comme conseillers des commissaires sur la définition des orientations de l'organisme et sur des questions de droit soulevées dans le cadre de litiges. À tout le moins, une crainte de partialité peut alors naître dans l'esprit des justiciables.

b) la partialité institutionnelle

Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*³⁸, la Cour suprême a défini l'impartialité comme un état d'esprit ou une attitude du Tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial» de dire la Cour connote une absence de préjugé réel ou apparent. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Lippé*³⁹, la Cour élargissait cette notion pour traiter de l'impartialité institutionnelle. À ce sujet, le juge Lamer écrivait:

«Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (...), il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire (...) qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité.»

³⁷ 2437-0223 *Québec inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [2000] R.J.Q. 104 (C.S.).

³⁸ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pages 685 et suivantes.

³⁹ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la page 140.

Appliquant ces principes dans l'affaire *Jean Coutu c. Le Tribunal des droits de la personne*⁴⁰, la Cour d'appel a souligné l'importance de l'étanchéité des procédures se déroulant successivement à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et au Tribunal des droits de la personne. C'est la distinction entre le processus d'enquête qui s'est déroulé à la Commission et le cadre auquel celle-ci est ensuite assujettie dans le contexte d'un recours devant le Tribunal qui a conduit la Cour d'appel à conclure qu'il n'y avait pas d'apparence de partialité puisque le Tribunal n'était aucunement lié par les procédures et la portée de l'enquête telles qu'elles s'étaient déroulées à la Commission, non plus que par les recommandations de cet organisme. Le Tribunal des droits de la personne, d'écrire la Cour supérieure, demeure donc maître de sa preuve et de sa procédure et détermine quels faits sont admissibles devant lui⁴¹.

Comme nous l'avons vu, cette étanchéité n'existe pas à la CAI puisque c'est le même organisme doté d'un personnel limité et regroupé dans les mêmes lieux physiques qui assument des tâches juridictionnelles et des tâches de conseil, de promotion des droits sur la place publique, d'enquête, etc.

c) le rôle de conseiller auprès du gouvernement

Les tribunaux ont également été appelés à se pencher sur la question de savoir si un organisme juridictionnel peut agir à titre de conseiller auprès du gouvernement sans que l'article 23 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* ne soit violé. Dans l'affaire *Bernier c. Régie des marchés agricoles alimentaires du Québec*⁴², la juge Carole Julien de la Cour supérieure a statué que le fait que la Régie et son président étaient appelés à jouer un rôle de conseil auprès des autorités gouvernementales sur les questions de leur ressort entraînait en conflit avec la fonction d'adjudication. En l'espèce, le président de la Régie qui ultérieurement devait être appelé à interpréter la nouvelle loi s'était retrouvé à accompagner l'attaché politique du ministre alors qu'il défendait une position contraire à celle des demandeurs. De même, le président de la Régie était assis aux côtés du ministre pendant les débats de la commission parlementaire portant sur la modification législative controversée. Pour la Cour supérieure, ces situations ont fait naître une crainte raisonnable de partialité qui rendait impossible pour le président de la Régie d'entendre un litige sur cette même question.

Dans la même veine, la Cour fédérale du Canada a récemment reproché au président de la Commission ontarienne des droits de la personne d'avoir émis un communiqué de presse énonçant que cette commission accueillait favorablement le récent jugement dans lequel Ernst Zündel avait été reconnu coupable de l'accusation d'avoir publié de

⁴⁰ *Jean Coutu c. Le Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.).

⁴¹ Voir au même effet: *Voltaire c. Commission scolaire Chomedey de Laval*, [1993] R.J.Q. 340 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245 (T.D.P.Q.), (1997) 27 C.H.R.R. 247, confirmé en appel, J.E. 99-2051.

⁴² *Bernier c. Régie des marchés agricoles alimentaires du Québec*, [1997] R.J.Q. 875.

fausses déclarations visant à nier l'Holocauste⁴³. Selon la Cour fédérale, étant donné qu'il s'agissait d'une déclaration politique gratuite formulée contre le demandeur, il était tout à fait inapproprié de la part du président de la Commission ontarienne de publier le communiqué de presse en question. Cette condamnation publique ne reposait sur aucun objectif légitime d'un organisme investi de responsabilités décisionnelles. Ce genre de conduite, indique la Cour fédérale, mine l'indépendance et la neutralité exigées du président et peut effectivement donner lieu à des craintes de partialité. Par conséquent, la Cour a conclu que non seulement le président mais également les autres membres de la Commission ontarienne entretenaient un préjugé réel important à l'encontre du demandeur, ce qui les empêchait de statuer sur son cas.

Pour la CAI, la fonction conseil accapare non seulement une partie importante de ses ressources mais elle ne peut que miner l'indépendance et l'impartialité institutionnelle du tribunal, au point de rendre l'organisme très vulnérable. Comment l'organisme public ou l'entreprise privée interpellés peuvent-ils véritablement croire que la Commission les traitera avec impartialité dans le cadre d'une enquête ou d'un litige judiciaire si la Commission a déjà publiquement émis un avis défavorable au projet ou déclaré publiquement qu'elle s'opposait à une initiative administrative?

L'enquête menée par la CAI au sujet des fuites de renseignements au ministère du Revenu a d'ailleurs démontré combien il était facile de faire dérailler le processus d'enquête en attaquant le manque de neutralité de l'organisme ainsi que les déclarations ou implications publiques de ses membres.

d) l'indépendance des membres d'organismes juridictionnels

En dernier lieu, nous croyons opportun de traiter de la question de l'indépendance des membres des organismes juridictionnels. D'aucuns pourraient croire que le fait que les membres de la Commission d'accès à l'information soient nommés par l'Assemblée nationale et ce, pour un mandat de cinq ans renouvelable, suffit à répondre aux exigences d'indépendance prescrites par l'article 23 de la Charte québécoise. Nous ne pouvons être d'accord avec cette opinion.

Dans une récente décision de *Procureur général du Québec c. Barreau de Montréal*⁴⁴, la Cour d'appel a noté que les deux facteurs suivants devaient être pris en considération pour exiger une modulation à la hausse du niveau de garantie d'indépendance applicable à un tribunal administratif exerçant des fonctions juridictionnelles:

- 1^o Le fait que le tribunal soit appelé à trancher des litiges qui mettent en cause les intérêts de l'État et de ses organismes;

⁴³ *Zündel c. Citron*, [1999] 3 C.F. 409.

⁴⁴ *Procureur général du Québec c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.).

- 2° Le fait que le tribunal soit appelé à statuer sur des questions constitutionnelles ou à évaluer les motifs d'une demande de secret administratif.

C'est essentiellement sur la base de ces deux critères que la Cour d'appel a conclu que le Tribunal administratif du Québec devait répondre à des exigences d'indépendance se rapprochant de celles applicables aux tribunaux judiciaires.

À cet égard, l'histoire récente nous enseigne que le caractère multifonctionnel de la Commission d'accès à l'information fait en sorte qu'elle est appelée à se présenter au moins une fois par année devant les parlementaires, soit pour présenter son rapport annuel, soit à l'occasion de la défense des crédits budgétaires ou encore, lors de la présentation de son rapport quinquennal. Fréquemment, les audiences en commission parlementaire ont donné lieu à des interpellations de la Commission au sujet des décisions rendues dans le cadre de son mandat d'adjudication.

Pourtant, les tribunaux ont souligné à plus d'une reprise que les organismes juridictionnels devaient être indépendants non seulement à l'égard du pouvoir exécutif de l'État mais également à l'endroit du pouvoir législatif ou de tiers⁴⁵.

Autrement dit, la nomination des membres de la CAI par l'Assemblée nationale et le fait qu'il s'agisse d'un organisme redevable au pouvoir législatif ne sont pas une garantie de son indépendance. Au contraire, cela peut avoir pour effet d'exercer des pressions politiques sur un organisme quasi judiciaire, ce qui selon nous est juridiquement inacceptable.

D'autre part, soulignons que l'indépendance des membres de la CAI prend beaucoup d'importance lorsqu'il s'agit d'arbitrer des litiges entre les citoyens et l'État, ce qui est le cas dans la grande majorité des litiges découlant de l'application de la *Loi sur l'accès*.

2. Les limites fonctionnelles à la multiplicité des fonctions

a) le conflit entre l'adjudication et la promotion active des droits

Nous l'avons vu, d'un point de vue juridique, un organisme qui exerce des fonctions juridictionnelles doit être impartial et ne doit pas soulever une crainte raisonnable de partialité. Cette contrainte juridique emporte également des conséquences fonctionnelles. Telle qu'elle existe actuellement, la CAI ne peut, au risque de se voir déclarer partielle par les tribunaux et inhabile à trancher un litige, faire la promotion active des droits consacrés dans les lois relevant de sa compétence. Qui plus est, la

⁴⁵ *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi sur la rémunération des juges*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Tremblay c. Québec (C.A.S.)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Conseil de la magistrature c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638 (C.A.).

Commission peut difficilement prendre position sur une question d'actualité dans les domaines de l'accès à l'information ou de la protection des renseignements personnels alors que ces mêmes questions pourront éventuellement lui être soumises pour décision, tant dans le cadre d'une demande d'enquête que dans le cadre d'une demande de révision ou d'examen de mécontentement.

