
L'indépendance comme état d'esprit

par John Reid

Ces dernières années, nombre de mandataires ont été nommés à l'échelon fédéral ainsi que dans les provinces et territoires pour s'acquitter de responsabilités touchant les conflits d'intérêts, l'accès à l'information, le respect de la vie privée et la protection des dénonciateurs et des enfants. Dans chaque cas, l'une des questions essentielles est de savoir si la personne responsable jouira de l'indépendance nécessaire pour s'acquitter des responsabilités définies dans la législation pertinente. Dans l'article qui suit, le commissaire à l'information du Canada fait un survol d'obstacles à vaincre pour favoriser l'éclosion d'une culture et d'un esprit d'indépendance.

Si vous vous fiez uniquement aux journaux et aux rumeurs qui circulent à Ottawa, il pourra vous sembler que le commissaire à l'information est un type plutôt bourru et capricieux qui délivre des citations à comparaître, cuisine des mandarins sous serment, intente des actions en justice contre le premier ministre et se fait des ennemis. On pourrait difficilement être plus loin de la vérité.

Le commissaire à l'information est un protecteur du citoyen chargé par le Parlement de faire enquête sur les plaintes relatives au déni, par le gouvernement, des droits garantis par la *Loi sur l'accès à l'information*. Conformément à son mandat, il mène une enquête approfondie sur toutes les plaintes et s'assure du respect de la *Loi*. Il est doté de solides pouvoirs d'enquête mais, en définitive, il ne peut ordonner qu'une plainte soit réglée d'une manière particulière; il ne peut que présenter des recommandations.

Donc, les commissaires à l'information et leurs fonctionnaires s'en remettent à des techniques officieuses pour recueillir des preuves, ainsi qu'à la persuasion, à la négociation et à la médiation pour régler les plaintes. Il est extrêmement rare que des assignations soient délivrées, et personne n'est cité à comparaître à moins de refuser une invitation polie à collaborer de plein gré. Il est même encore plus rare que le

commissaire à l'information demande à un tribunal fédéral de se pencher sur le refus d'une institution gouvernementale de divulguer des documents. Il n'a recours aux tribunaux que s'il estime qu'une personne s'est vue refuser l'accès à des renseignements pour des motifs injustifiés et si aucune solution n'a pu être négociée.

Pour vous montrer à quel point cela arrive rarement, je vous dirais qu'au cours de l'exercice 1999-2000, 99,9 % des plaintes que nous avons reçues ont été réglées sans l'intervention d'un tribunal fédéral. Trois seulement ont fait l'objet d'une révision judiciaire. En 2000-2001 également, 99,9 % des plaintes ont été réglées hors cour et deux seulement ont été révisées par le tribunal. Ces chiffres donnent du processus une image qui diffère grandement de celle d'un commissaire assoiffé de pouvoir qui s'acharne, avec ses laquais, à mettre au pas les bureaucrates et les institutions gouvernementales.

Il demeure cependant que toute enquête effectuée porte sur une quelconque action ou décision d'un fonctionnaire ou d'une institution gouvernementale. Et chaque recommandation s'adresse au chef de l'institution gouvernementale concernée.

Il s'agit donc du genre de charge pour laquelle l'indépendance s'avère essentielle afin d'éviter tout forme de biais – aussi bien apparent que réel – en faveur ou à l'encontre du gouvernement. Non seulement les tâches l'exigent, mais le domaine également. Le droit du public d'être informé transcende toute grande question à laquelle s'intéresse le gouvernement. Les tribunaux l'ont qualifié de « quasi-constitutionnel ». La vigueur même de notre

John Reid est commissaire à l'information du Canada. L'article qui suit est une version révisée de l'exposé qu'il a présenté à la Conférence sur l'indépendance et les responsabilités des mandataires du Parlement qui a eu lieu à Saskatoon, le 2 novembre 2001.

démocratie réside en partie dans ce droit de savoir. Tout cela a amené le Parlement à utiliser divers mécanismes structurels pour encourager l'indépendance en tant que caractéristique des fonctions du commissaire à l'information.

D'abord, le Parlement a choisi de souligner l'importance de cette indépendance dans la déclaration d'objet de la Loi sur l'accès à l'information, dont le paragraphe 2(1) se lit comme suit :

La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Par ailleurs, le Parlement a décidé que le commissaire à l'information, tout comme le commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire aux langues officielles et le directeur général des élections, ne pouvait être nommé par le gouverneur en conseil que sur approbation de la Chambre et du Sénat. Cette mesure vise à conférer un degré particulier d'indépendance à nos postes. C'est la raison pour laquelle les membres de ce groupe, de même que le vérificateur général – qui est responsable devant son propre comité – sont appelés les « mandataires du Parlement ». La durée de mon mandat, soit sept ans avec possibilité de renouvellement, est un autre attribut qui favorise l'indépendance – à moins, bien sûr, d'arriver en fin de mandat et d'espérer qu'il soit renouvelé.

