

Volume 173 - Développements récents en droit de l'accès à l'information 2002

L'accès aux documents publics: des ajustements pour assurer la transparence de l'État en réseau

Pierre Trudel*

[+] Table des matières

- L'accès aux documents: développements, rebondissements et amendements
Ouimet, André
- Nouvelles technologies de l'information et des communications et sécurité informationnelle
Dubois, Martin
- L'accès aux documents publics: des ajustements pour assurer la transparence de l'État en réseau
Trudel, Pierre
 1. INTRODUCTION: LE CONTEXTE CHANGEANT DE L'ACCÈS AUX DOCUMENTS PUBLICS
 - 1.1 Les réseaux, la convergence des supports et leur interchangeabilité
 - 1.2 Le brouillage des frontières entre le public et le privé
 - 1.3 Le rôle accru de l'information publique dans la gouvernance contemporaine
 - 1.4 Les conditions de la production et de la circulation de l'information administrative
 2. CONCEPTS-CLÉS POUR UN RENOUVEAU
 - 2.1 Accès aux documents publics et protection de la vie privée: un recentrage nécessaire
 - 2.2 L'accès automatique?
 - 2.3 Les exceptions au principe de l'accès
 3. L'EXERCICE DU DROIT D'ACCÈS
 - 3.1 La neutralité technologique
 - 3.2 La conservation
 - 3.3 La consultation
 - 3.4 Le transfert
 - 3.5 La transmission
 4. CONCLUSION
- La législation canadienne en matière d'accès à l'information gouvernementale et de protection des renseignements personnels a 20 ans ou...la jeunesse du coeur!
Doré, Lyette
- La protection constitutionnelle de l'information: mythe ou réalité?
Nadeau, Alain-Robert

1. INTRODUCTION: LE CONTEXTE CHANGEANT DE L'ACCÈS AUX DOCUMENTS PUBLICS

Les changements entraînés par la généralisation des technologies de l'information modifient plusieurs fondements du droit relatif à l'accès aux documents publics. Les États modernes se conçoivent désormais comme des réseaux de production et d'échange d'information. Des conditions nouvelles résultent de la multiplication des réseaux et de la convergence croissante des environnements dans lesquels se produit et s'échange l'information. Les motifs au nom desquels est édicté le droit d'accès aux informations connaissent des changements. Des changements s'observent également dans les conditions matérielles d'exercice de ce droit.

Le droit d'accès aux documents publics apparaît de plus en plus comme un droit à renouveler: Plusieurs évolutions ont marqué le fonctionnement des États modernes¹ depuis la mise en place des lois d'accès au cours de la décennie 1970-1980. Il existe une abondante littérature vantant les bienfaits que les technologies de l'information pourraient procurer à l'administration au plan de son efficacité. Il existe aussi une abondante littérature, parfois alarmiste au sujet des périls que l'implantation des technologies de l'information dans l'administration publique pourrait emporter pour la protection de la vie privée. On a parfois l'impression d'être pris entre ces deux extrêmes que sont d'une part le discours promotionnel au sujet des merveilles des technologies de l'information et, d'autre part le discours frisant parfois l'hystérie au sujet des dangers réels ou supposés pour la vie privée. Entre ces deux dérives, il reste peu de place pour envisager comment devrait être redéfini un ensemble de droits susceptibles de garantir, dans le contexte nouveau des technologies de l'information, une véritable transparence des faits et gestes de tous ceux qui ont à rendre compte de leurs actes.

[Page 46]

L'accès aux documents publics ne pourra être encore longtemps conçu comme un droit d'obtenir un document situé quelque part dans un tiroir d'un ministère ou d'un organisme public. L'avènement des technologies de l'information dans la plupart des champs d'activités contribue à modifier radicalement le contexte de production, d'échange et de diffusion de l'information. De plus en plus, les informations ne sont plus vraiment situées en un lieu donné mais plutôt disponibles dans un environnement-réseau. Alors la problématique de l'accès devient pour une bonne part celle des conditions d'accès au réseau.

1.1 Les réseaux, la convergence des supports et leur interchangeabilité

Les changements dans les conditions de production et de circulation de l'information administrative sont l'une des principales conséquences de la généralisation des technologies de l'information. Avec la numérisation, il est désormais possible de fixer des informations sur une grande variété de supports, de les transmettre, de les mettre à la disposition des intéressés sur Internet ou dans d'autres environnements. Les capacités de stockage et la puissance des outils de recherche contribuent à accroître la disponibilité de l'information. Les technologies fondées sur la numérisation contribuent à abaisser radicalement les coûts de production et de diffusion de l'information. Une fois que l'on dispose des équipements requis, il est possible de publier un document sur Internet à coût pratiquement nul. Il est dorénavant raisonnable de considérer que l'accès et la publication d'un document deviennent des activités de moins en moins distinctes l'une de l'autre.

Ces mutations technologiques modifient les représentations à partir desquelles se pensent les cadres juridiques. Ces changements affectent les perceptions au sujet de ce qui fonde l'intervention du droit, sur ce qui est à la portée de son champ d'action ou de ce qui paraît lui échapper. Par les changements qu'elles induisent dans les processus de production et de circulation de l'information, les technologies de l'information recèlent un important potentiel de mutation sur les fondements des règles encadrant la production et la circulation de l'information.