Cette limitation fonctionnelle qui découle de contraintes juridiques peut être illustrée à l'aide de trois exemples.

Le 25 juin 2001, le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique s'est adressé au Commissaire à la protection de la vie privée du Canada pour porter plainte au sujet de l'installation de caméras de surveillance par la Gendarmerie royale du Canada («GRC») dans le centre-ville de Kelowna. Après avoir fait enquête à ce sujet, le commissaire fédéral a posé les gestes et formulé les déclarations suivantes:

- Il a d'abord procédé à une analyse détaillée de la problématique de la vidéo surveillance, tant en vertu de la *Loi fédérale sur les renseignements personnels* qu'en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des principes de philosophie politique reconnus dans les sociétés démocratiques. Il a alors conclu que cette mesure de surveillance était illégale, inconstitutionnelle et moralement inacceptable;
- Il a ensuite diffusé un communiqué sur tous les fils de presse au Canada pour faire connaître sa décision;
- Le 12 décembre 2001, dans son rapport annuel au Parlement, le commissaire fédéral a demandé aux députés et aux sénateurs de l'aider à faire pression pour que la GRC retire les caméras de surveillance policière braquées sur une rue du centre-ville de Kelowna;
- Le même jour, il a diffusé à tous les médias au Canada la teneur des démarches qu'il a entreprises auprès des députés et des sénateurs;
- Le 6 février 2002, le commissaire s'est adressé à l'ensemble des citoyens de Kelowna et à la Chambre de commerce de cette ville pour leur demander de l'appuyer dans sa démarche visant à faire retirer les caméras de la GRC à Kelowna;
- Quelques semaines plus tard, il a tenu des audiences publiques à Kelowna et a invité la population à venir faire part de son point de vue au sujet de l'utilisation de ces caméras de surveillance;
- Le 7 février 2002, le commissaire fédéral a prononcé un discours sur la surveillance vidéo et le droit à la vie privée lors d'une rencontre publique organisée par l'Association du Barreau canadien et la B.C. Civil Liberties

Association afin de dénoncer l'intention du Service de police de Vancouver d'installer à son tour des caméras de surveillance dans cette ville. Le même jour, le commissaire a diffusé par voie de communiqué sa position à ce sujet;

- Le 15 mars 2002, le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada a écrit au solliciteur général du Canada pour dénoncer la surveillance vidéo effectuée par la GRC et a diffusé cette correspondance sur le fil de presse au Canada;
- Le 13 février 2002, il a prononcé une conférence sur le même sujet dans la ville d'Hamilton et a diffusé le contenu de cette conférence à tous les médias;
- Le 10 avril 2002, le commissaire a rendu public sur le fil de presse un avis juridique obtenu quelques jours plus tôt de l'ancien juge de la Cour suprême, Me Gérard Laforest, qui concluait que la surveillance vidéo de la GRC à Kelowna était inconstitutionnelle;
- Quelques jours plus tard, le commissaire fédéral a rendu public des avis juridiques obtenus auprès de Me Marc Lalonde, ancien ministre fédéral de la Justice, et de Me Roger Tassé, ancien sous-ministre de la Justice du Canada. Ces avis juridiques concluent que la surveillance vidéo d'une rue par la GRC est illégale;
- Enfin, devant l'inaction de la GRC et du gouvernement, le 21 juin 2002, le commissaire fédéral a annoncé à tous les médias qu'il entreprenait une contestation fondée sur la *Charte* des activités de la GRC au sujet de la vidéo surveillance à Kelowna.

Cet activisme du commissaire fédéral contraste nettement avec la façon dont la Commission d'accès à l'information a traité de la même problématique:

- En 1991, la question de la présence de caméras vidéo dans la municipalité de Sherbrooke a fait l'objet d'une plainte adressée à la CAI. La Commission a enquêté à ce sujet sans que les médias n'en soient informés;
- Le 25 novembre 1992, la Commission a rendu sa décision dans l'affaire *Ligue des droits et libertés c. Ville de Sherbrooke*⁴⁶. La Commission a alors conclu que la Ville de Sherbrooke, par l'utilisation des caméras vidéo au centre-ville, recueillait des renseignements qui n'étaient pas nécessaires à l'exercice de ses attributions puisque l'enregistrement de ces images prises

⁴⁶ *Ligue des droits et libertés c. Ville de Sherbrooke*, C.A.I., n° 91 07 84, rapport d'enquête, 25 novembre 1992.

par des caméras «*n'apportait rien de plus à la protection du public*». Par contre, la Commission a jugé que la Ville pouvait utiliser de telles caméras, en autant que les images ne soient pas consignées sur un support, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas enregistrées sur une pellicule photographique ou magnétique. Pour la CAI, le Service de police pouvait cependant utiliser les caméras vidéo en temps réel pour voir si des activités criminelles étaient commises. À ce sujet, il faut souligner que la juridiction de la CAI est limitée à la collecte, à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels contenus sur un support matériel;

- En 2001, la Commission a été saisie d'une seconde plainte au sujet du recours aux services policiers et à la surveillance du public à l'aide de caméras, dans le contexte de mesures de sécurité entourant le Sommet des Amériques. Ce n'est que plusieurs mois plus tard, soit le 4 mai 2002, alors que ce sommet avait déjà eu lieu, que la Commission a répondu à cette plainte en émettant un communiqué. Dans ce communiqué, la CAI invite les corps de police à la prudence, leur demande de procéder à une étude de risques et des dangers du recours à de telles mesures et leur suggère d'examiner les solutions alternatives. De plus, la Commission indique qu'il y aurait lieu d'utiliser de tels appareils pour des périodes limitées, d'informer le public visé par cette surveillance de son existence et de n'enregistrer les images qu'en cas de délit!⁴⁷;
- Le 5 juillet 2002, la présidente de la CAI a diffusé un communiqué de presse pour annoncer que cet organisme entendait procéder à une vérification au sujet de l'utilisation de caméras de surveillance dans la municipalité de Baie-Comeau⁴⁸;
- Enfin, le 12 décembre 2002, la Commission a annoncé qu'elle tiendrait des audiences publiques dans la Ville de Baie-Comeau au sujet du recours à la surveillance vidéo tout en soulignant que cette municipalité avait observé de manière générale les règles minimales d'utilisation des caméras de surveillance précédemment mentionnées⁴⁹.

⁴⁷ Commission d'accès à l'information du Québec. *L'actualité*. Communiqué du 4 mai 2002 intitulé «La Commission d'accès à l'information lance les règles minimales d'utilisation des caméras de surveillance», www.cai.gouv.qc.ca.

⁴⁸ Commission d'accès à l'information du Québec. *L'actualité*. Communiqué du 5 juillet 2002 intitulé «La Commission d'accès à l'information effectuera une vérification sur l'utilisation des caméras de surveillance dans la municipalité de Baie-Comeau»: www.cai.gouv.qc.ca.

⁴⁹ Commission d'accès à l'information. *L'actualité*. Communiqué du 12 décembre 2002 intitulé «La Commission d'accès à l'information du Québec annonce la tenue d'audiences publiques sur l'utilisation des caméras de surveillance dans les lieux publics»: www.cai.gouv.qc.ca.

À notre avis, cet exemple illustre bien les limites fonctionnelles que son statut d'organisme d'adjudication (tant en matière d'enquête qu'en matière de révision et d'examen de mécontentement) impose à la Commission québécoise:

- 1° Ayant déjà été saisie de la question de la surveillance vidéo dans le cadre d'une enquête en 1992, il est désormais difficile pour la Commission de renier maintenant la position prise à l'époque. Or, la Commission avait alors ouvert la porte à la vidéo-surveillance à condition qu'il n'y ait pas d'enregistrement des images sur un support ou que ne soient enregistrées que les images démontrant la commission d'une infraction;
- 2° La Commission ne peut obtenir des avis juridiques externes, notamment de juristes chevronnés, pour appuyer sa position à l'égard de la surveillance vidéo puisque cela ferait intervenir un tiers qui n'est pas une partie au litige. De plus, il est admis qu'un tribunal, qu'il soit judiciaire ou quasi judiciaire, ne peut recourir à une expertise juridique puisque sa juridiction consiste justement à interpréter le droit⁵⁰;
- 3° La CAI ne peut qu'émettre des directives générales sur la surveillance vidéo, sans véritablement prendre une position arrêtée sur le sujet, puisqu'elle est susceptible de devoir agir à titre d'organisme juridictionnel à ce sujet;
- 4° Le cadre d'intervention de la Commission demeure la cueillette, l'utilisation et la communication de renseignements personnels, ce qui est une dimension fort limitée de la problématique de la surveillance vidéo. Cette activité pose des problèmes d'ordre constitutionnel et concerne le respect de la vie privée au sens large du terme, qu'il y ait ou non un enregistrement sur un support matériel;
- 5° La CAI ne peut interpeller directement le gouvernement, un ministre ou l'opinion publique pour recevoir des appuis dans une démarche active visant à modifier globalement les décisions ou les comportements du gouvernement ou des entreprises privées.