J'aimerais ouvrir une parenthèse au sujet du processus de nomination, pour vous parler un peu de la façon dont j'ai été nommé en 1998. Lorsque mon prédécesseur, M. John Grace, a terminé son mandat, il a fortement incité le gouvernement à ne pas le remplacer, comme il envisageait de le faire, par quelqu'un de l'intérieur de la fonction publique. La suite des choses montre bien à quel point les parlementaires sont déterminés à avoir un commissaire à l'information tout à fait indépendant. Ils ont clairement fait savoir au gouvernement que sa première candidate, une haute fonctionnaire de longue date, était trop près du gouvernement pour satisfaire aux exigences en matière d'indépendance. À son honneur, la personne a été sensible à ces préoccupations et a volontairement retiré sa candidature.

En outre, les membres des deux chambres du Parlement ont insisté pour pouvoir me poser des questions avant que ma nomination ne soit confirmée. Cet « examen préalable » était une première pour la Chambre des communes et le Sénat et s'est avéré un ajout bénéfique au processus de nomination des mandataires du Parlement. Certains pourront s'opposer à l'utilisation d'une telle pratique dans le cadre d'autres nominations, mais elle semble convenir parfaitement bien en ce qui concerne les mandataires du Parlement.

Parmi les autres mécanismes de la Loi qui visent à assurer notre indépendance, mentionnons la protection contre les poursuites criminelles et civiles dont mes employés et

moi-même jouissons dans l'exercice de nos fonctions en toute bonne foi, y compris pour diffamation verbale ou écrite; le pouvoir, au cours d'enquêtes relatives à des plaintes, d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant moi, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire des documents ou d'autres pièces; le pouvoir de pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale et d'examiner ou de me faire remettre copie de tout document trouvé sur les lieux; le pouvoir de présenter des rapports annuels et des rapports spéciaux directement au Parlement sur toute question qui relève de mes pouvoirs et fonctions.

Toutes ces dispositions législatives constituent de puissants incitatifs institutionnels à l'indépendance pour mon personnel et moi, mais, à elles seules, elles n'offrent pas de garanties d'indépendance. Ce qui empêche les commissaires à l'information de trop pencher en faveur du plaignant ou de la plaignante, c'est la nécessité dans laquelle ils se trouvent de convaincre le gouvernement de faire la bonne chose, et non de lui ordonner quoi que ce soit. Aucun commissaire ne peut s'acquitter de sa mission si l'on perçoit qu'il a un parti pris en faveur des plaignants.

Par ailleurs, on veille à ce que les commissaires à l'information ne soient pas trop « pro-gouvernement » non plus, au moyen d'une disposition législative qui permet aux plaignants de demander réparation auprès des tribunaux s'ils sont insatisfaits du résultat d'une enquête. Aucun commissaire ne peut donc s'acquitter de sa mission si l'on perçoit qu'il penche en faveur du gouvernement.

Mon prédécesseur, John Grace, disait qu'il avait le sentiment d'atteindre le juste équilibre en matière d'indépendance lorsqu'il était aussi critiqué par une partie que par l'autre!

En 2000, la Cour fédérale du Canada a eu l'occasion de se demander si les mécanismes structurels que je viens de décrire s'avéraient ou non suffisants pour permettre à mon bureau de juger et, si nécessaire, de punir une personne pour outrage. Je vous renvoie à une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire impliquant William Rowat et le commissaire et le sous-commissaire à l'information du Canada. Cette affaire a donné à la Cour fédérale l'occasion d'énoncer ce qu'elle a décrit comme étant les indices de l'indépendance, de même que de mesurer celle de mon bureau au regard de ces indices.

Au moment de mon enquête, M. Rowat était conseiller principal au Bureau du Conseil privé (BCP). Auparavant, il avait été sous-ministre au ministère des Pêches et des Océans (MPO). En 1997, M. Rowat était détaché du gouvernement du Canada au gouvernement de Terre-Neuve à titre de

négociateur dans le cadre du projet d'exploitation minière de la baie de Voisey. En 1998, le Commissariat recevait une plainte dirigée contre les responsables du BCP et du MPO selon laquelle on aurait divulgué l'identité de l'auteur de demandes d'accès à l'information à M. Rowat concernant l'affectation de ce dernier et le remboursement de ses dépenses de travail engagées en 1996 et 1997.