L'environnement cyberspatial affecte les perceptions relatives aux conséquences que peut avoir la circulation

de l'information. La

[Page 47]

diffusion d'une information publique à la *Gazette officielle* peut aller de soi dans l'univers de l'imprimé. On ressentira des hésitations à diffuser le même contenu sur Internet là où les moteurs de recherche et les autres outils logiciels permettent à faible coût des recoupements rapides et faciles. Il en résulte un phénomène d'amplification des problèmes perçus. Les menaces pour la vie privée qui semblaient marginales dans l'univers de la publication sur papier prennent des dimensions nouvelles lorsqu'il est question de diffuser la même information sur Internet. Mais, comme nous le verrons plus loin, cela ne signifie pas que la censure soit la seule approche possible afin de répondre à pareil défi. Il existe des techniques plus efficaces et moins liberticides.

L'internetisation se caractérise par l'émergence de réseaux unissant les décideurs, les administrés, les régulateurs de même que les autres acteurs jouant un rôle dans la normativité d'Internet. Les informations et les documents sont de moins en moins situés dans des lieux physiques déterminés: ils paraissent de plus en plus virtuels, circulant ou entreposés dans des espaces-réseaux, accessibles selon un système d'autorisations. Aussi, encadrer le droit d'accès aux documents revient de plus en plus à régir les conditions auxquelles seront assorties les permissions d'accéder aux informations. De plus en plus, les processus de décision reposent en bonne partie sur le partage d'informations en réseau. L'impératif de transparence suppose donc d'assurer que le réseau soit aussi transparent que les autres environnements dans lesquels se prennent les décisions.

1.2 Le brouillage des frontières entre le public et le privé

Les documents des organismes publics sont en principe accessibles tandis que ceux qui appartiennent à une entité privée ne le sont habituellement que dans la seule mesure de la volonté de leur détenteur. Mais les frontières entre le secteur public et le secteur privé sont de plus en plus difficiles à situer. Les organismes publics confient au secteur privé des responsabilités incombant autrefois à des entités publiques. Par exemple, les informations relatives aux appels d'offres sont désormais administrées par des entités privées. Il est question de confier la gestion électronique des dossiers des tribunaux à des entités privées.

En modifiant la façon dont se présente l'espace, Internet porte un potentiel de réinterprétation des repères suivant lesquels se

[Page 48]

déterminent l'espace public et l'espace privé. L'espace qui paraît résulter des raccordements caractéristiques d'Internet pourra être qualifié tantôt de public ou de privé. Si l'on se situe au niveau de l'interaction avec l'utilisateur final, la communication aura toutes les allures d'une communication privée. Et d'ailleurs, certaines fonctionnalités comme le courriel sont habituellement envisagées comme étant le lieu de communications privées. Mais la mise à disposition de contenus sur un site prend toute l'apparence d'une activité à caractère public, même si le processus de communication, le transfert de fichiers s'effectue à la demande de l'utilisateur. Le défi de redéfinir la notion de document public et les droits d'accès qui en découlent paraît ici considérable.

1.3 Le rôle accru de l'information publique dans la gouvernance contemporaine

À l'égard du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, l'obligation de rendre compte est assurée dans une société où les réseaux prennent tant d'importance, par la circulation sans entraves de l'information. C'est d'ailleurs l'un des fondements de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression et de la presse dans les sociétés démocratiques. Au cœur de cette liberté, il y a le droit de critiquer sans crainte de représailles ceux qui sont investis du pouvoir. Ce phénomène met en lumière l'importance que prend la circulation de l'information dans une société postmoderne. Les institutions sont encouragées, voire obligées d'expliquer leurs décisions, d'en faire valoir

le bien-fondé. C'est pourquoi la transparence apparaît comme une vertu si importante.

L'État est une source d'information essentielle afin de pourvoir aux différents besoins qui se manifestent dans la vie sociale. Ainsi, les informations détenues au registre de l'état civil sont la source des documents d'identité généralement utilisés. Les identifiants mis en place pour répondre aux impératifs des différents programmes et prestations de l'État sont, pour le meilleur ou pour le pire, employés à des fins secondaires par les citoyens désireux d'établir leur identité. L'État est un important fournisseur d'information, y compris celles qui sont essentielles au déroulement des transactions. Les pratiques et politiques qu'il suit à l'égard de telles informations ont un effet sur la sécurité, la probité et la compatibilité des pratiques avec les droits fondamentaux des personnes.