Pourtant, un des reproches les plus sévères qui ont été adressés à la Commission d'accès à l'information du Québec c'est de manquer de combativité. On lui reproche de ne pas jouer le rôle de chien de garde que l'on attend de sa part alors que des contraintes juridiques et fonctionnelles l'empêchent d'assumer ce rôle.

Notre deuxième exemple permet de constater à quel point la fonction d'adjudication de la CAI vient restreindre sa marge de manœuvre dans les débats publics relatifs à l'accès à l'information et au respect de la vie privée. En 1997, le gouvernement a demandé à la

⁵⁰ Jean-Claude Royer. *La preuve civile*. 1987. Éditions Yvon Blais inc. pp. 171 ss.

CAI d'enquêter au sujet d'allégations de fuites de renseignements personnels au ministère du Revenu.

Outre le manque d'expérience à mener ce type d'enquête, on a pu constater que certains problèmes de fonctionnement découlaient nettement du caractère plurifonctionnel de la CAI:

- Le président de la Commission s'est fait reprocher d'avoir participé à l'organisation d'une conférence sur la vie privée avec un des procureurs représentant une partie à l'enquête;
- Le président de la Commission a donné quelques entrevues aux médias alors que l'enquête était en cours;
- Finalement, l'enquête a avorté parce qu'il y avait conflit entre le procureur de la CAI chargé d'administrer la preuve à charge et les membres de la Commission qui menaient l'enquête.

À ce jour, aucun reproche de la sorte n'a été émis contre le commissaire fédéral qui a pourtant mené plusieurs enquêtes. Pourquoi? Simplement parce que ce dernier ne rend pas de décisions. Il n'est donc pas soumis aux contraintes juridiques et fonctionnelles applicables aux organismes juridictionnels.

Enfin, quoi penser de l'initiative de la Commission de confier à l'un des commissaires le mandat de tenir des audiences publiques et de faire rapport sur la problématique de l'accès à des renseignements personnels par les généalogistes? À notre avis, une telle initiative est inconciliable avec le mandat et les exigences juridiques applicables à un organisme juridictionnel puisqu'un des commissaires, agissant au nom de ses collègues et les engageant en quelque sorte, s'est vu appeler à décider implicitement et informellement diverses questions de droit (s'agit-il ou non de renseignements personnels? La consultation des registres de l'État civil est-elle permise? etc.) qui un jour ou l'autre seront soumises au tribunal. Qui plus est, un tel exercice amène la Commission à jouer un rôle politique d'évaluation de l'opportunité d'une réforme législative alors qu'il s'agit d'un tribunal dont le rôle consiste à appliquer la loi.

b) le conflit entre l'adjudication et l'enquête

À un second niveau, il semble exister une incompatibilité entre les fonctions d'adjudication de la CAI et ses autres fonctions de surveillance et de contrôle. Pour les organismes publics et les entreprises faisant l'objet d'une enquête suite à une plainte concernant la violation des règles de protection des renseignements personnels, il est difficilement acceptable que l'organisme qui procède à l'enquête soit celui qui ultimement, jugera de son bien-fondé. Il faut se rappeler à ce sujet que c'est justement pour éviter ce type d'écueil qu'en 1988, la Commission des institutions de l'Assemblée nationale a recommandé au législateur de confier à la Commission des droits de la

personne le mandat d'enquêter sur les violations des droits fondamentaux consacrés dans la *Charte*, tout en attribuant à un tribunal indépendant, le Tribunal des droits de la personne, la juridiction de déterminer du bien-fondé de ces plaintes et, le cas échéant, d'imposer des dommages-intérêts ou des dommages exemplaires ou punitifs⁵¹.

C'est aussi pour tenter d'obvier à ces difficultés que la Commission d'accès à l'information a quelques années plus tard créé une procédure de traitement des plaintes en deux étapes. Lorsqu'une plainte est reçue par la Commission, elle est confiée à un analyste de la Direction de l'analyse et de l'évaluation qui recueille les faits auprès des parties, analyse les règles de droit applicables, conclut que la plainte est fondée ou non fondée et formule des recommandations. Le rapport d'enquête (que l'on persiste à appeler «rapport de médiation» ou «rapport d'analyse») et les recommandations sont ensuite transmis aux parties qui sont appelées à les accepter ou à les rejeter. Si l'une ou l'autre des parties rejette le rapport et les recommandations de l'analyste, la Commission procédera à une enquête judiciaire au cours de laquelle, de manière formelle, les parties auront l'occasion de se faire entendre par trois commissaires.

La Commission s'est imposée ce processus en deux temps qui est particulièrement lourd et long pour atténuer le conflit entre ses fonctions d'enquête et d'adjudication. Mais en fait, cette façon de procéder a eu pour conséquence d'insatisfaire les deux parties à l'enquête, le plaignant et l'intimé, notamment pour les raisons suivantes:

- 1° Le plaignant doit attendre plusieurs mois pour obtenir de l'analyste un rapport d'enquête (appelée depuis quelques temps par la Commission «rapport de médiation») qui ne débouche que sur une recommandation non-exécutoire;
- 2° L'intimé a le sentiment d'être jugé par un analyste qui n'a souvent aucune compétence en droit et dont la source d'autorité n'est pas claire. L'analyste ne jouit pas des pouvoirs de commissaire-enquêteur parce que la Commission ne lui en délègue pas. Il se présente aux parties comme un médiateur alors qu'au bout de piste, il porte un jugement sur le bien-fondé de la plainte et peut décider de référer le dossier aux commissaires. Le cas échéant, même si les commissaires ne voient pas le rapport de médiation, ils sauront implicitement que dans la plupart des cas c'est parce que l'organisme public ou l'entreprise n'a pas suivi les recommandations de l'analyste que le dossier leur a été référé;
- 3° À l'étape de l'enquête judiciaire devant trois commissaires, le plaignant doit se débrouiller seul, assumer le fardeau de la preuve, démontrer le bien-fondé de la plainte et faire face aux avocats de l'intimé;

⁵¹ Commission des institutions de l'Assemblée nationale. *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*. Rapport final. 14 juin 1988, aux pages 30 et suivantes.

- 4° Le rapport de médiation qui aura pris plusieurs mois à être rédigé ne sera pas remis aux commissaires chargés de l'enquête judiciaire. Le processus sera donc repris à partir de zéro;
- 5° L'intimé aura par contre la conviction que les autorités administratives de la Commission ont approuvé le rapport de l'analyste et que le tribunal ne sera pas en mesure d'être impartial;
- 6° Au terme de cette enquête judiciaire, la Commission pourra ordonner à l'organisme ou à l'entreprise privée interpellé de détruire les renseignements personnels en question ou de modifier ou cesser une pratique pour l'avenir. La Commission ne pourra cependant pas condamner l'intimé à des dommages-intérêts ou à des dommages exemplaires ou punitifs, encore moins à une amende;
- 7° Dans les faits, même à la suite d'une enquête judiciaire, la Commission se limite généralement à émettre des recommandations dont le caractère exécutoire n'est pas clair.

c) le conflit entre l'adjudication et le rôle de conseiller

Là encore, on a vu que la jurisprudence met en garde les organismes juridictionnels contre une trop grande proximité des parties qu'ils sont appelés à juger. La *Loi sur l'accès* ne prévoit pas spécifiquement que la Commission doit donner au gouvernement des avis sur tous les projets de loi et de règlement qui lui sont soumis⁵². Ce ne sont que les projets de règlements soumis en vertu de l'article 156 de la *Loi sur l'accès* et 90 de la *Loi sur le secteur privé* qui doivent faire l'objet d'un avis de la Commission. Mais de manière systématique, pour éviter d'être pris à partie sur la place publique, les organismes publics et plus particulièrement les ministères requièrent l'avis de la Commission sur toute modification législative ou réglementaire susceptible de mettre en cause la protection des renseignements personnels. Dans son dernier rapport annuel, la Commission note même que cette fonction occupe une partie importante de ses ressources humaines et financières.

Si à première vue ce rôle préventif de la CAI peut sembler souhaitable, il pose néanmoins de graves difficultés d'un point de vue juridique et fonctionnel. Comment la Commission qui émet des avis à l'intention du gouvernement sur la compatibilité de certaines dispositions législatives ou réglementaires avec les principes d'accès à l'information gouvernementale et de protection des renseignements personnels pourra-t-elle éventuellement trancher des litiges qui mettent en cause l'interprétation, la portée et la validité de ces mêmes dispositions et ce, en toute impartialité? À notre avis, ce rôle de conseiller est foncièrement incompatible avec celui dévolu à un organisme juridictionnel.

⁵² *Loi sur l'accès*, article 123 (3°).