L'enquête a révélé qu'avant même que le demandeur ne reçoive une réponse, M. Rowat lui avait écrit pour le sommer de lui dire ce qu'il souhaitait savoir à son sujet et pour quelle raison. Le Commissariat a voulu savoir quelles circonstances avaient poussé M. Rowat à envoyer cette lettre et connaître l'identité de toute personne ayant pu lui révéler que le demandeur souhaitait obtenir de l'information à son sujet. M. Rowat a refusé de dévoiler le nom de sa source; nous l'avons donc cité à comparaître pour outrage et nous avons pris des dispositions pour procéder à l'audience. M. Rowat a alors déposé à la Cour fédérale une demande de révision judiciaire dans laquelle il contestait la constitutionnalité de la disposition de la Loi sur l'accès à l'information autorisant le commissaire à l'information à exécuter ses ordonnances d'enquête.

Cette contestation reposait sur l'argument selon lequel le commissaire à l'information n'est ni indépendant ni impartial. En se prononçant en faveur du commissaire, le juge Campbell a d'abord précisé ce qu'étaient, selon lui, les critères d'indépendance et d'impartialité, deux notions à son avis similaires. Il a, pour ce faire, cité le juge en chef Lamer, de la Cour suprême du Canada, dans *R. c. Généreux*.

Je tiens à souligner qu'une personne qui veut contester l'indépendance d'un tribunal aux fins de l'alinéa 11d) [de la *Charte*] n'a pas besoin de prouver l'absence réelle d'indépendance. Le critère applicable à cette fin est plutôt identique à celui utilisé pour déterminer si un décideur est partial. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable et bien informée percevrait le tribunal comme indépendant [...] Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Le juge en chef Lamer, dans l'affaire *Généreux*, poursuit en énumérant ce qu'il considère comme des conditions ou garanties objectives essentielles pour qu'un agent public soit jugé indépendant. La première condition est l'inamovibilité, et il est essentiel que le décideur ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé. L'essence de cette inamovibilité, que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe ou pour une charge spéciale, est donc que la charge « soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations ».

La deuxième condition, ou garantie, est que le décideur bénéficie d'une mesure fondamentale de sécurité financière. Selon la déclaration du tribunal, « [c]ette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire ». À l'intérieur de ces paramètres, le gouvernement conserve toutefois le pouvoir d'établir des régimes de rémunération qui conviennent à divers niveaux ou catégories, qu'il s'agisse de tribunaux, d'organismes ou de particuliers.

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice des fonctions judiciaires du tribunal ou de la personne. « Il est inacceptable qu'une force extérieure soit en mesure de s'immiscer dans les affaires qui se rattachent directement et immédiatement à la fonction décisionnelle [...]. » Il est certes inévitable qu'il y ait des relations institutionnelles entre les décideurs et le pouvoir exécutif, mais « ces relations ne doivent pas empiéter sur la liberté des juges de statuer sur une affaire donnée et de faire respecter la Constitution et les valeurs qu'elle consacre ».

Le tribunal fédéral a appliqué ces trois conditions au commissaire à l'information. Il en a d'abord accepté la description suivante : « Le commissaire est un ombudsman impartial et indépendant dont la fonction consiste à superviser l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* [...]; son pouvoir se limite à formuler des recommandations à l'intention des institutions fédérales ou du Parlement au sujet de la divulgation de renseignements gouvernementaux ».

Il a ensuite analysé à fond la *Loi sur l'accès à l'information* pour y déceler des preuves de la présence des trois conditions que je viens d'énumérer. Il en a trouvé en ce qui a trait à l'inamovibilité aux articles 54 et 55, à l'autonomie financière aux articles 55 et 66 et à l'indépendance institutionnelle aux articles 34, 58 et 59; je vous en ai communiqué les détails précédemment. Le tribunal a donc déclaré qu'une personne informée et raisonnable percevrait le commissaire comme impartial.

De même, le tribunal a jugé non fondé l'argument de M. Rowat selon lequel le commissaire à l'information manquait d'impartialité. L'impartialité comporte deux éléments : l'« état d'esprit » et la « dimension institutionnelle ou structurelle ». Le tribunal a déclaré ce qui suit : « [...] il n'existe aucun élément de preuve tendant à démontrer que le [c]ommissaire avait un intérêt personnel quant à l'issue de l'enquête menée en l'espèce [ni] un intérêt institutionnel dans la réponse particulière qui allait être donnée [par M. Rowat]. À mon avis, le commissaire ne faisait que tenter de se conformer aux exigences obligatoires prévues dans la Loi par l'application de l'alinéa 30(1)f) et le recours à l'alinéa 36(1)a). Cela ne signifie pas pour autant qu'il a fait preuve de

partialité ». Le tribunal a donc statué qu'une personne informée et raisonnable percevrait le commissaire comme impartial.