[Page 49]

L'idée selon laquelle Internet est un environnement dans lequel peuvent être dispensés des services publics n'origine pas des décideurs étatiques. Par exemple, la diffusion sur Internet des décisions de la Cour suprême du Canada était le résultat de l'initiative de chercheurs universitaires². Il a fallu attendre jusqu'en 1998 pour que de véritables services publics soient proposés en mode interactif sur Internet. Mais désormais, la quasi-totalité des services gouvernementaux et paragouvernementaux possèdent au moins une vitrine web. De plus en plus de services publics impliquant des transactions sont offerts via Internet. Par exemple, il est possible de consulter et de faire des inscriptions au Registre des droits personnels et réels mobiliers du Québec³. Moyennant certaines conditions, des déclarations fiscales peuvent être acheminées sur Internet. Des facilités semblables existent en Colombie-Britannique de même qu'en Ontario. Comme les gouvernements sont à compléter la mise en place d'infrastructures à clés publiques, il est prévu une accélération du mouvement vers «l'internetisation» de la plupart des activités et prestations gouvernementales. Les gouvernements utilisent déjà Internet et les réseaux pour accomplir plusieurs fonctions. Par exemple, certaines consultations au sujet de politiques ou de projets de modifications des règlements ou des lois font un large usage de la communication par Internet.

1.4 Les conditions de la production et de la circulation de l'information administrative

L'Administration publique se conçoit désormais comme un environnement en réseaux⁴. Les caractéristiques d'Internet marquent de plus en plus les environnements de production et de circulation des informations dans les administrations publiques. L'implantation de plusieurs innovations dans le traitement des informations entraîne des mutations dans les façons de faire au sein des administrations publiques.

[Page 50]

Plusieurs expériences relatives à la gestion des informations nécessaires afin d'assurer les services ont été menées dans certains secteurs. Ces expériences préfigurent les contextes qui vont se généraliser à l'égard du cheminement des informations détenues par l'Administration. Elles reflètent la tendance lourde vers le passage d'un environnement dominé par les traitements d'informations consignées sur les supports-papier vers un environnement caractérisé par la mise en réseau des informations et des personnes participant à la dispensation des services publics. Les informations sont de plus en plus susceptibles de circuler dans les réseaux reliant les diverses composantes publiques et privées qui participent aux activités de l'État. De telles évolutions requièrent de doter les réseaux de cadres de fonctionnement reflétant ces nouveaux contextes.

2. CONCEPTS-CLÉS POUR UN RENOUVEAU

En raison des mutations que connaît la circulation de l'information, l'accès à l'information se présente comme un droit en quête de redéfinition. Il faut s'attacher à redéfinir ce droit de façon à refléter les valeurs nouvelles émergeant des contextes contemporains de production et de circulation des informations. Il est nécessaire de

revoir les rapports entre les principes sous-jacents au droit d'accès aux documents publics et la protection de la vie privée. Il faut également se demander si le droit d'accès ne devrait pas être remplacé par une obligation de mettre à disposition tout document qui n'est pas visé par une exception pouvant justifier sa non-accessibilité. Pareillement, il faut prévoir une révision des motifs pour lesquels un document pourrait être soustrait au principe de l'accès.

2.1 Accès aux documents publics et protection de la vie privée: un recentrage nécessaire

Redéfinir le droit d'accès aux documents des organismes publics dans un univers de réseaux suppose de reconnaître les mutations survenues dans les processus de production et de circulation de l'information. Il faut pour cela affiner les concepts à partir desquels se délimite ce qui relève de l'intérêt public et ce qui doit demeurer dans la sphère privée. Mais une telle redéfinition ne peut s'effectuer uniquement au seul profit de la vie privée, sans considérer les valeurs et la nécessité de la libre circulation des informations et les bienfaits de l'espace public.

[Page 51]

Loin de favoriser l'accès aux documents, la tendance actuelle va dans le sens d'une restriction encore plus drastique des possibilités d'accéder à des renseignements à caractère public en se fondant sur les finalités, réelles ou supposées sous-jacentes au caractère public. On a ajouté des exceptions à ce que d'aucuns concevaient comme étant déjà des exceptions! Les informations à caractère public sont de plus en plus censurées au motif qu'il existe des risques que certaines d'entre elles soient utilisées à des fins préjudiciables.

Le prétexte de protéger la vie privée est invoqué afin de censurer plusieurs informations à caractère public. Pour certains, seule la vie privée est digne de protection; parfois, on récite quelques couplets sur l'importance du droit à l'information mais l'on omet d'inscrire la problématique de la protection de la vie privée dans celle plus nuancée et plus exigeante de son articulation avec les autres droits comme la liberté d'expression et le droit à l'information. Le résultat est que l'on se retrouve avec des législations imposant toujours plus de restrictions à la circulation des informations publiques susceptibles de porter sur des personnes.

Un exemple de ce genre de dérives est fourni par l'[article 24](#) de la [Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information](#)⁵. Cette disposition permet de restreindre l'utilisation des fonctions de recherche extensive à l'égard des documents technologiques comportant des renseignements personnels à caractère public. On cherche à éviter, par exemple, les consultations de banques de données à l'aide de moteurs de recherche afin de repérer des renseignements personnels pour des fins supposément étrangères à celles pour lesquelles ils ont été recueillis ou diffusés. Ainsi, la personne responsable de l'accès à ces documents doit supposer une finalité à ces informations publiques et ensuite voir à ce que les moyens technologiques soient mis en place pour limiter l'accès aux renseignements personnels contenus dans ces documents publics.