La situation actuelle à cet égard est d'autant plus inacceptable pour les organismes publics d'une part et pour les citoyens, d'autre part, que les avis émis par la CAI ne sont sujets à aucun recours devant les tribunaux judiciaires.

d) le conflit entre la promotion des droits et le rôle de conseiller

Ce conflit met en cause la crédibilité même de la Commission et les attentes que la population manifeste à l'endroit de cet organisme que l'on voudrait être un chien de garde dans les domaines de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels. Un bon exemple de cette incompatibilité s'est produit en 1997, à l'occasion de la présentation du *Projet de loi n° 32 modifiant la Loi sur le ministère du Revenu*. L'on a alors sévèrement reproché à la Commission d'avoir agi à titre de conseiller du gouvernement et d'avoir donné son aval au projet de loi avant même qu'il ne fasse l'objet d'un débat en commission parlementaire. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur une lettre du président de la Commission que le ministre responsable justifiait son projet de loi. Les groupes représentant des citoyens, les médias et plusieurs spécialistes du domaine de la protection des renseignements personnels ont été choqués de constater qu'en collaborant avec le ministère, la Commission avait elle-même réduit sa capacité de dénoncer le projet de loi.

e) le conflit entre l'adjudication et la médiation

On peut aussi se demander si un organisme qui exerce des pouvoirs d'enquête pouvant déboucher sur l'émission d'ordonnances ou qui accomplit des fonctions juridictionnelles peut d'un même souffle chercher à concilier les parties ou à mettre en œuvre un processus de médiation. Certes, il est souvent opportun que les parties à un litige, qu'il s'agisse d'une plainte, d'une demande de révision ou d'une demande d'examen de mécontentement, finissent par s'entendre. Mais ce qui pose problème, c'est lorsqu'au point de vue organisationnel, la médiation ou la conciliation est effectuée par les analystes dont le mandat non avoué consiste à identifier des violations de la loi et à obtenir qu'elles fassent éventuellement l'objet d'une cessation volontaire ou à défaut, d'une ordonnance de la Commission. On notera d'ailleurs que la Commission des institutions de l'Assemblée nationale écrivait à ce sujet dans son rapport final portant sur la Commission des droits et libertés de la personne:

«De tous les problèmes liés au système de règlement des litiges à la Commission, le conflit entre les mandats d'enquête et de médiation est probablement celui qui a fait l'objet des critiques les plus unanimes de la part des organismes ayant déposé un mémoire devant notre commission parlementaire. La Ligue des droits et libertés, le Groupe Action travail des femmes, le Centre de recherche Action sur les relations raciales, le Service d'aide aux néo-québécois et immigrants, le Congrès des avocats et juristes noirs du Québec, l'Association des infirmières noires du

Québec et le Groupe d'aide à l'information sur le harcèlement sexuel au travail de la région de Montréal sont tour à tour venus dénoncer le double rôle exercé par l'enquêteur qui à tout moment pendant une enquête peut se transformer en médiateur.»⁵³

Il faut aussi noter qu'à la Commission d'accès à l'information les médiateurs relèvent d'un point de vue administratif et hiérarchique du président de la Commission qui lui, exerce également des fonctions juridictionnelles. Autrement dit, c'est une personne qui exerce des fonctions juridictionnelles qui dirige les enquêteurs de la Commission et les encourage à concilier les parties et à régler les litiges de manière informelle. Dans ce contexte, comment le plaignant ou une partie qui refuse la médiation ou les recommandations du médiateur peut-elle croire que le tribunal sera éventuellement favorable à son point de vue?

Qui plus est, comme nous l'avons noté précédemment, la Commission induit les parties en erreur en laissant croire que ses analystes procèdent à des médiations lorsqu'ils traitent les plaintes plutôt qu'à des enquêtes. Cette distinction semble reposer sur le fait que d'une part, la Commission n'accorde pas les pouvoirs de commissaires-enquêteurs à ses analystes et que d'autre part, le rapport de l'analyste ne sera pas remis aux commissaires éventuellement chargés de tenir une enquête judiciaire.

À notre avis, cette distinction est mal fondée en droit, jette de la confusion et compromet les droits des parties. Ce n'est pas parce que les analystes ne jouissent pas de pouvoirs de contraindre les témoins qu'ils n'exercent pas pour autant une tâche d'enquête. Interpeller les parties (en personne, au téléphone ou par lettre) et leur demander de répondre à des questions, de fournir des explications, ou de justifier leurs pratiques relèvent du pouvoir inquisitoire de l'État. D'ailleurs, cette façon de faire est insidieuse puisque les parties interrogées ont toutes les raisons de croire qu'elles sont tenues de répondre aux demandes qui leur sont adressées par les analystes car on ne leur fait aucune mise en garde à ce sujet.

À notre avis, d'un point de vue juridique, ce sont des enquêtes que mènent les analystes de la Commission, mais des enquêtes sans aucune garantie procédurale!

f) l'incapacité pour la Commission de prendre fait et cause pour les demandeurs ou les plaignants

En dernier lieu, il faut souligner que la nature essentiellement juridictionnelle de la Commission l'empêche carrément de prendre fait et cause pour la personne qui demande l'accès à des documents ou des renseignements personnels ou pour celle qui se plaint d'une violation du droit à la protection des renseignements personnels. Dans l'état actuel du droit, il serait impensable qu'un avocat de la Commission puisse

⁵³ Assemblée nationale. Commission des institutions. Examen des orientations des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Rapport final, 14 juin 1988, à la page 30.

représenter devant la Commission, devant la Cour du Québec ou devant les tribunaux supérieurs une partie dont les droits ont été niés par un organisme public ou par une entreprise. L'impartialité de la Commission serait certes remise en question si les procureurs de la CAI devaient jouer un rôle actif visant à appuyer ou représenter les demandeurs ou les plaignants. L'expérience vécue à l'occasion de l'enquête menée par la Commission sur des fuites de renseignements personnels au ministère du Revenu démontre clairement cette impossibilité, tant juridique que fonctionnelle.

Pourtant, dans un contexte où les organismes publics et les entreprises interpellés devant la Commission sont représentés par avocat alors que les demandeurs ont des moyens nettement plus limités, il pourrait s'avérer opportun qu'un organisme responsable de la promotion de l'accès à l'information gouvernementale et de la protection des renseignements personnels puisse prendre fait et cause pour les demandeurs. De cette manière, l'équilibre des moyens entre les parties pourrait être rétabli, ce qui n'est nettement pas le cas à l'heure actuelle.

On soulignera d'ailleurs que c'est parce que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse n'exerce pas de fonction juridictionnelle qu'elle prend généralement fait et cause pour les plaignants devant le Tribunal des droits de la personne. De même, le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada agit fréquemment devant les tribunaux à titre de représentant d'un demandeur ou d'un plaignant lorsque ses recommandations n'ont pas été suivies par un organisme public ou une entreprise privée.

B. La limitation du champ de compétence juridictionnel et non juridictionnel de la Commission

Dans le domaine de l'accès à l'information gouvernementale, la Commission a juridiction pour interpréter et appliquer l'ensemble des lois québécoises et pour trancher les litiges de manière complète. Elle peut se prononcer non seulement sur l'application des restrictions contenues dans la *Loi sur l'accès* mais encore interpréter les lois sectorielles qui contiennent des dispositions dérogatoires ou des régimes d'accès particuliers. Elle peut également traiter de l'application du secret professionnel ou des autres privilèges de common law, etc. En somme, dans ce domaine, la Commission est en mesure de rendre des décisions qui répondent aux attentes de ses clientèles, à savoir si oui ou non un document est accessible.

C'est en matière de respect de la vie privée que la limitation du champ de compétence juridictionnel et non juridictionnel de la CAI pose certains problèmes. La juridiction de la Commission se limite à trancher les litiges ou à enquêter sur la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels ou encore, sur l'accès par la personne concernée à son dossier et sur la rectification des renseignements qui s'y trouvent. Mais le respect de la vie privée est une problématique beaucoup plus large que les règles contenues dans les lois qui relèvent de la compétence de la CAI. Les sources juridiques du droit à la vie privée sont nombreuses et comprennent notamment:

- les articles 35 et 36 du *Code civil du Québec* qui traitent des diverses violations de la vie privée découlant d'une infraction dans la sphère d'intimité d'une personne ou d'une diffusion d'images ou de renseignements à son sujet;
- les articles 5 et 24.1 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* qui traitent respectivement du droit à la vie privée et des fouilles et perquisitions abusives;
- les dispositions de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*;
- les articles 10 à 31 du *Code civil du Québec* qui traitent de l'intégrité de la personne;
- le régime de responsabilité civile du *Code civil du Québec* qui prévoit que toute personne est responsable des dommages découlant d'une faute qu'elle a commise (articles 1457 et suivantes du *Code civil du Québec*);
- les dispositions pénales que l'on retrouve dans la *Loi sur l'accès* et dans la *LPRPSP*;
- l'article 49 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* qui reconnaît le droit d'obtenir la cessation d'une atteinte à un droit fondamental ainsi que le droit d'obtenir réparation du préjudice moral ou matériel et même des dommages punitifs.

Or, la Commission d'accès à l'information n'a pas juridiction pour l'interprétation et l'application de ces règles de droit. Il ne lui appartient pas de décider s'il y a eu atteinte à la vie privée d'une personne lorsque l'on a intercepté ou utilisé ses communications privées, capté son image, surveillé sa vie privée par différents moyens techniques, utilisé sa correspondance, ses manuscrits ou d'autres documents personnels. Puisque ces questions relèvent présentement de la juridiction des tribunaux de droit commun, la CAI ne peut pas se demander si au-delà des règles de protection des renseignements personnels, la constitution d'une base de données gouvernementale ou la mise en place de caméras de surveillance viole les droits fondamentaux reconnus dans les chartes canadienne et québécoise des droits et libertés, contrevient aux dispositions du Code civil, devrait donner lieu à des dommages-intérêts, à des dommages exemplaires ou à des condamnations pénales, etc.