Par conséquent, le tribunal a conclu que le commissaire pouvait aller de l'avant et poursuivre M. Rowat pour outrage, en dépit des conséquences pénales que cela pourrait avoir pour lui.

Un autre attribut caractéristique de l'indépendance que n'aborde pas le tribunal, mais que je juge important, est le fait de jouir, sur le plan administratif, d'une indépendance à la mesure de l'autonomie de fonctionnement. En tant que mandataires du Parlement, nous devons être en mesure de contrôler nos organisations et notre personnel. Les articles 54 à 59 de la *Loi sur l'accès à l'information* constituent le commissaire à l'information et confèrent à celui-ci « rang et pouvoirs d'administrateur général de ministère », avec le personnel et les locaux dont il a besoin. Malheureusement, il manque quelque chose à notre loi, quelque chose qui, à mon avis, est essentiel. Il s'agit de l'indépendance financière, non pas par rapport au Parlement, mais vis-à-vis du gouvernement. Notre budget est présenté au Conseil du Trésor par l'entremise du ministère de la Justice, deux entités auxquelles je dois périodiquement m'opposer.

Cette relation est regrettable puisqu'elle mine l'indépendance – réelle aussi bien qu'apparente – du commissaire à l'information. Après tout, la ministre de la Justice est aussi l'adversaire de tout procès intenté par le Commissariat. Elle a même été mêlée à un litige ayant pour objet de restreindre mon champ de compétence. Il ne faut pas non plus oublier qu'elle est la conseillère juridique de tous les ministères visés par les plaintes que soumet le public au commissaire à l'information.

Dans ces conditions, la ministre ne devrait pas, comme c'est le cas actuellement, avoir le contrôle sur la présentation au Conseil du Trésor des demandes de ressources du commissaire à l'information. Car, peu importe à quel point elle s'efforce d'éviter l'ingérence, dans la mesure où il est possible qu'elle « garde en otage » les ressources du commissaire, l'indépendance de ce dernier s'en trouve minée.

Compte tenu de cette apparence de contrôle politique et de ce potentiel d'ingérence induite, j'ai demandé il y a longtemps que le Commissariat à l'information soit détaché du portefeuille de la Justice. Il existe d'autres « foyers » plus indiqués, qui ne se

retrouveraient pas régulièrement en rapport d'opposition avec le commissaire. Le vice-premier ministre ou le leader du gouvernement à la Chambre ou, peut-être, le président du Conseil du Trésor – ministre responsable de la *Loi sur l'accès à l'information* – pourrait assumer le rôle de ministre dont le portefeuille abrite le Commissariat à l'information.

Je vous ai mentionné en commençant que l'indépendance est un état d'esprit et j'ai passé beaucoup de temps à discuter des éléments structurels qu'ont utilisés nos législateurs pour démontrer et encourager cette indépendance. En terminant, j'aimerais revenir au point de départ : malgré toutes les protections prévues dans les textes de loi, l'indépendance demeure difficile à réaliser.

Je soutiens qu'il est impossible d'atteindre une réelle indépendance sans réunir les facteurs que je viens d'énumérer. Bien sûr, je ne suis pas le seul à soutenir cela; c'est également l'avis de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada. Mais, même si tous les rouages sont en place et si tous les indices d'indépendance sont présents, un mandataire du Parlement doit néanmoins, dans les faits, se battre pour demeurer indépendant. Nous ne devons pas nous préoccuper du renouvellement de notre mandat, ou d'être en disgrâce auprès des hauts fonctionnaires et des politiciens, ou d'être la personne la plus populaire en ville. Pour accéder à une véritable indépendance, tant sur papier que dans la réalité, nous devons être libres de toute préoccupation de cette nature et ne pas craindre de perdre des amis ou de l'influence en hauts lieux.

Je vous laisse sur les paroles suivantes prononcées par Mme R.S. Abella avant sa nomination à la Cour d'appel de l'Ontario :

Au cœur de [...] l'indépendance se trouve la capacité de rendre des jugements de façon courageuse, sans crainte des conséquences politiques. Il faut aux arbitres des tribunaux une combativité hors du commun pour formuler des décisions [ou des recommandations] d'une nature qui prête à controverse – et dans nos secteurs névralgiques respectifs, il s'agit souvent là du seul type de décisions que nous pouvons prendre – tout en sachant que la personne qui observe la chose depuis l'autre extrémité du télescope politique a le pouvoir de renouveler ou non leur mandat de trois ou cinq ans.

À mon sens, ces paroles sont tout à fait vraies et résument l'essentiel de ce que doivent accomplir les mandataires du Parlement pour atteindre l'objectif de l'indépendance.