Ce qui justifie une pareille censure procède d'une réflexion qui a de quoi laisser songeur sur le fondement du caractère public de certaines informations. L'on fait valoir que dans l'univers des documents sur papier, la recherche est souvent longue puisque les documents doivent être examinés un à un. Il serait donc difficile de trouver des renseignements et d'opérer certains recoupements! Pour les documents

[Page 52]

technologiques, les possibilités de recherche sont démultipliées, ce qui peut laisser craindre des abus. Le raisonnement est étonnant: les documents peuvent être publics aussi longtemps qu'ils demeurent difficiles à trouver! Mais dès lors que les technologies de l'information laissent espérer qu'il sera possible de retrouver efficacement des informations, le réflexe de censure revit! Plusieurs, et pas seulement les cyniques sont portés à conclure que le caractère public des informations ne vaut qu'à la condition que les documents soient introuvables!

Il est certain que dans les environnements-réseaux, la publicisation des informations personnelles doit être assortie de précautions essentielles. On ne s'entend pas cependant sur le type de précautions et leur ampleur. Pour certains, il n'est pas de meilleure protection que celle qui consiste à interdire *a priori* la circulation de l'information, même à caractère public. D'autres croient en la possibilité de mettre au point des critères qui protégeront les intérêts essentiels des personnes visées par l'information en assurant toutefois la libre circulation dans toutes les situations où elle ne met pas en cause un intérêt identifiable. En somme, il faut s'éloigner d'une approche consistant à censurer dès lors que l'on imagine l'existence de possibilités d'usage abusif. Il faut plutôt assurer une sanction *a posteriori* des usages abusifs car ceux-ci sont habituellement marginaux.

On a conçu plusieurs régimes de régulation des informations en se fondant sur le postulat que la circulation des informations personnelles est, en soi, susceptible de miner la vie privée. Pourtant, c'est l'utilisation malveillante de ces informations personnelles qui constitue la véritable menace à endiguer. Au nom d'une imagerie quasi folklorique de «société de surveillance» et autres visions hystériques, plusieurs approches sont affectées d'une absence de souci de dégager les impératifs liés à l'existence effective d'un espace social ou d'un espace public. On néglige le fait que des informations portant sur une personne peuvent être pertinentes pour d'autres sans nuire à la dignité de qui que ce soit.

À partir d'un souci tout à fait légitime de prévenir l'avènement d'une «société de surveillance», on en est venu à créer une société où il est devenu suspect de parler de ses concitoyens, pire, une société qui impose la censure des informations qui sont un élément de la vie collective. Plusieurs informations sur les personnes possèdent un double caractère. Ce n'est pas ignorer le droit à la vie privée que de reconnaître ce fait. Plusieurs renseignements concernent la personne

[Page 53]

mais présentent un intérêt hautement légitime pour les autres. C'est de l'intégrisme que de postuler que les tiers n'ont pas de droit légitime à accéder à certaines informations sur une personne si cette dernière refuse d'y consentir. Par exemple, le *situs* et la nature des informations génétiques tendent à leur conférer un double aspect. Les informations génétiques sont à la fois des données personnelles liées aux traits les plus intimes de la personne humaine, tout en étant également des données à caractère social. Ce dernier aspect provient du fait que leur agglomération permet de produire des informations de grande valeur pour l'amélioration de la santé et du bien-être non seulement de l'individu dont ces données proviennent, mais aussi de son entourage immédiat, voire de l'humanité tout entière.

La protection de la vie privée procède d'un souci d'assurer la protection de la dignité des personnes. En assurant à l'individu la maîtrise de sa zone d'intimité, on lui procure les leviers afin d'assurer la protection de sa dignité. Mais on voit de plus en plus se profiler, sous le couvert de la vie privée, des revendications afin d'être exempté des inconvénients normaux de la vie en société. C'est ainsi qu'on réclame un droit de veto sur les décisions d'information du public. Par exemple, des personnes circulant dans les lieux publics ou prenant part à des manifestations publiques se plaignent ensuite que leur photo se retrouve dans les médias! Certains se mettent à réclamer que l'on censure les archives publiques, comme celles des journaux ou des jugements des tribunaux, parce qu'ils ressentent de l'inconfort à ce qu'on puisse savoir qu'ils ont été impliqués un jour dans un événement public tel un procès.

Avec de telles revendications invoquées afin de censurer encore plus l'accès aux informations publiques, on est loin de protéger le droit à la vie privée: on institue plutôt une société frileuse où la censure et le secret remplacent les discussions ouvertes et la transparence. Si on continue dans cette voie totalitaire, il faudra se mettre à réécrire l'histoire pour ne pas indisposer ceux qui voudraient que l'on oublie ce qu'ils ont fait ou omis de faire! La réécriture de l'histoire au fil des circonstances, c'est bien ce monde que décrivait Orwell dans *1984*! Ce sont des

revendications de confort qui sous-tendent une conception aussi totalitaire de ce qui est présenté comme découlant du droit à la vie privée. Avec ce genre de démarche, on oublie que le champ d'un droit ou d'une liberté est défini par les limites découlant des impératifs des autres droits ou libertés.