Mais, nous l'avons vu, les citoyens qui font appel à la Commission s'attendent à ce qu'elle traite les questions de respect de la vie privée sous tous leurs angles et que le cas échéant, elle puisse ordonner un dédommagement ou condamner les intimés à une amende. Il est en effet difficile de justifier que le tribunal responsable des questions de

vie privée au Québec n'ait pas la compétence juridictionnelle et non juridictionnelle pour trancher les litiges de manière complète.

IV. LES DIFFÉRENTS MODÈLES ORGANISATIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS: AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

A. Le processus de révision interne

En matière d'accès à l'information administrative ou personnelle, tous conviennent qu'il est souhaitable que les documents demandés soient rendus accessibles le plus rapidement possible et ce, sans l'intervention d'une autorité externe. C'est dans cette perspective d'ailleurs que dans son dernier rapport quinquennal, la CAI a recommandé au gouvernement et au législateur de mettre en place un régime de divulgation automatique des documents.

Force est cependant de reconnaître que le régime québécois, chapeauté par un organisme principalement juridictionnel, favorise en quelque sorte la multiplication des litiges. Le responsable de l'accès qui n'est généralement pas un cadre de haut niveau, se voit souvent dicter ses décisions par les dirigeants de l'organisme qui veulent éviter de devoir expliquer leurs décisions ou leurs réflexions sur la place publique⁵⁴. Dans ce contexte, la moindre réticence donnera souvent lieu à un refus, d'autant plus que cela n'entraîne généralement aucune conséquence négative pour l'organisme ou ses dirigeants. En effet, puisque le délai d'audience devant la CAI est de trois à six mois, l'organisme pourra toujours divulguer le document quelques jours avant l'audience, profitant ainsi de la possibilité de voir la controverse s'estomper ou la question en jeu prendre moins d'importance dans les médias.

La question se pose donc de savoir si les requérants devraient être obligés de demander aux plus hautes instances de l'organisme public de revoir sa décision avant qu'un recours externe ne soit exercé. On trouve des mécanismes de recours administratifs dans plusieurs juridictions, mais pas au Canada. Ces révisions sont menées soit par un cadre supérieur qui n'a pas participé à la décision initiale, soit par un service distinct de l'organisme, souvent par le Service du contentieux.

⁵⁴ À ce sujet, dans son rapport intitulé «Les demandes d'accès à l'information dans l'Administration publique, précité, Paul-André Comeau note qu'un tiers des responsables de l'accès ne sont pas des cadres et que dans plus de 60% des cas, le responsable consulte ses collègues à l'interne avant de rendre une décision. Sur la délégation de fonctions en faveur d'un responsable de l'accès désigné par la personne ayant la plus haute autorité au sein de l'organisme (article 8, al. 3 de la *Loi sur l'accès*) voir: R. Doray et F. Charette. *Accès à l'information*. Yvon Blais. 2002, vol. I, aux pages 1/8-1 à 1/8-9.

L'expérience des États-Unis, de l'Australie et de l'Irlande démontrent que la procédure de révision interne débouche souvent sur la divulgation rapide et efficace de documents. Ce processus permet aussi de réduire le nombre de litiges.

Le groupe d'étude de l'accès à l'information qui a récemment été mis sur pied par le gouvernement fédéral⁵⁵, après avoir étudié un tel mécanisme de révision administrative, a cependant conclu qu'il causait plus d'inconvénients qu'il offrait d'avantages. Pour le groupe d'étude fédéral, un tel mécanisme allonge les délais en ajoutant une autre étape à l'ensemble du processus d'accès à l'information gouvernementale, il sape l'autorité des coordonnateurs de l'accès et impose un fardeau additionnel à des cadres déjà très occupés.

Pour notre part, nous croyons que cette voie ne devrait pas être rejetée trop vite et que les arguments soulevés par le groupe d'étude ne résistent pas à l'analyse. Dans le contexte où les responsables de l'accès n'exercent pas dans les faits le pouvoir de décider⁵⁶ et qu'ils ne sont pas directement imputables de leurs réponses aux demandes, un nombre significatif de dossiers pourrait être réglé par le biais d'un recours interne au dirigeant de l'organisme. Par ailleurs, prolonger le délai de traitement d'une demande de quelques jours ne cause pas vraiment de préjudice au demandeur alors que de toute façon, le litige ne sera pas tranché avant plusieurs mois par la CAI.

B. Le modèle de l'ombudsman

C'est ce modèle qui a été choisi par le gouvernement du Canada, tant en matière d'accès à l'information gouvernementale qu'en matière de protection des renseignements personnels. On a également eu recours au modèle de l'ombudsman dans les provinces canadiennes autres que la Colombie-Britannique, l'Alberta, l'Ontario et le Québec. C'est également le modèle de l'ombudsman qui est utilisé, comme premier recours externe, en Belgique, au Danemark, en France et en Espagne⁵⁷.

Essentiellement, le rôle de l'ombudsman, tant en matière d'accès aux documents administratifs que de protection des renseignements personnels, est de recevoir les plaintes des citoyens, d'enquêter à leur sujet, d'analyser les documents et renseignements personnels, d'évaluer le bien-fondé des motifs de refus invoqués par l'organisme public ou l'entreprise privée, d'interroger les dirigeants de l'organisme ou de l'entreprise visée (généralement en l'absence du requérant) et finalement, d'émettre une recommandation adressée à l'organisme public ou privé qui a refusé la communication.

⁵⁵ Accès à l'information: «Comment mieux servir les Canadiens». Rapport du groupe d'étude de l'Accès à l'information. Gouvernement du Canada, 2002.

⁵⁶ À ce sujet voir: Raymond Doray et François Charette. *Accès à l'information*. Yvon Blais. 2002, article 8.

⁵⁷ David Banisar. *Freedom of Information and Access to Government Records around the World*. Privacy International, mis à jour en 2000, 2001 et 2002: www.privacyinternational.org/issues/foia.

Ce qui caractérise tout particulièrement le modèle de l'ombudsman, c'est que ce dernier n'exerce pas de pouvoirs exécutoires. C'est sur la base de son autorité morale qu'il peut amener les organismes publics et privés à rendre accessibles des documents ou des renseignements ou encore, à cesser certaines pratiques qui contreviennent aux règles de protection des renseignements personnels ou portent atteinte à la vie privée, au sens plus général du terme.

Le modèle de l'ombudsman offre sans contredit certains avantages. Il répond tout d'abord aux attentes de la population d'avoir un «chien de garde» actif et combatif, tant en matière d'accès à l'information gouvernementale que dans le domaine de la protection des renseignements personnels et du respect de la vie privée. Deuxièmement, ce modèle évite la judiciarisation du processus, dans une majorité de cas. De plus, il offre l'avantage d'enlever aux requérants le fardeau de préparer leur cause, d'analyser la jurisprudence, d'administrer de la preuve, voire même, de retenir les services d'un avocat pour affronter un organisme public ou une entreprise privée dont les moyens financiers et juridiques sont considérables. À cet égard, l'expérience canadienne dans le domaine de l'accès à l'information gouvernementale est concluante puisque 99% des plaintes sont réglées sans l'intervention des tribunaux⁵⁸.

Par ailleurs, étant donné que l'ombudsman n'est pas un organisme juridictionnel, il est juridiquement permis de lui confier d'autres fonctions telles que:

- la promotion des droits en cause et la sensibilisation du public;
- la possibilité de se prononcer sur des questions plus générales de respect de la vie privée qui vont au-delà du cadre défini par les lois de protection des renseignements personnels;
- un rôle éducatif auprès du public, des organismes publics et des entreprises;
- un rôle de conseiller auprès du gouvernement relativement aux projets de loi, règlements, politiques ou programmes qui auraient un effet sur l'accès à l'information ou sur la protection des renseignements personnels ou plus généralement, sur le respect de la vie privée;
- un rôle d'évaluation des pratiques en vigueur dans les secteurs public et privé (monitoring);
- un rôle de médiateur entre les parties à un litige.

À l'inverse, le modèle de l'ombudsman a été critiqué à quelques occasions et a même fait l'objet d'une remise en question dans certaines juridictions qui l'ont adopté. En bref, on a pu répertorié les critiques suivantes:

⁵⁸ *Accès à l'information: Comment mieux servir les Canadiens*. Rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information-2002, p. 117.

- un certain nombre des recommandations de l'ombudsman ne sont pas suivies;
- les pouvoirs de contraintes à la production de documents et d'assignation de témoins sont de plus en plus utilisés;
- les relations entre les organismes et les entreprises d'une part, et l'ombudsman d'autre part, peuvent devenir tendues à la longue;
- il faut dans plusieurs cas s'adresser à un organisme juridictionnel lorsque la recommandation de l'ombudsman n'est pas suivie;
- à l'occasion, ce modèle a paradoxalement donné lieu à des procédures contradictoires, formelles et empreintes de «légalisme»⁵⁹.

C. Le modèle de l'organisme exerçant des pouvoirs exécutives

1. Les tribunaux judiciaires

Comme le mentionnait avec justesse le rapport de la *Commission Paré*, les tribunaux judiciaires présentent toutes les garanties d'indépendance et ont l'expertise nécessaire pour trancher les questions de droit et de compétence. Cependant, les procédures judiciaires sont coûteuses, tout particulièrement pour les demandeurs, les délais y sont souvent considérables et leur mode de règlement des litiges, fondé sur l'antagonisme des parties, force généralement le requérant à faire appel à un avocat. La *Commission Paré* a également noté que pour plusieurs citoyens, les tribunaux judiciaires sont intimidants, ce qui les amèneraient à laisser tomber leurs demandes face à un refus de l'organisme public ou de l'entreprise privée. Enfin, en matière d'accès aux documents administratifs, la commission d'étude soulignait qu'il n'était pas souhaitable que soient disséminés dans le réseau judiciaire de nombreux «documents délicats», ce qui risquerait d'être préjudiciable aux intérêts non seulement des organismes publics mais également des citoyens⁶⁰.

Des conclusions analogues ont vraisemblablement amené la très grande majorité des législateurs occidentaux qui ont adopté des régimes d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels, dans le secteur public ou dans le secteur privé, à limiter le plus possible les interventions des tribunaux judiciaires. À titre

⁵⁹ Pour une critique du modèle de l'ombudsman tel que mis en œuvre au niveau fédéral canadien. Voir: Alasdair Roberts, *New Strategies for enforcement of the Access to Information Act*, (2002) 27 Queen's Law Journal, 647.

⁶⁰ *Information et liberté*. Rapport de la Commission d'étude sur l'accès du citoyen à l'information gouvernementale et sur la protection des renseignements personnels, précité, à la page 80.

d'exemple, dans son récent rapport sur l'accès à l'information au niveau fédéral, le Groupe d'étude de l'accès à l'information eut écrit:

«Les litiges portés devant les tribunaux sont maintenant plus fréquents, mais ils sont encore relativement rares. Nous croyons qu'ils doivent rester exceptionnels. Le recours devant les tribunaux est un mécanisme long et coûteux pour les plaignants et pour les contribuables.

Cependant, toutes les questions ne peuvent être résolues par la négociation et la persuasion. Il y aura toujours des cas où il est justifié, tant pour le commissaire que pour le gouvernement, de faire appel aux tribunaux pour régler de façon définitive des divergences de vue honnêtes, et souvent anciennes, concernant l'interprétation et l'application de la loi. Une bonne jurisprudence peut fournir des assises plus solides pour l'interprétation de la loi.»⁶¹

Cela dit, dans le domaine de la protection des renseignements personnels, pour apprécier l'existence d'une faute, établir le préjudice subi par la victime, évaluer les dommages-intérêts et éventuellement les dommages exemplaires ou punitifs, les tribunaux judiciaires sont certainement les mieux placés puisqu'ils détiennent cette expertise particulière. D'ailleurs, de façon systématique, c'est à eux que les législateurs fédéral et provinciaux canadiens s'adressent quand il s'agit de prévoir un recours en responsabilité. De même, pour les poursuites pénales donnant lieu à l'imposition d'amendes, le tribunal judiciaire est sans aucun doute le forum adéquat pour apprécier la preuve et imposer une sanction.

Nous sommes aussi enclins à penser que si l'on voulait confier à une même entité la compétence de juger des violations de la vie privée, au sens large du terme par opposition à la compétence limitée sur la protection des renseignements personnels, les tribunaux judiciaires seraient vraisemblablement les mieux placés pour arbitrer ces litiges. À ce jour, ce sont d'ailleurs eux qui ont élaboré la jurisprudence au sujet des articles 35 et 36 du *Code civil*.

Par contre, pour les motifs précédemment mentionnés, il est juridiquement impensable de confier aux tribunaux judiciaires d'autres fonctions que l'adjudication, notamment les rôles de conseillers du gouvernement, de promoteurs des droits, de médiateurs, etc. puisque cela remettrait en cause leur impartialité et leur indépendance.

⁶¹ Accès à l'information: Comment mieux servir les Canadiens, rapport du Groupe d'étude de l'accès à l'information, précité, à la page 116.

2. Les organismes quasi judiciaires

C'est ce modèle organisationnel qui a été recommandé par la *Commission Paré*, adopté par le législateur en 1982 et qui est actuellement en vigueur au Québec. On trouve ce modèle également en Colombie-Britannique, en Alberta, en Ontario, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Irlande. Il en ira de même au Royaume-Uni lorsque la nouvelle loi britannique entrera en vigueur.

Ce modèle consiste à confier à un organisme de l'ordre administratif le pouvoir d'entendre les litiges relatifs à l'accès à l'information ou à la protection des renseignements personnels, dans le secteur public et dans le secteur privé, ainsi que la compétence pour émettre des ordonnances exécutoires forçant les détenteurs de documents ou de renseignements personnels à les fournir au requérant.

En raison de leur fonction juridictionnelle, les organismes de ce type ont l'obligation légale de respecter les règles de la justice naturelle et notamment, de permettre aux parties de faire valoir leur point de vue⁶². Le modèle quasi judiciaire implique également que les parties ont le droit d'être représentées par avocat et que le comportement du Tribunal est gouverné par le critère de l'apparence raisonnable de partialité. Cette norme a pour effet d'interdire aux organismes quasi judiciaires ou juridictionnels d'exercer des fonctions incompatibles de conseiller auprès d'une partie, d'acteur dans le processus législatif, d'agent de promotion des droits consacrés dans les lois qu'ils sont appelés à interpréter et appliquer, etc.

Il s'agit donc d'un modèle organisationnel plus formel et plus encadré que l'on pourrait être enclins à le penser. En règle générale, le processus quasi judiciaire implique une audition publique, l'administration d'une preuve, la rédaction d'une décision motivée ainsi qu'un devoir de réserve de la part des membres du tribunal.

D'aucuns sont d'avis que ce modèle organisationnel assure une certaine cohérence de la jurisprudence et qu'il n'est pas incompatible avec la médiation. L'expérience québécoise qui à cet égard est la plus longue au Canada ne permet pas à notre avis de tirer ces conclusions. Premièrement, les quelques milliers de décisions rendues par la Commission d'accès à l'information du Québec depuis 20 ans démontrent l'existence de nombreuses controverses jurisprudentielles. Qui plus est, le fait que la Commission ait établi une jurisprudence constante sur certaines questions n'a manifestement pas empêché les organismes publics ou les entreprises privées de refuser l'accès à des documents ou à des renseignements personnels et d'exercer un recours devant la CAI, si ce n'est que pour profiter de plusieurs mois de délais pendant lesquels les documents demandés demeureront confidentiels.

Pour ce qui est de la médiation, il est vrai qu'elle peut avoir lieu au sein d'un organisme quasi judiciaire mais encore là, il est nécessaire que les personnes auxquelles cette tâche est confiée soient nettement séparées des adjudicateurs.

⁶² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 23.

En somme, le législateur québécois a choisi ce modèle il y a 20 ans parce qu'il croyait qu'un organisme plurifonctionnel serait plus efficace, moins judiciairisé, plus à même de modifier les comportements systémiques au sein du gouvernement et de modifier la culture du secret administratif et qu'il serait moins coûteux pour les citoyens. Or, l'expérience démontre, comme nous l'avons vu précédemment, que la nature juridictionnelle ou quasi judiciaire de la Commission d'accès à l'information:

- limite sa capacité de faire la promotion des droits d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels;
- empêche la Commission d'agir véritablement à titre de «chien de garde» comme le souhaiterait la population;
- ne réduit pas le nombre de litiges;
- empêche de prendre fait et cause pour les citoyens requérants ou plaignants;
- ne réduit pas la judiciarisation du processus et accentue les différences de moyens entre les demandeurs d'une part et les organismes publics ou les entreprises, d'autre part;
- porte atteinte à la crédibilité même de l'organisme auprès de toutes ses clientèles en raison de son déchirement constant entre son obligation de réserve et les attentes de ces divers «clients».

En dernier lieu, nous croyons pertinent de mentionner que si le caractère plurifonctionnel de la CAI pouvait juridiquement se justifier lorsque cet organisme exerçait exclusivement sa compétence à l'endroit des organismes de l'État, il en va autrement lorsque l'on demande à la Commission de trancher des litiges entre les citoyens et les entreprises privées. En effet, à l'égard des organismes publics, le gouvernement aurait même pu procéder par directives pour imposer à ses différentes composantes, les organismes publics, l'obligation de rendre accessibles leurs documents et d'assurer la protection des renseignements personnels qu'ils détiennent. Il n'était pas nécessaire, selon nous, d'accorder à ces organismes des garanties procédurales comme on a choisi de le faire en 1982.