[Page 54]

Il est certes nécessaire d'actualiser les mécanismes afin d'assurer une protection effective de la vie privée. Mais une telle démarche doit être menée à partir de cadres de référence qui distinguent les caprices et inconforts des droits qui participent réellement à la protection de la dignité des personnes. Si l'on continue à revendiquer la censure de tout ce qui met mal à l'aise au fil des sensibilités variables des individus, ce n'est plus le droit à la vie privée que l'on protégera mais plutôt celui de ne pas subir les inconvénients normaux de la vie en société, un droit qu'il faudrait au moins prendre la peine de débattre et de proclamer dans les lois!

Dans une société démocratique dans laquelle il subsiste un espace public, il importe d'assurer la libre circulation des informations relevant de l'espace public. Cette libre circulation doit être assurée même si à l'occasion cela peut indisposer. Les abus doivent être sanctionnés mais uniquement lorsqu'ils se manifestent. Il est dangereux de tout censurer au motif que certaines informations peuvent faire l'objet d'usages abusifs ou fautifs. Il faut réprimer les abus dont peuvent faire l'objet les informations publiques par des interventions après coup plutôt que de censurer toutes les informations publiques sous le prétexte que certaines d'entre elles peuvent être utilisées de façon abusive.

Ainsi, seuls les usages abusifs des informations personnelles à caractère public devraient être sanctionnés. Une telle approche évite de censurer *a priori* les informations publiques mais réserve des sanctions dissuasives pour les situations où il y a usage abusif de données publiques, c'est-à-dire uniquement lorsque ces données sont utilisées de manière fautive, ce qui porte effectivement atteinte au droit à la vie privée.

2.2 L'accès automatique?

Le paradigme fondamental de la plupart des régimes juridiques d'accès aux documents publics est celui du «request-and-wait»⁶. Au Québec, l'article 9 de la [Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels](#) reconnaît à toute personne qui en fait la demande le droit d'accéder aux documents

[Page 55]

détenus par un organisme public. C'est le principe inverse qui prévalait jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi: tous les documents détenus par un organisme public étaient confidentiels à moins d'un acte de bonne volonté de la part des dirigeants de l'organisme. L'accès est gratuit et s'exerce par consultation sur place pendant les heures habituelles de travail⁷. Dans le cas d'un document informatisé, il incombe à l'organisme d'en fournir une transcription écrite et intelligible. L'obtention d'une copie du document est possible à la condition que la reproduction ne nuise à la conservation du document ou soulève des difficultés sérieuses. Les frais exigibles pour ce service sont limités.

Le droit reconnu est celui d'accéder à des documents; le document doit faire l'objet d'une demande et il doit exister pour être accessible. Il ne saurait être question d'accès à des renseignements qui sont emmagasinés mais doivent être compilés. La loi ne force pas un organisme à produire des documents. Seuls sont accessibles ceux que l'on a jugé bon de faire. La connaissance de l'existence d'un document est indéniablement la condition nécessaire du droit d'accès. À cette fin, l'article 16 de la loi d'accès fait obligation aux organismes publics de classer leurs documents de manière à en permettre le repérage. Une liste de classements doit être établie et tenue à jour dans chaque organisme; elle doit être suffisamment précise pour faciliter l'accès.

En pratique toutefois, les organismes rendent publics un grand nombre de documents sans qu'il soit nécessaire de formuler une demande selon la Loi. Une loi d'accès existe primordialement pour les documents que les organismes publics ont un faible incitatif à rendre publics. Ce qui fait habituellement l'objet de demandes d'accès, c'est l'information que l'organisme peut juger embarrassant de divulguer ou dont la diffusion au public paraît trop onéreuse.

Les coûts matériels qu'il faut engager afin de rendre publics des documents étaient autrefois élevés: ils chutent radicalement avec Internet de même que les autres fonctionnalités de publication électronique. Il devient donc possible de concevoir le droit d'accès autrement. Le droit fondé sur l'obligation des citoyens de formuler une demande et d'attendre qu'on leur livre le document devrait faire place à un modèle par lequel tout document non visé par une exception doit impérativement être disponible sur un site ouvert au public. Très

[Page 56]

souvent, cela signifie de placer un fichier dans un environnement accessible au public. Les efforts afin de rendre public le document paraissent à cet égard dérisoires.

En 1996, la Loi fédérale américaine sur l'accès aux documents administratifs a été modifiée afin d'obliger les organismes assujettis à mettre en place des salles de lecture électronique comportant certains documents devant être divulgués sans attendre une demande en ce sens. Parmi ces documents, on trouve ceux qui ont été diffusés à la suite d'une demande d'accès et qui sont susceptibles d'être redemandés. Tankersley relève à cet égard que:

This provision was adopted with little fanfare considering the dramatic change it makes in agencies' affirmative obligations to make records available. The obligation to make records available without a request is no longer limited to formal agency pronouncements and manuals. Now, this obligations extends to all types of records in an agency's possession, whether written by the agency or obtained from a third party, and includes records that are informal or embarrassing to the government.⁸

La loi de 1996 oblige les agences fédérales américaines à rendre leurs documents disponibles en ligne ou en une autre forme électronique. C'est une évolution qui paraît indiquer la voie que devraient suivre les législateurs canadiens en la matière.