Mais la situation a changé depuis qu'en 1993, le législateur ayant alors confié à la CAI la compétence pour trancher les litiges entre les citoyens et les entreprises relativement à la protection des renseignements personnels. Les garanties procédurales doivent dans ce contexte être nettement plus élevées puisqu'il s'agit de confier à un organisme un pouvoir juridictionnel de statuer sur les droits et obligations des citoyens d'une part et des entreprises d'autre part. Dans ce contexte, le caractère multifonctionnel de la CAI pose de sérieuses difficultés et les critères énoncés par la jurisprudence relativement à l'apparence de partialité s'appliquent avec beaucoup plus de rigueur. Il est étonnant,

croyons-nous, que cette réflexion et cette analyse aient été occultées lors de l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*.

Des garanties procédurales rigoureuses devraient également être prévues au regard des litiges qui mettent en cause un organisme public qui appuie la divulgation de renseignements fournis par un tiers alors que ce dernier s'y oppose.

V. L'OPTIMISATION DU MODÈLE ORGANISATIONNEL DE MISE EN ŒUVRE DES LOIS D'ACCÈS À L'INFORMATION ET DE PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

A. Le choix d'un modèle qui répond aux attentes légitimes des clientèles ainsi qu'aux contraintes juridiques

Puisque les demandeurs d'accès à des documents gouvernementaux, les demandeurs de renseignements personnels auprès des organismes publics ou des entreprises privées ainsi que les personnes qui se plaignent d'une atteinte à leur vie privée par l'État ou par le secteur privé sont les titulaires des droits conférés par la *Loi sur l'accès*, la *LPRPSP*, les articles 35 à 41 du *Code civil du Québec* et les Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés, il va sans dire qu'il y a lieu d'accorder une attention prioritaire aux attentes de cette clientèle.

Pour ce qui est des organismes publics ou des entreprises privées auxquelles ces lois imposent des obligations, le choix d'un modèle organisationnel de mise en œuvre devra surtout assurer le respect des garanties procédurales et des règles d'indépendance et d'impartialité dictées par les chartes.

1. **En première ligne: un organisme multifonctionnel et non juridictionnel**

En fonction des attentes de la clientèle prioritaire (demandeurs d'accès et plaignants), nous sommes d'opinion qu'il faut en première ligne, un organisme multifonctionnel qui n'exerce pas de pouvoirs juridictionnels autres que les pouvoirs des commissaires enquêteurs visés par la *Loi sur les commissions d'enquête*, c'est-à-dire les pouvoirs d'assigner et de questionner les représentants des organismes publics et des entreprises privées ayant refusé de communiquer des documents ou faisant l'objet de plaintes de la part des citoyens. Ces pouvoirs de commissaire enquêteur qui n'ont pas pour effet de changer la nature administrative de l'organisme, permettraient également au besoin d'assigner tout témoin ou d'obtenir tout document afin de mener dans une première étape une enquête à huis clos et en l'absence du requérant ou du plaignant.

Cette approche qui consiste à enlever à l'organisme de premier ressort dans le domaine de l'accès à l'information et du respect de la vie privée sa fonction juridictionnelle peut

sembler de prime abord un recul par rapport à la situation actuelle. À notre avis, une telle conclusion serait aussi hâtive qu'injustifiée puisqu'un organisme multifonctionnel et essentiellement administratif de première ligne est selon nous le meilleur moyen d'atteindre les objectifs suivants:

- 1° Fournir rapidement au requérant ou au plaignant une décision rendue par une autorité crédible et favorable au droit d'accès du public à l'information gouvernementale, au droit des personnes concernées de voir leur dossier et à l'obligation des entreprises et des organismes de l'État de respecter la vie privée des individus⁶³;
- 2° Ne pas requérir, à la première étape une participation active du demandeur ou du plaignant;
- 3° Ne pas judiciaireiser toutes les demandes d'accès ou toutes les plaintes mais uniquement celles qui ne peuvent être réglées par l'intervention de cet organisme administratif de première ligne;
- 4° Éviter les coûts pour le demandeur à la première étape (en temps ou en argent pour retenir les services d'un avocat);
- 5° Avoir un organisme qui a toute la latitude nécessaire pour agir à titre de chien de garde de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et du respect de la vie privée au sens large, sans risque que cet organisme se fasse reprocher de violer son devoir de réserve ou de se placer dans une situation de partialité institutionnelle;
- 6° Avoir un organisme qui peut faire la promotion des droits d'accès à l'information gouvernementale et de respect de la vie privée, qui peut se prononcer sur les questions polycentriques et qui peut anticiper les changements organisationnels, technologiques ou autres de manière à y faire face en temps utile;
- 7° Avoir un organisme qui peut donner des avis au gouvernement et se prononcer publiquement sur certaines problématiques relatives à l'accès à l'information gouvernementale ou au respect de la vie privée;
- 8° Avoir un organisme qui peut prendre fait et cause pour les requérants ou les plaignants et même les représenter éventuellement devant les

⁶³ À ce sujet, il n'est pas sans intérêt de citer ce que la Cour suprême du Canada a récemment écrit dans l'arrêt *MacDonell c. Commission d'accès à l'information du Québec*; (2002) C.S.C. 71, au par. 8: «*Les responsables des institutions fédérales ne sont pas neutres dans l'interprétation et l'application de Loi sur l'accès à l'information et ils sont susceptibles d'avoir un parti pris institutionnel les incitant à restreindre le droit d'accès du public et à interpréter libéralement les exceptions*». La Cour suprême n'a du reste jamais soulevé que ce modèle organisationnel posait problème dans le contexte où il n'est pas un organisme juridictionnel.

tribunaux avec ses propres procureurs spécialisés, de manière à contrebalancer les ressources financières et juridiques des organismes publics et des entreprises privées;

- 9° Avoir un organisme qui peut procéder à des enquêtes sectorielles ou à du monitoring donnant lieu à des modifications de comportement d'ensemble (par opposition à un organisme juridictionnel qui rend des décisions au cas par cas);
- 10° Avoir un organisme qui peut intenter des recours civils ou pénaux afin d'obtenir des dommages-intérêts, des dommages exemplaires ou punitifs, des ordonnances de cessation ou de réparation, des amendes, etc. devant un tribunal juridictionnel;
- 11° Avoir un organisme qui aurait également le pouvoir de procéder à la médiation ou à la conciliation des parties afin d'éviter les litiges;
- 12° Avoir un organisme qui jouit de l'expertise nécessaire pour autoriser certaines communications de renseignements nominatifs (article 70 de la *Loi sur l'accès*) et pour émettre des autorisations de recherche (articles 125 de la *Loi sur l'accès* et 21 de la *Loi sur le secteur privé*).

Cela dit, on pourrait également choisir de laisser à un organisme plus proche du pouvoir politique, le MRCI par exemple, les tâches et responsabilités de type polycentrique.

2. En deuxième ligne: un organisme juridictionnel spécialisé capable de trancher les litiges en matière d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée de manière complète, impartiale et indépendante

Lorsque l'on procède à l'analyse des différents rapports, études, articles et analyses portant sur les modèles organisationnels de mise en œuvre des lois d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée, on constate que le modèle de l'ombudsman, c'est-à-dire de l'organisme multifonctionnel non juridictionnel, n'est pas critiqué en raison de son activisme et de son mode de fonctionnement mais uniquement parce que dans certaines juridictions, il est démuné lorsque ses recommandations ne sont pas suivies ou encore, parce que dans d'autres cas, afin d'obtenir une décision exécutoire, l'ombudsman doit s'adresser aux tribunaux de droit commun qui ne sont pas familiers avec les problématiques en question et ont des règles de procédure très lourdes.

Pour obvier à cette difficulté, nous croyons que la solution consiste à prévoir, en deuxième ligne, un organisme juridictionnel spécialisé jouissant de toute la compétence nécessaire pour trancher les litiges en matière d'accès à l'information gouvernementale,

de protection des renseignements personnels dans les secteurs public et privé, et de respect de la vie privée au sens large du terme, pour accorder des dommages intérêts ou des dommages punitifs ou exemplaires aux victimes d'une violation de ces droits fondamentaux, pour entendre les recours pénaux et pour imposer des amendes.

Il n'y a pas de raison qui justifie selon nous que les citoyens doivent frapper à plusieurs portes pour faire reconnaître leur droit à l'information ou leur droit au respect de leur vie privée, incluant la protection des renseignements personnels. Et si l'on veut que cet organisme juridictionnel soit en mesure d'intervenir sur tous les aspects de ces problématiques et de rendre des décisions de manière indépendante et impartiale, nous croyons qu'il est nécessaire qu'il s'agisse d'un organisme relevant de l'ordre judiciaire.

En effet, comme nous l'avons déjà dit, seuls les tribunaux judiciaires jouissent des caractéristiques nécessaires pour assumer l'ensemble de ces compétences, en toute indépendance et impartialité. N'oublions pas à ce sujet que cet organisme juridictionnel spécialisé sera appelé constamment à arbitrer des litiges entre les citoyens et l'État et qu'à cet égard, il est difficile d'accepter que les décideurs fassent l'objet de mandats renouvelables. Qui plus est, si l'on veut que cet organisme juridictionnel spécialisé ait de larges pouvoirs, qu'il puisse imposer des amendes et des dommages-intérêts, voire même des dommages exemplaires ou punitifs, non seulement son indépendance et son impartialité devront être au-dessus de tout soupçon mais sa capacité à recevoir et d'apprécier la preuve et à trancher les questions de droit devra être indéniable.