2.3 Les exceptions au principe de l'accès

Dans la logique sous-tendant les lois sur l'information administrative, l'accès est la règle, le caractère confidentiel l'exception. Une loi d'accès aux documents des organismes publics se caractérise nécessairement par des dispositions délimitant soigneusement les documents et les informations qui échappent à la règle générale voulant que tout document soit accessible. Pour opérer cette délimitation, la loi fédérale et celle du Québec regroupent les documents visés par la loi selon des catégories. Il y a des exceptions se fondant sur les intérêts à protéger par le maintien du caractère confidentiel des documents. Des exceptions au principe de l'accès réfèrent à des catégories de documents sans égard à l'intérêt qu'il y a d'en protéger le caractère

[Page 57]

confidentiel⁹. Le seul fait qu'un document appartienne à la catégorie mentionnée suffit à l'inclure dans l'exception. Il y a d'autres exceptions qui se fondent sur la nécessité de protéger des intérêts¹⁰. Ainsi, la loi québécoise traite les documents des organismes en leur accordant l'un des quatre statuts suivants:

- Documents dont la communication est interdite;
- Documents dont la communication est à la discrétion du détenteur;

- Documents dont la communication comporte un risque vraisemblable;
- Documents dont la communication est assujettie au consentement d'un tiers.

Dans l'univers des réseaux, comme le montre la loi américaine, le souci d'actualiser le droit d'accès porte à traiter les documents de façon à ce qu'ils soient disponibles de plein droit dans un site disponible au public. Les documents dont il n'est pas interdit de révéler l'existence devraient être signalés sur les sites d'accès publics. Mention devrait être faite de la disposition législative autorisant la soustraction du document à l'accès public. Dès lors que l'exception ne joue plus, la publication en ligne serait automatique. Dans cet esprit, il faut souhaiter une révision du fondement des exceptions au principe de l'accès. Il faudrait revoir les motifs justifiant de maintenir confidentiels certains types de documents. Les raisons qui pouvaient autrefois justifier le maintien de la confidentialité ne sont plus nécessairement fondées de nos jours. À l'inverse, il est possible que de nouveaux motifs fondent la légitimité de garder certains documents confidentiels.

3. L'EXERCICE DU DROIT D'ACCÈS

Les conditions substantives de l'accès aux documents sont pratiquement demeurées inchangées depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur l'accès. Par contre, au Québec les conditions d'exercice du droit d'accès (pour les documents accessibles) ont été ajustées au contexte

[Page 58]

numérique. La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* met en place un cadre pour la gestion de l'ensemble des documents peu importe le type de support sur lequel ils sont consignés. Cette loi apporte une partie des redéfinitions qui doivent être effectuées pour assurer l'actualisation du droit d'accès aux documents des organismes publics. Ces redéfinitions se situent principalement au niveau des modalités d'exercice du droit d'accès et ne modifient pas les conditions de fond d'accès à un document de même que les critères permettant de déterminer son accessibilité.

3.1 La neutralité technologique

La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*¹¹ vise à procurer un cadre juridique qui soit neutre par rapport aux technologies utilisées. Elle ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. La loi demeure impartiale par rapport aux standards et aux normes technologiques sur lesquels les intervenants ont porté leur choix pour les fins de la création et l'utilisation des documents. La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* vise également à assurer l'interchangeabilité des supports portant l'information du document. Cette interchangeabilité résulte de la dissociation de l'écrit et du support qui le porte. Cette loi assure aussi l'équivalence fonctionnelle entre l'écrit sur support-papier et les autres documents: tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent. La Loi prévoit dans cet esprit que tout objet dans lequel l'information est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images constitue un document quelle que soit la matière qui le constitue.

L'exercice du droit d'accès aux documents s'entend à l'égard de l'ensemble des supports. Dès lors qu'un document est accessible, il peut l'être peu importe son support. La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* affirme la liberté quant au choix du support: à moins qu'une loi exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix. Il y a des limites à ce principe: ce choix doit respecter les règles de droit, notamment celles prévues au [Code civil](#). Les

[Page 59]

supports qui portent l'information du document sont interchangeables¹² et l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique.

La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* prescrit les obligations à l'égard d'un document accessible. Ainsi, une personne qui confie un document technologique à un prestataire qui doit en assurer la garde doit informer ce prestataire des protections que requiert le document en ce qui a trait à la confidentialité de l'information. Le prestataire est tenu, par des moyens technologiques convenus, d'en assurer la sécurité, d'en préserver l'intégrité, d'en protéger la confidentialité et d'en interdire l'accès aux personnes qui ne sont pas habilitées à le connaître (article 26).

Lors de la consultation de documents contenant des renseignements personnels et qui sont rendus publics pour une finalité particulière, les fonctions de recherche extensives doivent être restreintes à cette finalité (article 24). Mais cela nécessite de préciser les finalités particulières pour lesquelles un document est rendu public. Une interprétation compatible avec le caractère supralégal de la Loi sur l'accès¹³ porte à considérer que lorsque les documents ont un caractère public sans que la loi ou le règlement en précise la finalité, il n'est pas licite de restreindre la fonction de recherche. Il est en effet difficile de voir selon quel principe un décideur pourrait déterminer, à la place du législateur, une finalité que ce dernier n'a pas jugé à propos d'indiquer lorsqu'il a établi le caractère public d'un document.

La possibilité de consulter un document à distance qu'offrent les technologies de l'information est intégrée dans la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* (par exemple, les articles 40, 50 et 60). De plus la [Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels](#)¹⁴ est modifiée afin de permettre l'accès aux documents des organismes publics à distance et non plus seulement par consultation sur place ou par obtention d'une copie (articles 82, 83, 84, 85).

Le cadre juridique applicable aux documents est conçu en fonction du cycle de vie de ceux-ci. Le transfert, la consultation, la transmission, la conservation et la destruction du document sont assujettis

[Page 60]

à des conditions. Ces conditions ont pour objet commun d'assurer le maintien de l'intégrité. Pour qu'un document soit accessible en fonction de son cycle de vie, il doit être conservé adéquatement, il doit être consultable, transférable et transmissible.

3.2 La conservation

Dès lors qu'une personne est tenue de conserver un document, elle a le devoir d'en assurer l'intégrité et l'accessibilité. Elle doit voir à la disponibilité du matériel permettant de le rendre accessible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné (*Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*, article 19). Par exemple, elle doit disposer du logiciel ou du matériel nécessaire pour que l'on puisse prendre connaissance du document. L'article 20 de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* précise les conditions d'exercice du droit de détruire le document dont l'information a été transférée. Il prévoit selon quelles conditions une personne peut détruire les documents dont la loi exige la conservation et qui ont fait l'objet d'un transfert.

Lorsqu'un document technologique est modifié durant la période pendant laquelle il doit être conservé, des conditions doivent être respectées afin d'en préserver la valeur juridique en dépit de la modification (article 21 de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*). Si ces conditions n'étaient pas observées, il pourrait être considéré que la modification de l'information constitue une altération du document, ce qui lui ferait perdre son intégrité, qui fonde sa valeur juridique.

3.3 La consultation

La *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* renforce le droit d'accès aux documents en l'adaptant au contexte des technologies de l'information. Elle assortit la consultation de documents technologiques de mesures de protection des renseignements confidentiels.

Lorsqu'une personne a accès à un document, celui-ci doit être consultable directement ou en faisant appel aux technologies de l'information (article 23). Ainsi, un document peut être examiné par l'accès à une copie du document, à un document résultant d'un transfert ou à une copie de ce dernier. Toutefois, il doit y avoir un équilibre

[Page 61]

réaliste entre le choix d'une personne quant au support ou la technologie permettant l'accès au document et la possibilité – ou la capacité – de répondre à ce choix. La personne responsable de l'accès à un document technologique doit prendre des mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité des renseignements (article 25).

Une personne qui confie un document technologique à un prestataire qui doit en assurer la garde doit informer ce prestataire des protections que requiert le document en ce qui a trait à la confidentialité de l'information. Le prestataire est tenu d'en assurer la sécurité, d'en préserver l'intégrité et d'en protéger la confidentialité (article 26).

Dans le cas des documents contenant des renseignements personnels et qui sont rendus publics pour une finalité particulière, les fonctions de recherche extensives doivent être restreintes à cette finalité (article 24).

3.4 Le transfert

Les articles 17 et 18 de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* traitent du processus de changement du support de l'information. Cela vise par exemple le transfert d'une photo sur support-papier vers un CD, le transfert de l'information contenue sur une bande sonore vers un disque CD. Il est possible de transférer l'information d'un document vers un support faisant appel à une technologie différente sans que le document perde sa valeur juridique.

Pour assurer le maintien de la valeur juridique d'un document lors d'un transfert, celui-ci doit être documenté; il faut être en mesure de démontrer, au besoin, que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son intégrité est assurée (article 17). L'article 18 vient faciliter l'admission en preuve des documents résultant de transfert.

3.5 La transmission

Le principe de la liberté des modes de transmission est désormais reconnu. Les articles 28 à 37 de la *Loi sur le cadre juridique* précisent les conditions à respecter pour transmettre des documents technologiques. On y prescrit des règles équivalent, à l'égard des documents technologiques, à celles qui s'appliquent habituellement

[Page 62]

lorsqu'il s'agit de transmettre des documents sur support papier. Le document peut être transmis, envoyé ou expédié. On peut utiliser tout mode de transmission approprié à son support sauf si la loi exige l'emploi exclusif d'un mode spécifique de transmission. La liberté de transmission peut être limitée par la loi qui peut exiger un mode spécifique de transmission (article 28).

L'article 29 applique le principe de la liberté de se procurer ou non certaines technologies pour la transmission de documents. L'article 30 énonce les conditions pour que le document technologique reçu ait la même valeur que le document transmis. Pour ce faire, le mode de transmission choisi doit permettre de préserver l'intégrité, tant du document expédié que de celui qui est reçu. La documentation établissant la capacité d'un mode de transmission

de préserver l'intégrité doit être disponible pour production en preuve, le cas échéant.