Finalement, en confiant le deuxième niveau d'intervention à un organisme juridictionnel spécialisé, on réduit sensiblement les risques d'intervention de la Cour supérieure par le biais de son pouvoir de surveillance et de contrôle. D'ailleurs, on pourrait envisager de prévoir un appel sur permission à la Cour d'appel du Québec des décisions de cet organisme juridictionnel spécialisé pour pratiquement éviter la révision judiciaire en Cour supérieure. C'est d'ailleurs le moyen qui a été utilisé par le législateur afin de protéger la juridiction du Tribunal des droits de la personne du Québec⁶⁴.

B. Les organismes actuels susceptibles d'assumer les rôles précédemment décrits

En ce qui concerne l'organisme multifonctionnel et non juridictionnel que nous proposons pour intervenir en première ligne afin notamment de traiter les plaintes des citoyens relativement à l'accès à un document ou à un renseignement personnel ou encore à une violation de la vie privée, incluant un manquement aux règles de protection des renseignements personnels, nous soumettons que diverses voies peuvent être envisagées.

⁶⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, article 132.

La première consiste à conserver la Commission d'accès à l'information telle qu'elle existe actuellement en lui retranchant ses fonctions juridictionnelles et en élargissant son mandat pour lui confier les fonctions suivantes:

- 1° La promotion des droits en question;
- 2° La médiation et la conciliation;
- 3° Le pouvoir d'enquêter sur toute plainte relative à l'accès aux documents des organismes publics, à l'accès à des renseignements personnels ou à une violation de la vie privée, incluant la protection des renseignements personnels;
- 4° Une mission éducative et de sensibilisation;
- 5° La capacité d'intenter des recours devant l'organisme juridictionnel compétent et de prendre fait et cause pour les citoyens ou d'intenter elle-même des recours devant cet organisme juridictionnel.

Cette avenue offre l'avantage de préserver l'expertise et les connaissances acquises par la Commission d'accès à l'information au cours des 20 dernières années et de ne pas diluer l'importance de l'accès à l'information et du respect de la vie privée comme étant l'un des nombreux mandats de l'organisme administratif. Du reste, nous croyons que les citoyens auraient probablement le sentiment de perdre des droits et des recours s'il n'y avait plus d'organisme spécifiquement voué à la problématique de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels.

L'autre voie consiste à confier ces mêmes tâches à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui d'un point de vue organisationnel répond pour l'essentiel aux caractéristiques précédemment définies. Cette alternative offre l'avantage de profiter de la crédibilité de l'expertise de cet organisme en matière d'enquête, de promotion des droits fondamentaux, de conciliation, de poursuites au nom des citoyens devant les instances judiciaires, etc. Par contre, cette Commission ne jouit pas de l'expertise pointue dans le domaine de l'accès à l'information et du respect de la vie privée qu'a acquis la CAI et son personnel au cours des 20 dernières années.

À notre avis, pour permettre aux citoyens d'identifier clairement dans l'appareil d'État un organisme qui se préoccupe d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée et pour que cet organisme puisse pleinement assumer son rôle de chien de garde, il serait souhaitable de ne pas fusionner la CAI avec la Commission des droits et libertés de la personne et des droits de la jeunesse. Par ailleurs, la CAI pourrait assumer la responsabilité de surveiller l'application des articles 5 et 44 de la Charte. Au surplus, il nous apparaît relativement aisé d'un point de vue administratif de doter la CAI des ressources humaines et matérielles adéquates pour assurer sa nouvelle mission non juridictionnelle et nettement plus combative.

Pour ce qui est de l'organisme juridictionnel spécialisé que nous recommandons comme intervenant de deuxième ligne, certains organismes existants doivent être éliminés parce qu'ils ne répondent pas, de par leur structure, de par leur raison d'être ou de par leur mode de fonctionnement aux objectifs et critères précédemment énoncés. C'est le cas du Tribunal administratif du Québec dont la juridiction ne saurait couvrir les litiges relatifs au respect de la vie privée et à la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. De plus, on voit mal comment le TAQ, sans une modification substantielle de sa nature et de ses pouvoirs, pourrait trancher des litiges relatifs à l'octroi de dommages intérêts, de dommages punitifs ou exemplaires ou encore, imposer des amendes ou des sanctions de nature pénale.

En fait, comme nous l'avons mentionné, il nous semble essentiel que l'organisme juridictionnel spécialisé retenu relève de l'ordre judiciaire et qu'il soit totalement indépendant et impartial. À notre avis, un seul organisme existant répond à l'ensemble des critères et des objectifs que nous avons définis. Il s'agit du Tribunal des droits de la personne du Québec qui a les connaissances, les pouvoirs, la crédibilité, l'indépendance et l'impartialité nécessaires pour accomplir cette mission. Il serait également logique que cette juridiction soit accordée au TDPQ puisque les droits en cause sont des droits de la personne consacrés dans la Charte.

D'ailleurs, la loi prévoit déjà que les décisions du TDPQ peuvent faire l'objet d'un appel sur permission à la Cour d'appel du Québec, ce qui a pour effet de contourner l'intervention de la Cour supérieure par le biais du pouvoir de surveillance et de contrôle.

Enfin, le TDPQ étant formé de juges de la Cour du Québec, on pourrait ainsi s'assurer d'utiliser l'expertise que certains juges de ce tribunal ont acquis au cours des vingt dernières années dans les domaines de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels.

Dans les circonstances, nous ne croyons pas utile de discuter ici de la possibilité de créer un nouvel organisme juridictionnel qui répondrait aux critères que nous avons définis puisqu'un tel organisme existe déjà et qu'il suffirait pour le législateur d'élargir la juridiction du TDPQ pour lui confier ce nouveau mandat.

VI. CONCLUSION

En définitive, notre étude de la mise en œuvre des lois d'accès à l'information gouvernementale et de la protection des renseignements personnels au Québec nous amène à conclure que la multiplicité des fonctions, compétences et pouvoirs actuellement dévolus à la Commission d'accès à l'information ne lui a pas permis d'accomplir de manière satisfaisante sa mission et ses divers mandats en répondant adéquatement aux attentes de ses diverses clientèles.

De plus, nous sommes enclins à penser que le caractère plurifonctionnel de la CAI ainsi que les nombreuses compétences qu'elle est appelée actuellement à exercer ne lui permettront pas de relever les défis qui l'attendent au cours des prochaines années, notamment en ce qui concerne les questions polycentriques de respect de la vie privée, au sens large du terme.

Notre analyse a également révélé des contraintes juridiques importantes et plus particulièrement, des contraintes constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles, qui invitent fortement le législateur à remettre en question la nature multifonctionnelle de la Commission avant que les tribunaux supérieurs ne s'en chargent en annulant certaines de ses décisions ou pire, en statuant qu'il ne s'agit pas d'un tribunal suffisamment indépendant et impartial pour trancher les litiges qu'on lui a confiés.

Enfin, notre analyse des attentes et critiques formulées à l'endroit de la Commission d'accès à l'information et des principaux défis auxquels il faudra faire face au cours des prochaines années en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée ainsi que notre étude des limites juridiques et fonctionnelles à la multiplicité des fonctions d'un organisme juridictionnel nous amènent à conclure que le régime actuel devrait être révisé de la manière suivante:

- 1° En transformant la CAI en organisme non juridictionnel jouissant de pouvoirs d'enquête et habilité à intervenir en première ligne pour tenter de résoudre les litiges et les plaintes en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée;
- 2° En confiant à cet organisme multifonctionnel et non juridictionnel tous les pouvoirs et compétences nécessaires afin qu'il puisse procéder à des enquêtes, faire de la médiation, promouvoir les droits en question, prendre fait et cause pour les requérants et plaignants devant le Tribunal des droits de la personne ou toute autre instance, agir à titre de chien de garde en matière de respect de la vie privée et d'accès à l'information gouvernementale, assumer le monitoring nécessaire, conseiller le gouvernement et lui donner des avis, etc.;
- 3° En confiant au Tribunal des droits de la personne la juridiction de trancher les litiges en matière d'accès à l'information gouvernementale, de protection des renseignements personnels et de respect de la vie privée et d'émettre les ordonnances exécutoires appropriées;
- 4° En conférant au Tribunal des droits de la personne la compétence nécessaire pour traiter des litiges fondés sur les articles 35 à 41 du *Code civil du Québec* ainsi que pour attribuer des dommages intérêts, des dommages exemplaires ou des dommages punitifs, le cas échéant;

- 5° En accordant au Tribunal des droits de la personne la compétence nécessaire pour entendre les plaintes pénales dans les domaines en question et le cas échéant, pour imposer des sanctions pénales, notamment des amendes;
- 6° En permettant aux citoyens de saisir directement le Tribunal des droits de la personne d'une question de son ressort;
- 7° En prévoyant que seules les décisions finales du Tribunal des droits de la personne sont sujettes à appel et ce, sur permission de la Cour d'appel du Québec.