4. CONCLUSION

La généralisation des environnements de réseaux a soulevé surtout des préoccupations à l'égard des possibles périls pour la vie privée. Il y a eu à ce jour peu d'efforts pour renouveler le cadre juridique de l'accès aux documents afin de l'adapter au contexte contemporain. Sur sa portée, le droit relatif à l'accès aux documents des organismes publics n'a pas connu d'évolutions qui permettraient d'en redéfinir les concepts et les principes afin de refléter les mutations des conditions de production et de circulation des informations. Les technologies permettent de faciliter l'accès mais la loi n'a pas été ajustée à cette nouvelle réalité.

Pour demeurer effectif, le droit d'accès doit être redéfini pour tenir compte des environnements d'information. Hélas, les seules avenues de réforme à s'être manifestées à ce jour sont marquées d'une inquiétante tendance à rétrécir la portée du droit d'accès au nom de conceptions de la vie privée qui ignorent le fait que ce droit, comme tous les autres, doit s'accorder avec les autres impératifs sociaux.

Si l'on avait à cœur d'actualiser le droit d'accès, il faudrait remplacer le système du «request and wait» par une obligation générale de mise à disposition du public des documents non visés par une exception au principe de leur caractère public. La facilité accrue de

[Page 63]

diffusion des informations procurées par les nouvelles technologies de l'information porte à préconiser un régime juridique fondé sur la diffusion systématique des documents. Seuls les documents visés par une exception au principe de l'accès échapperaient à la diffusion automatique. Ceux dont il n'est pas interdit de révéler l'existence devraient être signalés et rendus disponibles dès que le motif justifiant leur confidentialité ne tient plus.

Les coûts de l'accès aux documents devraient se trouver à diminuer dans la mesure où le contentieux ne porterait désormais que sur les documents au sujet desquels l'application d'une exception au principe de l'accès fait l'objet d'interprétations divergentes.

Il y a des informations portant sur les personnes qui ont un caractère public. Le seul fait que celles-ci puissent être utilisées de manière abusive ne doit pas conduire à les censurer. À l'égard des possibilités d'usage abusif des informations publiques, plutôt que de censurer *a priori*, il faut organiser des mécanismes efficaces de sanction une fois avérés les usages fautifs.

Pour ce qui a trait aux conditions d'exercice des droits d'accès aux documents, il faut constater que la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information* apporte des innovations intéressantes facilitant l'accès aux documents...qui sont accessibles. Cette loi vient en effet préciser les conditions à respecter lorsqu'un document est accessible. Les modifications qui devraient être apportées au droit d'accès aux documents publics sont partiellement accomplies avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*. Il reste maintenant à moderniser les règles relatives aux conditions de fond de l'accès aux documents publics.

Notes de bas de page

*. Professeur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Courriel: pierre.trudel@umontreal.ca.

1. Voir en général: Miriam LIPS, «Designing Electronic Government Around the World. Policy Developments in the USA, Singapore and Australia», (2000) 7 *EDI Law Review*, 199-216.

2. L'initiative émanait de l'équipe de recherche dirigée par le professeur Daniel Poulin du CRDP et de la Faculté de

droit de l'Université de Montréal. Ces travaux ont donné lieu à la mise en place du site actuel Lexum:
<http://www.lexum.umontreal.ca/>.

3. Voir: Registre des droits personnels et réels mobiliers, <http://si1.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/index.asp>.
4. Dominique GERBOD et Fabien PAQUET, «Les clés de l'e-administration, *vade mecum* de l'administration électronique», Colombie, Éditions EMS, 2001, 347 p.; Jean-Paul BASQUIAST, «Les administrations et les autoroutes de l'information, vers la cyberadministration: stratégies et pratiques», Paris, Éditions d'organisation, 1996, 205 p.
5. L.Q. 2001, c. 32, en ligne avec annotations à http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne.
6. Michael E. TANKERSLEY, «How the Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996 Update Public Access for the Information Age», (1998) 50 *Administrative Law Rev.* 421, p. 423 et s.
7. Art. 10 de la ***Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1.*** (ci-après «Loi sur l'accès»).
8. Michael E. TANKERSLEY, «How the Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996 Update Public Access for the Information Age», (1998) 50 *Administrative Law Rev.* 421, p. 427.
9. Comme aux art. 22 (al. 1), 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 et 40 de la Loi sur l'accès, ***L.R.Q., c. A-2.1.***
10. Comme aux art. 21, 22, 24, 27, 28, 32 et 41 de la Loi sur l'accès.
11. L.Q. 2001, c. 32, en ligne avec annotations à http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne.
12. *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*, art. 2.
13. Loi sur l'accès, art. 168.
14. ***L.R.Q., c. A-2.1.***



Les Développements récents sont une publication du [Barreau du Québec](#).

Les opinions exprimées ainsi que l'exactitude des citations et références dans ces textes relèvent de la responsabilité exclusive de leur(s) auteur(s).

Les hyperliens de jurisprudence et de législation présents dans ce texte sont insérés de façon automatique à l'aide d'un logiciel de détection de citations.